

LIBER AMICORUM PER PASQUALE COSTANZO

Diritto costituzionale in trasformazione

IV

I DIRITTI FONDAMENTALI NEL PRISMA DEL COSTITUZIONALISTA

2020



ANDREA BONOMI

Il sindacato sul *quantum* delle sanzioni penali alla luce del più recente orientamento del Giudice delle leggi: fondamento, estensione, limiti e una proposta di soluzione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'impostazione fondata sul canone della ragionevolezza seguita dalla Corte costituzionale nel sindacato sul *quantum* della sanzione penale e il suo parziale superamento in alcune particolari decisioni. – 3. L'impostazione che prescinde dal canone della ragionevolezza seguita solo eccezionalmente dalla Corte costituzionale nel sindacato sul *quantum* della sanzione penale. – 4. Il più recente orientamento della Corte costituzionale in merito al sindacato sul *quantum* della sanzione penale: novità, pregi e difetti. – 5. Conclusioni: una proposta di soluzione.

1. Premessa

È per me molto gradito l'invito a realizzare uno scritto dedicato al professor Pasquale Costanzo, una figura di maestro presso il quale ricordo di aver intrapreso l'inizio del mio percorso in ambito accademico e che ho sempre considerato da allora come un punto di riferimento in virtù del suo spessore di studioso nell'ambito del diritto costituzionale.

Il vasto campo di interesse della personalità accademica del professor Costanzo ha abbracciato numerosi filoni d'indagine fra i quali non manca lo studio della posizione assunta dalla Corte costituzionale in materia di discrezionalità legislativa¹.

Secondo una tradizionale corrente di pensiero, che, pur con radici lontane nel tempo, è stata autorevolmente sostenuta anche nei tempi più recenti, vi sono alcuni "ambiti materiali" in riferimento ai quali la discrezionalità² del legislatore, se non totale, è comunque molto ampia.

Il corollario di questa tesi è il seguente: il Giudice delle leggi, posto di fronte alla questione di costituzionalità di una legge approvata in uno di questi "ambiti materiali" e ritenuta affetta da un vizio di natura sostanziale³, dovrebbe astenersi dal giudizio dichiarando l'inammissibilità⁴ della

¹ Il riferimento è a P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in M. REVENGA SANCHEZ - E. PAJARES MONTOLIO - J. RODRIGUEZ-DRINCOURT, *50 años de la Corte constitucional italiana, 25 años del Tribunal constitucional español*, Madrid, 2007, 31-42, nonché al volume – di cui Costanzo è stato curatore insieme a R. Balduzzi – *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, che sulla base di vari contributi indaga il tema, inestricabilmente connesso a quello della discrezionalità legislativa, inerente la creazione di zone d'ombra.

² A giudizio di A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifiche di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, 2166, in luogo del termine "discrezionalità" si dovrebbe adoperare il termine più appropriato di "scelta politica riservata al Parlamento".

³ È chiaro che di fronte ad un vizio di carattere meramente formale – attinente, per esempio, ad un "difetto procedurale" di formazione della legge – la Corte non potrebbe mai opporre l'argomento secondo cui la legge sottoposta al suo vaglio "sfugge al [suo] sindacato" perché trae "origine da una valutazione di carattere prettamente politico": così la sent. n. 111 del 1968 con cui con questa argomentazione veniva dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale del d.l.l. n. 535/1945 nella parte in cui aveva disposto la revoca delle concessioni di decorazioni al valor militare e dell'ordine militare di Savoia a favore di appartenenti alla disciolta milizia volontaria sicurezza nazionale in dipendenza di atti compiuti in occasione della guerra di Spagna. Sulla sentenza cfr. il commento di L. ELIA, *La guerra di Spagna come «fatto ideologico»: un caso di «political question»?*, in *Giur. cost.*, 1968, spec. 1749.

⁴ Molto spesso a supporto di questa "astensione" dal giudizio nel merito da parte della Corte viene addotto l'art. 28 l. n. 87/1953 a mente del quale, come è a tutti noto, "il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o su un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento": in questo senso il principio posto da tale disposizione è indicato come lo «spartiacque» (così A. PIZZORUSSO, *sub art. 134*, in *Comm. della Cost.*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, 102) che separa le questioni di legittimità da quelle di merito. In merito cfr. anche la successiva nota 166.

questione o, al massimo, entrare nel merito della stessa, ma pronunciare una decisione di infondatezza⁵.

Le leggi inerenti questi “ambiti materiali” sono state individuate non senza disaccordi in seno agli studiosi, ma in ogni caso le più emblematiche fra esse possono essere identificate sostanzialmente nelle seguenti.

In primo luogo le leggi che intendono fronteggiare e che dunque disciplinano le situazioni di emergenza, ovvero quelle tipicamente riconducibili al cosiddetto “stato d’assedio politico”⁶: posto che tali situazioni eccezionali devono essere ritenute comprensive di variegati fenomeni eccezionali quali i tumulti interni, le epidemie e le malattie contagiose, le calamità naturali e le minacce terroristiche alle istituzioni, il sindacato sulla ragionevolezza di queste leggi ad opera della Corte costituzionale assumerebbe un «rilievo 'inconsueto'»⁷.

In secondo luogo le leggi che regolano la “materia elettorale”: in questo “ambito” il “margine di intervento” della Corte costituzionale risulterebbe molto limitato sia perché la Costituzione non vincola il Parlamento all’adozione di una particolare formula elettorale sia perché l’esercizio della sovranità popolare presuppone una scelta delicata, quella del sistema volto a trasformare i voti in seggi, in cui tale sovranità si esercita attraverso il fondamentale esercizio del diritto di voto e in cui dunque la discrezionalità del Parlamento, quale sede della rappresentanza politica nazionale, dovrebbe essere ritenuta molto ampia⁸.

In terzo luogo le leggi in cui si manifestano i rapporti internazionali dello Stato, con speciale riguardo alle leggi di adattamento ai trattati internazionali: l’applicazione della cosiddetta dottrina dell’*Act of State* intesa nella sua accezione “interna”⁹ nell’ordinamento italiano ha indotto alla conclusione che il sindacato del Giudice delle leggi sulle norme di origine internazionale non potrebbe essere pieno, ma dovrebbe rimanere vincolato alle *suggestions*, ossia alle scelte e alle indicazioni provenienti dagli organi politici competenti¹⁰.

⁵ A giudizio di A. CERRI, *Inammissibilità «assoluta» ed infondatezza*, in *Giur. cost.*, 1983, 1223, «non c’è dubbio che i concetti di inammissibilità ed infondatezza, al vertice, si ricongiungono. Quando cioè l’inammissibilità non è più legata alle particolari circostanze di una certa procedura ma è, per così dire, assoluta, essa equivale all’infondatezza»; in senso conforme C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991, 160, nonché M. BIGNAMI, *Brevi osservazioni sulla nozione di additività nelle decisioni della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 1244, secondo il quale la declaratoria di inammissibilità di una questione in quanto “coperta” sotto ogni profilo dall’insindacabile discrezionalità legislativa «nasconde una sorta di dichiarazione di “infondatezza assoluta”».

⁶ Per maggiori ragguagli sulla distinzione fra il classico “stato d’assedio militare” e lo “stato d’assedio politico” o “fittizio” o anche “civile”, ovvero lo «stato d’assedio senza assedio» (così G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, 283), cfr., volendo, A. BONOMI, *Un possibile nuovo “rapporto” fra legge regionale e legge statale: “abrogazione territoriale” o “deroga-sospensione” sul modello dello “stato d’assedio”?*, di imminente pubblicazione all’interno del volume che raccoglie gli Atti del convegno “Regionalismo differenziato e specialità regionale” che si è tenuto a Torino il 21 giugno 2019.

⁷ Così P. PINNA, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 183.

⁸ M.C. GRISOLIA, *La legge elettorale tra la discrezionalità del Parlamento e i nuovi vincoli imposti dal sistema*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2017, n. 1, 2, in riferimento alla legge in questo “ambito materiale” parla della «più politica delle leggi».

⁹ Per maggiori ragguagli su questa dottrina cfr. la decisione della *Supreme Court* statunitense *W.S. Kirkpatrick & Co. v. Environmental Tectonics Corp.*, 493 U.S. 400 (1990), e in particolare quanto *ivi* osservato dal giudice Scalia estensore della decisione, mentre nella dottrina americana cfr. perlomeno G.W. DELLAPENNA, *Deciphering the Act of State Doctrine*, in *Vill. Law Rev.* (vol. 35), 1995, partic. 49; J.M. ROGERS, *International Law and United States Law*, Brookfield (Vermont), 1999, spec. 221-222.

¹⁰ Cfr. G. STROZZI, *Regioni e adattamento dell’ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1983, spec. 119-120 e 133; C. DELL’ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani. II. Il potere estero fra segreto e politica*, Padova, 1990, partic. 91 e nota 239; volendo, A. BONOMI, *Il ‘limite’ degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008, 133-135.

In quarto luogo le leggi che sono ritenute forse la manifestazione per eccellenza dell'esercizio del "potere discrezionale del Parlamento", ovverosia le leggi incriminatrici: in riferimento alle scelte penali è stato osservato che la loro natura squisitamente politica «è lo spigolo acuto contro il quale – inevitabilmente – finisce per urtare il giudice costituzionale»¹¹ e in merito alle scelte relative più specificamente al *quantum* delle pene è stato addirittura sostenuto che lo «stabilire una misura di sanzione è... operazione di tipo discrezionale riservata alle scelte politiche del legislatore... che può essere criticata e sindacata con sanzioni di tipo politico e, in modo particolare, attraverso il vaglio degli elettori alla prossima consultazione elettorale... Se volesse accingersi a questo compito, la Corte [costituzionale] assumerebbe, di fatto, una funzione legislativa analoga a quella del Parlamento: ciò che, certo, non corrisponde al rapporto tra i poteri dello Stato configurato nella nostra Costituzione»¹².

In relazione a quanto finora esposto ci si limita soltanto a svolgere le seguenti due considerazioni.

La prima è che in effetti in ognuno degli "ambiti materiali" sopra ricordati – ma, a dir la verità, anche in qualche altro come emblematicamente il "settore" processuale¹³ – la Corte costituzionale, analogamente all'atteggiamento tenuto da altri tribunali costituzionali, ha adottato per lungo tempo un orientamento di rigoroso *self restraint*: tale orientamento soltanto in tempi recenti, o relativamente tali, è stato in tutti quei "settori" dalla stessa Corte più o meno ampiamente rivisto sia pure sulla base di tutta una serie di cautele.

La seconda è che risulta molto difficile esprimersi nel senso di una incondizionata adesione o, al contrario, di una secca contestazione della corrente di pensiero che predica un'astensione o una limitazione dei poteri di intervento del Giudice delle leggi in quegli "ambiti materiali": in realtà, la soluzione più corretta sarebbe probabilmente quella di valutare separatamente ognuno di questi vari "ambiti materiali" per poi considerare di quale e di quanta discrezionalità debba disporre il legislatore in ciascuno di essi e se si possa predicare e, in caso di risposta affermativa, con quali limiti una riduzione dei "margini d'azione" o addirittura l'esistenza di «una zona di impenetrabilità»¹⁴ da parte della Consulta.

¹¹ Così A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2, 787, il quale peraltro non sembra condividere la tesi volta a sostenere una riduzione dei poteri della Corte soprattutto in riferimento al cosiddetto delta punitivo e, anzi, saluta con favore il diverso orientamento che recentemente la Corte parrebbe in materia aver inaugurato e sul quale più oltre sopra nel testo ci si soffermerà.

¹² Così A. PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori o «sproporzione» irrazionale?*, in *Giur. cost.*, 1997, 774; in senso sostanzialmente conforme cfr. già F. CURI, *L'attività «parelegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1995, 1096, secondo la quale «sembra... difficilmente negabile che acconsentendo all'ingresso, anche in quest'area, di un sindacato sulla ragionevolezza si produca come effetto derivato un affidamento di scelte di politica criminale ai giudici costituzionali, piuttosto che al legislatore».

¹³ Nel "settore" della disciplina processuale la pressoché costante giurisprudenza costituzionale ha chiarito che "nella... conformazione [di esso] il legislatore gode di ampia discrezionalità, con il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte adottate": così recentemente la sent. n. 47 del 2020 in riferimento alla pacifica riconducibilità dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato alla disciplina processuale. In senso critico su questo «mito della discrezionalità assoluta del legislatore nel settore processuale» cfr. G. SORRENTI, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 2014, n. 3, part. 823 ss. – cui si deve la precedente citazione (cfr., *op. cit.*, 823) –, la quale osserva che la tesi secondo cui la riserva ex art. 111, comma 2 Cost., rimettendo la disciplina processuale alla discrezionalità del legislatore, deve imporre uno standard alquanto *soft* di scrutinio delle norme processuali urta contro la finalità della riserva di legge consistente nel sottoporre la disciplina – che più o meno incisivamente incide su diritti fondamentali – su certe materie al regime dei controlli per gli atti dotati di valore di legge: quella tesi, «affievolendo il tenore dei controlli, finisc[e] proprio per vanificare quella essenziale finalità» (832).

¹⁴ L'espressione è tratta da G. DI GASPARÉ, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico – L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, 1984, 162.

Ed è proprio in modo particolare per questa seconda considerazione che in questa sede sarà affrontato uno esclusivamente di tali “ambiti materiali”.

La scelta poi di confinare l'indagine solo al “settore” della “materia penale”¹⁵ si giustifica sulla base di due motivazioni: in primo luogo tale “settore” è, fra tutti quelli poco addietro indicati, quello su cui si registra il più recente mutamento di indirizzo da parte della giurisprudenza costituzionale; in secondo luogo, e in particolar modo, la materia penale non solo è “potenzialmente incidente nei più diversi ambiti materiali ed anche in quelli compresi nelle potestà legislative esclusive, concorrenti o residuali delle Regioni, le cui scelte potranno risultarne talvolta... semplicemente inibite”¹⁶, ma è anche caratterizzata da «profili di durezza che sono sconosciuti ad altri campi» al punto tale che nelle fattispecie che la interessano «si pongono i problemi più delicati in termini di protezione dei diritti e di concreto funzionamento delle garanzie»¹⁷.

Che tanto la scelta relativa all'*an* e agli aspetti specifici del fatto da incriminare¹⁸ quanto quella inerente la misura della sanzione penale¹⁹ siano state da sempre considerate, volendo usare un'espressione propria del diritto internazionale, «dominio riservato»²⁰ del legislatore è *communis opinio*: dopotutto sono già i lavori preparatori della Costituzione a dimostrare come la formula “essere punito” contenuta nell'art. 25, comma 2 Cost. abbracci non solo il precetto, ma anche la pena²¹; anzi, a voler essere precisi, quanto appena osservato vale molto di più per la pena che non per la determinazione della fattispecie di reato se è vero che la costante giurisprudenza costituzionale, pur avendo acconsentito in più occasioni che la determinazione della fattispecie possa avvenire anche ad opera della fonte secondaria²², ha però sempre ritenuto la riserva di cui all'art. 25, comma 2 Cost. assoluta in riferimento alla sanzione penale alla stessa fattispecie riconnessa²³.

Ed è proprio in merito all'assolutezza della riserva di legge in materia di misura delle pene che deve registrarsi, ad opera del Giudice delle leggi nel suo più recente orientamento in materia,

¹⁵ ... “concetto”, questo, già *ex se* non poco controverso specialmente alla luce dell'interazione con la dimensione sovratattuale: sul punto cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, *multis locis*.

¹⁶ Così la sent. n. 185 del 2004 secondo la quale “la “materia penale”, intesa come l'insieme dei beni e valori ai quali viene accordata la tutela più intensa, non è di regola determinabile a priori; essa nasce nel momento in cui il legislatore nazionale pone norme incriminatrici e ciò può avvenire in qualsiasi settore...”.

¹⁷ Entrambe le citazioni sono tratte da M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 25 ottobre 2018, 10.

¹⁸ ... purché non si tratti di tutelare penalmente interessi esplicitamente contrastanti con i principi costituzionali o di incriminare fatti attraverso cui vengano esercitati diritti costituzionalmente riconosciuti: per ragguagli su tutta questa problematica cfr. M. PARODI GIUSINO, *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, spec. 930; volendo, A. BONOMI, *La discrezionalità assoluta del legislatore nel prescegliere l'“oggetto” della tutela penale: un teorema da rivedere nel suo “impianto concettuale” e nei suoi “risvolti processuali”*, in E. D'ORLANDO e L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 117 ss., partic. 119.

¹⁹ In tal senso, fra i tanti, cfr. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 787-788.

²⁰ L'espressione è non a caso tratta dal titolo di un noto volume di un internazionalista, ovvero di G. SPERDUTI, *Il dominio riservato*, Milano, 1970, il quale definiva il dominio riservato appunto la «sfera giuridicamente assicurata all'indisturbata azione statale» (49) e concludeva così che «l'appartenenza di una questione al dominio riservato di uno Stato dipende dalla duplice circostanza che né doveri giuridici né doveri morali segnano allo Stato, nella sua qualità di membro della comunità internazionale, una linea di condotta in relazione alla questione stessa, così che criterio di azioni gli è solo il sovrano apprezzamento delle esigenze della comunità nazionale» (57-58).

²¹ Il punto è sottolineato in dottrina da E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 1, 14.

²² Sul punto cfr. per ulteriori osservazioni G. AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur. cost.*, 1964, partic. 493 e 497. La più recente giurisprudenza costituzionale sembrerebbe invece aver voluto porre un freno – ancorché soltanto sulla base di certe condizioni – alla tendenza a “dar vita” a fattispecie di reato mediante atti aventi forza di legge (cfr. le sentt. n. 5 del 2014 e n. 32 dello stesso anno).

²³ Si può parlare di uno “sdoppiamento” della riserva di cui all'art. 25, comma 2 Cost. in relazione all'oggetto su cui essa cade, ovvero di una riserva relativa in ordine alla fattispecie e di una invece assoluta in riferimento alla sanzione penale: sul punto cfr., volendo, A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, cit., 316-317.

un'attenuazione dovuta ad un rafforzamento della valenza garantista a scapito di quella democratica della stessa riserva di legge²⁴: a questo proposito a partire dalla sentenza n. 236 del 2016 ma soprattutto in modo ancora più netto dalla sentenza n. 222 del 2018 è stato ravvisato l'avvio di un «deciso cambio di passo»²⁵ se non addirittura una vera e propria «inversione di rotta»²⁶ che parrebbe confermata anche dalle sentenze successive.

Prima di soffermarsi su tale recente orientamento è opportuno però tratteggiare quello che è stato l'«approccio» del Giudice delle leggi in merito al sindacato sul *quantum* della pena.

2. L'impostazione fondata sul canone della ragionevolezza seguita dalla Corte costituzionale nel sindacato sul quantum della sanzione penale e il suo parziale superamento in alcune particolari decisioni

Il problema dell'individuazione di criteri di adeguatezza nella determinazione delle pene rispetto alla gravità del reato, che si è posto fin «da quando è stata abbandonata la 'legge del taglione'... cieca espressione di istinti primitivi di vendetta»²⁷ ma che è stato impostato in modo netto nei termini di proporzione fra disvalore del fatto e quantità di sanzione da parte dei pensatori illuministi a partire innanzitutto da Beccaria²⁸, può essere impostato sostanzialmente in due modi.

Il primo consiste nell'estensione della specifica forma di controllo di costituzionalità che si sostanzia nel sindacato sulla ragionevolezza alle norme che fissano la misura della sanzione penale.

Il secondo non trova fondamento nel controllo di ragionevolezza, bensì consiste nell'assodare se sia possibile individuare una o più disposizioni costituzionali da cui dedurre l'esistenza di alcuni principi relativi ai presupposti, al contenuto e alle finalità della sanzione criminale.

²⁴ Da sempre si fronteggiano un indirizzo che vede la riserva di legge in funzione di garanzia (si pensi a questa emblematica affermazione di L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, 82: «la riserva di legge costituisce, dal punto di vista dei soggetti privati, la garanzia che le loro libertà verranno sì limitate, ma in modo uguale per tutti e ad esclusione di ogni eventuale diversità di trattamento da parte di atti non concernenti l'intero complesso dei cittadini») e un altro indirizzo che riconduce l'istituto al principio democratico (cfr. esemplarmente A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, Torino, 1969, partic. 26 ss.): sul punto cfr. A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 139-140; G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratutuali*, Torino, 2019, partic. 24-40.

²⁵ A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 10 dicembre 2018, § 6.2.

²⁶ M. DI LELLO FINUOLI, *La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione*, in *Giur. it.*, 2017, 1433, che – non azzeccando però la previsione – riteneva il riconoscimento dell'autonomia del controllo di proporzionalità fra pena minacciata e gravità dell'offesa contenuto nella dec. n. 236 del 2016 «non necessariamente definitivo».

²⁷ M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *La giust. pen.*, 2012, Parte seconda, 92, la quale – *ivi* in note 1 e 2 – ricorda che tale criterio di adeguatezza è rinvenibile nel principio di proporzione il quale recupera «nobili testimonianze nell'età antica, da *Le leggi* di Platone alla *Magna Charta*» cui si potrebbero aggiungere le intuizioni in tema di proporzionalità come misura del giusto mezzo dovute ad Aristotele.

²⁸ ... secondo il quale «vi deve essere una proporzione tra i delitti e le pene»: così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, nell'edizione a cura di F. Venturi, Torino, 1973, 19; in riferimento alla relazione fra il pensiero illuminista e il rapporto di proporzionalità fra l'entità della pena e la gravità del reato cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva – Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 9 ss. Tuttavia non mancarono nella tradizione illuministica opinioni in tema di proporzione del tutto opposte a quella espressa dal Beccaria: come ricorda A. MERLO, *Osservazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1429 nota 10, lo stesso Gaetano Filangieri riteneva che un crimine anche di gravità modesta avrebbe potuto giustificare una pena più elevata rispetto a quella da riservare ad un crimine comparativamente più grave ove fosse sussistito un rischio di più frequente ripetizione del primo tipo di delitto.

Iniziando dalla prima di queste due impostazioni, è noto che il sindacato sulla ragionevolezza si esercita in relazione alla parità o alla disparità di trattamento che risulta dal confronto di due norme le quali dettino discipline eguali o diverse per fattispecie, fra di loro comparabili, che si assume presentino invece caratteristiche tali, rispettivamente, da giustificare la differenziazione o l'equiparazione: si tratta allora di valutare se l'applicazione di questo sindacato alle norme che stabiliscono il *quantum* della pena sia possibile e, se sì, se essa incontri particolari difficoltà.

La Corte costituzionale, dopo un iniziale e criticato²⁹ atteggiamento di sostanziale chiusura³⁰, ha introdotto l'elemento della "ragionevolezza" – in molti casi richiesta nella sua misura "macroscopica"³¹ – della misura della pena come canone del proprio giudizio: la determinazione della quantità e della qualità della pena rientra – ha osservato più volte la Corte – "nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato sotto il profilo della legittimità costituzionale soltanto nei casi in cui non sia rispettato il limite della ragionevolezza, di talché la sanzione comminata risulti irrazionale ed arbitraria"³².

Lo schema utilizzato dalla Corte è quello della ragionevolezza cosiddetta estrinseca, ovvero è quello classico – che nel tempo è divenuto «monopolizzante»³³ – di tipo ternario o triadico.

Esso consiste nel confronto fra la disciplina prevista dalla legge sottoposta al giudizio di costituzionalità e quella, differente, prevista da un'altra disposizione legislativa che funge da *tertium comparationis* sulla base della ritenuta "equivalenza" fra le due disposizioni³⁴: a questo proposito la Corte ha sempre richiesto "necessariamente l'omogeneità delle ipotesi poste in comparazione"³⁵ in

²⁹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 207, secondo il quale, «in linea di diritto, non esistono ostacoli al compimento, da parte della Corte costituzionale, del controllo della ragionevolezza nei confronti delle norme che fissano la misura delle pene, o delle norme penali in genere, secondo gli stessi criteri che essa segue nel controllo di tutti gli altri settori dell'ordinamento giuridico»; in tempi più recenti in senso analogo cfr., *inter alios*, P. MAZZI, *Limiti edittali della pena e principio di legalità: a proposito dell'illegittimità costituzionale dell'art. 122 c.p.m.p.*, in *Giur. cost.*, 1992, 4436, mentre in passato in senso contrario l'autorevole posizione di C. ESPOSITO, *Le pene fisse ed i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 662, secondo il quale l'art. 3 Cost. «non ha niente da dire quanto alla misura delle pene...»: opinione, quest'ultima, molto isolata e criticata (cfr. lo stesso A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene*, cit., 203 nota 29, il quale riteneva che l'Esposito fondasse la sua posizione su di una «concezione ormai arcaica e superata dell'eguaglianza») e il cui accoglimento avrebbe comportato in pratica la possibilità per la Corte di intervenire soltanto in riferimento a quelle sanzioni penali connesse a fattispecie relative alle condotte poste in essere da alcuni cittadini individuati sulla base del sesso, della razza, della lingua, della religione, delle opinioni politiche o delle condizioni personali o sociali: in tal senso cfr. A.R. LATAGLIATA, *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte «diverse» sotto un unico titolo di responsabilità*, in *Giur. mer.*, 1971, Parte seconda, 96.

³⁰ Ancora nella sent. n. 109 del 1968 si trova scritto che "la valutazione della congruenza fra reato e pena appartiene alla politica legislativa, e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, all'infuori dell'eventualità... che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione".

³¹ Come osserva E. COTTU, *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza e controllo sulla proporzionalità delle pene (Riflessioni in margine a Corte cost., sent. n. 68 del 2012)*, in *Crit. dir.*, 2012, 393, nell'ambito penale la discrezionalità del legislatore «gode di particolare protezione, posto che la sua espressione normativa, per essere invalidata, deve normalmente risultare priva di alcuna ragionevole giustificazione»: l'A., peraltro, ritiene – 409-410 – che nei confronti del principio di proporzionalità delle pene e dei reati debba valere una sorta di inversione dell'onere della prova a carico del legislatore.

³² Così, fra le tante altre, la sent. n. 103 del 1982.

³³ P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *L'Ind. pen.*, 2017, 178.

³⁴ Sterminata è la letteratura in tema di ragionevolezza: qui ci si può limitare a ricordare l'autorevole posizione di chi ha osservato che il giudizio di ragionevolezza altro non è, in fondo, che un esame della coerenza della legge rispetto ad altra legge che disciplina fattispecie analoga: cfr. E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, 74, nonché per specifiche osservazioni sul "settore" penalistico A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 219 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, partic. 139 ss. e 356 ss.

³⁵ Così la sent. n. 35 del 2018.

ragione di considerazioni connesse al «contenuto significativo»³⁶ delle fattispecie e che dunque attraversano l'interesse protetto, la condotta tipica, l'elemento soggettivo, l'oggetto materiale, il grado dell'offesa ed ulteriori elementi ancora³⁷.

È chiaro che sulla base di questa impostazione è proprio nel *tertium comparationis*, in virtù della sua «capacità indiziante»³⁸ circa la sperequazione sanzionatoria, che trova un punto di riferimento ineludibile il parametro della proporzione fra disvalore del bene e del fatto ed entità della risposta sanzionatoria: detta in altri termini, il giudizio di proporzione in tale ottica è un giudizio giocoforza non assoluto, bensì relativo³⁹ perché è ritenuta operazione impraticabile quella di valutare come giusta o esatta o costituzionalmente obbligata una determinata misura di pena al cospetto di un certo fatto criminoso, ma si reputa indispensabile assodare se quel dato rapporto reato/pena sia proporzionato alla stregua di un altro rapporto reato/pena il quale, semmai, si assume come giusto ed esatto.

Ma non basta.

Questa stessa impostazione racchiude in sé il conseguente corollario: la questione di costituzionalità sollevata dal giudice *a quo* in riferimento alla presunta irragionevolezza della misura della pena non deve essere aperta a possibilità di intervento normativo molteplice o plurivoco, ma deve presentare quale esito dell'eliminazione del profilo di irragionevolezza una soluzione – secondo la notissima definizione di Vezio Crisafulli⁴⁰ – a rime costituzionalmente obbligate⁴¹.

Dopotutto, come è stato ben detto, «è l'omogeneità tra fattispecie che determina la soluzione obbligata»⁴²: di conseguenza, si può ben comprendere il motivo per il quale la Corte, applicando proprio l'impostazione in parola, ha potuto affermare come "l'inammissibilità della questione derivi dalla mancanza di un unico rimedio, costituzionalmente obbligato, al vizio rilevato, in un settore, quello delle scelte di politica criminale, caratterizzato oltretutto da una discrezionalità del legislatore particolarmente ampia riguardo al bilanciamento dei diversi interessi contrapposti"⁴³.

³⁶ L'espressione è tratta da F.C. PALAZZO, *Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1980, 1316.

³⁷ Ad esempio la sent. n. 35 del 2018 ha ritenuto "generici" i "tratti di comunanza" costituiti dalla finalità di tutela delle finanze pubbliche e dalla presenza in entrambi i casi di un falso ideologico documentale fra il delitto di indebita compensazione e il delitto di dichiarazione infedele perché tali figure criminose "si presentano... eterogenee per oggetto materiale, condotta tipica e – stando al prevalente orientamento giurisprudenziale – anche per sfera di tutela".

³⁸ Così V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale)*, nei Convegni e seminari del sito telematico della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it), 1° ottobre 2013, 64.

³⁹ Così anche F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 374; più di recente in senso analogo cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 356.

⁴⁰ L'"intuizione" delle rime obbligate – di cui, come ricorda F. MODUGNO, *Validità b) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 78 nota 100, si ha un'anticipazione nel lavoro di F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, 232 – si deve, come è ben noto, a V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84, nonché a ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *La Corte costituzionale*, Padova, 1984, 497.

⁴¹ Come chiarisce – in merito alle additive, ma con osservazioni estensibili a tutte le manipolative – G. D'ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, n. 1, 62-63, «sulla base della rilevazione di una (illegittima) omissione normativa nella disposizione impugnata, la decisione fa, per così dire, calare in quel vuoto di formulazione, una norma che è già (dalla Corte ritenuta) presente o, comunque, desumibile da una fonte gerarchicamente sovrastante (fondata, al limite, sull'universale principio di ragionevolezza, ex art. 3 Cost.). Pertanto, effetto dell'additiva è di rendere... più ampia la sfera di efficacia della disposizione, anteriormente manchevole».

⁴² Così R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2, 969; analogamente cfr. già G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 182.

⁴³ Così la sent. n. 223 del 2015 la quale dichiara l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata in riferimento all'art. 649, comma 1 cod. pen. per la supposta lesione degli artt. 3, primo e secondo comma, e 24, primo comma, Cost. proprio sulla base del rilievo secondo il quale "sono... prospettabili una molteplicità di alternative, costituzionalmente compatibili..."; analogamente, fra le tantissime altre, cfr. anche la dec. n. 23 del 2013.

Questa impostazione sembra apparentemente presentare il merito di evitare o comunque di ridurre enormemente quell'elevata componente di discrezionalità che caratterizzerebbe un controllo di ragionevolezza privo del riferimento al *tertium comparationis*.

Se, infatti, il termine discrezionalità «indica... l'esistenza di un vincolo particolare in forza del quale una certa attività deve essere "commisurata" ad un certo termine di paragone»⁴⁴, è evidente che, qualora fosse assente una fattispecie omogenea al cospetto della quale comparare quella impugnata sotto il profilo della irragionevolezza della misura della sanzione penale, la discrezionalità della Consulta diventerebbe, se non quasi incontrollata, certamente molto alta⁴⁵: la qual cosa sarebbe da evitare per scongiurare il rischio, paventato da una parte della dottrina, che la Corte diventasse, «più che un Giudice delle leggi, una sorta di "terza camera"»⁴⁶ o, per dirla altrimenti, che ci si avviasse verso «un vero e proprio *Stato giurisdizionale* della Consulta (concettualmente antagonista allo stato di diritto) nell'ambito del quale verrebbe enfatizzato il ruolo di quest'ultima fino a giungere ad una sorta di *ordinamento penale* neppure semplicemente *costituzionale* ma addirittura *della Corte Costituzionale* e, dunque, dei suoi stessi componenti»⁴⁷.

Quanto appena osservato però si presta ad alcune obiezioni.

In primo luogo, fra le due fattispecie messe a confronto difficilmente potrà essere ravvisata un'omogeneità perfetta, tant'è vero che in molte decisioni la Corte ha affermato o ha negato in modo sostanzialmente apodittico quelle analogie strutturali invocate dai giudici *a quibus* al fine di lamentare un'ingiustificata disegualianza di trattamento sanzionatorio⁴⁸. In secondo luogo, questa impostazione conferisce un peso preponderante alla scelta della norma di comparazione: in altri termini, l'ammissibilità, prima ancora dell'esito, del giudizio viene a dipendere dalla scelta più o meno felice del *tertium comparationis* e dunque in definitiva dall'abilità del giudice *a quo* nel saper individuare il termine di paragone più adatto a far risaltare i difetti della norma impugnata⁴⁹. In terzo luogo, poi la stessa individuazione del *tertium* presuppone sempre un'operazione valutativa della

⁴⁴ G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018, 200; del resto, come ben sottolineava a suo tempo – rifacendosi ad una felice immagine del Calamandrei che in uno scritto del 1936 distingueva nettamente la discrezionalità dal "capriccio" – A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-77, 277, discrezionalità «non significa arbitrio». In tema rimane comunque fondamentale la lettura dello scritto di C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, partic. 1000 ss.

⁴⁵ In merito alla tesi secondo cui alla base dell'elaborazione del paradigma di giudizio sul *tertium comparationis* sta l'affermazione del principio di legalità inteso come vincolo e norma di azione per lo stesso Giudice delle leggi al quale è vietato di contrabbandare sotto le vesti di giudizi di legittimità veri e propri riscontri di merito sull'opportunità delle scelte politiche o sull'intrinseca giustizia delle scelte medesime cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 256.

⁴⁶ Così R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2575, che – in riferimento al più recente orientamento della Corte in tema di sindacato sul *quantum* della pena su cui nel prosieguo ci si soffermerà – paventa questa eventualità rilevando che la Corte «ha... consacrato la svolta nel senso della discrezionalità».

⁴⁷ Così A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *L'Ind. pen.*, 2003, 898, secondo il quale si tratterebbe di «un "diritto penale dei giudici costituzionali"... di incerta collocazione nell'ambito della ripartizione e della funzione dei poteri istituzionali, in quanto, di per sé, fisiologicamente orientato a svuotare e ad esautorare il Parlamento del suo stesso primato legislativo in materia penale».

⁴⁸ Come ben rileva N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2015, n. 2, 63-64, se è semplice, in linea generale, individuare una omogeneità o una disparità di trattamento tra le norme raffrontate, oltremodo complesso è al contrario comprendere se esse siano omogenee o differenti così da giustificare la omogeneità o la diversità dei rispettivi trattamenti: l'A. adduce come esempio emblematico le fattispecie di incendio doloso e colposo le quali potrebbero apparire certamente disomogenee in funzione del trattamento sanzionatorio, ma potrebbero, al contrario, apparire omogenee, data la difficoltà dell'accertamento del delitto colposo, in funzione della fissazione del termine prescrizione.

⁴⁹ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 378.

fattispecie impugnata dal momento che solo alla stregua di un determinato parametro valutativo gli elementi differenziali propri di quella fattispecie possono apparire tali da imporre ad esempio un diverso trattamento rispetto al *tertium comparationis*⁵⁰.

Infine impostare il sindacato sul *quantum* della pena sulla previa individuazione di un *tertium* omogeneo significa conferire carattere “endo-normativo” se non addirittura “endo-ordinamentale” al giudizio, ovvero sancire l'impossibilità di fuoriuscire dalla logica sanzionatoria che ha presieduto alla “dosimetria” legislativa di un determinato ordinamento: la qual cosa «può diventare particolarmente indesiderabile quando si tratta di sistemi sanzionatori molto risalenti nel tempo o ispirati a ideologie di repressivismo autoritario o addirittura di terrorismo sanzionatorio»⁵¹.

Si potrebbe anche dire che la comparazione fra il *tertium* e la disposizione impugnata in sé significa poco o nulla e comunque assurge ad elemento di relativa importanza: il ruolo decisivo è assunto, in realtà, dal criterio che sta alla base della comparazione, ovvero dal bene giuridico o dallo scopo di tutela sotteso alle fattispecie, il quale consente di cogliere le somiglianze e le differenze nella comparazione.

Da ultimo non si deve dimenticare che il sindacato di ragionevolezza estrinseca presenta un limite che potrebbe essere definito congenito.

Esso è praticabile nell'ipotesi del diverso trattamento sanzionatorio di fattispecie criminose omogenee, ma non lo è nell'ipotesi dell'uguale trattamento sanzionatorio di fattispecie criminose diverse.

In quest'ultimo caso può essere certamente riscontrata una chiara irragionevolezza/incoerenza dell'ordinamento, ma la Corte è impossibilitata ad intervenire perché essa non potrebbe che mitigare il trattamento sanzionatorio previsto per la fattispecie meno grave e tuttavia, così facendo, non sarebbe in alcun modo guidata da un punto di riferimento normativo nella ridefinizione del compasso edittale di tale fattispecie, con la conseguenza che il suo intervento diventerebbe assolutamente discrezionale e creativo⁵².

Né sarebbe praticabile – come ha chiarito molto bene il Giudice delle leggi nella sentenza n. 81 del 2014 – la soluzione, molto spesso invocata nelle ordinanze di rimessione, consistente nell'individuare nelle norme generali sull'entità minima dei diversi tipi di pena, ovvero negli artt. 23 e 24 cod. pen., il parametro cui agganciare l'intervento di riequilibrio.

Questo per la semplice ragione che l'allineamento ai minimi previsti dalle appena ricordate disposizioni codicistiche è esso stesso una scelta non “a rime obbligate”: assumere, infatti, come parametro di riferimento quei minimi condurrebbe alla conclusione assolutamente inaccettabile per cui verrebbe prevista una pena minima irrisoria anche per una fattispecie di non lieve gravità e questo soltanto sulla base dell'irragionevolezza di un trattamento eguale rispetto ad un'altra fattispecie più grave⁵³.

⁵⁰ In tal senso cfr. anche F. PALAZZO, *op. e loc. ult. cit.*, il quale – 376 – conclude osservando che il *tertium* riveste un ruolo «soprattutto di semplificazione del giudizio di ragionevolezza» non configurandosi affatto «come un requisito logico intrinseco del giudizio di ragionevolezza né in fondo come un elemento di maggiore garanzia», ragion per cui i timori di una maggiore indeterminatezza insita in un sindacato privo del riferimento al *tertium* sono senz'altro «più apparenti che reali».

⁵¹ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 375.

⁵² Come si dirà meglio in seguito e soprattutto nella parte conclusiva del presente scritto, in questo caso la Corte potrebbe intervenire solo o adottando un sindacato intrinseco che poi recupera un sostituto sanzionatorio come soluzione non obbligata ma soltanto adeguata oppure – ed è l'ipotesi che chi scrive caldeggia nei termini che si tenterà di argomentare – facendo venir meno non la sola sanzione, bensì l'intera fattispecie di riferimento: in effetti pare proprio quest'ultima la soluzione che, come si dirà in seguito, la Corte ha adottato nella sent. n. 218 del 1974 in cui venivano in considerazione fattispecie diverse previste in un'unica disposizione ma punite in modo (irragionevolmente) eguale.

⁵³ In tal senso cfr. anche N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale*, cit., 66-67, il quale non a caso apprezza la soluzione adottata dalla sent. n. 81 del 2014 della Corte cost.

In ogni caso a giudizio di alcuni commentatori questa stessa impostazione, se non è stata sovvertita, comunque ha subito un significativo temperamento in alcune pronunce cronologicamente collocabili fra la fine degli anni Settanta e i primi anni Novanta del secolo scorso.

A titolo esemplificativo si ricorda che una di queste è stata individuata nella sentenza n. 26 del 1979 con la quale è ritenuta irragionevole l'equiparazione delle condotte di omicidio, di omicidio preterintenzionale, di tentato omicidio e di lesioni gravissime e gravi come modalità commissive del delitto di insubordinazione con violenza nei confronti del superiore ufficiale, le quali venivano punite, in ogni caso, con l'ergastolo: in questa occasione per la prima volta il Giudice delle leggi effettua il sindacato sulla misura della pena sulla base di una valutazione del rango costituzionale degli interessi tutelati e addivene così alla conclusione che il legislatore, nel bilanciare il bene della vita o dell'integrità fisica del superiore gerarchico, da un lato, e quello della disciplina militare, dall'altro, ha operato il completo stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco "anteponendo la disciplina militare in tempo di pace, intesa nel senso riduttivo di obbedienza e di rispetto dell'inferiore verso il superiore, a quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale, premessa naturale di qualsiasi altra situazione soggettiva giuridicamente protetta, che è il diritto alla vita"⁵⁴.

Un'altra decisione che viene ritenuta significativa del sopra indicato mutamento di orientamento della Corte è la sent. n. 409 del 1989 con la quale è valutata illegittimamente sproporzionata la pena originariamente prevista per il reato di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza: in questa occasione la Consulta afferma che "il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante" e che il principio di proporzionalità – che viene forse per la prima volta così compiutamente formulato in materia penale proprio anche sotto il profilo linguistico e definitorio⁵⁵ – "nel campo del diritto penale... equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed

⁵⁴ In riferimento a questa sentenza cfr. C. PIACENTINI, *Reati di insubordinazione militare: diversità delle fattispecie e congruità delle pene*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 371, il quale parla di «un'autentica svolta in tema di sindacato della Corte costituzionale sulle sperequazioni riscontrabili a proposito della congruenza fra reati e pene»; S. CORBETTA, *La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 145, il quale ritiene che la sent. n. 26 del 1979 «segna una svolta nella valorizzazione del canone della ragionevolezza della comminatoria editale» poiché «il controllo di ragionevolezza diventa controllo della giustizia delle leggi»; da ultima, P. SCEVI, *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.*, (web), 23 marzo 2020, 12 e *ivi* nota 31, mentre altri studiosi hanno evidenziato l'importanza della sent. n. 26 del 1979 nella misura in cui essa ha saldamente ancorato ad una valutazione critica degli interessi protetti lo scrutinio sull'ammontare della pena e questo sulla scorta di una gerarchia assiologica desumibile dalla Costituzione: in tal senso cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 223-225, il quale pure lamenta che a partire dalla sent. n. 26 del 1979 «il controllo sulla "meritevolezza" dei contenuti dell'opzione penale avrebbe potuto, forse, essere veicolato con più coraggio secondo canali più diretti, e attingendo immediatamente alla tavola dei valori costituzionali. In realtà, così non è stato...» (225); D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 681.

⁵⁵ Sotto tale profilo forse una delle definizioni più azzeccate del principio di proporzione è quella offertane da F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 165-166, secondo il quale il principio di proporzione «opera a vari livelli, fungendo da metro o indice dei modi di rilevanza dei diversi fattori che influiscono sull'an, la species e il quantum della punibilità»: l'A. fra l'altro prosegue anche osservando che tale principio, agendo avanti tutto nell'operazione di raffronto fra l'oggetto della tutela, ovvero il bene giuridico tutelato, e l'oggetto della reazione, ovvero il bene colpito dalla sanzione, «impone che il bene giuridico offeso dal reato sia di valore pari o proporzionato a quello colpito dalla pena» (166).

alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni"⁵⁶.

Ancora viene individuata la sentenza n. 343 del 1993 in cui la Corte è posta di fronte alla questione della cosiddetta spirale delle condanne, ovvero del susseguirsi delle condanne penali che sistematicamente colpiscono coloro che senza addurre giustificati motivi indicati dalla legge rifiutano incondizionatamente di prestare il servizio militare fino al momento della persistenza dell'obbligo di leva: in tale occasione la Corte rileva a chiare lettere che la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale determinata dalla previsione di una sanzione penale che risulti manifestamente eccessiva rispetto all'effettivo disvalore del fatto "produce... una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione"⁵⁷.

Ancora viene assunta a decisione particolarmente emblematica di questo nuovo indirizzo una sentenza che la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di definire in una decisione piuttosto recente "tra gli interventi più incisivi della Corte in materia di misura della pena"⁵⁸, ovvero la sentenza n. 341 del 1994. In questa occasione viene dichiarata incostituzionale la previsione della pena minima di sei mesi di reclusione per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale: la Corte ritiene che in riferimento a tale reato "la previsione di sei mesi di reclusione come minimo della pena e quindi come pena inevitabile anche per le più modeste infrazioni non è consona alla tradizione liberale italiana né a quella europea. Questo unicum, generato dal codice penale del 1930, appare piuttosto come il prodotto della concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini tipica di quell'epoca storica e discendente dalla matrice ideologica allora dominante, concezione che è estranea alla coscienza democratica instaurata dalla Costituzione repubblicana, per la quale il rapporto tra amministrazione e società non è un rapporto di imperio, ma un rapporto strumentale alla cura degli interessi di quest'ultima. Il necessario e ragionevole bilanciamento di interessi che presiede alla determinazione della misura della pena non può, nel caso presente, non tenere conto del mutato assetto di questo rapporto.

Già questa prima, più generale, considerazione induce dunque a ritenere che la rigidità e severità del minimo edittale previsto dal legislatore del 1930 e ancora vigente sia frutto di un bilanciamento ormai manifestamente irragionevole tra tutela dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale (e del buon andamento dell'amministrazione) anche nei casi di minima entità, e quello della libertà personale del soggetto agente"⁵⁹.

⁵⁶ In tema cfr. A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1443, il quale, pur non nascondendosi che la sentenza «non ha trovato ulteriore sviluppo nella giurisprudenza costituzionale successiva, né tantomeno è riuscita ad affermarsi come autonomo canone decisorio» (1443-1444), osserva che la sent. n. 409 del 1989 è quella che «più esplicitamente si propone di valorizzare... il canone della proporzionalità quale principio generalissimo del sistema penale» e come concepito «nell'ottica del 'minimo sacrificio necessario'», ragion per cui essa «rimane a tutt'oggi un punto di riferimento insuperato»: per osservazioni sostanzialmente analoghe cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 23-24.

⁵⁷ Di «importante collegamento fra proporzione e rieducazione» in riferimento a tale sentenza discorre G. FIANDACA, *Scopo della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 144, il quale osserva che è proprio grazie a questa «funzionalizzazione del rapporto di proporzione tra entità della pena e disvalore del reato allo stesso finalismo rieducativo» che «l'art. 27, comma 3, Cost. funge da parametro "inespresso" (a differenza della proporzione che rimane criterio "implicito") di verifica della legittimità della dosimetria edittale».

⁵⁸ Così la sent. n. 179 del 2017.

⁵⁹ In riferimento alla sent. n. 341 del 1993 S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 147-148, sostiene che «la prospettiva... si allarga, abbracciando non solo i beni tutelati dalla norma incriminatrice (come è avvenuto nella sentenza n. 26/79), ma anche il primario bene della libertà personale... sul quale va a incidere l'"arma a doppio taglio" della sanzione penale...», che così «si arricchisce senz'altro il sindacato della misura della pena, in quanto il canone della ragionevolezza si inquadra e trae linfa dall'intero quadro costituzionale» e che di conseguenza «il giudizio di

Si potrebbe osservare – ed in effetti è considerazione piuttosto ricorrente in dottrina – che tutte queste decisioni sono accomunate dal seguente elemento che le differenzia rispetto alla quasi totalità delle altre decisioni della Corte *in subjecta materia*: i giudici costituzionali hanno prospettato la possibilità di procedere al controllo sulla ragionevolezza intrinseca delle pene, ovvero in maniera tale che lo stesso risulti circoscritto all'analisi di un determinato reato in sé e per sé considerato.

In altri termini, il Giudice delle leggi ha ritenuto di poter svolgere «una valutazione autonoma, sganciata cioè da uno schema comparativo, di manifesta eccessività della pena rispetto al disvalore dell'illecito»⁶⁰.

Anzi, si potrebbe dire che nel caso specifico della sentenza n. 341 del 1994 la mancanza di proporzione è stata rilevata anche in relazione al venir meno della ragione giustificativa originaria⁶¹.

La Corte addivene alla conclusione nel senso della sproporzione del minimo edittale della pena prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale non solo attraverso un giudizio di ragionevolezza intrinseca, ma anche mediante un giudizio di ragionevolezza sopravvenuta, tant'è vero che queste due “forme di giudizio” sembrano saldarsi o, meglio ancora, risultano l'una la conseguenza dell'altra: infatti la Corte osserva che la rigidità e la severità del minimo edittale previsto dal legislatore del 1930 erano il frutto di un bilanciamento oramai manifestamente irragionevole fra la tutela dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale e il buon andamento dell'amministrazione anche alla luce del trattamento sanzionatorio previsto per il reato di ingiuria⁶².

L'opinione diffusa in dottrina secondo la quale tutte queste decisioni da ultime ricordate avrebbero determinato un cambio di rotta rispetto alla giurisprudenza costituzionale in tema di sindacato sul *quantum* della pena pare, sì, corrispondente al vero, ma solo in parte.

Questo si sostiene perché queste pronunce, in realtà, si fondano sul riscontro non solo dell'irragionevolezza intesa in senso assoluto, bensì anche dell'irragionevole disparità venutasi a determinare fra il trattamento sanzionatorio previsto dalla norma censurata e quello invece

ragionevolezza... costituisce un criterio di giudizio che assume un valore autonomo e più generale rispetto al principio di eguaglianza, e viene impiegato dalla Corte come parametro di controllo non più collegato all'art. 3 comma 1° Cost., ma anche ad altri principi costituzionali, secondo una valutazione più ampia, comprensiva di *tutti* gli interessi coinvolti nelle scelte punitive del legislatore»; anche A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1446, ritiene che solo dopo aver specificato a chiare lettere che il legislatore deve collocarsi dentro l'orizzonte assiologico proprio delle democrazie occidentali al fine di compiere il “necessario e ragionevole bilanciamento di interessi che presiede alla determinazione della misura della pena” la Corte «si preoccupa di individuare un elemento di confronto, un *tertium comparationis*, sul quale misurare quantitativamente... l'entità della sanzione... Colpisce che – in questo caso – il *tertium comparationis* sia adoperato solamente *ad adiuvandum*, senza affidare ad esso una portata dirimente rispetto all'esito della decisione finale» e conclude così che nella sent. n. 341 «il c.d. *tertium comparationis* viene ad assumere un valore soltanto “indiziante” circa la sperequazione sanzionatoria, cedendo il passo a valutazioni direttamente legate all'interesse tutelato dalla norma e al coefficiente di offensività del tipo» (1448).

⁶⁰ Così G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 299; a giudizio di F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 323-324, in queste decisioni la Corte è andata «zelantemente a verificare la sussistenza di un eccesso di potere del legislatore e a decidere di sostituirsi ad esso, modificando la disposizione censurata, in alcuni casi, nel considerato in diritto, e, in tal'altri, persino nel dispositivo, con decisioni a catena che si autoalimentavano reciprocamente».

⁶¹ La formula è tratta da M. RUOTOLO, *Un caso di «irragionevole» ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1997, 855.

⁶² Per questa osservazione cfr. ancora M. RUOTOLO, *Un caso di «irragionevole» ragionevolezza*, cit., 855 nota 18; in senso critico sul giudizio di irragionevolezza sopravvenuta cfr. P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero “se”, “come”, “quando” e “quanto” punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'ORLANDO e L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 71, il quale esprime disapprovazione per le diverse soluzioni adottate dalla Corte nelle sentt. n. 341 del 1994 e n. 22 del 2007: l'A. osserva che il Giudice delle leggi rispettivamente nella prima dichiara incostituzionale il minimo edittale della norma incriminatrice asserendo che si tratta di norma ormai anacronistica, mentre nella seconda rileva che la norma incriminatrice è frutto di una scelta recente del legislatore «come se il giudizio di ragionevolezza non debba essere “valutato nell'attualità”, indipendentemente dal tempo trascorso dall'entrata in vigore della norma, tenendo conto solo dell'aderenza, o meno, alle norme costituzionali».

contemplato in relazione ad una diversa fattispecie criminosa⁶³: di conseguenza, il “concetto” di ragionevolezza in queste decisioni rimane al centro del percorso argomentativo svolto dalla Corte subendo solo una scissione in una parte estrinseca e in una parte intrinseca.

In altri termini, in queste sentenze si deve riscontrare il seguente minimo comun denominatore: innanzitutto al di là di alcune affermazioni di carattere generale la Corte annulla una sanzione penale solo perché i termini della questione sottoposta alla sua attenzione consentono di valutare la ragionevolezza della pena impugnata in via non assoluta, bensì relazionale⁶⁴; in secondo luogo e del tutto conseguentemente la stessa Corte non opera valutazioni in ordine a quelle che sono le scelte “assiologiche” complessive del legislatore penale⁶⁵; in terzo luogo, per quanto in tutte queste decisioni la Corte faccia più o meno esplicito riferimento al parametro della proporzione/rieducazione, ad esso la stessa Corte sembra conferire solo «portata dimostrativa», ovvero lo *status* di «principio argomentativo nella cornice del principio di ragionevolezza...»⁶⁶.

Così facendo, la Corte non ha fatto altro che seguire quella tesi dottrinale secondo la quale la sproporzione fra misura della sanzione penale, da una parte, e valore tutelato, dall'altra, dipende sia da un giudizio quasi inevitabile di raffronto con altri beni costituzionalmente rilevanti e tutelati da altre norme penali sia dal rapporto di gerarchia che intercorre fra bene tutelato e libertà personale sacrificata dalla sanzione penale⁶⁷.

⁶³ In tal senso cfr. anche M. ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 206 nota 25, il quale, in relazione alla sent. n. 26 del 1979, osservava che, ancorché «solo di copertura», comunque «la necessità di un aggancio... all'art. 3 Cost. è una esigenza sempre sentita dalla Corte nei casi in cui viene affrontato, in termini di giudizio di costituzionalità, il problema della congruità della sanzione penale»; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 481, il quale osserva che «la giurisprudenza costituzionale... parla del principio di proporzione per lo più nell'accezione... di *Übermaßverbot* nell'ambito di un giudizio sul rispetto del principio di uguaglianza da parte di due fattispecie a confronto»; R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta*, cit., 969 nota 4, il quale, con particolare riferimento alle sentt. n. 343 del 1993 e n. 341 del 1994, osserva che esse sono «sempre basate sul *tertium comparationis*».

⁶⁴ Di questa idea è anche R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia di incostituzionalità della pena minima prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1994, 2823, il quale critica la tesi sostenuta dal Neppi Modona secondo cui con quella sentenza la Consulta avrebbe affermato un nuovo controllo di tipo forte sulle scelte sanzionatorie del legislatore.

⁶⁵ Della stessa opinione è R. PINARDI, *op. e loc. cit.*

⁶⁶ Entrambe le ultime espressioni sono tratte da E. COTTU, *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, cit., 414, il quale sembra esprimere adesione a questo “modo di intendere” il parametro della proporzione/rieducazione; con specifico riferimento alla sent. n. 343 del 1993 A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1445, muovendo dalla premessa secondo cui in questa sentenza «emerge come... il principio di proporzione venga al contempo considerato diretta espressione dell'art. 3 Cost.», osserva di avere «l'impressione che la connessione tra proporzione e rieducazione non abbia da sola giocato un ruolo decisivo nel giustificare la declaratoria di incostituzionalità».

⁶⁷ Si tratta della tesi formulata da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *N.ssmo dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 19 nota 9, secondo il quale «ciò consente di radicare l'illegittimità costituzionale delle pene “eccessive” non solo su di una violazione dell'art. 3 Cost. ma altresì sulla violazione di un principio costituzionale che, seppure non esplicito, è intraneo alla stessa natura dell'illecito penale e della sua sanzione»; la tesi è stata poi ripresa anche da M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 734. Deve essere però adeguatamente sottolineato un aspetto di fondamentale importanza che risulta evidente nell'affermazione che subito dopo lo stesso Bricola *ivi* fa, ovvero quella secondo la quale «l'aggancio all'art. 3 Cost. può essere necessario al fine di superare le assurde perplessità che la Corte costituzionale dimostra sempre nei confronti di un giudizio di legittimità non impostato con riferimento ad una norma costituzionale esplicita»: la rilevanza dell'affermazione risulta *ictu oculi* sol che si consideri che a giudizio di questa tesi l'aggancio all'art. 3 non è ritenuto necessario e, anzi, è valutato solo come un artificio al fine di superare una giurisprudenza costituzionale ritenuta – nelle parole dello stesso Bricola – assurda, mentre la Corte ha seguito, come si dirà sopra poco oltre nel testo, questa tesi ma ha ritenuto al contempo non superfluo o ultroneo bensì fondamentale continuare ad ancorare il giudizio sulla congruità e sulla misura delle sanzioni penali sull'art. 3 Cost.

3. *L'impostazione che prescinde dal canone della ragionevolezza seguita solo eccezionalmente dalla Corte costituzionale nel sindacato sul quantum della sanzione penale*

Come si è anticipato in precedenza, esiste però anche una seconda impostazione in riferimento all'individuazione di criteri di adeguatezza nella determinazione delle pene rispetto alla gravità del reato.

Essa consiste nell'appurare se sia possibile individuare una o più disposizioni costituzionali da cui inferire l'esistenza di alcuni principi relativi ai presupposti, al contenuto e alle finalità della sanzione criminale⁶⁸: ammesso che questa ricerca dia esiti positivi, a quel punto si deve capire se questi principi siano in grado – e, nel caso, fino a che punto – di costituire per il legislatore penale un limite la cui violazione sia sindacabile in sede di giudizio di costituzionalità.

Questa impostazione muove dalla seguente premessa: è possibile fare a meno del *tertium comparationis* con la conseguente superfluità di una fattispecie comparativa che possa fungere da paradigma da cui declinare le rime costituzionalmente obbligate: esistono infatti parametri costituzionali diversi dalla ragionevolezza, ma parimenti capaci di incidere sulla legittimità della previsione edittale.

Quanto all'individuazione di questi parametri, il primo che viene identificato è il principio di legalità.

Tale principio sarebbe violato prima di tutto sotto il circoscritto profilo di un'eventuale indeterminatezza conseguente ad una forbice edittale eccessivamente divaricata: il principio di determinatezza, ritenuto dalla costante giurisprudenza costituzionale ricavabile dall'art. 25, comma 2 Cost., imporrebbe al legislatore «un vincolo nel dosaggio della pena»⁶⁹.

Qualora, infatti, la cornice edittale fosse troppo ampia, essa risulterebbe inidonea ad esprimere un reale giudizio di disvalore sulla figura astratta di reato⁷⁰: in altri termini, «lo spazio edittale non rappresenta... la 'cornice' di un potere sovrano del giudice, ma individua una scala continua di sottofattispecie, graduate secondo la gravità del reato e la capacità a delinquere dell'agente (art. 133 c.p.), entro la quale il giudice deve collocare la fattispecie concreta»⁷¹.

In secondo luogo, il principio di legalità sarebbe leso anche nell'ipotesi di reati a pena massima indeterminata, ovvero in cui fossero previste pene determinate nel minimo, ma indeterminate nel massimo: questo perché in assenza di qualsiasi limite legislativo la determinazione dell'ammontare della pena per le ipotesi più gravi riconducibili a quei tipi di reati verrebbe lasciata all'arbitrio del giudice⁷².

⁶⁸ Il dato di fatto che «sulla misura delle pene edittali la Costituzione non dà indicazioni *dirette*» (così D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2017, n. 2, 49, con corsivo nostro) non significa che da alcuni principi costituzionali non possa essere desunta l'esistenza di indicazioni vincolanti per il legislatore in relazione a finalità, contenuti e limiti delle sanzioni penali.

⁶⁹ Così S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 151, il quale osserva che «è già il principio di legalità della pena... ad incidere *direttamente* sulla previsione edittale, senza la necessità di un *tertium comparationis*» (150).

⁷⁰ In tal senso cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 361-62; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 25 ss.; S. RIONDATO, *Legalità della pena e «supplenza» del codice penale comune nell'ordinamento militare*, in *Cass. pen.*, 1985, n. 5, 836; G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989, 153-162; da ultimi, E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., 15; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, PG, Bologna, 2019, 87.

⁷¹ Così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, 230, i quali concludono nel senso che «nell'esercizio del suo potere discrezionale il giudice deve quindi perseguire le valutazioni espresse *dal legislatore* attraverso la fissazione del minimo e del massimo della pena».

⁷² In tal senso cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 86; E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., 14, il quale ritiene che siano costituzionalmente illegittime sempre per la violazione di alcuni «risvolti» del principio di legalità anche le ipotesi di cornici edittali imprecise (come quella di cui all'art. 81, comma 1 cod. pen. a norma del quale il concorso formale di reati «è punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo»), così

Un altro parametro costituzionale che viene individuato è quello relativo alla funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3 Cost.

Da questo punto di vista è stato sostenuto che tale principio può essere assunto nel suo contenuto *immediatamente e direttamente* incidente sulla misura della pena: a questo proposito un commentatore ha potuto osservare che «scelta delle ipotesi incriminatrici, proporzionalità della pena, ragionevolezza, sono tutti principi connessi che nella fase normativa guardano lontano, perché teleologicamente orientati a quella funzione della pena che la Costituzione definisce “rieducativa”»⁷³.

Questo si ritiene sulla base soprattutto delle seguenti tre premesse: innanzitutto la norma di cui all'art. 27, comma 3 non può essere ritenuta meramente programmatica né un semplice criterio di politica criminale; in secondo luogo la finalità rieducativa non può essere circoscritta e confinata alla sola fase dell'esecuzione penale, ma deve necessariamente essere estesa anche a tutti gli altri stadi della dinamica punitiva e *in primis* allo stadio della comminatoria legale; in terzo luogo la funzione rieducativa non coesiste con le altre funzioni della pena – prima fra tutte la funzione retributiva – senza alcun predefinito rapporto di rango, ma, pur non essendo l'unica funzione della pena nel nostro ordinamento, ne rappresenta la funzione primaria⁷⁴.

A queste considerazioni si aggiunge la seguente osservazione: il precetto, ricavabile sempre dall'art. 27, comma 3 Cost., secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità deve essere inteso non restrittivamente come divieto di sanzioni lesive dei diritti inviolabili della persona umana garantiti, come tali, anche al reo, bensì più estensivamente come principio che contribuisce a fondare l'indefettibile esigenza di una proporzione fra pena e reato⁷⁵.

Sulla base di queste premesse si addivene alla conclusione secondo la quale il sindacato ex art. 27, comma 3 Cost. «può... portare a una dichiarazione di illegittimità costituzionale di quelle pene che, già a livello di previsione astratta, risultino *manifestamente sproporzionate* (cioè eccessive) rispetto al perseguimento della finalità rieducativa»⁷⁶.

A questa impostazione potrebbe in teoria essere ascritto il merito di saper affrancare il sindacato sulla misura delle sanzioni penali dal necessario ricorso tanto al *tertium comparationis*, che, come s'è già detto, non è esente da inconvenienti e da controindicazioni, quanto, ancor prima e a monte, allo stesso canone valutativo della ragionevolezza⁷⁷: il superamento di questo canone potrebbe

come le ipotesi di quelle disposizioni legislative che descrivessero il contenuto di una pena attraverso clausole tanto imprecise da trasferire in capo al giudice nella sostanza il compito di definire di volta in volta quel contenuto (come potrebbe essere il caso delle vaghe formule “prescrizioni in ordine... alla dimora” o “alla libertà di locomozione” che il giudice può riempire dei contenuti più variegati): l'A. sottolinea in relazione ad entrambe queste ultime ipotesi che «una prassi [giurisprudenziale] uniforme non varrebbe comunque a sanare il *deficit* di legalità» (15).

⁷³ E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, 3204.

⁷⁴ Questa “concezione” della finalità rieducativa della pena, pur essendo stata in passato negata da non pochi autori i quali ne avevano propugnata un'altra estremamente più limitativa (cfr., *inter alios*, M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 120-121; G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974, 98-99), è oggi in effetti accettata pressoché dalla quasi totalità della dottrina.

⁷⁵ Questa tesi ricostruttiva è dovuta a S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 164.

⁷⁶ Così S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 156; anche F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 375, sembra sostenere come ammissibile questa tesi benché lo stesso A. da un lato tenga a specificare che in questo caso non si passa «per il tramite della proporzione» e dall'altro lato definisca al contempo «remota» l'ipotesi che la funzione rieducativa della pena sia assumibile in un suo contenuto immediatamente incidente sulla misura della pena.

⁷⁷ Per dirla con M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene*, cit., 736-737, «se... si ritiene che la Carta [costituzionale] presenti una serie di prescrizioni (implicite o esplicite) vincolanti il profilo sostanziale della tutela penale, allora il controllo della Corte riguarderà non tanto l'esercizio del potere discrezionale legislativo, ma piuttosto l'eventuale violazione delle prescrizioni medesime».

essere visto con favore non solo perché la sua ambiguità è stata stigmatizzata in dottrina⁷⁸, ma anche per la sua perlomeno parziale incapacità di rappresentare compiutamente un «meta-principio di sintesi»⁷⁹, ovvero di assolvere alla funzione di frapporre ostacoli alla discrezionalità punitiva del legislatore laddove essa si ponga in contrasto con le istanze garantistiche che la Costituzione afferma. Anche questa impostazione però, come l'altra già esaminata, non lascia completamente persuasi. Innanzitutto, l'ipotesi in cui la misura della sanzione penale possa essere sindacata per la violazione del principio di legalità ha un circoscritto ambito di realizzazione.

Per quel che concerne i reati a pena massima indeterminata, la possibilità che essi possano giungere al vaglio della Consulta e che questa li possa dichiarare incostituzionali è un'eventualità che non è suscettibile di verificarsi frequentemente ma che, anzi, è estremamente rara: infatti una norma incriminatrice che indichi soltanto il minimo della pena in quanto tale non può concretizzare un'ipotesi di reato a pena massima indeterminata in quanto essa deve essere letta ed integrata con le disposizioni della parte generale del codice penale che individuano la misura massima per quel tipo di pena e quindi in modo particolare con l'art. 23 cod. pen. che fissa in ventiquattro anni il massimo della reclusione; di conseguenza, soltanto quella singola norma incriminatrice che, nel prevedere l'ammontare minimo della reclusione senza fissarne il massimo, al contempo contenesse una clausola che escludesse espressamente l'applicabilità dell'art. 23 cod. pen. lascerebbe indeterminato ed indeterminabile il massimo della pena e quindi esclusivamente in questo caso potrebbe porsi la questione di costituzionalità di fronte al Giudice delle leggi⁸⁰. Quanto, invece, alle disposizioni che contengono cornici edittali eccessivamente ampie, il problema è costituito non tanto dalla circostanza che si tratta di ipotesi-limite, ovvero quantitativamente assai poco numerose⁸¹, ma quanto e soprattutto dal fatto che – eccezion fatta per i casi di clamorosamente macroscopica distanza fra minimo e massimo – è molto difficile in pratica individuare il *discrimen* fra una cornice edittale eccessivamente dilatata e una che non lo è: questo, s'intende, a meno di non voler rischiare di sconfinare seriamente nel merito politico della scelta del legislatore⁸².

In secondo luogo poi l'impostazione in esame sembra accostare l'art. 27, comma 3 sia nella parte in cui stabilisce il principio della finalità rieducativa della pena sia nella parte in cui prescrive che le pene non possano consistere in trattamenti contrari al senso d'umanità alle previsioni contenute in altre Carte costituzionali e in modo particolare in quella statunitense: il riferimento è fatto alla *Cruel and Unusual Punishment Clause* di cui all'VIII Emendamento, la quale vieta l'inflizione di pene "crudeli ed inconsuete"⁸³.

⁷⁸ Senza poter e voler approfondire questa immane tematica nella presente sede ci si limita soltanto a rimandare per l'esposizione dei motivi che possono supportare un giudizio di ambiguità in relazione al "concetto" di ragionevolezza ad A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976, partic. 117 ss., mentre addirittura qualche autore ha nettamente bollato tale "concetto" come «un solo termine... incerto, polisenso e suscettibile di disparate applicazioni»: così P.G. GRASSO, *Questioni costituzionali in tema di diritto penale militare (In margine ad una sentenza della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 466.

⁷⁹ A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1457; per una simile definizione cfr. A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una problematica costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2001, 363, che parla di «sovra-struttura di sintesi».

⁸⁰ In tal senso cfr. anche G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 227.

⁸¹ ... perché, anzi, è forse vero l'esatto contrario se si considera che con una novella del 1974 il meccanismo del bilanciamento fra aggravanti ed attenuanti è stato reso applicabile a qualsiasi circostanza con l'effetto di rimettere alla discrezionalità del giudice, per delitti come le lesioni gravi e gravissime o come il furto aggravato, la scelta di pene da un minimo di pochi mesi a un massimo anche al di sopra dei dieci anni.

⁸² Come osserva D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, 188, «anche per questo, il principio di legalità della pena non è riuscito a tradursi in efficace strumento di controllo sulla legislazione ordinaria»; l'A. ribadisce sostanzialmente questa conclusione anche più di recente in *La misura delle pene*, cit., 54.

⁸³ Come è noto, per costante giurisprudenza della *Supreme Court* [cfr. *Louisiana v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947), *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 666-667 (1962) e *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972)], il divieto di pene "crudeli

L'accostamento in parola, che si giustificerebbe perché tanto l'art. 27, comma 3 quanto l'VIII Emendamento consentirebbero un controllo in termini assoluti della sproporzione fra reato e pena, non convince pienamente.

Innanzitutto è vero che a partire dai primi anni del novecento dello scorso secolo e più precisamente dal caso *Weems v. United States*⁸⁴ la Corte Suprema ha inaugurato una giurisprudenza secondo la quale l'VIII Emendamento si riferisce non solo ai metodi punitivi inflitti⁸⁵, ma anche alla relazione fra il crimine commesso e la punizione imposta, poiché "è un precetto di giustizia quello secondo il quale la punizione per il crimine commesso deve essere graduata e proporzionata all'offesa".

Tuttavia, a partire dal caso *Rummel v. Estelle*⁸⁶ la stessa Corte ha avuto modo di precisare che il principio che quella giurisprudenza aveva posto avrebbe potuto trovare applicazione solo nelle "situazioni estreme" e che, pertanto, le Corti federali sarebbero dovute essere assai riluttanti ad intervenire in merito alla proporzionalità delle sentenze se non in casi "estremamente rari".

Il punto di arrivo di questo nuovo orientamento, che fornisce quella che, a giudizio di molti commentatori⁸⁷, rimane un'interpretazione assai restrittiva dell'VIII Emendamento, è il caso *Harmelin v. Michigan*⁸⁸ in cui il giudice Kennedy poteva esporre la tesi del cosiddetto "narrow proportionality principle", ovvero del "ristretto principio di proporzionalità": in base a tale tesi questo principio deve essere applicato in modo limitato perché "la vera funzione di un principio di proporzionalità costituzionale, se esiste, è quella di consentire ai giudici di valutare una pena che un assemblaggio di uomini e donne ha considerato proporzionato e di dire che non lo è. Per quell'impresa nel mondo reale gli standard sembrano così inadeguati che il principio di proporzionalità diventa un invito all'imposizione di valori soggettivi"⁸⁹.

Non è possibile svolgere un approfondimento della giurisprudenza della Corte Suprema in materia: ci si limita solo a ricordare quelli che potrebbero essere considerati uno degli emblemi del nuovo orientamento della stessa Corte, ovvero i casi *Locker v. Andrade*⁹⁰ e *Ewing v. California*⁹¹.

In entrambe le decisioni si trattava di risolvere il problema della costituzionalità della modifica legislativa introdotta nel Codice penale californiano il 7 marzo 1994 – definita, utilizzando il linguaggio mutuato dalla terminologia sportiva, "three strikes and you're out" – la quale prevedeva pene molto severe e addirittura fino all'ergastolo nei confronti di un soggetto condannato per un

ed inconsuete" (o, con terminologia assolutamente identica, "inusuali") attraverso il XIV Amendment si applica a tutti gli Stati dell'Unione: si tratta della *Selective Doctrine of Incorporation* attraverso la quale la *Supreme Court* ha potuto applicare agli Stati, mediante appunto la *Due Process Clause* di cui al XIV Am., quelle previsioni del *Bill of Rights* che la Corte stessa ha considerato fondamentali e connaturate al sistema ordinamentale americano. Sul punto cfr. A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione – L'esperienza statunitense*, Roma, 1974, partic. 317-318, nonché, per la dottrina americana, A.R. AMAR, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, in *The Yale Law Journ.* (vol. 101), 1992, 1193 ss., partic. 1264 ss.; W.R. LA FAVE - J.H. ISRAEL - N.J. KING, *Criminal Procedure*, S. Paul (Minn.), 2000, 50 ss., 70 ss.

⁸⁴ 217 U.S. 349 (1910); il principio espresso da questa sentenza fu anticipato nella *dissenting opinion* manifestata dal giudice Field nella decisione *O'Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323 (1892).

⁸⁵ ... e dunque fondamentalmente alla tortura e alle pene particolarmente cruente in genere: sul punto cfr. l'accurato studio svolto a suo tempo da A.F. GRANUCCI, "Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted": *The Original Meaning*, in *California Law Rev.* (vol. 57), 1969, 839 ss., spec. 845 ss. e 860 ss.

⁸⁶ 445 U.S. 274-275 (1980).

⁸⁷ Cfr. J.J. BRENNAN, *The Supreme Court's Excessive Deference to legislative Bodies under Eight Amendment sentencing Review*, in *The Journ. of Crim. Law & Criminology* (vol. 94), 2004, 551 ss., spec. 574 ss.

⁸⁸ 501 U.S. 957 (1991).

⁸⁹ È opportuno ricordare che in quell'occasione Justice Scalia poteva addirittura negare – con l'eccezione della pena capitale – qualunque connessione fra la *Cruel and Unusual Punishment Clause* e il principio della proporzionalità della pena rispetto al reato. Sul punto vedasi R.S. FRASE, *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: "Proportionality" Relative to What?*, in *Minn. Law Rev.* (vol. 89), 2005, 588-597.

⁹⁰ 538 U.S. 63 (2003).

⁹¹ 358 U.S. 11 (2003).

crimine e che fosse già stato condannato per uno o per più precedenti reati definiti come “seri” o “violenti” dalla legge. Nel caso *Ewing*, sul quale ci si sofferma, la *Supreme Court*, pur riaffermando la propria precedente giurisprudenza e dunque ribadendo che la previsione dell’VIII Emendamento vieta l’inflizione di pene che siano “gravemente sproporzionate” rispetto al crimine commesso, afferma, tuttavia, che il succitato articolo costituzionale non impedisce che lo Stato della California condanni un criminale recidivo alla prigione a vita senza possibilità di essere rilasciato sulla parola per i primi venticinque anni per il furto di mazze da golf del valore complessivo pressoché pari a poco più di mille dollari⁹².

La Corte sostiene di non potere ergersi ad una sorta di “superlegislatore” avente funzione di sindacare nel merito le scelte del potere legislativo perché lo Stato della California ha la facoltà di punire anche molto duramente i crimini che vengono commessi all’interno della sua giurisdizione al fine di reprimere ed ancor prima di disincentivare la commissione dei reati⁹³: in altri termini, la sentenza della Corte sembra consentire agli Stati e più in particolare ai loro organi legislativi di definire i limiti da attribuire alla previsione di cui all’VIII Emendamento perché tali organi legislativi – osserva la Corte con un’affermazione che rimanda ad alcune tesi sostenute dal giudice Frankfurter⁹⁴ e dal giudice Scalia⁹⁵ – hanno il sostegno della maggioranza della popolazione⁹⁶.

⁹² Da segnalare le *dissenting opinions* dei giudici Breyer e soprattutto Stevens, il quale ultimo in modo particolare osservò che, poiché tutte le tipologie sanzionatorie previste nell’ordinamento statunitense sono sottoposte a *proportionality review*, sarebbe risultato quanto meno strano ed incoerente sottrarre da tale sindacato la pena detentiva in assenza di una disposizione costituzionale esplicita in tale direzione. Da segnalare altresì – come ben ricorda D. GALLIANI, *Riflessioni costituzionalistiche sull’ergastolo entro le maglie dello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1° maggio 2015, 11 nota 35 – che negli USA in quasi tutti gli Stati negli anni più recenti sono state approvate diverse leggi in virtù delle quali alla commissione del terzo reato, indipendentemente dai precedenti, la pena è automaticamente l’ergastolo e questo senza alcuna discrezionalità per il giudice.

⁹³ Si può anche convenire sull’affermazione per cui è competenza dello Stato determinare la politica criminale da perseguire, ma questo a condizione che siffatta politica non violi la Costituzione: come dice W.J. BAUER, *Il regime delle impugnazioni*, in E. AMODIO - M.C. BASSIUNI (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, Milano, 1988, 233, «negli Stati Uniti vigono ben cinquantuno ordinamenti diversi... ogni Stato è pienamente libero di scegliere l’assetto costituzionale e il sistema penale che ritiene più efficaci, con l’unico limite rappresentato dalla salvaguardia dei diritti garantiti dalla Costituzione degli Stati Uniti».

⁹⁴ Del giudice Felix Frankfurter si veda l’*opinion* espressa nel caso *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 525 (1951), in cui egli, nel porre la “*deference*” alla base del *judicial review*, poteva dire che le “corti non sono corpi rappresentativi ... [ragion per cui] esse devono annullare gli atti di coloro la cui funzione è quella di legiferare soltanto se c’è una base ragionevole per agire in tal modo”; sul punto v. D.J. SOLOVE, *The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights*, in *Iowa Law Rev.* (vol. 84), 1999, 949-950. Il F. aveva esposto la sua visione, del resto, già molti anni prima: cfr. *A Note on Advisory Opinions*, in *Harvard Law Rev.* (vol. 37), 1924, 1007-08, laddove egli esprimeva la propria approvazione nei confronti della tesi della ‘deferenza’ alle interpretazioni costituzionali da parte del Congresso sostenuta in modo particolare da quello che potremmo definire uno dei padri della dottrina del *self-restraint* dei giudici, ovvero J.B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Rev.* (vol. 7), 1893, 136. Sul punto vedasi L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milano, 1966, 126 e *ivi* note 89 e 90, il quale ricorda con dovizia di particolari che fu il 1937 l’anno d’inizio del nuovo atteggiamento volto a far prevalere “la volontà di evitare l’incondizionata prevalenza degli organi giurisdizionali sui rappresentativi”, mentre per la dottrina americana cfr., fra i tanti, M.J. PERRY, *The Constitution in the Courts – Law or Politics*, New York-Oxford, 1994, 164.

⁹⁵ Ne dà ampiamente conto R.A. BRISBIN, Jr., *The Conservatorism of Antonin Scalia*, in *Pol. Sc. Q.* (vol. 105), 1990, 5, il quale, attraverso l’analisi di tutta una serie di casi, dimostra come lo Scalia «believes in popular control of public policy through representative institutions and in respect for the majority’s policy choices»; cfr. anche C.E. SMITH, *Justice Antonin Scalia and the Supreme Court’s Conservative Moment*, Westport, 1993, 28-36.

⁹⁶ È stato efficacemente fatto notare che, così come la Corte ben potrebbe sindacare la legge statale che, per avventura, costringesse l’imputato a testimoniare contro se stesso in violazione del V Emendamento quand’anche quella legge fosse diretta a promuovere le finalità di una specifica politica criminale dello Stato, non si vede la ragione per la quale la stessa Corte non dovrebbe giudicare della legittimità di una disposizione legislativa in base a cui un giudice ha potuto condannare un individuo ad una pena giudicata sproporzionata: così J.J. BRENNAN, *The Supreme Court’s Excessive Deference*, cit., 578.

Non a caso di fatto l'applicazione del principio di proporzionalità al fine di stabilire se una data punizione sia crudele e inusuale e dunque se sia eccessiva è stata limitata a pochissimi casi⁹⁷, ovvero sostanzialmente quasi soltanto a quelli riguardanti la pena di morte per reati non omicidari⁹⁸ e a quelli inerenti le condanne a vita senza possibilità di *parole* per i giovani criminali⁹⁹.

A conclusione di questo breve *excursus* sulla giurisprudenza della *Supreme Court* statunitense in merito all'VIII Emendamento si può formulare la seguente conclusione.

Se neppure negli USA l'VIII Emendamento ha implicato «la possibilità di dedurre la “giusta misura” della sanzione facendo a meno di ogni parametro e quindi *a priori*»¹⁰⁰, *a fortiori* questo deve essere sostenuto per l'art. 27, comma 3 sol che si consideri che tale ultima disposizione, contrariamente a quella statunitense, impiega un termine, quello di “rieducazione”, che può essere ritenuto, se non «equivoco»¹⁰¹, comunque tale da poter assumere significati diversi a seconda delle visioni politico-criminali dei singoli interpreti¹⁰².

Non solo, ma un altro elemento appare dirimente.

Se anche si aderisse a quell'autorevole dottrina secondo cui la funzione legislativa non è mai libera nel fine ma è «a suo modo... discrezionale, ossia vincolata *pro parte*, doverosa, teleologicamente atteggiata»¹⁰³ e si ritenesse dunque che il *quantum* della sanzione penale deve essere calibrato in modo tale che questa finalisticamente tenda alla rieducazione del soggetto, sarebbe in ogni caso a dir poco assai arduo immaginare che il Giudice delle leggi potesse valutare la proporzione del *quantum* della sanzione penale in funzione esclusivamente del parametro di cui all'art. 27, comma 3 Cost.

Questo si sostiene non tanto perché tale valutazione che la Corte operasse tenderebbe ad avvicinarsi se non addirittura ad identificarsi con il controllo sull'esercizio del potere legislativo nella forma dell'eccesso dai limiti propri di esso, ovvero con il controverso vizio dell'eccesso di potere legislativo¹⁰⁴; né quanto poco fa sostenuto si fonda sul rilievo, pure adombrato in dottrina, secondo

⁹⁷ ... tant'è vero che a tutt'oggi la sentenza *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983), è ricordata come quel caso eccezionale in cui la Corte Suprema ha tentato di definire con precisione al di fuori del contesto della pena capitale che cosa renda una condanna a pena detentiva costituzionalmente illegittima a causa della sua durata eccessiva rispetto alla gravità del reato.

⁹⁸ Cfr. a titolo esemplificativo le sentenze *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982), *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008).

⁹⁹ Se già in *Roper v. Simmons*, 453 U.S. 551 (2005), la *Supreme Court* ritiene che l'VIII Emendamento vieta la pena capitale per i minori, successivamente il principio viene esteso nei casi *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010) e *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012) nel senso che la pena della condanna a vita *without parole* nei confronti dei minori è in contrasto con l'VIII Emendamento senza che ciò confligga a sua volta con la “regola generale” stabilita nel già citato caso *Harmelin v. Michigan*, mentre nel 2016 nel caso *Montgomery v. Louisiana* la Corte Suprema statuisce che la decisione *Miller* ha affermato una regola di diritto sostanziale applicabile, come tale, retroattivamente alle *mandatory life sentences without the possibility of parole* precedentemente irrogate e divenute definitive.

¹⁰⁰ Così M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene*, cit., 752, secondo cui, tuttavia, il fatto che negli USA «l'oggetto del controllo pare essere... la sproporzione in termini assoluti tra reato e pena... denota il rifiuto di un sindacato a stampo razionalistico, che tenga conto esclusivamente delle esigenze di intima coerenza dell'ordinamento» (751-752).

¹⁰¹ Così S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 156.

¹⁰² In tal senso cfr. le osservazioni di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 95.

¹⁰³ Così F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 348, il quale nega validità alla tesi secondo cui la legge «non può essere sottoposta a vincoli positivi interni di scopo, ma solo a vincoli negativi esterni» (343).

¹⁰⁴ Parla dell'“eccesso di potere legislativo” e della *variatio* linguistica del “sindacato sulla ragionevolezza” come di una «figura – al fondo – unitaria» A. CELOTTO, *Corte costituzionale ed «eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. cost.*, 1995, 3724 ss., 3735 e d'altra parte la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 313 del 1995 – relativa alle questioni di costituzionalità degli artt. 342 e 343 cod. pen. – rileva che “perché sia... possibile operare uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore... è... necessario che l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso

il quale, «sebbene il rispetto della funzionalità rieducativa di cui la pena è espressione... conservi un'indiscutibile valenza,... non va tuttavia negata la preminenza logica, prima ancora che di contenuti, della legalità formale»¹⁰⁵.

Il motivo che induce ad essere assai perplessi sulla possibilità di valutare il *quantum* di sanzione penale in funzione soltanto del parametro di cui all'art. 27, comma 3 Cost. è, in realtà, un altro ben più assorbente.

È infatti difficilmente immaginabile poter sfuggire alla seguente constatazione davvero poco contestabile: «da un punto di vista assoluto, nessuno può stabilire quale sia, o possa essere, la pena “proporzionata” del furto, e della rapina, e della violenza carnale, e così via dicendo»¹⁰⁶.

Da un lato la proporzione è un “concetto” necessariamente relativo nel senso che ha come «pietra di paragone»¹⁰⁷ le teorie sulla funzione della sanzione penale le quali sono molto diverse le une dalle altre: è chiaro che la valutazione consistente nell'assodare se una data pena possa essere o non essere proporzionata al relativo fatto di reato varia a seconda che venga adottata la teoria retributiva o quella general-preventiva o quella correzionalista o quella rieducativa della pena¹⁰⁸.

Dall'altro lato il giudizio relativo alla proporzione fra la sanzione e il fatto di reato dipende dal rapporto di gravità stabilito fra i reati previsti nell'ordinamento: la Corte potrà anche individuare tutti i fattori che hanno concorso all'opzione legislativa sulla misura della pena e al limite potrà

distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di “eccesso di potere” e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa”.

¹⁰⁵ Così F. CURI, *L'attività «parelegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale*, cit., 1098, la quale ritiene che il principio di legalità abbia una «posizione prodromica e di confine»; anche A. CERRI, *Novità della Corte in tema di oltraggio*, in *Crit. dir.*, 1994, n. 4, 58-60, partic. 59, si mostra alquanto perplesso sulla strumentalizzazione del principio della funzione rieducativa della pena operata al fine di giudicare sull'adeguatezza delle pene. Tuttavia sulla base di quanto più volte significato e in prosieguo non si mancherà di rilevare in questo scritto sembra di poter osservare come il principio di legalità non possa costituire *di per se stesso* un ostacolo tale da impedire o comunque da limitare l'intervento della Corte costituzionale in tema di sindacato sul *quantum* della pena al di fuori dell'utilizzo del canone della ragionevolezza.

¹⁰⁶ Così T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 446, il quale definisce il principio di proporzione «non... di natura “ontologica”, ma assiologica» (443); più di recente A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 804, osserva che «la proporzionalità della misura di una pena che voglia essere rieducativa si sottrae alla precisione del bilancino farmaceutico, caratterizzandosi per un alto tasso di discrezionalità», mentre molto – troppo, poiché l'effetto pratico sarebbe quello di escludere quasi completamente il sindacato della Corte sul *quantum* della pena – più in là si spinge nel ragionamento A. PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori*, cit., 776, nella misura in cui sostiene che, «mentre vi è un modo per stabilire se una intera norma penale sia irragionevole (la irragionevolezza qui sta a significare che quella norma contrasta con uno specifico valore proprio del nostro sistema costituzionale), la misura della sanzione una volta che sia stabilito che è ragionevole punire il fatto viene a dipendere esclusivamente da scelte politiche non sindacabili perché proprie del Parlamento. Si rifletta che, una volta abbandonata la regola “occhio per occhio, dente per dente”, non esiste nessun criterio, al di fuori di un giudizio politico-intuitivo, per determinare quale sia la sanzione giusta per un certo fatto. Tanto meno, è possibile determinare se tale presunta irragionevolezza della sola sanzione sia “evidente”».

¹⁰⁷ L'espressione è tratta da J.F. STINNEFORD, *Rethinking Proportionality Under the Cruel and Unusual Punishments Clause*, in *Virginia Law Rev.* (vol. 97), 2011, 915, il quale appunto osserva che «there are four primary theories of punishment that might serve as a *touchstone* for proportionality review: retribution, deterrence, incapacitation, and rehabilitation» (con corsivo nostro).

¹⁰⁸ Non a caso negli USA la Corte Suprema ha dato prova di addivenire a valutazioni molto differenti in punto di proporzionalità delle sanzioni penali proprio perché in alcuni casi ha adottato una certa teoria della funzione della pena e in altri ne ha assunto una ben differente e a questo proposito il già citato caso *Ewing v. California* su cui ci si è in precedenza soffermati sopra nel testo ne è una dimostrazione a dir poco lampante: ne dà ampia contezza J.F. STINNEFORD, *Rethinking Proportionality*, cit., 899 ss., partic. 914-917 e 961 ss.; sottolinea come l'idea di proporzione giochi un ruolo diverso nelle varie teorie della pena E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1958.

altresì ridisegnare il loro intreccio e la ponderazione della loro diversa e reciproca incidenza, ma non potrà mai razionalizzare in termini rigidi la loro «traduzione normativa»¹⁰⁹.

Dalla considerazione che il principio di proporzione è, nel senso anzidetto, un principio non assoluto e che dunque è riconducibile, come direbbe la dottrina tedesca, ad un classico *Tatsachebegriff*, ovvero ad un parametro che, in quanto meta-giuridico, è di difficile “oggettivazione”, non si può che inferire la conseguenza che l’art. 27, comma 3, «non sembra offrire un parametro che consente controlli tecnicamente rigorosi sulla misura della pena»¹¹⁰.

Questa conclusione potrebbe non essere ritenuta valida solo nel caso – che però fa storia a sé – delle pene fisse: si tratta di quelle disposizioni che, anziché prevedere la conformazione tipica della sanzione penale qual è quella normalmente incorniciata tra una soglia minima e un tetto massimo, prescelgono un *quantum* di pena rigido e che dunque determinano ovviamente, se non l’azzeramento, comunque certo una forte riduzione dell’attività di individualizzazione della pena svolta dal giudice all’atto di comminarla.

In questa specifica ipotesi il ricorso al principio di rieducazione di cui all’art. 27, comma 3 Cost. – letto in connessione con il principio di proporzione – potrebbe non solo bastare, ma anche essere addirittura decisivo ai fini del giudizio di contrarietà fra le pene che hanno un *quantum* fisso e la Costituzione.

Infatti, in teoria non si può escludere che vi possano essere tipi di fattispecie di reato che abbraccino situazioni così omogenee fra di loro da autorizzare, sia pure in via di eccezione, la comminatoria di pene fisse: di conseguenza, sulla base della ragionevolezza in forma estrinseca non è possibile aprioristicamente e categoricamente predicare l’incostituzionalità delle pene fisse¹¹¹.

La loro lettura nell’ottica del principio di rieducazione rovescia, però, questa prospettiva perché, quand’anche si appurasse che sul piano oggettivo la pena risulta proporzionata all’intera gamma dei comportamenti oggettivi tipizzati dal legislatore, non sarebbe confutabile che, sul piano personalistico e concreto, la pena può esigere modulazioni differenti a seconda della personalità del soggetto e delle esigenze specialpreventive¹¹²: è chiaro così che in tale prospettiva le pene fisse finiscono di per sé per porsi irrimediabilmente al di fuori del “volto costituzionale” del sistema penale perché precludono qualsiasi valutazione in concreto delle esigenze personalistiche e specialpreventive¹¹³.

¹⁰⁹ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 374.

¹¹⁰ Così S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 156, il quale, pur sostenendo la tesi secondo la quale sulla base del parametro costituzionale dell’art. 27, comma 3 si può addivenire alla dichiarazione di incostituzionalità di una sanzione penale manifestamente sproporzionata rispetto al perseguimento della finalità rieducativa, è costretto però – e a dire il vero alquanto contraddittoriamente – ad ammettere che sotto questo profilo il controllo della Corte non potrebbe essere, appunto, molto rigoroso.

¹¹¹ Come osserva C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 738, «se la “regola” è rappresentata dalla “discrezionalità”, ogni fattispecie sanzionata con pena *fissa* (qualunque ne sia la *specie*) è per ciò solo *indiziata* di illegittimità: tale “indizio” potrà venir smentito soltanto in seguito a un controllo *strutturale* della fattispecie incriminata. Non si esclude infatti, giustamente, che in ipotesi particolari la pena possa risultare *congrua* ancorché priva di elasticità. Ma ciò può avvenire solo in quanto la particolare struttura della relativa fattispecie la renda “proporzionata” all’intera gamma dei comportamenti tipizzati: in altri termini, qualora l’illecito, per sua stessa conformazione, *non sia graduabile*».

¹¹² Sul punto cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 226, i quali osservano che i principi della personalità della responsabilità penale e della rieducazione del condannato per definizione possono essere valorizzati solo qualora la legge consenta al giudice di adeguare la pena alla colpevolezza del singolo agente e alle sue personali esigenze di rieducazione.

¹¹³ In tal senso cfr. anche R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, cit., 2569, il quale conclude che «in buona sostanza, la rieducazione, oltre a essere una funzione della pena, può essere considerata un vero e proprio principio che si traduce nella necessità di guardare nel volto il reo in carne ed ossa».

Quanto poi al precetto secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, nemmeno esso può essere direttamente posto alla base di un sindacato sul *quantum* di una sanzione penale: tale precetto da un lato non può, se non a prezzo di indebite forzature, essere esteso al di là del divieto nei confronti di chi è *in vinculis* della tortura, delle pene corporali e di quelle che comportano un contenuto eccessivo di sofferenza fisica e psicologica¹¹⁴, potendo tutt'al più essere applicato altresì a quelle sanzioni che pongano in pericolo o che anche solo compromettano il diritto alla salute¹¹⁵; dall'altro lato lo stesso precetto «è assai elastico e la sua interpretazione dipende dalla variabilità della coscienza sociale, non da dogmi preconconcetti o immutabili»¹¹⁶.

D'altra parte, la Corte costituzionale ha solo in casi molto rari adottato questa seconda impostazione che, come affermato in precedenza, prescinde dal *tertium comparationis* per rifarsi esclusivamente alla violazione del principio di legalità e dei principi ricavabili dall'art. 27, comma 3 Cost.

In riferimento al principio di legalità la Consulta ha avuto modo di dichiarare illegittima una disposizione relativa al reato di violata consegna da parte di militare preposto di guardia a cosa determinata la quale prevedeva la reclusione militare da due a ventiquattro anni.

Con la sentenza n. 299 del 1992 la Consulta da un lato, in un *obiter dictum*, ha affermato a chiare lettere che «la predeterminazione legislativa del massimo di pena irrogabile per un determinato tipo di reato costituisce... un requisito essenziale affinché la discrezionalità giudiziale nella determinazione concreta della pena trovi nella legge il suo limite e la sua regola e non si traduca, invece, in arbitrio», con la conseguenza che «il principio di legalità della pena escluderebbe... la legittimità costituzionale di reati a pena massima indeterminata...»; dall'altro lato la stessa Corte ha potuto dichiarare la disposizione sottoposta al suo vaglio illegittima sulla base del postulato secondo cui «il principio di legalità richiede anche che l'ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 e che manifestamente risulti non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta. Altrimenti la

¹¹⁴ Sul punto cfr. P. PITTARO, *sub art. 27, c. 1, 3 e 4*, in S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 281, il quale fa riferimento a tutte quelle pene che consistono in tecniche di manipolazione della personalità del reo e più in particolare alla lobotomia, alla castrazione, alla somministrazione forzata di farmaci, alla neurochirurgia, all'elettroanestesi, ovvero alle tecniche di condizionamento psicologico.

¹¹⁵ Il significato di tale precetto è quello non di rappresentare semplicemente un'autorizzazione a degradare immotivatamente le libertà del detenuto (o comunque di colui la cui libertà personale è sottoposta a limitazione) purché se ne rispetti la soglia minima di umanità, bensì di ribadire che la funzionalizzazione delle limitazioni delle libertà non può mai violare i fondamenti dell'ordinamento costituzionale: in tal senso cfr. A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 222, il quale trae addirittura la conclusione – non così incontrovertibile per la verità nella sua assolutezza e categoricità – secondo la quale «il divieto di sanzioni penali e inumane o degradanti rappresenta il limite inviolabile che nessun interprete può valicare per il tramite della tecnica del bilanciamento, perché giammai il legislatore potrebbe comprimere le libertà fondamentali a vantaggio di un qualsivoglia interesse di rilievo costituzionale oltre la soglia indicata nel terzo comma, primo periodo, dell'art. 27 Cost.».

¹¹⁶ Così – facendo riferimento a P. NUVOLONE, *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 792 – S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 164 e *ivi* nota 133, il quale deve ammettere che la possibilità di ritenere tale precetto una delle basi che possono fondare il principio di proporzione fra reato e pena incontra difficoltà operative di non poco conto; la tesi secondo cui il precetto in questione è vago ed elastico era già stata sostenuta, oltre che, come poco fa ricordato, dal Nuvolone, da A. SIGISMONDI, *Pene pecuniarie e funzione rieducativa*, in *Giur. cost.*, 1966, 154, il quale *ivi* in nota 39 osservava che, siccome l'espressione «senso di umanità» designa un concetto di contenuto storicamente variabile, «dipenderà dal mutamento del contenuto del concetto di senso di umanità... se delle pene oggi non ritenute contrarie ad esso... lo saranno domani».

predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario¹¹⁷.

In riferimento alla funzione rieducativa della pena il Giudice delle leggi, dopo aver inizialmente operato di fatto una sostanziale *interpretatio abrogans* dell'art. 27, comma 3 Cost.¹¹⁸, certamente ne ha nel corso del tempo sempre di più valorizzato la portata che, come è ben noto, non è stata confinata nello stadio dell'esecuzione penitenziaria, ma è stata estesa al "momento" dell'inflizione della pena da parte del giudice e soprattutto allo stadio della comminatoria legale¹¹⁹.

A rinforzo di questa valutazione lo stesso giudice costituzionale ha chiarito *expressis verbis* che la funzione rieducativa della pena non può mai essere sacrificata "sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena"¹²⁰.

Tuttavia, la Corte non ha mai, a quanto risulta, utilizzato il solo parametro rappresentato dall'art. 27, comma 3 per effettuare il sindacato sulla misura della sanzione penale¹²¹.

In altri termini, i giudici costituzionali non hanno mai individuato la base giuridica del principio di proporzionalità della pena nel solo art. 27, terzo comma, Cost., bensì – a partire, peraltro, soltanto dalle sentenze in precedenza ricordate che hanno temperato la tradizionale impostazione adottata dalla Corte – hanno sempre ritenuto quel principio fondato sul combinato disposto di tale norma e dell'art. 3 Cost., come del resto si trova scritto chiaramente nella recente sentenza n. 284 del 2019¹²².

¹¹⁷ Nell'esprimere apprezzamento per la conclusione cui la Corte è addivenuta nella sent. n. 299 del 1992 G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 230, osservano che una norma incriminatrice che prevede un minimo e un massimo enormemente distanti «impone al giudice – come 'legislatore del caso concreto' – di formulare un proprio autonomo giudizio di disvalore sulla stessa figura astratta di reato».

¹¹⁸ La sent. n. 12 del 1966 è l'esempio lampante di quanto osservato sopra nel testo: cfr. M. RUOTOLO, *Obiettivo carcere: guardando al futuro (con un occhio al passato)*, in *Quest. giust.*, 2015, n. 2, 56, il quale osserva che in quella sentenza il finalismo rieducativo veniva considerato come «elemento quasi accessorio della pena».

¹¹⁹ È stato così valorizzato il principio secondo il quale «le pene devono tendere alla rieducazione, non "alla putrefazione" del reo»: così A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 800. Per quanto riguarda la fase della commisurazione della pena da parte del giudice, in realtà, le problematiche sono maggiori perché, come si è evidenziato da più parti, l'art. 133 cod. pen. non prende posizione sui fini della pena in quella fase e così potrebbe consentire al giudice scelte personali e non controllabili con conseguenti esiti radicalmente diversi quanto alla misura della pena: cfr. in tal senso le osservazioni di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 34 ss., mentre G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 232, aggiungono che, per quanto sia vero che il giudice nell'applicare l'art. 133 suddetto dovrebbe orientarsi tenendo a mente la prioritaria assegnazione alla pena del fine della rieducazione sotto il limite segnato dalla colpevolezza per il singolo fatto, tuttavia «un legislatore davvero rispettoso del principio di legalità dovrebbe parlar chiaro, indicando *espressamente* al giudice la strada da seguire nella scelta fra le varie funzioni della pena».

¹²⁰ Così la sent. n. 149 del 2018; sul punto cfr. le osservazioni di E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., 18-19, nonché, volendolo, di A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del Giudice delle leggi*, Bari, 2018, partic. 53 ss.

¹²¹ La conclusione deve essere capovolta nell'"ambito" dell'esecuzione penitenziaria come dimostra la sent. n. 149 del 2018 in cui la Corte porta in primo piano l'art. 27, comma 3 Cost., mentre l'art. 3 Cost. è evocato esclusivamente a copertura dell'individualizzazione del trattamento penitenziario che la norma impugnata viola con le sue preclusioni generalizzate e con i suoi automatismi validi per tutti indistintamente: per maggiori ragguagli cfr. A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (Nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio costituzionale (www.osservatorioaic.it)*, 19 novembre 2018, 410-411, il quale osserva quanto segue: «Non inganni il riferimento che la Corte fa al "combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost." (§5): quello svolto non è un sindacato di ragionevolezza del diverso trattamento sanzionatorio di fattispecie dotate di disvalore e di pericolosità sociale comparabili ad altri reati non inclusi nel comma 4 dell'art. 58-*quater* impugnato, "come il giudice *a quo* aveva, in prima battuta, suggerito"... Qui l'art. 3 Cost. serve esclusivamente a ricordare che, come la gente non esiste perché esistono le persone, così non esistono i condannati alla reclusione, ma singole persone reclusi».

¹²² «Nemmeno può ritenersi fondata la censura formulata con riferimento al principio di proporzionalità della pena: principio la cui base giuridica è individuata dal rimettente nel solo art. 27, terzo comma, Cost., ma che la giurisprudenza di questa Corte ritiene fondato sul combinato disposto di tale norma e dell'art. 3 Cost.» (sent. n. 284 del 2019).

Questo “assioma” cui si è sempre attenuta la Corte ha incontrato, a quanto consta, una sola eccezione, ovvero quella rappresentata dalla sentenza n. 168 del 1994.

In questa occasione la Corte si è trovata di fronte alla questione di costituzionalità degli artt. 17 e 22 cod. pen. nella parte in cui non escludevano l'applicabilità della pena dell'ergastolo nei confronti dei minori imputabili per la supposta violazione degli artt. 10, comma 1, 27, comma 3 e 31, comma 2 Cost. e ha dichiarato le norme impugnate illegittime per la ritenuta lesione del combinato disposto degli artt. 31, comma 2 e 27, comma 3 sulla base della seguente considerazione.

Da un lato dall'art. 31, comma 2, che prevede una speciale protezione per l'infanzia e per la gioventù, deriva l'incompatibilità della previsione dell'ergastolo per gli infradiciottenni perché tale previsione accomuna nel medesimo contesto punitivo tutti i soggetti senza tenere in considerazione la particolare condizione minorile.

Dall'altro lato questa diversificazione imposta dall'art. 31, comma 2 fa assumere all'art. 27, comma 3, relativamente ai minorenni, un significato distinto da quello che è riferibile alla generalità dei soggetti quanto alla funzione rieducativa della pena, la quale per i soggetti minori di età deve essere considerata, “se non esclusiva, certamente preminente”¹²³.

È di palese evidenza che in questa occasione la Corte non fa riferimento né all'art. 3 Cost., né al solo art. 27, comma 3 Cost.¹²⁴: la stessa Corte non può che utilizzare infatti anche l'art. 31, comma 2 Cost. per poter dichiarare incostituzionale la disposizione che non esclude l'applicabilità della pena dell'ergastolo per i minori imputabili¹²⁵.

È inoltre chiaramente inconfutabile che neppure nella pronuncia n. 299 del 1992 prima ricordata la Corte ha necessità di ricorrere al *tertium comparationis* a supporto della decisione di incostituzionalità; tuttavia non c'è dubbio che nell'occasione veniva in considerazione un caso a dir poco macroscopico di pena eccessivamente dilatata, ovvero da due a ventiquattro anni: si tratta di un caso dunque isolato¹²⁶.

Infine non sembra che la Corte abbia valorizzato il principio della funzione rieducativa della pena neppure in merito alle pene fisse, le quali dunque sono rimaste confinate in un «campo...

¹²³ Si potrebbe così concludere – lasciando la parola al giudice Kagan estensore della già citata sentenza *Miller v. Alabama* del 2012 – che i minori, soprattutto se giovanissimi, “sono costituzionalmente diversi dagli adulti ai fini della condanna”. Giustamente fa notare A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 5 marzo 2013, 4 nota 15, che la dichiarazione di incostituzionalità del carcere a vita per i minori che si ricava dalla sent. n. 168 del 1994 è tanto più importante quanto più si considera che questi sarebbero potuti comunque essere ammessi alla liberazione condizionale in qualsiasi momento dell'esecuzione della pena e – quel che più conta – qualunque ne fosse stata la durata.

¹²⁴ È stato osservato che nella sent. n. 168 del 1994 il principio della funzione rieducativa della pena non passa per il tramite della proporzione perché «in effetti è colpito l'ambito soggettivo di applicazione della pena perpetua e non già la sua comminatoria rispetto ad un determinato reato o classe di reati»: così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 375 nota 51.

¹²⁵ Non a caso è stato osservato che l'attenta lettura della sent. n. 168 del 1994 dimostra come «da solo... il finalismo rieducativo non basti per soppiantare in toto le istanze di prevenzione generale che sovrintendono la previsione legale astratta dell'ergastolo per la normalità dei consociati»: P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO e L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 105.

¹²⁶ Si tratta di un caso così macroscopico che esso sembra violare il principio di determinatezza addirittura nella “versione” che ne ha dato la Corte costituzionale nella famosa sent. n. 96 del 1981 in materia di plagio laddove i giudici costituzionali osservarono che tutte le norme penali debbono fare riferimento a fenomeni che appaiono concretamente ed empiricamente verificabili: nella disposizione sottoposta all'esame del Giudice delle leggi nella sent. n. 299 invece la determinazione legislativa della pena appariva già *ictu oculi* del tutto scollegata da alcuna sotto-fattispecie ipoteticamente immaginabile: in tal senso cfr. limpidamente C.F. GROSSO, *Illegittimità delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1479.

tradizionalmente inaccessibile»¹²⁷ almeno fino alla sentenza n. 222 del 2018 di cui si parlerà in seguito.

È pur vero che nella sentenza n. 50 del 1980 la Corte ha affermato che “l’adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento contribuisce da un lato, a rendere quanto più possibile «personale» la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall’art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile «finalizzata», nella prospettiva dell’art. 27, terzo comma, Cost.” e che dunque “in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono... in armonia con il «volto costituzionale» del sistema penale”¹²⁸.

Tuttavia, in quella stessa sentenza la Corte si affretta anche a precisare che il dubbio d’illegittimità costituzionale in riferimento alle pene fisse “potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente «proporzionata» rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato”.

Del resto, nella giurisprudenza successiva alla decisione n. 50 del 1980 il Giudice delle leggi ha ritenuto necessario rintracciare un termine di raffronto valido per “ricostruire” la disciplina sanzionatoria demolita in assenza del quale la questione di costituzionalità relativa alle pene fisse è pressoché sempre stata dichiarata inammissibile¹²⁹: questo senza contare poi che la stessa Corte ha avuto modo di precisare che l’affermazione contenuta nella sentenza n. 50 del 1980 relativa alla tendenziale contrarietà delle pene fisse al “volto costituzionale” dell’illecito penale deve intendersi riferita alle pene fisse nel loro complesso ma “non ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fini dell’adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete” e dunque non “nell’ipotesi di comminatoria, per un determinato illecito, di una pena pecuniaria fissa, congiunta ad una pena detentiva dotata di una forbice edittale”¹³⁰.

Da ultimo occorre ricordare che anche in riferimento al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità la Corte non ha mai provveduto ad estendere il suo raggio di applicazione al principio di proporzione fra reato e pena, ma ha ritenuto che esso sia un “principio di civiltà [che] deve certamente improntare di sé la disciplina delle pene e della loro esecuzione, e dunque informare tutta l’organizzazione carceraria e l’applicazione delle norme ad essa relative”, concludendo che affinché la restrizione in carcere possa essere ritenuta contraria al senso di umanità “deve verificarsi una situazione di vera e propria incompatibilità tra regime carcerario, comunque disciplinato, e condizioni soggettive del condannato”¹³¹.

¹²⁷ Così V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 353.

¹²⁸ Ha ragione M. D’AMICO, *sub art. 27*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 574, a sostenere che con la sent. n. 50 del 1980 si ha la vera valorizzazione del principio rieducativo purché però – ad avviso di chi scrive – tale tesi sia riferita al passo di questa sentenza riferito sopra nel testo.

¹²⁹ Cfr. la sent. n. 134 del 2012 in cui, posta di fronte alla questione relativa alla pena accessoria del reato di bancarotta, consistente nell’inabilitazione all’esercizio di un’impresa commerciale e nell’incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata di dieci anni, il Giudice costituzionale dichiarò inammissibile la questione sollevata perché, avendo i rimettenti chiesto la sostituzione della norma oggetto con la previsione che l’inabilitazione potesse durare “fino a” dieci anni, la soluzione venne considerata non a rime obbligate, ma “una tra quelle astrattamente ipotizzabili... infatti sarebbe anche possibile prevedere una pena accessoria predeterminata ma non in misura fissa (ad esempio da cinque a dieci anni) o una diversa articolazione delle pene accessorie in rapporto all’entità della pena detentiva”.

¹³⁰ Così l’ord. n. 91 del 2008 che conclude nel senso che “in una simile evenienza, il giudice conserva, agendo anche solo sulla pena detentiva, la possibilità di adeguare la risposta punitiva alle specificità del singolo caso”.

¹³¹ Così la sent. n. 165 del 1996.

4. Il più recente orientamento della Corte costituzionale in merito al sindacato sul quantum della sanzione penale: novità, pregi e difetti

Come si è anticipato in precedenza, in alcune recenti decisioni la Corte costituzionale sembra avere imboccato un nuovo percorso in materia di sindacato sulla misura della sanzione penale.

Questo orientamento, che è stato ritenuto molto innovativo, non segue la seconda impostazione ricordata, che prescinde dal *tertium* e fa riferimento esclusivamente ad alcuni principi costituzionali – quali il principio di legalità e quello della finalità rieducativa della pena – per giustificare un sindacato di costituzionalità della pena.

L'orientamento in questione si muove, al contrario, nel solco tracciato dalla prima impostazione sopra esaminata e, al contempo, ne modifica e sotto alcuni profili ne stravolge l'impianto nei termini che si espliciteranno di qui a poco.

La decisione n. 236 del 2016, sul reato di alterazione di stato, la decisione n. 222 del 2018, sul reato di bancarotta fraudolenta, e la decisione n. 40 del 2019, sul reato per fatti di non lieve entità aventi ad oggetto droghe pesanti, sono le più rilevanti fra le pronunce che possono essere inquadrate nel suddetto orientamento.

Non è il caso in questa sede di soffermarsi analiticamente sul contenuto e sulle particolarità di ognuna di esse tanto più che il rischio sarebbe quello di ripetere osservazioni già svolte da molti altri commentatori.

Giova solo ricordare che il loro impianto concettuale è stato confermato da altre sentenze e in modo particolare dalla decisione n. 233 del 2018, sul reato di contrabbando doganale, dalla decisione n. 88 del 2019, sull'entità della pena e sulla sanzione amministrativa accessoria per i reati di omicidio e di lesioni stradali gravi, dalla decisione n. 99 del 2019, sull'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta in regime di detenzione, e dalla decisione n. 284 del 2019, sul reato di oltraggio a pubblico ufficiale.

Tutte¹³² queste pronunce presentano alcune caratteristiche che le accomuna e che in breve è opportuno ricordare.

Innanzitutto, si tratta di sentenze manipolative di tipo sostitutivo le quali dichiarano l'incostituzionalità della disposizione impugnata nella parte in cui prevede una determinata pena, principale o accessoria, anziché un'altra, che è individuata dal Giudice delle leggi attraverso l'adesione, in alcuni casi, all'indicazione del giudice remittente, oppure, in altri casi, in disaccordo con essa¹³³. In secondo luogo, nel percorso motivazionale attraverso cui giunge ad adottare queste

¹³² Secondo alcuni fra tutte le decisioni sopra riportate nel testo la sent. n. 236 del 2016 sarebbe quella che ancora si basa sul *tertium comparationis* (cfr. R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta*, cit., 970 nota 6) e sulla teoria delle rime obbligate (cfr. A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del Giudice delle leggi*, nella *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 25 novembre 2019, 109-110).

Tuttavia, questa tesi sembra sconfessata sia da quanto si trova testualmente scritto nella sent. n. 236 secondo cui "rimane fermo che le questioni all'attuale esame sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*. Piuttosto, nella prospettazione del giudice *a quo*, l'esito negativo di un tale controllo, in termini di manifesta irragionevolezza per sproporzione tra cornice edittale, da un lato, e disvalore della condotta, dall'altro, viene a disvelarsi «anche» alla luce del più mite trattamento riservato ad altre fattispecie, tra cui, in particolare, quella del primo comma del medesimo art. 567 cod. pen.", sia dal fatto che in effetti la stessa Corte rileva che le fattispecie di cui all'art. 567, comma 1 cod. pen. e all'art. 567, comma 2 cod. pen. sono non identiche, ma neanche disomogenee.

¹³³ Ad esempio, nella sent. n. 222 del 2018 la Corte segue una diversa soluzione rispetto a quella prefigurata dal remittente superando così la prospettazione dell'ordinanza di remissione: a giudizio di S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*,

sentenze sostitutive la Corte non azzerava ma comunque ridimensiona notevolmente il ruolo del *tertium comparationis* e ritiene di poter svolgere un giudizio di ragionevolezza intrinseco non impostato sul diretto raffronto fra la norma censurata e il parametro di riferimento. In terzo luogo, la Corte supera la teoria delle rime obbligate per adottare invece la teoria delle rime possibili¹³⁴, ovvero delle soluzioni costituzionalmente adeguate benché non obbligate: la Corte così individua il sostituto sanzionatorio senza trarlo da una soluzione costituzionalmente necessaria¹³⁵.

Che questo più recente orientamento della Corte sia in grado di produrre un'espansione del sindacato e quindi delle competenze della stessa pare fuori discussione se solo si riflette sui seguenti effetti che esso produce. In primo luogo, nel controllo svolto nel merito dalla Corte costituzionale la discrezionalità del legislatore diventa un «limite relativo»¹³⁶ superabile nella misura in cui nell'ordinamento siano rintracciabili una o più soluzioni costituzionalmente adeguate che si inseriscano «nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore»¹³⁷. In secondo luogo nello svolgimento del sindacato sulla misura delle sanzioni penali la Corte si appropria di ben più ampi spazi, i quali rendono possibili manipolazioni anche piuttosto ardite

2019, n. 1, 184, «ciò... sembra una volta di più suggerire alla dottrina di continuare a interrogarsi sul rapporto tra soluzioni prefigurate (o non prefigurate) dai giudici *a quibus* e risposte del Giudice costituzionale».

¹³⁴ Utilizzano questa espressione S. LEONE, *Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione "a rime possibili"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 1, 593; N. CANZIAN, *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe "pesanti" fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2, 1002; D. PICCIONE, *Il silenzioso epitaffio per l'art. 148 c.p.: l'inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica*, in *Giur. cost.*, 2019, 1123 e *ivi* nota 4, il quale discorre di «un'interpretazione delle "rime obbligate" in chiave ampia e non esclusiva».

¹³⁵ Gli studiosi che si sono occupati da vicino di queste decisioni hanno – chi più chi meno – tutti messo in evidenza questi elementi accomunanti: cfr., *inter alios*, A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 794-795, il quale osserva che la Corte «si emancipa dallo schema trilaterale del giudizio di ragionevolezza» e che «il giudice *a quo* non deve più prefigurare il verso della rima obbligata che consenta alla Corte di manipolare la misura edittale della norma censurata»; A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 26 novembre 2019, 165, il quale parla di «rivoluzionario superamento delle "rime obbligate"». In senso contrario sembra andare invece R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 18 febbraio 2019, spec. 151, il quale addirittura osserva che la soluzione adottata dalla Corte nella sent. n. 222 del 2018 era in realtà una soluzione a rime obbligate: da un lato la soluzione indicata dal giudice remittente e basata sull'art. 37 cod. pen. doveva essere scartata non tanto perché "distonica" ma perché *ultra petitum* in quanto oggetto del giudizio non era tanto il *quantum* della pena accessoria (la durata decennale), ma piuttosto la fissità, con la conseguenza che, se si fosse adottata la soluzione basata sull'art. 37 cod. pen., essa avrebbe finito per travolgere non solo la fissità, ma anche il *quantum* di dieci anni dal momento che nell'ipotesi della bancarotta preferenziale punita da uno a cinque anni la durata della pena accessoria sarebbe sempre stata necessariamente inferiore a dieci anni (le ipotesi di bancarotta fraudolenta sono invece punite con la pena della reclusione da tre a dieci anni); dall'altro lato, una volta caduta l'alternativa tra cui scegliere, l'altra soluzione risultava obbligata, ragion per cui, in buona sostanza, per fare salvo il *quantum* di dieci anni non contestato dal giudice rimettente la Corte era "costretta" a scartare la soluzione dell'art. 37 cod. pen. e, per attuare l'individualizzazione, era "costretta" a fare riferimento al "fino a". L'A. conclude così – 151 nota 30, 151-152 (con considerazioni già esplicitate in *Id.*, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità*, cit., 2571) – nel senso che il nuovo principio posto dal recente orientamento della Consulta è il seguente: il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è ammesso anche quando il sistema nel suo complesso offre alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti" esse stesse immuni da vizi di legittimità purché una sola soluzione risulti essere costituzionalmente obbligata.

¹³⁶ Così M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle"*, in *Giur. cost.*, 2019, 1110; analogamente cfr. F. SIRACUSANO, *Il "reo folle" davanti al Giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, 1113, secondo il quale «la discrezionalità del legislatore... può cedere il passo all'ingerenza della Consulta senza operare quale limite assoluto...».

¹³⁷ Così la sent. n. 99 del 2019 e similmente le decc. n. 222 e n. 233 entrambe del 2018, nonché la sent. n. 40 del 2019.

impensabili in una logica di deferenza – limitata solo dalla irragionevolezza perlopiù manifesta – nei confronti delle scelte in questo “ambito” effettuate dal legislatore¹³⁸: a questo proposito è stato addirittura detto che il controllo impostato nella forma della ragionevolezza “in sé” della scelta legislativa consente al Giudice delle leggi di «spingere il proprio vaglio nei sobborghi rimossi della “ratio legis”»¹³⁹. In terzo luogo, l’orientamento in esame si pone il condivisibile obiettivo di allargare il più possibile lo spazio del sindacato della Corte in modo tale da non lasciare zone franche soprattutto in relazione alla protezione dei diritti fondamentali: la Corte non risponde più con la formula *durissima lex, sed lex* più volte implicitamente adottata in assenza di una calzante fattispecie comparativa e pur a fronte di macroscopiche esagerazioni punitive¹⁴⁰.

Se a tutto questo si aggiunge poi il dato di fatto che tale recente indirizzo da un lato si fonda su di un numero abbastanza elevato di pronunce e dall’altro lato sembra ampiamente condiviso a Palazzo della Consulta in considerazione della varietà dei giudici relatori/redattori di tali pronunce¹⁴¹, è facile intuire che si tratta di un *trend* che ha buone probabilità di essere confermato anche in futuro.

Tutto questo premesso, è lecito, però, nutrire più d’una perplessità in merito alla diffusa tesi secondo cui questo orientamento è caratterizzato dall’elemento della dirimente novità.

Innanzitutto, la tesi adottata dalla Corte di far riferimento a rime possibili, ovvero costituzionalmente non obbligate ma solo adeguate, trova un antecedente in una opinione dottrinale.

Essa da tempo aveva ventilato la possibilità che la Corte, una volta constatata l’incostituzionalità della legge sottoposta al suo vaglio ma riscontrata altresì la presenza di più soluzioni normative, potesse dichiarare l’incostituzionalità della stessa legge e al contempo introdurre un profilo ricostruttivo parziale adottando una delle soluzioni possibili per evitare nell’immediato il sorgere di un vuoto normativo peggiorativo. Questo si sosteneva facendo salva la possibilità per il legislatore di intervenire successivamente con una disciplina diversa¹⁴².

Così ha fatto la Corte in queste recenti decisioni in materia penale.

Ma, al di là di questo, a dire il vero è stata la stessa Corte a dare una “spallata” già in tempi meno recenti alle rime obbligate¹⁴³, le quali non a caso «parrebbero, specie dopo Cappato, non godere di buona salute»¹⁴⁴.

¹³⁸ Come dice sinteticamente D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”*, in *Giur. cost.*, 2019, 705, «la discrezionalità del giudice costituzionale sembra... aumentare». Su questo specifico aspetto si ritornerà anche in seguito nello scritto.

¹³⁹ Così V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, cit., 349; tutt’al contrario quel che accade in un giudizio di ragionevolezza estrinseca attraverso il quale «non si controlla... la *voluntas* del legislatore, ma la consequenzialità del ragionamento sviluppato in base alla medesima...»: così si esprimeva A. CERRI, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 98.

¹⁴⁰ Così V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2106-2107.

¹⁴¹ A dimostrazione di ciò basti considerare quanto segue: la sent. n. 236 del 2016 ha come redattore Zanon; la sent. n. 222 del 2018 ha come redattore Viganò; la sent. n. 233 del 2018 ha quale redattore Barbera; la sent. n. 40 del 2019 ha quale redattore Cartabia; la sent. n. 88 del 2019 ha come redattore Amoroso; la sent. n. 99 del 2019 ha come redattore Cartabia; la sent. n. 284 del 2019 ha come redattore Viganò.

¹⁴² Per questa tesi cfr. E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel periodo 1987-1989*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 218 ss., sulla scia di un’intuizione dovuta già a Pizzorusso.

¹⁴³ ... la qual cosa già da alcuni anni non è sfuggita, del resto, ad attenta dottrina: cfr. F. MODUGNO, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 295.

¹⁴⁴ Così A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2019/III, 726 nota 65, secondo il quale «a dirla tutta, la malattia che le affligge fa temere il peggio»; a giudizio di F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto)*

Si pensi alla sentenza n. 113 del 2011 con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen. "nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo".

Ebbene, trattasi di un dispositivo additivo non propriamente nei limiti canonici delle rime obbligate in quanto le soluzioni che l'ordinamento processuale penale offre per realizzare il principio che la Corte ha posto sono, in realtà, molteplici: la revisione, il ricorso straordinario per cassazione, la restituzione del termine per impugnare, l'incidente di esecuzione fondato sull'inesistenza della sentenza emessa a seguito di processo iniquo.

Non a caso in dottrina è stato evidenziato che con questa pronuncia la Corte «non si limita a esplicitare un principio latente nel sistema, ma inventa qualcosa che non esisteva: un istituto finalizzato a garantire la riapertura in caso di accertamento dell'iniquità del processo» e si è così potuto concludere nel senso che «la distanza da quella creazione "a rime obbligate", individuata tradizionalmente come limite alle sentenze manipolative, risulta enorme»¹⁴⁵: il tutto – si potrebbe aggiungere – con l'aggravante che questa decisione è stata per di più adottata nella materia processual-penalistica in relazione alla quale la Corte ha da sempre riconosciuto come molto ampia la discrezionalità del legislatore.

È proprio però nel settore del diritto penale e più specificamente nel sindacato sulla misura delle sanzioni penali che la Corte ha potuto già in passato porre le basi del più recente orientamento.

L'impostazione secondo la quale tale sindacato deve svolgersi sulla base del metro valutativo della ragionevolezza intesa in senso estrinseco, ovvero incentrata sullo «starting point»¹⁴⁶ del *tertium comparationis*, e deve avere come presupposto che l'esito dell'eliminazione del profilo di irragionevolezza sia una soluzione a rime costituzionalmente obbligate era già stata, a dir così, messa in crisi o comunque temperata da quelle decisioni collocabili fra la fine degli anni settanta e l'inizio degli anni novanta del secolo scorso su cui in precedenza si è già focalizzata l'attenzione e sui cui è bene brevemente ritornare.

Si pensi, per esempio, alla sentenza n. 341 del 1994 in tema di reato di oltraggio a suo tempo ricordata.

L'esito della pronuncia consiste nella dichiarazione di illegittimità del minimo edittale e per far questo la Corte utilizza il canone della ragionevolezza in un primo momento dell'iter argomentativo in forma intrinseca ma nel prosieguo dello stesso iter pure in forma estrinseca, tant'è vero che la stessa Corte argomenta la manifesta irragionevolezza del minimo edittale *anche* in ragione del raffronto con il minimo edittale previsto dall'art. 594 cod. pen. con riferimento al reato di ingiuria.

Il fatto che la Corte senta la necessità nella parte finale della parte motivazionale della sentenza di utilizzare il canone della ragionevolezza anche in forma estrinseca attraverso la comparazione col minimo edittale previsto per il reato di ingiuria si giustifica soltanto perché esso è funzionale al subentro, in sostituzione della pena minima fissata in sei mesi per il reato di oltraggio a pubblico

sensibile, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 6 marzo 2020, 681, «l'esplicito "contenuto normativo" della sent. n. 242/2019 rende difficile d'ora innanzi richiamare la dottrina delle rime obbligate».

¹⁴⁵ Entrambe le citazioni sono tratte da M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, 3311, il quale non per nulla conia, in riferimento appunto alla sent. n. 113 del 2011, la definizione di «additiva di istituto»; anche G. LEO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 52-53, osserva che con la sent. n. 113 del 2011 «le linee estreme della elevata discrezionalità legislativa sono state superate anche là dove sembravano insuperabili...».

¹⁴⁶ L'espressione è dovuta a V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110.

ufficiale, della soglia minima pari a quindici giorni di detenzione previsti in via generale dall'art. 23 cod. pen., ovvero quella valevole anche per le condotte ascrivibili al reato di ingiuria.

È molto interessante notare un aspetto della sentenza n. 341 del 1994.

Questo aspetto si coglie bene se si considera che la vera novità non risiede tanto – o non solo – nella circostanza che la Corte effettuò prima il giudizio di ragionevolezza intrinseco e poi esclusivamente per i motivi poco fa esposti quello in forma estrinseca, ma consiste soprattutto in un altro elemento.

Quando il *tertium* è assunto nel giudizio di ragionevolezza puramente estrinseco esso deve essere non semplicemente caratterizzato da generici tratti di comunanza con la disposizione censurata, ma necessariamente omogeneo rispetto ad essa; nel caso in esame, invece, tale omogeneità da un lato non sussiste e dall'altro non è nemmeno richiesta dalla Corte la quale pare “accontentarsi” che la fattispecie criminosa sottoposta al suo giudizio e il *tertium comparationis* assunto come punto di riferimento siano non del tutto disomogenei, ovvero che presentino “tratti comuni non irrilevanti”.

Questo proprio perché il *tertium comparationis* non assolve alla sua vera e propria funzione, ma serve soltanto ad individuare il trattamento sanzionatorio sostitutivo: solo sulla base di questa premessa si può agevolmente comprendere come nella sentenza n. 341 del 1994 la Corte osservi che “la plurioffensività del reato di oltraggio rende certamente ragionevole un trattamento sanzionatorio più grave di quello riservato all'ingiuria, in relazione alla protezione di un interesse che supera quello della persona fisica e investe il prestigio e quindi il buon andamento della pubblica amministrazione. Ciò non toglie però che nei casi più lievi, il prestigio e il buon andamento della pubblica amministrazione, scalfiti da ben altri comportamenti, appaiono colpiti in modo così irrisorio da non giustificare che la pena minima debba necessariamente essere dodici volte superiore a quella prevista per il reato di ingiuria. Anzi in questi casi è più che mai evidente l'irragionevole bilanciamento tra la tutela dell'amministrazione e del pubblico ufficiale e il valore della libertà personale”¹⁴⁷.

Non deve trarre in inganno la circostanza che in questa occasione la Corte adottò una decisione di accoglimento “secca” con cui spazza via il limite edittale di sei mesi per il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale: infatti occorre fare ricorso al cosiddetto canone della totalità comunemente ritenuto applicabile alle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale¹⁴⁸ e leggere il dispositivo in combinato disposto con la sopra indicata parte finale della motivazione della sentenza.

¹⁴⁷ Cfr. in dottrina A. PAGLIARO, *Oltraggio ad un pubblico ufficiale*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXI, Roma, 1990, 2, secondo il quale «il pubblico ufficiale in quanto agisce al servizio della pubblica amministrazione, e quindi al servizio dello Stato, merita una tutela più accentuata da parte dello Stato stesso. Ciò perché, in questo modo, lo Stato tutela sé medesimo»; F. CURI, *L'attività «paralegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale*, cit., 1100, la quale osserva che «l'oltraggio non costituisce un inutile doppione rispetto alla fattispecie affine dell'ingiuria, poiché in esso è possibile riscontrare come elemento strutturale differenziale il nesso sussistente tra condotta offensiva e esercizio funzionale».

¹⁴⁸ Su tale canone vedansi già le illuminanti pagine di A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 369-370, il quale osservava che, «benché la giurisprudenza costituzionale conosca esempi di rinvio dal dispositivo alla motivazione...», anche ovi manchi un simile richiamo espresso (in realtà superfluo) non può non ammettersi un analogo tacito legame, dato che la funzione di giustificare ed illustrare il dispositivo è istituzionalmente propria della motivazione. La possibilità di interpretare il dispositivo delle sentenze ricorrendo alla motivazione... appare estensibile alle decisioni della Corte costituzionale, con la sola limitazione che, ove si tratti di sentenze di accoglimento, qui dovrà trattarsi soltanto di interpretazione e non di completamento dei dispositivi con ulteriori statuizioni di cui essi non presentino traccia...»; più di recente R. GRANATA, *Le sentenze e le ordinanze “autointerpretative” della Corte costituzionale fra “novazione” e “ricognizione” del precedente decisa*, Milano, 2009, partic. 9-11, osserva che «fisiologicamente – nel contesto strutturale della decisione – il dispositivo non può compiutamente e correttamente intendersi senza il sussidio della motivazione. E appunto in questo senso è l'orientamento della Corte costituzionale, la quale, ogniqualvolta si trova nella necessità di individuare il *dictum* di una sua precedente decisione, costantemente – enunciando espressamente il principio o facendone di fatto applicazione – ne legge il dispositivo alla luce della motivazione» (11).

Ebbene la tecnica utilizzata nelle decisioni che valgono a comporre l'orientamento più recente del Giudice delle leggi è sostanzialmente accostabile a quella a cui la Corte ha fatto ricorso già nella pronuncia n. 341 del 1994¹⁴⁹.

Anche in queste pronunce, infatti, prima la Consulta svolge un sindacato sulla base del metro della ragionevolezza intrinseca in cui il canone della ragionevolezza «è utilizzato come complemento e in appoggio»¹⁵⁰ in modo particolare al principio della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3 Cost. e solo in seguito la Corte recupera il *tertium*: questo non sparisce dalla scena, ma riappare come mero «*terminus ad quem*»¹⁵¹, quale «punto di riferimento»¹⁵² non necessariamente omogeneo bensì soltanto non disomogeneo rispetto al trattamento sanzionatorio valutato sproporzionato¹⁵³, quale soluzione soltanto adeguata benché “immune da vizi di illegittimità”¹⁵⁴,

¹⁴⁹ Della stessa opinione sono anche D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 52, il quale peraltro fa riferimento non solo alla sent. n. 341 del 1994, ma anche alla sent. n. 409 del 1989; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2017, n. 2, 65, il quale osserva che dalla sent. n. 236 del 2016 – ma queste osservazioni sembrano suscettibili di estensione anche alle successive pronunce della Corte in materia – emerge che, mentre l'ideale di una pena proporzionata rispetto al fatto è compito che compete al legislatore prima – nella definizione del quadro edittale – e al giudice poi – nella determinazione concreta della qualità e della quantità della pena all'interno dei limiti fissati dal legislatore e tenendo conto delle eventuali circostanze aggravanti e attenuanti –, la Corte può e deve “soltanto” assicurarsi che le cogenti indicazioni del legislatore non impongano al giudice di infliggere concretamente pene manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto: questo analogamente a quanto richiede oggi l'art. 49 (3) CDFUE, il quale, stabilendo che l'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato, è significativamente formulato nei termini negativi di divieto di pene sproporzionate (del resto in altra sede l'Autore può esprimere la sua opinione nel senso che ogni giudice nazionale – ivi compresa la stessa Corte costituzionale – è al tempo stesso giudice della Costituzione ma anche di tutti gli “strumenti” internazionali che concorrono al riconoscimento e alla garanzia dei diritti fondamentali della persona: cfr. F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 2, 492-495, partic. 494). Su quest'ultimo profilo si mostra perplesso V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 10 ottobre 2011, 11-12 nota 27, il quale rileva che i singoli Stati risultano vincolati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – ormai inclusa nei trattati ai sensi dell'art. 6 TUE – “esclusivamente in attuazione del diritto dell'Unione” (ai sensi dell'art. 51 della Carta stessa), ragion per cui non si dovrebbe ritenere la Carta uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea e a supporto di ciò l'A. adduce la sent. n. 80 del 2011 Corte cost., nonché la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia a più riprese sia prima sia dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

¹⁵⁰ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, nei Convegni e seminari del sito telematico della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it), 12 novembre 2013, 1.

¹⁵¹ V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110.

¹⁵² F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., 64.

¹⁵³ Questo profilo, che emerge in modo estremamente chiaro già dalla lettura della sent. n. 236 del 2016, è di immediata evidenza anche nelle successive pronunce che compongono il recente orientamento in esame.

¹⁵⁴ Così la sent. n. 222 del 2018. Fra l'altro questa precisazione, che ha la sua *ratio* principale nell'esigenza di evitare che la nuova disciplina presenti il medesimo difetto di costituzionalità di quella censurata e che dunque ad una pena sproporzionata se ne sostituisca un'altra altrettanto sproporzionata, pone il seguente interrogativo: qualora, ad esempio, il sostituto sanzionatorio sia già stato dichiarato illegittimo ancorché a causa di un vizio procedurale che nulla ha a che fare con la proporzionalità delle pene, lo stesso può essere ugualmente una soluzione adeguata? A giudizio di C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 18 marzo 2019, 1 ss., parrebbe di dover rispondere a questo interrogativo di sì dalla semplice lettura della sent. n. 40 del 2019 perché essa prenderebbe come punto di riferimento ai fini della sostituzione del quadro edittale dichiarato incostituzionale un minimo edittale che costituiva la misura della pena minima indicata dalla legge Fini-Giovanardi per i fatti non lievi la quale a sua volta era stata dichiarata incostituzionale dalla sent. n. 32 del 2014: l'A. a questo proposito osserva che è «in certa misura imbarazzante» il dato che la misura sanzionatoria sostituita a quella dichiarata incostituzionale sia quella fissata da una disposizione eliminata dall'ordinamento perché «una tale disposizione... non più esistente nell'ordinamento... non avrebbe dovuto essere recuperata neppure al limitato fine di rappresentare un parametro di riferimento per la Corte al momento di individuare il nuovo trattamento sanzionatorio conseguente a una successiva pronuncia di illegittimità costituzionale». Tuttavia si deve considerare da un lato che il minimo edittale

ovvero in funzione di necessario ruolo orientativo nel giudizio ai fini della sostituzione del quadro edittale dichiarato incostituzionale¹⁵⁵.

A dir la verità, in una delle decisioni che vanno a comporre questo recente orientamento la Corte non opera il controllo di ragionevolezza intrinseca in relazione al *quantum* della fattispecie incriminatrice posto al suo vaglio in sé e per sé per giungere poi alla conclusione che quel *quantum* è manifestamente sproporzionato rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato perché si traduce in un ostacolo alla funzione rieducativa della pena.

La Corte invece è posta dinanzi alla questione di costituzionalità relativa al preteso difetto di ragionevolezza del minimo edittale di una fattispecie di reato che punisce certi fatti in materia di produzione, di traffico e di detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope di non lieve entità e relativi alle “droghe pesanti” sulla base del raffronto sia con il massimo edittale disposto da altra fattispecie di reato che punisce i medesimi fatti ma in relazione alle sole “droghe leggere” sia e soprattutto con il massimo edittale previsto da altra fattispecie di reato che incrimina gli stessi fatti ma di lieve entità e riguardanti i diversi “tipi di droghe”. Il giudice rimettente si sofferma in modo particolare sul rapporto fra il minimo della fattispecie che punisce i fatti di non lieve entità e il massimo di quella che incrimina i fatti di lieve entità e osserva che, nonostante la linea di demarcazione “naturalistica” tra le fattispecie “ordinaria” e “lieve” sia talvolta non netta, la divaricazione sanzionatoria di ben quattro anni fra il minimo della prima e il massimo della seconda fattispecie è eccessivamente e quindi irragionevolmente distante con conseguente violazione del principio di proporzionalità e dei principi di colpevolezza e di necessaria finalizzazione rieducativa della pena. In realtà poi la conclusione del giudice *a quo* è che il minimo della fattispecie relativa ai fatti di non lieve entità, individuato in otto anni, debba essere sostituito non con il massimo previsto dalla fattispecie inerente i fatti non lievi – su cui pure lo stesso giudice incentra, come appena detto, il cuore del suo percorso argomentativo –, bensì con il massimo previsto dalla fattispecie relativa alle “droghe leggere”, individuato in sei anni.

La Corte non è chiamata a valutare pertanto la proporzionalità del *quantum* della pena di una fattispecie di reato che si assume omogenea ad altra fattispecie criminosa che prevede una sanzione meno elevata; in questo caso vengono in considerazione tre fattispecie di reato piuttosto disomogenee.

Con la sentenza n. 40 del 2019 il Giudice delle leggi imposta il controllo di ragionevolezza intrinseca sulla base dell’osservazione che indubitabilmente molti casi si collocano in una “zona grigia” che si situa al confine fra la fattispecie di reato relativa ai fatti di non lieve entità e quella inerente i medesimi fatti ma di lieve entità, ragion per cui la circostanza che il minimo edittale del fatto di non lieve entità sia pari al doppio del massimo edittale del fatto lieve dà vita ad “un così vasto iato sanzionatorio” da risultare evidentemente sproporzionato: questo – osserva la Corte – tanto più che l’ampiezza del divario sanzionatorio “condiziona inevitabilmente la valutazione complessiva che il giudice di merito deve compiere al fine di accertare la lieve entità del fatto... con il rischio di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte”.

In questo caso il Giudice delle leggi sostituisce la misura della pena minima per i fatti non lievi con una pena che è stata ripetutamente indicata dal legislatore come misura adeguata ai fatti “di

previsto dalla legge Fini-Giovanardi, che prevedeva la pena di sei anni di reclusione, è stato ritenuto illegittimo a causa di un vizio procedurale che nulla ha a che vedere con la proporzionalità delle pene e dall’altro lato che comunque il punto di riferimento assunto quale sostituto sanzionatorio dalla Corte trova il suo fondamento anche in una fattispecie di reato vigente, ovvero nell’art. 73, comma 4 d.p.r. n. 309/1990.

¹⁵⁵ Come dice A. Nisco, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2017, n. 4, 169, «nel giudizio di ragionevolezza intrinseca, il *tertium comparationis* non è necessario per appurare il vizio di incostituzionalità, ma per porvi rimedio».

confine” che nell’articolato e complesso sistema punitivo dei reati connessi al traffico di stupefacenti si pongono al margine inferiore della categoria dei reati più gravi o a quello superiore della categoria dei reati meno gravi: questa pena, che funge dunque da sostituto sanzionatorio, corrisponde al massimo edittale previsto per la fattispecie non lieve relativa alle “droghe leggere”¹⁵⁶.

Anche questa sentenza si pone in linea con l’impostazione finalizzata dapprima a svolgere un sindacato di ragionevolezza intrinseca e solo in un secondo momento a recuperare il *tertium* quale punto di riferimento da cui trarre il sostituto sanzionatorio: la sua particolarità è che tale *tertium* non è recuperato dalla pena prevista da una fattispecie ritenuta non disomogenea a quella che incorpora la pena valutata sproporzionata, ma è desunto da una pena che la Corte trae dal sistema – e più in particolare da ripetute indicazioni del legislatore – e che giudica adeguata ai fatti “di confine” che si situano fra il livello più basso della categoria dei reati più gravi e quello più alto della categoria dei reati meno gravi.

In conclusione il più recente orientamento della Corte, che pur ne mantiene l’impianto di fondo, si distacca però notevolmente dall’impostazione che in linea di massima in precedenza essa stessa aveva adottato in punto di sindacato sul *quantum* delle pene: il Giudice delle leggi, infatti, non sostiene più che laddove manchino “precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate... né una pronuncia caducatoria né una pronuncia additiva potrebbero introdurre nuove sanzioni penali o trasporre pene edittali da una fattispecie ad un’altra, senza l’esercizio, da parte del giudice delle leggi, di un inammissibile potere discrezionale di scelta”¹⁵⁷.

Tuttavia, e al contempo, la novità di questo indirizzo giurisprudenziale non è così dirompente perché esso sembra soltanto proseguire quanto già avviato da alcune decisioni emesse dalla stessa Corte in passato¹⁵⁸.

Non solo.

Non deve essere inoltre dimenticato che tale novità risulta circoscritta solo ed esclusivamente all’“ambito materiale” del sindacato sul *quantum* della pena, ma non risulta affatto estesa ad altri “settori”: questo è chiaramente dimostrato anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale la quale, al di fuori, appunto, della materia penale, è ferma nel richiedere che il *tertium comparationis*, quale punto di partenza del giudizio della Corte, sia necessariamente omogeneo¹⁵⁹.

¹⁵⁶ A giudizio di D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 57, nella sent. n. 148 del 2016, in cui era stata investita di questione analoga a quella della quale è stata investita con l’ordinanza di rimessione che ha poi dato origine alla sent. n. 40 del 2019, la Corte, lungi dal pronunciarsi – come pure ha fatto – nel senso dell’inammissibilità, sarebbe già dovuta intervenire spostando «verso il basso il minimo edittale previsto per la fattispecie base, collocandolo al livello immediatamente sopra il massimo previsto per l’attenuante»: l’A. sembra prospettare un’ingiustificata differenziazione fra la soluzione che la Corte ha adottato nella sent. n. 236 del 2016 e la posizione che essa stessa ha invece assunto nella sent. n. 148 del 2016 perché in entrambi i casi – secondo l’A. – non veniva in considerazione «una soluzione costituzionalmente obbligata in assoluto», ma esistevano «soluzioni obbligate nel contingente assetto normativo, come unico rimedio tecnicamente possibile per rotture della razionalità intrinseca del sistema sanzionatorio (violazioni del principio d’eguaglianza/ragionevolezza) determinate dalla irragionevole discontinuità fra cornici edittali».

¹⁵⁷ Così la sent. n. 22 del 2007.

¹⁵⁸ Si condivide dunque la definizione, data in relazione a tale recente orientamento, di semplice «temperamento» benché «importante»: così G. AMARELLI, *Proporzionalità e tertium comparationis: la maggiore onerosità dell’oblazione tardiva ambientale rispetto a quella antinfortunistica non è irragionevole*, in *Giur. cost.*, 2019, 935.

¹⁵⁹ Nella sent. n. 54 del 2020 si legge infatti che “quanto all’assunto del rimettente secondo cui diversi “elementi ordinamentali” dimostrerebbero l’omogeneità tra parenti e affini, è sufficiente qui rilevare che i *tertia comparationis* indicati nell’ordinanza non sono adeguati, essendo considerati in modo del tutto decontestualizzato dagli istituti regolati e dalle specifiche *rationes* a essi sottesi. Proprio l’esame delle numerose disposizioni indicate a raffronto dal giudice a quo rende, anzi, evidente la mancanza di elementi che dimostrino la necessità sistematica di garantire una ricorrente e generalizzata omogeneità di trattamento tra parenti e affini dalla quale si possa dedurre la rottura della coerenza dell’ordinamento ad opera della norma censurata”.

Caso mai un problema che potrebbe essere a ragion veduta posto è quello consistente nel capire quale debba essere l'“entità” di sproporzione richiesta dalla Consulta al fine di poter concludere positivamente il vaglio di ragionevolezza intrinseca.

A questo proposito è stata sostenuta una tesi in specifico riferimento alla sentenza n. 236 del 2016 ma suscettibile di estensione anche alle altre decisioni che fanno parte del recente orientamento della Corte in tema di sindacato del *quantum* della pena.

Più in particolare, è stato osservato che la Corte ha ritenuto necessario accertare non una “qualunque” sproporzione del trattamento sanzionatorio, bensì una sua sproporzione “manifesta” ed è stato altresì osservato che questa configurazione debole del riscontro di proporzionalità dovrebbe essere sostituita da uno *strict scrutiny*, ovvero da un vero e proprio test di proporzionalità sul modello di quello adottato dallo stesso Giudice delle leggi in alcune decisioni relative ad altri “ambiti materiali”¹⁶⁰.

Il riferimento è a quelle pronunce, peraltro numericamente esigue, in cui la Consulta ha applicato il cosiddetto canone della razionalità della legge.

Tale canone si basa sull'“esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità”¹⁶¹ e su “criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa [legge]”¹⁶². Il controllo di conformità della legge a questo canone di razionalità si basa sul cosiddetto test di proporzionalità, ovvero su un percorso a tappe che termina con una fase consistente in un “gioco di bilanciamenti” volto a valutare se la norma oggetto di scrutinio prescriba, tra più misure appropriate, quella meno restrittiva degli altri beni costituzionali eventualmente coinvolti dalla stessa norma e dunque se essa stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento dei propri obiettivi¹⁶³: di conseguenza, il controllo di conformità della legge a questo canone è “svincolato da una normativa di raffronto”¹⁶⁴.

Tuttavia, questa tesi non pare condivisibile nei termini che si espongono.

Che la Corte in relazione al rapporto fra pena e fatto di reato non debba necessariamente richiedere una sproporzione in forma macroscopica o comunque palese, ma possa ritenere sufficiente anche una sproporzione di “entità” minore è un auspicio che può trovare adesione.

Quello che lascia perplessi è ritenere che la Corte nell'“ambito” penale e soprattutto in quello del controllo della misura delle sanzioni penali possa ergersi a «istanza di controllo della stessa “congruità effettuale” delle tecniche di tutela penalistica»¹⁶⁵, ovvero possa spingersi fino al punto

¹⁶⁰ In questo senso cfr. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., partic. 2109 nonché 2112 e *ivi* nota 21, il quale fra l'altro – 2113 e *ivi* nota 23 – in riferimento alla sent. n. 236 del 2016 osserva che un passaggio dell'ordinanza di remissione coltivato soprattutto nella prospettiva dell'art. 8 CEDU – il quale richiede che vi sia una proporzione fra il livello dell'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata e nei rapporti familiari di ciascun individuo e il legittimo obiettivo della tutela dell'ordine pubblico e della pubblica fede che la stessa disposizione intende perseguire – «avrebbe... offerto il destro per misurare il grado di invasività della opzione punitiva – quale massimo livello di ingerenza dell'autorità pubblica – sui diritti retrostanti, per misurarne in radice la legittimità: ma la Corte – pur non accogliendo la eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura sul punto – sembra affrontare la (complessa) questione in tono minore, evitando percorsi argomentativi decisamente impegnativi, e forse eccedenti rispetto alle necessità del caso scrutinato».

¹⁶¹ Così la sent. n. 421 del 1991.

¹⁶² Così la sent. 87 del 2012, ma cfr. anche la sent. n. 1 del 2014.

¹⁶³ Per una limpida esposizione di questo test ed una sua concreta applicazione nel caso di specie cfr. la sent. n. 23 del 2015.

¹⁶⁴ Così chiaramente la sent. n. 162 del 2014.

¹⁶⁵ L'espressione è tratta da G. FIANDACA, *Controllo penale sull'uso degli additivi alimentari e principi di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, I, 640-641, il quale osserva che la Corte si è talvolta atteggiata ad istanza di questo tipo di controllo assumendo a base del suo ragionamento la violazione di principi pur sempre formali come quello di uguaglianza o quale quello di sufficiente determinatezza della fattispecie.

di svolgere un test di proporzionalità sulla falsariga di quello poc' anzi indicato: è in realtà dubitabile che il Giudice delle leggi possa arrivare a verificare – oltretutto senza alcuna normativa di raffronto – se il *quantum* di sanzione penale prescelto discrezionalmente dal legislatore sia proporzionale rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che lo stesso intende perseguire e dunque se fra i vari *quanta* che sarebbero potuti essere previsti dal legislatore il *quantum* effettivamente prescelto sia quello meno restrittivo dei diritti coinvolti dalla norma incriminatrice.

A questa operazione si frappone lo stesso ostacolo che, come si ricorderà, può essere opposto alla possibilità di effettuare un sindacato sul *quantum* della pena esclusivamente parametrato sull'art. 27, comma 3 Cost. e dunque sulla funzione rieducativa della pena: così come è a dir poco arduo stabilire in senso assoluto quale possa essere la pena proporzionata in ordine ai vari reati previsti nell'ordinamento dal momento che la proporzione è un "concetto" relativo ed assiologico condizionato dal rapporto di gravità stabilito fra i diversi reati, per gli stessi motivi è altrettanto difficile – perlomeno senza rischiare di sconfinare in valutazioni di merito come tali precluse dall'art. 28 l. n. 87/1953¹⁶⁶ – valutare se il *quantum* di sanzione penale prescelto dal legislatore sia proporzionale rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che lo stesso intende perseguire e dunque se sia quello che incide nel modo meno limitativo possibile sui diritti fondamentali coinvolti dalla fattispecie di reato¹⁶⁷.

A questo punto è però opportuno soffermarsi sul merito di tale recente orientamento della Consulta: al proposito in dottrina sono state espresse opinioni molto divergenti se non addirittura antitetiche.

Alcuni commentatori hanno rilevato che la Corte attraverso la proporzionalità ha tramutato il sindacato di costituzionalità in un giudizio sostanzialmente libero: «la costruzione della norma conseguente all'applicazione della ragionevolezza – che sia chiaro, causa *sempre* un trauma al principio di divisione dei poteri – sganciata da parametri prestabiliti, diventa il risultato dell'esercizio giurisdizionale di una *funzione legislativa*»¹⁶⁸.

Con particolare riferimento alla sentenza n. 222 del 2018¹⁶⁹ viene osservato che essa ha superato «*tutti i limiti*»¹⁷⁰ e più in particolare i seguenti: ha scardinato la consolidata regola delle rime

¹⁶⁶ Questo indipendentemente e a prescindere dalla valutazione che si voglia dare di questa disposizione che, come è noto, da alcuni è stata giudicata «una ripetizione inutile e tecnicamente oscura dell'art. 134 Cost.» (così L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1045, alla cui valutazione avrebbe poi aderito F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 906), mentre da altri è stata considerata uno strumento non scorretto di cui la Corte costituzionale può avvalersi per constatare che una determinata scelta del legislatore costituisce esercizio di poteri discrezionali che essa non può sindacare (in tal senso cfr. A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 817) e infine da altri ancora è stata valutata un mezzo che tende ad evitare un intervento innovativo della Corte su aspetti che richiedono una scelta discrezionale e politica del Parlamento e che dunque correttamente – o quantomeno auspicabilmente – introduce un limite di *political question* nella giurisprudenza costituzionale (in tal senso cfr. E. CATELANI, *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nel giudizio incidentale*, Milano, 1993, 232-233).

¹⁶⁷ A poco servirebbe – come pure fa A. PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori*, cit., 775 – addurre quali esempi che contraddicono ai dettami o alla coerenza della logica quello del reato di sequestro di persona la cui pena fosse meno grave per il caso in cui la vittima morisse o per l'ipotesi in cui le vittime fossero di più di una o perfino quello del reato il cui livello di sanzione fosse determinato a sorte oppure mediante pratiche magiche: si tratta all'evidenza di casi che appaiono francamente di scuola e per i quali dunque pare scontata e sottintesa la conclusione dell'A. secondo cui la Consulta ben potrebbe dichiarare «che non di discrezionalità legislativa si tratti, bensì di mero illogico arbitrio».

¹⁶⁸ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 2, 264.

¹⁶⁹ ... ma con osservazioni estese anche alle altre decisioni che sono state citate sopra e in particolare alla sent. n. 40 del 2019: cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 268 nota 39.

¹⁷⁰ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 264.

obbligate come limite agli interventi additivi in materia penale; ha rivitalizzato «la residuale e problematica categoria delle decisioni *sostitutive*»¹⁷¹ per introdurre, in luogo della disposizione vigente, una norma riscritta integralmente; ha stabilito il principio per il quale «qualsiasi disciplina esistente [può] fungere, diciamo così, da *tertium*»¹⁷² e ha così ridotto la ragionevolezza «a *proporzionalità a rime libere*»¹⁷³; ha costruito in ognuna di queste recenti decisioni «una diversa norma sanzionatoria *proporzionata e personalizzata* ma del tutto priva di un referente oggettivo e *omogeneo*»¹⁷⁴; in sostanza «si sostituisce ormai al legislatore: stabilisce il disvalore sociale di una condotta individuale e, quindi, prescrive la relativa sanzione...»¹⁷⁵.

Altri studiosi hanno invece addirittura sostenuto che la Corte avrebbe dato prova di saper svolgere un giudizio di giustizia-giustizia della legge inteso come giudizio di adeguatezza rispetto alla funzione sociale della legge, ovvero quale giudizio nel quale «entra la considerazione dei casi della vita e delle loro esigenze normative»¹⁷⁶.

La premessa di questo ragionamento è che il caso è un accadimento interpretato attraverso categorie di senso e di valore e che tale interpretazione è carica di aspettative, cioè “preme” sul diritto, cosicché alla stregua di tale interpretazione le soluzioni legislative possono essere adeguate o inadeguate al caso ed eventualmente arbitrarie qualora la “pressione” non trovi sbocco nella legge. Questo assioma viene portato a svolgimento e si giunge così alla conclusione che le recenti decisioni della Corte in materia di *quantum* della pena realizzano il legame fra il giudizio di giustizia-giustizia della legge e il caso concreto.

¹⁷¹ A. MORRONE, *op. e loc. ult. cit.* A dir la verità, la definizione delle sentenze sostitutive come di decisioni “problematiche” necessiterebbe di un’adeguata problematizzazione. A parere di chi scrive, se proprio si vuole impiegare tale definizione nei confronti delle manipolative, forse essa sarebbe semmai più adeguata per le additive: questo perlomeno a voler intendere in un certo modo quanto osservato a suo tempo da L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 – luglio 85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 302, il quale focalizzava l’attenzione sulla circostanza che, mentre nelle additive c’è solo un profilo ricostruttivo o aggiuntivo ma manca quello ablativo dal momento che il vuoto, consistente nell’omissione o nella semplice assenza di disciplina, c’è già prima della sentenza, nelle sostitutive si verifica un effetto caducatorio che crea un vuoto attraverso l’eliminazione di una norma e solo dopo si passa ad un profilo ricostruttivo rivolto a riempire il vuoto prodotto. Al di là di questo, non si vede il motivo per il quale si possa predicare la problematicità solo per le sostitutive in particolare e questo dal momento che la Corte può adottare una decisione sostitutiva «alle medesime condizioni ritenute necessarie per un’additiva»: così G. BRUNELLI, *Dispositivo con clausola generale, natura del tertium e tecnica argomentativa in una recente decisione sostitutiva*, in *Giur. cost.*, 1994, 4119 nota 36.

¹⁷² A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 265.

¹⁷³ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 268; un po’ meno netta ma comunque nella stessa direzione la posizione di R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta*, cit., 976, secondo cui «nel momento in cui la proporzione è valutata rinunciando al *tertium* e si va verso un giudizio intrinseco, l’individuazione della pena finisce per essere nella sostanza non argomentabile».

¹⁷⁴ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 265.

¹⁷⁵ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 268.

¹⁷⁶ Così G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 176-177, i quali distinguono in seno al vizio di arbitrarietà della legge, ovvero quel vizio in cui incorrono tutte le «*leggi contro la natura del diritto*» (162), l’irrazionalità – la cui verifica si svolge secondo il classico schema triadico e dunque con il *tertium comparationis* «come pietra di paragone che consente di cogliere l’eventuale “rottura” logica dell’ordinamento» (166) –, l’irragionevolezza – il cui controllo avviene con il cosiddetto test di proporzionalità il quale sostanzialmente si esplica nella valutazione dell’eventuale eccedenza dei mezzi rispetto ai fini perseguiti dal legislatore ed impone i “bilanciamenti”, ovvero che «siano preferiti i mezzi che meno sacrificano gli altri beni costituzionali eventualmente coinvolti dalla legge» (171), realizzando così quel canone che, come già detto in precedenza nel corso di questo scritto, la Corte costituzionale in quei pochi casi in cui lo ha applicato ha invece *expressis verbis* definito di razionalità – e, appunto, la giustizia-giustizia. Su quest’ultimo “concetto” cfr. anche G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale*, cit., 206, il quale osserva che «il controllo di *giustizia*... implica una verifica di legittimità interamente esterna all’ordinamento giuridico... in base a criteri *a priori* rispetto ai contenuti dello stesso...».

Il riferimento viene fatto in modo particolare alla sentenza n. 236 del 2016. Il giudice che aveva posto la questione di costituzionalità dell'art. 567 cod. pen., che puniva con la reclusione da cinque a quindici anni l'alterazione di stato civile, aveva a che fare con un uomo convivente con la madre di un bimbo il cui padre naturale si era dileguato e l'alterazione di stato, ovvero la falsa dichiarazione che il bimbo era figlio del convivente, era servita per un fine moralmente apprezzabile, cioè l'attribuzione di un legame familiare al neonato il quale in caso contrario ne sarebbe rimasto privo. Tuttavia, quand'anche fosse stata irrogata la pena nella misura minima e fosse stata riconosciuta l'attenuante dei "motivi di particolare valore morale o sociale" di cui all'art. 62, n. 1 cod. pen., quell'uomo avrebbe comunque dovuto patire la pena del carcere. Questa conclusione – si osserva – è apparsa incostituzionale a causa della manifesta asimmetria fra la specifica e concreta condotta del reo e la sanzione prevista dalla legge e anzi molto probabilmente l'applicazione di quella legge a quel caso avrebbe alimentato una rivolta contro il diritto in nome del senso di giustizia. E allora – si conclude – la Corte, che pure deve necessariamente rivestire le sue argomentazioni con richiami a norme costituzionali e che in effetti così ha fatto anche nel caso di specie invocando gli artt. 3 e 27 Cost., ha esemplarmente e meritoriamente dato prova di saper svolgere «un giudizio esterno delle norme giuridiche che le mette in rapporto con l'esperienza pratica», ovvero un giudizio che «prende in considerazione i casi della vita, non per intendere le norme di diritto, ma per valutare la legittimità di queste ultime»¹⁷⁷.

Pare di poter osservare che entrambe queste posizioni dottrinali, pur se molto distanti fra di loro, sotto molti profili colgono nel vero anche se tutta la questione merita di essere ulteriormente problematizzata.

In primo luogo, non si può non osservare che in queste recenti decisioni sul *quantum* della pena il sostituto sanzionatorio è pur sempre interno all'assetto normativo vigente: come ha osservato il Presidente Lattanzi, la Corte in ogni caso sceglie «una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito»¹⁷⁸.

A questo proposito non pare del tutto convincente eccepire che «la circostanza che la scelta ricada su una delle soluzioni sanzionatorie già esistenti depotenzia – forse – il pericolo di conflitti con il legislatore, ma non fa venir meno la politicità dell'operazione manipolativa»¹⁷⁹.

Se si muove dal postulato secondo il quale «anche solo riducendo il *quantum* di pena... la Corte ha utilizzato la libertà caratteristica di un altro potere, quello legislativo, in quanto ha scelto discrezionalmente il reato cui ancorare la modificazione della misura della pena»¹⁸⁰, allora la legittimità di manipolative sul *quantum* della sanzione penale deve essere censurata sempre: questo non solo nel caso in cui la Corte tragga il sostituto sanzionatorio da una soluzione costituzionalmente non obbligata ma solo adeguata, bensì anche nell'ipotesi in cui la stessa adotti una manipolativa «nonostante la rassicurazione che ci si sia mossi sotto stretta dettatura della Costituzione»¹⁸¹.

¹⁷⁷ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 176, i quali potrebbero trovare una conferma della propria tesi in quell'inciso contenuto nella dec. n. 236 del 2016 in cui la Corte osserva che "laddove emergano sintomi di manifesta irragionevolezza, per sproporzione, di un trattamento sanzionatorio, e l'intervento della Corte costituzionale sia invocato, a fini di giustizia, dai giudici a quibus, questo è possibile, al ricorrere di determinate condizioni" (con corsivo nostro).

¹⁷⁸ G. LATTANZI, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Le relazioni annuali sulla giurisprudenza costituzionale (<http://www.giurcost.org/cronache/conferenze.html>), 17.

¹⁷⁹ Così A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 803-804.

¹⁸⁰ Così M. D'AMICO, *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 275, secondo la quale l'art. 25, comma 2 Cost. riserva al solo legislatore la scelta sul *quantum* della pena esigendo anche che la misura di essa sia tassativamente determinata.

¹⁸¹ Così S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 12 ottobre 2017, 4.

A poco servirebbe richiedere che nell'adottare la decisione manipolativa in materia penale la Corte debba attenersi tanto ad un criterio formale, in ragione del quale il *tertium* deve trovarsi nella medesima disposizione oggetto di impugnativa, quanto ad un criterio sostanziale, in virtù del quale il *tertium* deve essere scelto sulla base della valorizzazione di alcuni elementi *essenziali* comuni allo stesso *tertium* e alla disposizione oggetto di censura¹⁸²: infatti "il «rigorosissimo» principio di legalità che regge la materia penale e, *amplius*, sanzionatoria"¹⁸³ di cui all'art. 25, comma 2 Cost. ma forse soprattutto la «particolarissima natura delle norme che formano oggetto del principio costituzionale di legalità, dettato dal comma 2 dell'art. 25»¹⁸⁴ impedirebbero *in tutti i casi* la possibilità di emettere decisioni manipolative in punto di *quantum* di sanzione penale perché solo l'organo costituzionale che più direttamente esprime la sovranità popolare, ovvero il legislatore, potrebbe, pur se nel rispetto di alcuni principi cardine della Costituzione, stabilire la qualità e la quantità delle pene edittali¹⁸⁵. Inoltre, a seguire fino in fondo e con coerenza tale ragionamento non sarebbe possibile sfuggire alle seguenti conclusioni: innanzitutto neanche le sentenze di accoglimento parziale in materia penale dovrebbero essere ritenute ammissibili perlomeno in quei casi in cui la portata di tali decisioni fosse non semplicemente riduttiva, bensì "ampliata" dell'area di incriminazione e comportasse, così, un "effetto additivo o sostitutivo", proprio come le manipolative, sulla sfera d'applicazione della fattispecie criminosa¹⁸⁶; in secondo luogo perfino le stesse "letture interpretative" fornite dal Giudice delle leggi dovrebbero essere considerate inammissibili in riferimento alle decisioni tanto di rigetto quanto di accoglimento perché esse, «arricchendo... in maniera non sempre chiara la trama normativa preesistente»¹⁸⁷, violerebbero il principio della riserva di legge in materia penale e quello di determinatezza della fattispecie criminosa.

Questa conclusione però da una parte francamente parrebbe a dir poco eccessiva e dunque difficilmente accettabile perché determinerebbe la pratica conseguenza di impedire alla Corte costituzionale di "intervenire" in materia di precetti e di sanzioni penali pressoché quasi sempre o, meglio ancora, in tutti i casi fuorché in quelli in cui i giudici costituzionali ritenessero di dover adottare una decisione di accoglimento "secca"; dall'altra parte questa conclusione si scontrerebbe anche con la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale: questa, infatti, ha ritenuto di poter emettere decisioni manipolative in riferimento al *quantum* di pena sulla base dell'esistenza di una

¹⁸² In tal senso si esprime M. D'AMICO, Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale, cit., 277.

¹⁸³ Così la sent. n. 109 del 2016.

¹⁸⁴ Così L. PALADIN, Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983, in *Giur. cost.*, 1984, 260, il quale esprime una tesi che sembra preferibile rispetto a quella che fa leva sulla riconduzione alla riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2 Cost. dei limiti che incontra la Corte in materia penale: per maggiori ragguagli sotto questo profilo cfr. A. BONOMI, Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti, cit., 342 ss., partic. 345-346.

¹⁸⁵ E infatti non c'è mancato chi in dottrina ha sostenuto proprio questa tesi così radicale: cfr. C. PEDRAZZI, *Sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 446, nonché ID., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 647, laddove l'A. osservava che le sentenze manipolative in materia penale «frutto di sottili alchimie... non parlano il linguaggio piano e diretto che si può e si deve pretendere da una legge, come quella penale, la cui ignoranza non è consentita ad alcuno. Troppo poco maneggevoli... per adattarsi a una funzione imperativa... i problematici rinvii tra dispositivo e motivazione».

¹⁸⁶ Gli esempi in tal senso, del resto, non mancano: cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale – Art. 1-84*, Milano, 2004, 26-27; il principio per il quale l'efficacia sostanzialmente riduttiva di una decisione della Corte non basta a giustificare interventi sul *quantum* della pena e più in generale sulla fattispecie di reato era stato già sostenuto a suo tempo da C. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, cit., 651.

¹⁸⁷ Così F. CURI, *L'attività «paralegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale*, cit., 1095, la quale – *ivi* in nota 18 – prosegue osservando che «anche qualora l'intervento della Corte sia mirato a conseguire effetti favorevoli al reo, esso dovrebbe comunque essere destinato a soccombere rispetto al principio di legalità, dotato a nostro avviso di maggiore pregnanza».

soluzione costituzionalmente obbligata e ha addotto il motivo che si trattava di modificazioni comunque favorevoli al reo in quanto la misura della pena risultava ridotta¹⁸⁸.

Se, invece, quando si discorre di “politicità della manipolazione” in riferimento a questo recente orientamento del Giudice delle leggi si allude al consistente aumento della “discrezionalità” della Corte in materia di sindacato sul *quantum* della pena, allora in effetti non si può che concordare.

È infatti evidente che il “margine d’intervento” del Giudice delle leggi sia molto più ampio quando si tratta non semplicemente di valutare la sussistenza di un’omogeneità fra due fattispecie criminose – operazione, come già detto in precedenza, già di per se stessa peraltro caratterizzata da una non indifferente «aleatorietà»¹⁸⁹ –, bensì di accertare l’esistenza di una non disomogeneità, ovvero di non irrilevanti tratti comuni fra le stesse, e di rintracciare successivamente nel sistema il sostituto sanzionatorio quale soluzione costituzionalmente adeguata.

Sotto quest’ultimo profilo la sentenza n. 40 del 2019, già esaminata poco addietro, può essere adottata come esempio emblematico.

La Corte in questa occasione sostituisce il minimo edittale della fattispecie che incrimina i fatti di non lieve entità relativi alle “droghe pesanti” con il massimo edittale disposto da altra fattispecie di reato che punisce i medesimi fatti ma in relazione alle sole “droghe leggere”: l’operazione della Corte sembra caratterizzata da notevole “discrezionalità” perché le due fattispecie in questione riguardano droghe che qualitativamente sono ben diverse e che quindi appaiono esprimere disvalori piuttosto disomogenei¹⁹⁰.

Rimanendo sempre nel merito di queste recenti decisioni sul *quantum* della pena, anche l’affermazione categorica secondo la quale le rime sarebbero addirittura diventate né più né meno che libere pare eccessiva.

Ammesso che abbia fondamento la tesi secondo cui in tali decisioni «la Corte costituzionale ha fatto proprio quel che dovrebbe evitare: individuare una *propria* soluzione positiva, che è solo una delle tante possibili risposte...»¹⁹¹, allora questa tesi è suscettibile di essere applicata anche a buona parte di *tutta* la categoria delle decisioni manipolative, ivi comprese dunque quelle adottate a rime obbligate.

Vediamo il motivo per il quale si sostiene questa affermazione.

Si può condividere, o meno, la stessa ricostruzione teorica delle rime obbligate, secondo cui, come è noto, la Corte non inventa nulla e non può inventare nulla che, almeno allo stato latente, non sia già presente nell’ordinamento; tuttavia essa non può giustificare tutti i casi di sentenze manipolative.

A fronte di ipotesi in cui la previsione aggiunta è senz’altro «l’unica praticabile alla stregua dei valori costituzionali e della logica del sistema legislativo»¹⁹² e in cui dunque la “innovatività” o la “creatività” della decisione è contenuta entro margini effettivamente ristretti vi sono molti altri casi in cui è invece contestabile il carattere vincolato delle indicazioni normative contenute nella parte

¹⁸⁸ “Nessun ostacolo – al di là di quello generale, legato all’esigenza che l’intervento risulti costituzionalmente vincolato nei contenuti, così da non implicare scelte discrezionali spettanti in via esclusiva al legislatore – incontrano... le sentenze additive *in bonam partem*”: così la sent. n. 109 del 2016.

¹⁸⁹ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 378, secondo il quale «il *tertium comparationis* si rivela in fondo un fattore di aleatorietà del giudizio di costituzionalità».

¹⁹⁰ Sul punto cfr. R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta*, cit., 975-976, il quale si pone la seguente domanda: «per quale ragione tale massimo della fattispecie non lieve riferita alle droghe leggere dovrebbe costituire il minimo della fattispecie non lieve riferita alle droghe pesanti? Questo non ci è dato sapere, se non attraverso un ragionamento che finisce per essere decisamente apodittico, nonché controvertibile» (976); l’A. conclude evidenziando, in relazione alla sentenza n. 40 del 2019, «l’incongruenza» e la «fragilità del ragionamento giustificativo» (976).

¹⁹¹ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 266.

¹⁹² Così A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità*, I), *Ordinamento italiano*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXVIII, Roma, 1992, §§ 2.15.4.4. e 2.15.4.5.

ricostruttiva della pronuncia. In riferimento a questi ultimi casi è più problematico sostenere che la teoria delle rime obbligate è stata «elaborata in funzione di garanzia e limite delle competenze e della legittimazione del giudice costituzionale di fronte alla discrezionalità del legislatore»¹⁹³: infatti in tali casi la Corte finisce per «indicare essa stessa e per tutti il modo di rendere concreti i valori costituzionali dell'ordinamento» e «il modo di ricostruire interpretativamente il sistema legislativo»¹⁹⁴ quando invece, «se davvero di interpretazione si tratta, sia pure attraverso il ricorso a principi impliciti, costituzionali e non costituzionali, il processo che si deve aprire è assai più corale dovendo coinvolgere tutti i soggetti dell'ordinamento e, in particolare, l'autorità giudiziaria»¹⁹⁵.

In conclusione, in questi casi il rischio è che la Corte possa trasformarsi «da giurisdizione di invalidazione in giurisdizione di interpretazione autentica»¹⁹⁶.

A questo proposito risulta più che mai attuale l'ammonimento di quell'autorevole commentatore che metteva in guardia dal pericolo rappresentato dal fatto che, per quanto le rime possano essere «obbligatissime», senza dubbio «quanto al contenuto e al *quomodo* le rime debbono baciarsi per predestinazione; ma resta l'*an*. È qui che si concentra il maggior potenziale di scelta, specialmente quando la Corte si confronta con opzioni politiche attuali»¹⁹⁷: in altri termini, la teoria delle rime obbligate «dice semplicemente che la norma creata dalla Corte deve essere in linea con l'ordinamento; ma il modo d'essere in linea è vario e, tra questa varietà, c'è possibilità di scelta»¹⁹⁸.

Quanto appena osservato non impedisce tuttavia di constatare che in alcune delle decisioni che compongono questo recente orientamento la Corte si è spinta probabilmente troppo in là nell'individuazione della rima costituzionalmente adeguata.

¹⁹³ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 265.

¹⁹⁴ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE - E. CHELI - S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 109, il quale in altra sede specifica altresì che «nessun principio costituzionale è invocabile per argomentare l'aristocratica posizione della Corte costituzionale che pretende di indicare da sola e con efficacia *erga omnes* le norme che valgono a colmare le lacune derivanti dall'incostituzionalità della legge»: così G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 657-658.

¹⁹⁵ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 109, il quale prosegue osservando che «il controllo di costituzionalità, con tutto ciò che presuppone e comporta, è un limite, quanto al principio su cui si fonda, e quanto al contenuto della sua azione, al principio maggioritario. In una costituzione non monistica, che accoglie in sé diversi principi ispiratori, l'organo investito dalla funzione di controllo non partecipa conseguentemente di un fondamento analogo a quello degli organi politicamente attivi ove si esprime il principio di maggioranza» (111): l'A. conclude che in alcuni casi «messi l'uno di fronte all'altro il principio di legittimità costituzionale e il rispetto dell'ordine costituzionale delle competenze» deve essere «fatto prevalere il secondo, a dimostrazione che la funzione di "chiusura" svolta dalla Corte non è senza limiti e condizioni» (115 nota 14); in senso contrario cfr. F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale. Relazione svolta il 26 novembre 1978 a Como, al convegno su «La Costituzione italiana: il disegno originario e la realtà attuale»*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1251, il quale enfatizza tanto «la natura specifica e positivamente stabilita della giurisprudenza costituzionale accentrata in apposito organo esclusivamente competente a mediare, per così dire, in caso di possibile contrasto, l'ordinamento giuridico a livello legislativo e i principi e programmi della Costituzione» quanto «la natura per nulla "rappresentativa" dei giudici, a fronte della natura parzialmente o, meglio, diversamente rappresentativa della Corte costituzionale».

¹⁹⁶ Così G. RIZZA, *La Corte costituzionale fra politica e diritto: appunti preliminari*, in *Dir. soc.*, 1973, 328, il quale ritiene che solo attraverso questa trasformazione «si potrebbe... fornire di vincolatività *erga omnes* la parte della sentenza manipolatrice che indica la disciplina aggiuntiva o sostitutiva. L'attualizzarsi di tale disciplina resta dunque affidato essenzialmente alla magistratura, la quale, se non potrà più utilizzare la norma eliminata, potrebbe comunque, nella propria autonomia interpretativa, disattendere i risultati dell'interpretazione della Corte, salvo l'obbligo di sollevare la questione di legittimità qualora la ricostruzione di una diversa regolamentazione suscitasse dubbi di incostituzionalità»; un giudizio molto netto sulle manipolative in genere è dato da G.U. RESCIGNO, *Riflessioni sulle sentenze manipolative da un lato e sulla delimitazione della questione di costituzionalità dall'altro, suggerite dalla sent. n. 139 del 1989*, in *Giur. cost.*, 1989, 663, secondo il quale tali sentenze possono «produrre o incostituzionalità altrettanto gravi di quelle sanate o intromissioni ancora più penetranti della Corte nel campo proprio del legislatore».

¹⁹⁷ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza*, cit., 323.

¹⁹⁸ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 236.

Si pensi alla sentenza n. 222 del 2018.

La Corte affronta la questione di costituzionalità di una disposizione contenuta nella legge fallimentare. Essa prevedeva che la condanna per uno dei fatti previsti da essa importasse per la durata di dieci anni le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e dell'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa. La Corte dichiara l'illegittimità della disposizione nella parte in cui dispone questa previsione anziché disporre che la condanna per uno di quei fatti comporta "l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni".

A questa conclusione la Corte addivene prendendo, quale criterio sanzionatorio già rinvenibile nell'ordinamento, altre due disposizioni, anch'esse contenute nella stessa legge fallimentare, che prevedono le medesime pene accessorie indicate nella disposizione sottoposta all'esame della Corte, ma dispongono che la loro durata sia stabilita discrezionalmente dal giudice "fino a" un massimo determinato dalla legge, ovvero due anni nel caso di una di queste disposizioni e tre anni nel caso dell'altra.

Tutto questo, tuttavia, non convince fino in fondo.

Infatti il *tertium*, in quanto punto di riferimento per la sostituzione della pena accessoria dichiarata incostituzionale, non è individuato in una grandezza sanzionatoria già rintracciabile nell'ordinamento a corredo di una fattispecie di reato avente tratti almeno non disomogenei rispetto a quelli propri della disposizione sottoposta all'esame della Corte.

Inoltre la scelta della Corte nega apertamente la soluzione prospettata dall'autorità giudiziaria remittente e ricade su due disposizioni che prescrivono l'applicabilità della pena accessoria "fino a" un massimo dalle stesse stabilito.

In altri termini, l'automatismo previsto dalla disposizione impugnata era senza ombra di dubbio illegittimo, ma esso è stato sostituito con una norma che allarga a dismisura il potere discrezionale del giudice che ora può quantificare la durata della pena accessoria addirittura "fino a dieci anni"¹⁹⁹.

Detto questo, è chiaro che l'aspetto più rilevante di queste decisioni recentemente adottate in materia di *quantum* della sanzione penale è quello relativo al mutato rapporto fra la Corte costituzionale e il legislatore da un lato ma, soprattutto, fra la stessa Corte e i giudici dall'altro.

A dire la verità, nei confronti del legislatore questo rapporto è assai meno problematico.

Questa minore problematicità può essere riscontrata sotto due profili.

Il primo riguarda il seguente aspetto evidenziato fin da subito in dottrina.

La Corte nelle decisioni n. 236 del 2016, n. 222 del 2018 e n. 40 del 2019 attenua la "morsa" delle rime obbligate solo nell'ipotesi specifica in cui a seguito del monito espresso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto contenente l'invito al legislatore ad esercitare la discrezionalità in concreto lo stesso legislatore non sia intervenuto affatto²⁰⁰.

Dalla constatazione di questo dato di fatto si trae la seguente conclusione: le rime obbligate giustificano un intervento immediato della Corte qualora realmente la lacuna incostituzionale possa da subito essere colmata senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore; le rime obbligate impediscono alla Corte di intervenire subito laddove l'intervento legislativo si riveli indispensabile

¹⁹⁹ Osserva S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta*, cit., 185, che «sarebbe certo eccessivo sostenere che la sanzione risultante dalla sent. n. 222 sia a sua volta illegittima per eccessiva ampiezza della cornice editale. Quando la Corte ha per questa ragione ritenuto contraria al principio di legalità una pena, si trattava di una sanzione anzitutto detentiva, e comunque oscillante tra un minimo di due e un massimo di ben ventiquattro anni (Corte cost., sent. n. 299/1992). È però innegabile che il dispositivo della sent. n. 222 ha non solo corretto, quanto ribaltato la scelta originaria del legislatore».

²⁰⁰ In tal senso cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 26 giugno 2019, 650.

nella scelta delle diverse opzioni per colmare la lacuna incostituzionale; in quest'ultimo caso – e soprattutto se si verte in materia di diritti fondamentali – le rime obbligate non possono impedire alla Corte di intervenire sia pure in “seconda battuta” nel momento in cui la questione torni alla sua attenzione a seguito di monito già rivolto al legislatore affinché questi eserciti la sua discrezionalità trovando una soluzione conforme a Costituzione per rimediare alla già rilevata lacuna²⁰¹.

Che tale profilo renda meno problematico il rapporto fra la Corte e il legislatore perché la prima interviene solo una volta che abbia appurato che il secondo, non rispettando il pressante invito contenuto in una sentenza della stessa Corte, non è a sua volta intervenuto nell'esercizio della sua discrezionalità è senz'altro vero: tuttavia pare di dover osservare che da un lato non è affatto scontato che il Giudice delle leggi in futuro non si possa pronunciare in relazione a questioni che chiamano in causa il sindacato sul *quantum* della pena già in prima battuta, ovvero senza attendere un eventuale intervento legislativo; dall'altro lato a parere di chi scrive non è per nulla auspicabile che la Corte si orienti nella direzione di intervenire in questo “ambito materiale” esclusivamente in seconda battuta perché – soprattutto quando entrano in gioco diritti fondamentali – i giudici costituzionali devono sempre intervenire nell'immediatezza sia pure nei termini che si tenterà di argomentare nella parte conclusiva del presente lavoro.

Quanto al secondo profilo a cui poco addietro si alludeva, in tutte le suddette decisioni la Corte lascia libero di intervenire in qualsiasi momento il legislatore: in considerazione del fatto che la Corte opera a rime non obbligate ma adeguate e che dunque il sostituto sanzionatorio da essa individuato ha natura comunque provvisoria e transitoria il legislatore ben può, nell'ambito della propria discrezionalità, individuare un'altra – e in ipotesi anche più congrua – soluzione sanzionatoria purché quest'ultima ovviamente sia rispettosa dei principi costituzionali.

Dal fatto che queste decisioni manipolative di tipo sostitutivo non sono basate sull'applicazione della teoria delle rime obbligate e che dunque il legislatore è libero successivamente ad esse di intervenire attraverso la rivalutazione della misura della pena manipolata dalla Corte discende anche la seguente conseguenza: mentre nel caso di introduzione da parte del legislatore di una norma che non fosse compatibile con la stessa norma introdotta – *come soluzione costituzionalmente obbligata* – in via additiva o in via sostitutiva si verificherebbe la violazione del giudicato costituzionale²⁰², nessuna lesione in tal senso si produrrebbe qualora il legislatore intervenisse modificando il sostituto sanzionatorio indicato dalla Corte nelle recenti decisioni in esame perché questo sostituto è stato tratto da un soluzione costituzionalmente adeguata²⁰³.

²⁰¹ Così M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 653-654.

²⁰² Cfr. A. LOLLO, *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via incidentale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 28 giugno 2011, 12, mentre F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002, 161, osserva che da questo punto di vista non sussiste alcuna apprezzabile differenza fra additive e sostitutive; in tema di giudicato è da segnalare l'opinione del tutto peculiare espressa in più luoghi da chi ritiene che l'art. 137, ultimo comma Cost. incorpori, sì, certamente un principio – quello relativo alla forza di giudicato costituzionale di tutte le decisioni d'accoglimento – fondamentale dell'ordinamento, ma che ciò non tolga che – eccezion fatta per il principio che sancisce la dignità della persona umana – ogni principio costituzionale, ancorché fondamentale, non può sottrarsi al bilanciamento con i restanti altri: in tal senso, da ultimo, A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2020/I, 169-170 nota 35, il quale, pur dubitando «molto che, una volta ammesso il superamento del giudicato in parola, possa aversi un rifacimento del processo costituzionale già portato a termine e, con esso, l'eventuale “reviviscenza” di legge già caducata dalla Corte, a motivo del carattere istantaneo dell'effetto ablativo», osserva che «potrebbe, però, ammettersi la riproduzione con legge della norma dapprima annullata e, nel caso che la norma riproduttiva dovesse essere impugnata davanti alla Consulta, potrebbe aversene il rigetto della questione che l'abbia ad oggetto, malgrado la violazione del giudicato usualmente, in circostanze siffatte, riconosciuta dallo stesso giudice costituzionale...».

²⁰³ Che una decisione con cui la Corte introducesse un profilo ricostruttivo parziale e in via transitoria adottando una delle soluzioni possibili non vincolerebbe il legislatore il quale ben potrebbe disporre diversamente da quanto

Né pare che si possa sostenere che, nel momento in cui la Corte *sceglie* una determinata disciplina tra quelle astrattamente possibili, tale scelta tende ad assumere «un significato senza dubbio pregnante anche per il legislatore in una prospettiva di riforma»²⁰⁴.

La prassi dimostra infatti che il legislatore in molte occasioni non si è sentito vincolato dalla parte ricostruttiva delle decisioni additive e di quelle sostitutive emesse sulla base della teoria delle rime obbligate e ha così riprodotto norme assolutamente incompatibili con quelle introdotte in via additiva o sostitutiva. È dunque presumibile ritenere allora che lo stesso legislatore *a fortiori* non si sentirà in alcun modo condizionato nella propria discrezionalità nell'ipotesi delle decisioni in esame²⁰⁵.

Quanto al rapporto che viene ad instaurarsi fra la Corte costituzionale e i giudici, le implicazioni di tale rapporto devono, invece, essere maggiormente indagate ed approfondite.

A questo proposito è stato sostenuto che la decisione sostitutiva con cui la Corte individua il sostituto sanzionatorio quale soluzione adeguata nega «al giudice di merito la libertà di interpretazione e applicazione del diritto derivante dall'accoglimento manipolativo, imponendogli come dovrebbe esercitare la funzione giurisdizionale»²⁰⁶.

Questa osservazione critica non erra nella sua impostazione di fondo.

Che per tutti i giudici – ivi compreso il giudice *a quo* – la scelta sanzionatoria della Corte sia da intendersi come vincolante pare infatti fuori discussione²⁰⁷: a dimostrazione dell'assunto è sufficiente leggere la sentenza n. 222 del 2018 nella parte in cui riconosce, sì, nel giudice remittente l'«unico competente a definire il giudizio da cui prende le mosse l'incidente di costituzionalità», ma subito dopo chiarisce che questo deve avvenire alla luce del quadro normativo «come risultante dalla presente pronuncia».

Che da questa impostazione di fondo si possa però inferire la conclusione che la libertà dei giudici di applicazione e di interpretazione del diritto ne risulta limitata o addirittura negata pare fortemente revocabile in dubbio nei termini che a breve saranno esplicitati.

transitoriamente dettato dalla Corte senza con ciò violare il giudicato costituzionale sostiene A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, 3707 nota 108.

²⁰⁴ R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta*, cit., 982, nonché ID., *Dalle "rime obbligate"*, cit., 2571 («se... si considera che è il Giudice delle leggi a compiere una scelta tra soluzioni possibili che in definitiva si pongono sullo stesso piano in quanto tutte legittime, nel momento in cui la Corte scarta una determinata soluzione, il rischio è che la soluzione adottata finisca per essere considerata l'unica costituzionalmente possibile. Con la conseguenza ultima che, nel momento in cui si incrementa la discrezionalità della Corte, si vincola in termini ancora più stringenti il legislatore, irrigidendo il sistema»); anche A. PUGIOTTO, *op. e loc. ult. cit.*, in riferimento alla tesi avanzata in dottrina secondo cui la Corte potrebbe, dopo aver dichiarato incostituzionale la legge, introdurre pure un profilo ricostruttivo parziale con cui adottare non la soluzione costituzionalmente obbligata, bensì una delle soluzioni possibili, osserva che, se quella tesi fosse messa in pratica dalla Corte, il Parlamento risulterebbe «*de facto* fortemente condizionato da quella pronuncia, vedendo così circoscritta, e non di poco, la propria discrezionalità legislativa».

²⁰⁵ Sulla base dell'assioma per il quale «il legislatore può sempre intervenire sulle fonti primarie che compongono la situazione normativa in riferimento alla quale la Corte ha ritenuto sussistere l'incostituzionalità» e per il quale il potere della Corte non è dotato del «carattere dell'assolutezza» A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 11 marzo 2020, 755-756 (cui si devono le precedenti citazioni), nega fondamento alla tesi secondo la quale, riconoscendosi alla Corte la possibilità di delimitare il perimetro della discrezionalità legislativa (cosa che, peraltro, essa già da tempo fa) e la stessa opzione di reputare di volta in volta eventualmente sacrificabile quest'ultima, si finirebbe con l'attribuire all'organo di giustizia costituzionale una sorta di *Kompetenz-Kompetenz*, ovvero un potere incompatibile con la logica dei pesi e dei contrappesi dello Stato costituzionale.

²⁰⁶ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 264.

²⁰⁷ Ed infatti in dottrina l'assunto è condiviso pressoché da tutti coloro che hanno analizzato questo recente orientamento della Consulta: cfr., *inter alios*, A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 796; A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità*, cit., 165.

Innanzitutto, sembra difficilmente contestabile che l'attribuzione di un valore non vincolante *erga omnes iudices*, bensì semplicemente persuasivo del sostituto sanzionatorio avrebbe comportato conseguenze inaccettabili per l'ordinamento.

Intanto una volta dichiarato illegittimo il *quantum* della pena e sostituito con altro *quantum* in virtù di una dichiarazione d'incostituzionalità consentire ai giudici l'assunzione di decisioni potenzialmente differenti in punto di rideterminazione *in mitius*, in sede di incidente di esecuzione, dell'entità della pena già definitivamente irrogata sarebbe inaccettabile per ragioni di certezza giuridica e di eguaglianza di trattamento.

È noto che le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione hanno potuto chiaramente precisare che l'incidente di esecuzione è lo strumento processuale tramite cui pervenire alla rideterminazione della pena nell'ipotesi in cui la declaratoria di incostituzionalità abbia intaccato non il precetto, ma solo la sanzione prevista dal legislatore per la sua violazione: il percorso argomentativo delle Sezioni Unite si basa sulla tesi secondo la quale, benché nessuna norma preveda espressamente la possibilità per il giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena in seguito ad una pronuncia di illegittimità, tuttavia rientra nella *ratio* dell'art. 30, comma 4 l. n. 87/1953 "l'impedire che una sanzione penale, per quanto inflitta con una sanzione divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata successivamente incostituzionale"²⁰⁸.

Tanto premesso, è evidente che proprio quelle ragioni di certezza giuridica e di uguaglianza di trattamento rendono indispensabile che l'unità di base utilizzabile dal giudice dell'esecuzione nel ricalcolare il *quantum* della pena sia offerta – per tutti – dal sostituto sanzionatorio indicato nel dispositivo della sentenza costituzionale: in caso contrario, infatti, il rischio concreto sarebbe quello di ricalibrare in misura del tutto disomogenea le pena in esecuzione.

In secondo luogo le conseguenze derivanti dal riconoscere efficacia non vincolante al sostituto sanzionatorio sarebbero negative anche per i giudici della cognizione perché, come è stato ben osservato, «una babele giurisprudenziale... sarebbe certamente insopportabile in un ambito, la misura della pena, che più di tutti non ammette alcuna anarchia quanto alla sua cornice edittale»²⁰⁹: anzi, da questo punto di vista non potrebbe arrivare in soccorso nemmeno l'eventuale formazione di un diritto vivente giurisprudenziale su di un determinato delta punitivo²¹⁰ perché tale diritto vivente si porrebbe in contrasto col principio di determinatezza delle fattispecie criminose il quale impone che tanto il precetto quanto anche l'opzione sanzionatoria siano chiari e precisi già a partire dalla promulgazione della legge incriminatrice²¹¹.

La tesi secondo cui la parte integrativa della decisione con cui la Corte interviene sul *quantum* della pena debba esplicare un effetto vincolante viene sostenuta anche da chi ritiene, in riferimento alle manipolative adottate dalla Corte sulla base delle rime obbligate, che esse producono, sì, un effetto caducatorio *erga omnes*, ma solo in riferimento al profilo ablatorio e non invece in merito all'integrazione normativa: questo perché quest'ultima dovrebbe valere come proposta ermeneutica capace di imporsi a tutti i giudici non *ope constitutionis*, bensì eventualmente

²⁰⁸ Così la Cass. Sez. Un. Pen., 24 ottobre 2013, Ercolano, su cui vedasi F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2014, n. 1, 250 ss., nonché anche Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, Gatto, su cui G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena incostituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 17 ottobre 2014, 1 ss.

²⁰⁹ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 807.

²¹⁰ ... al limite diverso da quello indicato dalla Consulta nella sentenza di accoglimento sostitutiva.

²¹¹ Che il principio di determinatezza debba essere inteso in questo senso – perlomeno in riferimento alle fattispecie criminose dal momento che per le misure di prevenzione personali, a giudizio della Consulta, acquista un peso predominante il diritto vivente giurisprudenziale (cfr. la sent. n. 24 del 2019) – lo sostiene la Corte costituzionale nella sua più recente e (almeno sotto questo profilo) condivisibilissima giurisprudenza: cfr. le dec. n. 115 del 2018 e n. 24 del 2019, ribadite sul punto dalla dec. n. 141 del 2019 in materia di reato di favoreggiamento della prostituzione.

attraverso il fatto estrinseco di un conforme e ripetuto comportamento applicativo dell'autorità giudiziaria²¹². Coloro che sostengono questa tesi, infatti, tengono a precisare che dubitabilmente si può ammettere che nella materia penale il profilo integrativo proposto dalla Corte costituzionale possa essere sviluppato dal diritto vivente giurisprudenziale e in esso tradotto: questo perché nell'ambito penalistico vigono il divieto di analogia e il principio di determinatezza della fattispecie²¹³.

A quanto da ultimo osservato si potrebbe formulare una seria obiezione: nel caso del recente orientamento della giurisprudenza costituzionale le decisioni sostitutive sono emesse sulla base non di rime costituzionalmente obbligate, bensì di rime soltanto adeguate benché interne al sistema.

Questa obiezione coglie un aspetto centrale della problematica in oggetto: un conto, infatti, è il vincolo che discende nei confronti dei giudici dalla parte ricostruttiva di una decisione sostitutiva adottata a rime costituzionalmente obbligate; un altro e diverso conto è il vincolo che discende nei confronti degli stessi giudici dalla parte ricostruttiva di una decisione sostitutiva emessa a rime costituzionalmente solo adeguate.

È noto ai più che la Corte costituzionale ha – tranne che in alcune eccezionali occasioni²¹⁴ – sempre opposto lo scudo della formula processuale dell'inammissibilità nelle ipotesi in cui il giudice *a quo* ha chiesto alla Corte stessa di “rivedere la sua posizione”, ovvero di rivalutare nel complesso e di fare così venire meno il “risultato sostanziale” raggiunto in merito ad una precedente decisione manipolativa sul *quantum* della pena: la scelta di rispondere con la decisione di inammissibilità è stata giustificata dalla Consulta attraverso l'argomentazione secondo la quale l'autorità remittente aveva attivato arbitrariamente il meccanismo del giudizio incidentale al solo fine di sindacare nel merito il contenuto di una decisione costituzionale di accoglimento.

Nel caso però del recente orientamento della Corte in esame in questo scritto la questione si presenta assai diversamente.

Di fronte ad una decisione manipolativo/sostitutiva adottata senza l'ancoraggio alle rime obbligate è evidente che i giudici comuni potranno “contestare” il suo profilo ricostruttivo relativo al *quantum* della pena chiedendo alla Corte di “tornare sui propri passi”: questo senza che le ordinanze di rimessione rivolte a questo scopo possano essere considerate «suicide» o

²¹² Com'è noto, la tesi è sostenuta da A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente*, cit., partic. 3680, il quale conclude così nel senso che gli effetti della decisione costituzionale in riferimento alla sua parte integrativa «vanno considerati come eventuali “co-effetti”, “conseguenze indirette” della decisione medesima, ma attribuibili nell'*an*, nel quando e nel *quomodo* all'opera corale dei giudici ordinari in attesa dell'eventuale intervento legislativo» (3681); lo stesso Autore più recentemente ha ribadito che il profilo integrativo della sentenza manipolativa è potenzialmente in grado di dare vita ad un rinnovato diritto vivente in sostituzione di quello dichiarato illegittimo col profilo ablativo della medesima sentenza mentre «il resto vien da sé», ragion per cui «*tutti* gli interventi additivi della Corte, di antico e nuovo conio, non sono per loro natura autoapplicativi»: così A. PUGIOTTO, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 2016, n. 1, 164-165.

²¹³ Così A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente*, cit., 3710 nota 113, il quale osserva che questo ostacolo potrebbe forse in ipotesi essere superato solo «facendo leva sull'ammissibilità di un'interpretazione giudiziaria estensiva in materia penale (non vietata, se distinta e distinguibile da quella analogica)»; va anche precisato che, al di là di quest'ultima osservazione dell'A., lo stesso A. comunque – 3708 nota 111 – si dimostra alquanto dubbioso sulla possibilità di estendere la sua tesi sostenuta in linea generale in relazione alle sentenze additive – tesi che poco sopra nel testo è stata sia pure sinteticamente ricordata – anche alle decisioni sostitutive.

²¹⁴ Per ragguagli cfr. A. CERRI, *Appunti sul c.d. “giudicato costituzionale”*, in *Giur. it.*, 2009, 2832 e *ivi* note 17 e 18, il quale ricorda alcune decisioni in cui la Corte ha avuto modo di ribaltare gli esiti di precedente accoglimento o di interpretare in senso restrittivo gli effetti di antecedente sentenza d'accoglimento in relazione al mutato contesto sistematico; volendo, A. BONOMI, *Le questioni di legittimità costituzionale relative a disposizioni su cui è già intervenuta sentenza di accoglimento: aspetti problematici*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 26 novembre 2016, spec. 31 ss.

«kamikaze»²¹⁵, ovvero senza che la stessa Corte possa trincerarsi dietro l'argomentazione secondo la quale il fine di quella "contestazione" è quello di una sostanziale elusione della forza cogente della precedente pronuncia di incostituzionalità e della violazione del principio della non impugnabilità delle decisioni della Consulta.

Più in particolare, non potrebbero essere opposti gli artt. 136 e 137 della Costituzione nei confronti di tale "contestazione".

Da un lato il sostituto sanzionatorio indicato dalla Corte è una soluzione adeguata e non costituzionalmente imposta: questa precisazione è fondamentale perché, se è contestata da una schiera nutrita di commentatori già la stessa tesi secondo cui, qualora la componente additiva o sostitutiva sia effettivamente vincolata costituendo essa l'unica soluzione costituzionalmente legittima percorribile, il *decisum* deve essere ritenuto interamente coperto dal giudicato costituzionale²¹⁶, *a fortiori* sarà ancora molto più difficile sostenere quella stessa tesi nell'ipotesi in cui la parte ricostruttiva della manipolativa non sia la soluzione costituzionalmente obbligata, ma sia solo quella adeguata²¹⁷.

Dall'altro lato non pare che possa neanche essere opposto il principio di inimpugnabilità delle sentenze della Corte. Nonostante proprio in riferimento alle decisioni sostitutive sia stato sostenuto come «la sentenza "di accoglimento" della Corte, indubbiamente dotata della forza di legge..., sia... priva del "valore" di legge e, come tale, non più sottoponibile alla stessa Corte costituzionale per un

²¹⁵ Entrambe le espressioni sono tratte da P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l'inoppugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi "tamquam non essent" anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2017, n. 2, 5 e 9.

²¹⁶ La tesi in esame, benché sostenuta comunemente in dottrina (cfr., *inter alios*, G. CONSO, *La giustizia costituzionale nel 1990*, in *Giur. cost.*, 1991, 926; L.A. MAZZAROLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, 82-83; F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 192), ha ricevuto autorevoli obiezioni: cfr. G. RIZZA, *La Corte costituzionale fra politica e diritto*, cit., 327, secondo il quale a voler adottare la tesi comunemente sostenuta in dottrina mancherebbe il mezzo per eliminare il precetto introdotto con efficacia *erga omnes* dalla Corte qualora la stessa Corte, muovendo da una certa interpretazione della disposizione costituzionale "D", dichiarasse incostituzionale la disposizione legislativa "d" e introducesse in aggiunta la disciplina correttiva "d1" e qualora in seguito la Corte medesima, mutando il proprio orientamento sulla portata generale di "D", ne adottasse una diversa interpretazione alla stregua della quale "d1" risulta costituzionalmente illegittima (l'A. peraltro osserva anche che tutt'al più i giudici potrebbero ricorrere all'espedito di sollevare la questione di legittimità di "d" in quanto operante nella giurisprudenza in modo tale da dar luogo a "d1" e la Corte potrebbe così ripronunciarsi correggendo la situazione); A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente*, cit., 3699 note 88 e 90; G. BASCHERINI, *La diversa valenza della «manifesta infondatezza» e della «manifesta inammissibilità» di una questione che investa gli esiti normativi di una precedente sentenza additiva di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1997, 680; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto – Art. 1-9*, Bologna-Roma, 2011, partic. 547 e 549, il quale osserva che il giudicato «comprende soltanto la dichiarazione d'incostituzionalità della disposizione o norma (compresa eventualmente la "creazione" di quest'ultima in via interpretativa) ma non anche la "creazione" della norma destinata a subentrarle»; C. CUPELLI, *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 9 gennaio 2018, 9-10, il quale, in riferimento a problema in parte diverso ma comunque connesso e più in particolare alla questione di costituzionalità sollevata su una norma penale che, in quanto abrogata da una legge ritenuta viziata e dunque annullata dalla Corte, è stata "ripristinata" nell'ordinamento giuridico, osserva che tale questione consiste non in una «revisione di una precedente pronuncia, sulla quale è sceso il giudicato costituzionale, quanto piuttosto in una diversa richiesta di scrutinio costituzionale, al metro dei principi del diritto penale, di una norma attualmente e pienamente vigente» e conclude così che «non può certo ritenersi che la reviviscenza di una norma abrogata produca, come conseguenza ulteriore, la sottrazione della relativa disciplina – quale "zona grigia" dell'ordinamento – al vaglio della Corte, a meno di non volere riconoscere alla norma che rivive una peculiare capacità di resistenza persino al sindacato di costituzionalità».

²¹⁷ Non è un caso che, essendo il sostituto sanzionatorio una soluzione solo adeguata e non costituzionalmente imposta, sia netto il giudizio di A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 809, secondo il quale «arduo è invocare a sua difesa lo scudo dell'art. 136 Cost.»; sul punto cfr. già le osservazioni svolte, sebbene in termini molto più generali, da F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, 442-443.

ipotetico giudizio sulla sua legittimità costituzionale»²¹⁸, sembra preferibile convenire con la tesi secondo la quale il principio sopra indicato implica che queste non possano essere assoggettate ad un'impugnazione proponibile dinanzi ad un'autorità diversa rispetto alla Corte²¹⁹, ma non preclude categoricamente alla stessa Corte di poter riesaminare le proprie precedenti decisioni²²⁰ di accoglimento manipolative: questa tesi trova conforto, del resto, anche in alcune decisioni del Giudice delle leggi²²¹.

In conclusione, non è possibile ritenere il sostituto sanzionatorio indicato dalla Corte nelle decisioni recenti sul *quantum* della pena in esame in questa sede come una sorta di norma «costituzionalmente blindata»²²² e dunque «irreversibile»²²³ quasi che fosse una specie di “supernorma” insuscettibile di modifica da parte della stessa Corte²²⁴.

²¹⁸ Così F. MODUGNO, *Corollari del principio di “legittimità costituzionale” e sentenze “sostitutive” della Corte*, in *Giur. cost.*, 1969, I, 104, il quale osserva che la “precisazione” contenuta nel dispositivo della dichiarazione d'illegittimità costituzionale e espressa dalla preposizione “anziché” «fa tutt'uno con la “dichiarazione” e... non tollera una diversa interpretazione di quest'ultimo. Essa è appunto una “precisazione” e non già una “giustificazione” e, come tale, trova l'esatto collocamento nel dispositivo e non soltanto nella motivazione. Altrimenti opinando, si dovrebbe parlare di un “dispositivo” sbagliato e, come tale, suscettibile di correzioni ed impugnazioni... ciò che contrasta puntualmente con quanto disposto, a proposito della definitività delle decisioni della Corte, dall'ultimo capoverso dell'art. 137 Cost.» (103-104); anche C. CONSOLO, *Le decisioni della Corte costituzionale debbono essere suscettibili di revocazione? Il commento*, in *Il Corr. giur.*, 1989, n. 6, 654, negava che l'art. 137 potesse essere letto nell'esclusivo senso di escludere l'ammissibilità costituzionale delle sole impugnazioni lesive dell'indipendenza e della supremazia della Corte in quanto devolute ad organi diversi perché «senonché, così letta, la norma costituzionale si rivela davvero superflua...; a quale organo, in suo difetto, si sarebbe comunque potuta ritenere ammessa una impugnazione? Non certo al Capo dello Stato, alle Camere e neppure alla Corte di Cassazione ex artt. 111 Cost. (sebbene i costituenti, nell'introdurre, all'ultimo momento, la norma in questione, proprio quest'ultima possibilità avessero paventata...)».

²¹⁹ ... perché, se così accadesse, le ipotetiche competenze di questa diversa autorità «porrebbero in forse la sovranità e l'indipendenza dell'organo di giustizia costituzionale»: così L.P. COMOGLIO, *Inoppugnabilità e limiti di correzione delle pronunce costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1991, 1530.

²²⁰ Cfr. L.P. COMOGLIO, *op. e loc. cit.*, il quale osserva che ad opinare diversamente si dovrebbe allora rinnegare – con un'operazione che secondo l'A. «parrebbe *contra rationem*» – il potere della Corte, in veste di giudice *a quo*, di sottoporre a riesame interpretativo talune delle sue pronunzie al fine di ricostruirne o di chiarirne la *ratio* decisoria nell'ambito di un esame rettificativo dinanzi a sé; M. D'AMICO, *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, cit., 272, la quale osserva che il principio posto dall'art. 137 Cost. sarebbe eluso solo qualora i giudici tentassero «con i propri strumenti interpretativi di disapplicare o di applicare diversamente le “statuizioni” della Corte» perché tale disposizione «non vieta affatto alla Corte di modificare le proprie decisioni, bensì, più semplicemente, impedisce che altre autorità possano sindacarle o disapplicarle»; G. BASCHERINI, *La diversa valenza della «manifesta infondatezza»*, cit., 677 nota 19; A. CERRI, *Appunti sul c.d. “giudicato costituzionale”*, cit., 2831; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 549-550, la cui posizione però è un po' particolare perché l'A., pur partendo dall'assunto che la Corte non può ritornare sulle proprie sentenze d'accoglimento le quali non sono in alcun modo impugnabili ma possono, semmai, costituire soltanto l'oggetto di un eventuale provvedimento di correzione ad opera della Corte stessa, osserva al contempo che questo vincolo è limitato al solo *decisum* e non riguarda né le motivazioni delle sentenze d'accoglimento – fatta salva la possibilità d'integrare il dispositivo con la motivazione sia in presenza sia in mancanza di un esplicito richiamo – né le valutazioni che la sentenza eventualmente contenga circa i suoi effetti normativi o relativi a quelli di precedenti sentenze.

²²¹ Cfr. quanto già detto e gli Autori citati alla precedente nota 214 e nel testo sopra.

²²² L'espressione è tratta da F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale*, cit., 165 nota 81.

²²³ Così P. GIOCOLI NACCI, *L'Anti-Montesquieu (tramonto del principio della distinzione delle funzioni)*, Bari, 1989, 152, secondo cui le prescrizioni, emanate dal giudice costituzionale, di carattere materialmente legislativo «diventano irreversibili, non potendo essere abrogate perché la legge non può incidere sulle decisioni giurisdizionali e deve rispettare il giudicato...», e non potendo neanche essere “annullate” dallo stesso organo del controllo sulle leggi, sia perché leggi non sono sia perché le decisioni di questo incidono sulla norma e non consentono un riesame della questione quando sono dichiarative della illegittimità (art. 136, 1° comma, cost.): l'A. però riferisce all'evidenza queste considerazioni alle manipolative adottate sulla base delle rime obbligate.

²²⁴ Sul punto per altre osservazioni cfr. F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, cit., 443-444.

E questo fa sì che si possa a ragion veduta parlare, in riferimento al sostituto sanzionatorio indicato dalla Corte nelle decisioni più recenti in esame, di «instabile stabilità»²²⁵.

Si dirà che da tempo questa forma di “contestazione” non è più attuata dai giudici comuni in riferimento alle manipolative e in particolare a quelle adottate in materia penale, così come sono oramai un retaggio del passato i casi ancora più estremi di vera e propria «ribellione»²²⁶ posti in essere dagli stessi giudici: il riferimento è sia ai casi in cui i giudici hanno ritenuto che l’effetto della manipolativa, pur se incisiva solo in punto di *quantum*, fosse però quello di eliminare dall’ordinamento l’intera disposizione incriminatrice, sia ai casi in cui le autorità giudiziarie hanno ritenuto di dover assegnare effetto vincolante alla sola parte ablatoria del dispositivo manipolativo e non anche alla parte che poneva il sostituto sanzionatorio²²⁷.

Che tutte queste forme più o meno radicali di “contestazione” siano ormai solo un ricordo di tempi andati è senz’altro vero, ma ciò non esclude in linea di principio che altri casi di “ribellione” del tipo di quelli sopra ricordati possano essere nuovamente posti in essere nei confronti delle decisioni più recenti adottate dalla Corte in materia penale e di quelle, analoghe ad esse, che in futuro dovessero essere emesse.

Non solo, ma non può nemmeno escludersi che le autorità giudiziarie possano, laddove se ne presentasse la possibilità, proseguire «in solitaria, quasi regale autarchia»²²⁸, ovvero in piena autosufficienza, l’opera intrapresa dalla Corte costituzionale nelle recenti decisioni.

La Consulta ha valutato che il *quantum* della pena relativo ad una certa fattispecie criminosa è sproporzionato e a quel punto dichiara l’incostituzionalità di quel *quantum* e provvede al contempo ad individuare un sostituto sanzionatorio tratto dal “sistema” quale soluzione costituzionalmente non obbligata ma comunque adeguata e vincolante nei confronti dei giudici.

Tanto premesso, come ci insegna il noto “seguito giudiziario” delle decisioni manipolative della Corte che avevano introdotto la possibilità della *demonstratio in bonam partem* in relazione alle norme del codice di procedura penale che disponevano una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per alcune fattispecie di reato²²⁹, è ben possibile che si verifichi la seguente operazione: le autorità giudiziarie, al limite ritenendo di poter fare riferimento a *obiter dicta* o a passaggi argomentativi contenuti nella motivazione della sentenza della Consulta, potrebbero decidere di estendere in via analogica²³⁰ il sostituto sanzionatorio individuato dalla stessa Consulta

²²⁵ Così A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 809.

²²⁶ L’espressione è tratta da R. D’ALESSIO, *Una sentenza-legge in materia penale? L’inoppugnabilità della sentenza della Corte e la «ribellione dei giudici»*, in *Giur. cost.*, 1990, 79, la quale così definiva le contestazioni operate dai giudici comuni nei confronti della sent. n. 409 del 1989 – già ricordata in precedenza nel corso di questo scritto – la quale, a giudizio dell’Autrice, era tale da «fuoriuscire dagli schemi consolidati della giurisprudenza della Corte».

²²⁷ Come ricorda E. LAMARQUE, *Il «seguito» delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudici comuni*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 104 e *ivi* nota 47, rarissima è l’ipotesi più grave in assoluto di “ribellione” da parte dei giudici, ovvero quella consistente nell’applicare la disposizione di legge oggetto della sentenza manipolativa come se la sentenza non fosse mai intervenuta, tant’è vero che l’Autrice ricorda il solo caso della “ribellione” esplicitatasi in tal senso da parte dei giudici nei confronti della dec. n. 190 del 1970 della Consulta.

²²⁸ Così G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l’illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 6 novembre 2012, 2.

²²⁹ Sul “seguito giudiziario” inerente alla “vicenda” sopra esposta nel testo e sulle problematiche di vario genere che esso ha posto cfr. M. CHIAVARIO, *Ancora libertà “ch’è sì cara”... e qualche interrogativo sul rispetto dei confini di ruoli istituzionali*, in *La legisl. pen.*, 2012, 1 ss.; G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale*, cit., 1 ss.

²³⁰ In realtà, che si tratti propriamente di un’estensione in via analogica o in via invece sistematica è oggetto di discussione in dottrina: cfr. rispettivamente per la prima soluzione M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 20 marzo 2012, 1 ss., mentre per la seconda P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 11, 58 ss.

ad altre fattispecie criminose “sovrapponibili” a quella posta all’esame dei giudici costituzionali; si verificherebbe così né più né meno che una dichiarazione di illegittimità consequenziale operata dal giudice comune quando essa dovrebbe invece essere riservata esclusivamente al Giudice delle leggi²³¹.

Non basta.

Le autorità giudiziarie sembrano orientate nei tempi più recenti a configurare gli effetti delle manipolative sul *quantum* della pena nei termini di una vera e propria manipolatività testuale e a ritenerli suscettibili di introdurre puntuali modificazioni testuali, mediante sostituzioni, della disposizione incriminatrice oggetto della pronuncia. Qualora le stesse continuassero su questa strada, si avrebbe la seguente conseguenza: il potere interpretativo dei giudici, lungi dal venire compresso o eliminato, si traferirebbe inalterato sul sostituto sanzionatorio risultante dalla manipolazione compiuta dal Giudice delle leggi.

Se a quanto appena osservato si aggiunge poi che il dispositivo delle decisioni della Corte costituzionale per comune riconoscimento deve essere letto ed interpretato, come già ricordato in precedenza nel corso di questo scritto, alla luce della motivazione, si trae facilmente la conclusione che la parte ricostruttiva che indica il sostituto sanzionatorio può prestarsi ad un’interpretazione più libera e più creativa di quella che le “normali” leggi generalmente consentono²³².

In altri termini, ancorché si dichiari soggetto alla parte integrativa della manipolativa così come se si trattasse di una legge, il giudice che si accinga ad applicare questa parte integrativa e in particolare il sostituto sanzionatorio disporrà, al contrario di quanto avverrebbe nel caso in cui dovesse fare applicazione di una disposizione legislativa, della possibilità di servirsi anche della motivazione della sentenza costituzionale «per raggiungere nel caso concreto il risultato interpretativo che egli ritiene migliore, e cioè meglio rispondente alle esigenze di giustizia sostanziale»²³³: il tutto con l’aggravante che questi esiti interpretativi sarebbero ben poco rispettosi del principio costituzionale di determinatezza delle fattispecie criminose, il quale impone che anche la sanzione penale sia formulata in modo chiaro e preciso fin già dalla promulgazione della legge e

²³¹ Pare di poter assolutamente condividere l’opinione in proposito manifestata da E. LAMARQUE, *La translatio iudicii e gli effetti delle sentenze manipolative della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2007, n. 9, 974, la quale osserva che «estendere la dichiarazione di incostituzionalità ad altre disposizioni di legge non espressamente indicate nel dispositivo, ma ricavabili soltanto dagli argomenti della motivazione della sentenza costituzionale, significa accedere ad una forma estrema di interpretazione conforme a Costituzione che sconfinava nella disapplicazione della legge ritenuta incostituzionale, vietatissima al giudice comune, e nella conseguente elusione, altrettanto vietata nel nostro ordinamento, del sindacato accentrato di costituzionalità affidato alla Corte costituzionale»; in senso almeno parzialmente difforme cfr. invece M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge*, cit., 5.

²³² È stato efficacemente detto a questo proposito – parafrasando la nota immagine di Calamandrei che parlava del giudice come di quel soggetto a cui spetta di aprire, o meno, il “portone” di accesso al sindacato della Corte costituzionale – che «i giudici... sono non solo i “portieri”, ma anche gli “uscieri” del sindacato di costituzionalità delle leggi»: così A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente*, cit., 3696 e *ivi* nota 82; anche A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 547, osserva che la distinzione fra dispositivo e motivazione non può essere intesa topograficamente nel senso che «tutte le espressioni linguistiche collocate dopo il tradizionale «P.Q.M.» vincolino e tutte quelle che lo precedono no», ma va interpretata in senso logico, ovvero nel senso che nel *decisum* «rientrano... tutte le argomentazioni volte ad individuare e delimitare le disposizioni o le norme dichiarate incostituzionali, mentre fanno parte della motivazione tutte le argomentazioni volte ad illustrare perché la disposizione o la norma è incostituzionale».

²³³ Così E. LAMARQUE, *La translatio iudicii e gli effetti delle sentenze manipolative della Corte costituzionale*, cit., 973-974, la quale osserva che addirittura in alcuni casi il canone della totalità porta i giudici comuni a sostenere letture riduttive o ampliative dello stesso dispositivo manipolativo cui pure il giudice afferma di sentirsi integralmente vincolato: «si tratta però» – precisa l’Autrice – «di operazioni interpretative sicuramente scorrette. Infatti, ridurre la portata della lettera del dispositivo della sentenza costituzionale tramite il ricorso alla sua motivazione assomiglia molto ad una forma di velata resistenza o ribellione, vietata al giudice comune, dall’efficacia generale delle sentenze costituzionali di accoglimento sancita dall’art. 136 Cost.» (974).

non che essa sia il frutto dell'attività di interpretazione da parte dei giudici non solo del dispositivo, ma altresì delle argomentazioni contenute nella motivazione della sentenza costituzionale²³⁴.

Si potrebbe così concludere che, se – come è stato sostenuto e come pare in effetti condivisibile – l'obiettivo di queste recenti decisioni in materia di *quantum* della sanzione penale è quello di tracciare una «regola categorica... idonea meglio a garantire certezza, uniformità applicativa e protezione dei diritti individuali» attraverso «una “spinta accentratrice” ed un ridimensionamento della fiducia nel ruolo dei giudici ordinari nell'attuazione della Costituzione in sede interpretativo-applicativa (di commisurazione della pena, in questo caso)»²³⁵, allora questo obiettivo non ha buone probabilità di trovare realizzazione: per i motivi esposti poco sopra, infatti, è lecito nutrire dubbi sulla riuscita di questa spinta accentratrice e sul ridimensionamento del ruolo dei giudici.

Per concludere sul più recente indirizzo della Corte sul *quantum* della pena analizzato in questa sede si può osservare che, analogamente alle due impostazioni a cui si è fatto riferimento in precedenza nel presente scritto, esso presenta pregi e difetti.

Quanto ai meriti, indubbiamente tali devono essere considerati tanto il ricorso ad un giudizio di ragionevolezza intrinseca per valutare la sproporzione della sanzione rispetto al fatto di reato quanto l'affrancamento dal troppo rigido vincolo costituito dalle rime obbligate per approdare al più “elastico” criterio delle rime possibili le quali consentono di trarre dal sistema un sostituto sanzionatorio costituzionalmente non obbligato ma soltanto adeguato.

E fra i meriti deve essere aggiunto anche il seguente: nel giudizio di ragionevolezza estrinseca, come si è già potuto osservare in precedenza, la Corte può solo intervenire di fronte a fattispecie di reato assunte e valutate come omogenee e tuttavia trattate da un punto di vista sanzionatorio in modo irragionevolmente diverso, ma non può intervenire nell'opposta ipotesi di fattispecie criminose del tutto diverse eppure trattate sotto il profilo sanzionatorio in modo irragionevolmente uguale: questo a causa dell'assenza di un *tertium* da cui trarre il sostituto sanzionatorio.

Invece in questo più recente orientamento la Corte nell'ipotesi da ultimo prospettata ha possibilità di intervento: essa infatti valuta l'irragionevolezza non estrinseca, bensì intrinseca del *quantum* sottoposto al suo vaglio e questo può fare anche alla luce dell'identità con altro *quantum* previsto per fattispecie di reato di diversa gravità rispetto a quella che incorpora il *quantum* oggetto di esame della Consulta; successivamente la stessa Corte ben può – aderendo, o meno, all'indicazione dell'autorità remittente – trarre dal sistema un sostituto sanzionatorio nei termini più volte esplicitati e propri di questo nuovo orientamento.

Quanto agli inconvenienti che tale recente orientamento porta con sé, non resta che rinviare a quanto si è tentato di argomentare in precedenza a cui si intende aggiungere un ulteriore inconveniente.

²³⁴ Del resto, e più in generale, in dottrina è stata posta in dubbio l'ammissibilità delle manipolative in materia penale già per il sol fatto stesso che la formulazione del precetto – e della relativa sanzione penale – verrebbe almeno in parte affidata alle argomentazioni contenute nella motivazione della sentenza costituzionale: la tesi è di F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 349-350, ma cfr. anche M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 17 novembre 2016, 20, secondo la quale «le sentenze manipolative della Corte... pronunciate in *bonam partem* (fatto salvo il caso della bestemmia) hanno... un peso (sebbene limitato) nel processo di indebolimento del principio di precisione»; si esprimeva nel senso che le “produzioni normative” della Corte debbono «sottostare alle stesse condizioni – diciamo, di idoneità contenutistica – cui il legislatore è tenuto nel ‘determinare’ i tipi di reato» D. PULITANO, *Sciopero e categorie penalistiche*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.* 1982, IV, 323.

²³⁵ G. INSOLERA, *Discrezionalità legislativa in materia penale-sanzionatoria ed effettività della tutela dei diritti fondamentali. La Corte prosegue il suo “nuovo corso” e invalida la pena minima dell'art. 73, c. 1, T.U. Stupefacenti*, in *L'Ind. pen.*, 2019, 265, il quale osserva che la Corte traccia questa regola categorica «anche a costo di percorrere un iter logico-giuridico problematico».

Il riferimento è alla problematica ipotesi in cui alla Corte sia sottoposta la questione di costituzionalità non del minimo edittale o del massimo edittale, bensì della sanzione complessivamente considerata.

Si ponga infatti l'ipotesi che la Consulta, posta di fronte alla *quaestio* dell'intero trattamento sanzionatorio di una certa fattispecie, all'esito del sindacato intrinseco lo valuti sproporzionato e che a quel punto rinvenga nell'ordinamento altra fattispecie incriminatrice non disomogenea, ovvero, come detto più volte, che presenti non irrilevanti tratti comuni rispetto a quella il cui *quantum* sanzionatorio è posto all'attenzione della Corte: ebbene proprio in virtù della circostanza che le due fattispecie non sono perfettamente "sovrapponibili", ma, per quanto presentino degli elementi comuni, comunque mantengono differenze strutturali in questa ipotesi la Corte potrebbe non ritenere possibile – neanche come soluzione soltanto adeguata – parificare *quoad penam* le due fattispecie.

Si consideri l'esempio emblematico in cui una delle due fattispecie criminose, a differenza dell'altra, abbia carattere plurioffensivo, ovvero leda o metta in pericolo non un solo bene o interesse giuridico, bensì più beni o interessi diversi²³⁶.

Un conto è ritenere, ad esempio, che in virtù della non disomogeneità delle due fattispecie di reato il minimo edittale dell'una possa essere sostituito con quello dell'altra: in questo caso ognuna di esse manterrebbe un diverso massimo edittale, diversità che ben sarebbe giustificata in considerazione del fatto che il carattere plurioffensivo dell'una rende certamente ragionevole un trattamento sanzionatorio più grave di quello riservato all'altra.

Altro e ben diverso conto è equiparare le due fattispecie in relazione all'intero trattamento sanzionatorio: questa operazione sarebbe impraticabile proprio a causa del carattere della plurioffensività presente nell'una ma assente invece nell'altra²³⁷.

²³⁶ Per la definizione di reato plurioffensivo e per la enucleazione delle sue caratteristiche cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, PG, Milano, 1991, 166; in senso contrario alla stessa individuazione della categoria dei reati plurioffensivi o comunque nel senso di un suo ridimensionamento cfr. A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1965, 398 nota 16, mentre C. FIORE, *Diritto penale*, PG, Volume primo, Torino, 1993, 190-191, sostiene che la denominazione di reati plurioffensivi deve essere riservata soltanto a quelle ipotesi in cui la plurioffensività del fatto derivi necessariamente dalla struttura della condotta incriminata come nel caso, ad esempio, della rapina ove si aggredisce sempre e ad un tempo il patrimonio del soggetto passivo e l'incolumità personale o la libertà morale dello stesso e non invece nel caso, sempre a titolo esemplificativo, della calunnia perché, anche se accanto all'interesse alla corretta amministrazione della giustizia penale risulta di regola aggredito un interesse – o anche più di uno – del calunniato (reputazione, libertà personale, credito commerciale ecc...), tale interesse non è comunque rilevante ai fini della configurazione della fattispecie.

²³⁷ Non a caso proprio queste considerazioni sono state alla base del ragionamento condotto in relazione alla più volte menzionata sent. n. 341 del 1994 da R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali*, cit., 2819, il quale rileva che l'ordinanza di rimessione – contrariamente a quanto avevano fatto le ordinanze di rinvio che in precedenza relativamente allo stesso reato avevano sollevato questioni di costituzionalità, le quali non a caso erano sempre state dichiarate infondate dalla Corte [con l'unica eccezione, come ricorda lo stesso R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali*, cit., 2818-2819 nota 20, dell'ord. n. 127 del 1989 in merito alla quale va ricordato da un lato che in quell'occasione era stata, sì, sollevata questione di costituzionalità in riferimento soltanto al limite edittale della pena prevista dall'art. 341 cod. pen., ma in relazione alla violazione dell'art. 27, comma 3 Cost., con la conseguenza che la Corte, in ossequio alla sua giurisprudenza del tempo, rispose che quel parametro sarebbe potuto essere fatto valere solo nella fase esecutiva della pena e dall'altro lato che in quell'occasione né il giudice *a quo*, né la Consulta avevano preso in considerazione la possibilità di applicare, a seguito dell'annullamento della norma *sub iudice*, il limite minimo previsto dall'art. 23 cod. pen. cosicché è ragionevole pensare che la dichiarazione di infondatezza fosse derivata dal «timore di pervenire ad una depenalizzazione – sia pure temporanea – della fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale» (così R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali*, cit., 2819 nota 20)] – aveva sollevato la *quaestio* in relazione all'illegittimità non della sanzione complessiva, ovvero considerata nella sua globalità, del reato di oltraggio, bensì solo del minimo edittale della pena prevista per lo stesso: di conseguenza – prosegue l'A. – la Corte non è stata costretta a parificare *quoad penam* le due fattispecie di cui agli artt. 341 e 594 cod. pen., ovvero sia rispettivamente il reato di oltraggio e quello di ingiuria – la qual cosa non sarebbe stata probabilmente

Non è intenzione di chi scrive esprimere in relazione a tale ultimo indirizzo della Corte un giudizio favorevole alla prevalenza dei meriti sugli inconvenienti né palesare una valutazione opposta.

Quel che è certo però è che da esso emerge la seguente impostazione di fondo che risulta di intuitiva ed innegabile evidenza: «l'assenza di una norma di comparazione, o la sua omessa indicazione da parte del rimettente, compromette comunque l'accoglimento della questione di costituzionalità»²³⁸.

In altri termini, se il giudice *a quo* non indica un *quantum* che possa essere ritenuto soluzione adeguata e dunque tale da costituire il sostituto sanzionatorio del *quantum* giudicato sproporzionato o se comunque la Corte, andando di diverso avviso rispetto all'indicazione del *quantum* sostitutivo operata dall'autorità remittente, non riesce autonomamente a rinvenire nel sistema un tale sostituto sanzionatorio, la stessa Corte è impossibilitata ad intervenire.

Insomma, il Giudice delle leggi ritiene sempre necessaria l'individuazione di una diversa cornice edittale applicabile all'incriminazione: tale cornice non è più necessariamente costituzionalmente obbligata, ma deve esserci pena la dichiarazione di inammissibilità della questione sollevata.

5. Conclusioni: una proposta di soluzione

La conclusione di tutto questo ragionamento fin qui condotto non può essere altro che la seguente: l'intervento del Giudice delle leggi nell'"ambito materiale" del sindacato sul *quantum* delle sanzioni penali è a dir poco molto problematico.

Tuttavia, a parere di chi scrive esiste ed è possibile rinvenire, se non una "via d'uscita", quanto meno una soluzione alternativa e più appagante rispetto a quelle che discendono dalle impostazioni adottate finora dalla Corte costituzionale in questo "settore".

È bene premettere in via preliminare che il problema non è tanto quello di stabilire quale impostazione assumere per poter sindacare il *quantum* della pena in sede di giudizio di costituzionalità, ovvero se quella che fa riferimento al classico giudizio di ragionevolezza estrinseco o quella che assume a fondamento il giudizio di ragionevolezza intrinseco oppure quella che prescinde dalla ragionevolezza ma si basa sulla diretta violazione da parte della sanzione penale di specifici principi costituzionali.

Il problema davvero centrale, in realtà, è stabilire quale tipo di decisione la Corte possa emettere una volta che, adottando l'una o l'altra di queste impostazioni, abbia assodato la sproporzione del *quantum*.

Sulla base delle argomentazioni esposte in precedenza pare di poter ritenere foriera di alcune conseguenze molto problematiche la scelta di adottare decisioni manipolative e in particolare sostitutive tanto se fondate su una soluzione costituzionalmente obbligata quanto se basate su una soluzione costituzionalmente adeguata.

Né si può ritenere praticabile da parte della Corte l'opzione di ricorrere all'additiva di principio.

praticabile in considerazione del fatto che, nonostante la sperequazione riscontrabile nel trattamento sanzionatorio per i due reati dovesse indubbiamente essere ritenuta eccessiva e quindi censurabile, comunque, come ben poteva rilevare lo stesso Giudice delle leggi nella parte motivazione della sent. n. 341, una qualche differenza fra le due fattispecie sussisteva stante il carattere plurioffensivo del reato di oltraggio che rendeva certamente ragionevole un trattamento sanzionatorio più grave di quello riservato all'ingiuria -, bensì ha ben potuto «individuare, ex art. 23 c.p., il nuovo minimo edittale da applicare al posto di quello dichiarato illegittimo» e conseguentemente «censurare la norma *sub iudice*, ma senza per questo dover pervenire né ad una depenalizzazione (sia pur temporanea) della fattispecie in oggetto, né ad una parificazione complessiva della pena prevista per il reato di oltraggio rispetto a quella contemplata in relazione all'ingiuria»: così R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali*, cit., 2820.

²³⁸ A. NISCO, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 169.

Benché in qualche caso il vincolo rappresentato dalle rime obbligate sia stato «abilmente aggirato dalla Corte – beninteso quando lo ha potuto e voluto fare –... attraverso la sofisticata tecnica decisoria delle sentenze c.d. additive di principio»²³⁹, questa tipologia decisoria appare inadeguata al “campo” del diritto penale sostanziale: è lo stesso Presidente Lattanzi ad affermare chiaramente che in questo “campo” «non possono mai trascurarsi prioritarie esigenze di certezza e conoscibilità delle disposizioni, tali da sconsigliare l’impiego di altre forme decisorie a minor tasso di determinatezza, come quelle delle pronunce additive di principio, ove un ruolo fondamentale di ricomposizione del tessuto normativo è affidato, in difetto di un intervento legislativo, al giudice comune»²⁴⁰.

Non rimane, allora, che la via della decisione di accoglimento “secco”.

Questa decisione non potrebbe però incidere unicamente sulla sanzione penale perché, se così facesse, il risultato sarebbe quello di far rimanere “in vita” un precetto sfornito di sanzione²⁴¹.

A questo proposito è ben vero che la Consulta in qualche caso ha annullato solo la sanzione sulla base dell’argomentazione secondo cui in questo modo non si sarebbe creato un vuoto, ma si sarebbe verificata la riespansione di una disciplina punitiva più generale: basti pensare alla più volte citata sentenza n. 26 del 1979 in materia di reati militari nella quale la Corte nel dispositivo dichiara, sì, l’illegittimità della disposizione impugnata solo nella parte relativa alla misura della pena, ma in sede di motivazione suggerisce ai giudici di applicare le sanzioni previste dalla legge penale comune.

Tuttavia, quella sentenza da un lato fu oggetto di vere e proprie forme di “ribellione” sul modello di quelle cui s’è già fatto riferimento in questo scritto e dall’altro lato comunque fu la causa di un «caos giurisprudenziale»²⁴² foriero di grande confusione.

Né si può immaginare che la Corte possa limitarsi a travolgere il solo minimo edittale della pena o il solo massimo edittale della pena.

Anche a non voler considerare che nella recente sentenza n. 284 del 2019 la Corte sembra aver consentito il sindacato sul massimo edittale della sanzione penale soltanto sulla base di alcune ben precise – e molto discutibili – condizioni²⁴³, in ogni caso, qualora ritenesse possibile svolgere un tale controllo sul massimo edittale, la stessa Corte non potrebbe annullarlo *sic et simpliciter* perché la mancata individuazione di un altro *quantum* in sostituzione di esso significherebbe l’automatica applicazione dell’art. 23 cod. pen. che fissa in generale il massimo della reclusione in ventiquattro

²³⁹ Così A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità*, cit., 157, il quale pure riconosce ed ammette –163-164 – che solo in parte grazie alle additive di principio si può aggirare il limite delle rime obbligate; molto più netto e deciso il giudizio, invece, di A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 807 nota 77, a giudizio del quale l’additiva di principio è una «tipologia decisoria... inadeguata al campo del diritto penale sostanziale».

²⁴⁰ Così G. LATTANZI, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale 2018*, cit., 17.

²⁴¹ In tal senso cfr. anche M. RUOTOLO, *Un caso di «irragionevole» ragionevolezza*, cit., 856. Ed infatti non a caso la Corte si è sempre premurata nelle sue pronunce di accoglimento di indicare – o in dispositivo o in motivazione – il trattamento sanzionatorio subentrante alla censura così come ha fatto del resto anche nel più recente orientamento in punto di sindacato sul *quantum* della pena: sul punto cfr. S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena*, cit., 3-4 nota 8, la quale ricorda a questo proposito l’ormai lontano precedente della sent. n. 218 del 1974 che però, come si dirà meglio poco oltre sopra nel testo, ad avviso di chi scrive è da inquadrare in un’ipotesi diversa, ovvero in quella in cui la Corte dichiara incostituzionale non semplicemente la sanzione, bensì il precetto o comunque parte di esso.

²⁴² L’espressione è tratta da A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4205 nota 16, in riferimento, peraltro, ad un’altra sentenza che avrebbe successivamente alla sent. n. 26 del 1979 originato una multiforme varietà di risposte da parte dei giudici comuni, ovvero alla sent. – anch’essa già evidenziata nel corso di questo scritto – n. 409 del 1989.

²⁴³ Per maggiori ragguagli ed approfondimenti sul punto cfr., volendo, A. BONOMI, *La sentenza n. 284 del 2019 sul reato di oltraggio a pubblico ufficiale: novità in tema di controllo sulla ragionevolezza intrinseca sub specie di proporzione della sanzione penale?*, di prossima pubblicazione.

anni²⁴⁴: questo ovviamente comporterebbe se non altro l'inammissibile conseguenza di stabilire per un reato di gravità non così elevata da richiedere un massimo di ben ventiquattro anni di reclusione un massimo, appunto, così alto.

Alla stessa conclusione sarebbe lecito addivenire se fosse travolto il minimo edittale: anche in questo caso ne conseguirebbe che al giudice sarebbe lasciata la scelta di individuare la pena adeguata tra il minimo legale della reclusione fissato in quindici giorni dall'art. 23 cod. pen. e il massimo edittale che di volta in volta venisse in considerazione, con l'inaccettabile conseguenza che il minimo di quindici giorni potrebbe essere troppo basso in riferimento ad alcune tipologie di condotte sussumibili nel raggio di applicazione della fattispecie criminosa.

Non solo, ma l'impraticabilità di questa soluzione emerge *ictu oculi* sol che si osservi che il risultato dell'eliminazione del minimo edittale o del massimo edittale potrebbe comportare un eccessivo allargamento della forbice edittale: ciò rende la soluzione in esame improponibile per gli stessi motivi che in precedenza sono stati esposti in relazione alle pene macroscopicamente ampie.

Nell'ipotesi di facile verifica in cui, infatti, la dilatazione fra il minimo ed il massimo dovesse essere enorme – ad esempio fra quindici giorni e quindici anni²⁴⁵ – si profilerebbe la violazione del principio di legalità della pena nei termini che in precedenza nel corso di questo scritto sono già stati esposti.

Non resta allora che una soluzione che non è stata coltivata in dottrina se si esclude qualche timida ed isolata eccezione²⁴⁶, ma che, a parere di chi scrive, è da ritenere quella foriera dei minori inconvenienti: una volta che, sia pure con «oculata pacatezza»²⁴⁷, avesse appurato la sproporzione del *quantum*, la Corte dovrebbe adottare una decisione di illegittimità costituzionale “secca” in relazione all'intera fattispecie incriminatrice e questo sia in presenza di una soluzione costituzionalmente obbligata sia, e a maggior ragione, in assenza di una soluzione normativa costituzionalmente necessitata²⁴⁸.

Quello che al massimo si potrebbe richiedere alla Corte è di accompagnare – come suggerito da qualche commentatore²⁴⁹ – tale decisione con l'indicazione al legislatore dei criteri a cui attenersi nella determinazione della sanzione penale.

²⁴⁴ Stesso ragionamento andrebbe svolto ovviamente nell'ipotesi in cui la sanzione consistesse non nella reclusione, bensì nella multa: in questo caso si applicherebbe automaticamente l'art. 24 cod. pen. che al primo comma fissa in generale il massimo della multa in cinquantamila Euro e al secondo comma, per i delitti determinati da motivi di lucro, prevede che, se la legge stabilisce soltanto la pena della reclusione, il giudice può aggiungere la multa fino ad un massimo di venticinquemila Euro.

²⁴⁵ Questa assai dilatata forbice edittale si sarebbe venuta a determinare, ad esempio, qualora la Corte avesse scelto di travolgere il minimo edittale nel caso della sent. n. 236 del 2016: in tal senso cfr. anche P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità*, cit., 192 nota 44.

²⁴⁶ Ha ventilato questa soluzione pur comunque in forma alquanto dubitativa A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente*, cit., 3710-3711 nota 113, il quale osservava che «si dovrebbe forse concludere nel senso che le pronunce d'incostituzionalità della Corte in materia penale possono essere soltanto di tipo caducatorio, dovendo necessariamente seguire ad esse un intervento legislativo, ed essendo preclusa ogni integrazione normativa per via ermeneutica ad opera dell'autorità giudiziaria».

²⁴⁷ S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 136.

²⁴⁸ Del resto, la tesi secondo la quale, una volta accertata l'incostituzionalità della disposizione impugnata, l'assenza di un'unica soluzione normativa costituzionalmente necessitata è certamente preclusiva di un intervento additivo ma non anche di una pronuncia di accoglimento semplice è stata da tempo – in riferimento peraltro non al circoscritto e specifico “campo” penale, bensì a tutti gli “ambiti materiali” – sostenuta da autorevole dottrina: cfr. L. CARLASSARE, *Un inquietante esempio di «inammissibilità» a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1322-1324, la quale in buona sostanza evidenziava che a ritenere diversamente al fine di non normare in luogo del legislatore la Corte sarebbe addivenuta ad abdicare al proprio ruolo di “giudice” chiamato istituzionalmente a rimuovere le incostituzionalità presenti nell'ordinamento.

²⁴⁹ In tal senso cfr. M. LUCIANI, *Una legislazione penale più coerente*, in *Giur. cost.*, 1996, 372, il quale, a dire il vero, dopo aver osservato che «l'astratta definizione della sanzione “giusta”, a prescindere dal contesto in cui il legislatore ha

Questa soluzione dal punto di vista teorico sembra sostenibile per un duplice ordine di ragioni: innanzitutto nessuno ritiene né ha mai ritenuto che gli ostacoli, a cui in precedenza s'è già fatto riferimento, che si frappongono all'adozione di decisioni manipolative in materia penale possano valere anche in ordine alle decisioni di incostituzionalità "secca" delle fattispecie incriminatrici; in secondo luogo travolgere l'intera fattispecie incriminatrice dopo aver valutato la sproporzione del *quantum* sanzionatorio dopotutto non significa altro se non che «voler giustiziare sino in fondo il principio di proporzionalità della pena»²⁵⁰.

Ed è proprio sulla base di quanto appena osservato che non sembra automaticamente ineludibile la conclusione secondo la quale anche laddove la sanzione prevista dalla norma incriminatrice si palesasse «abnorme (in sé considerata o anche alla luce della sproporzione rispetto alla più mite pena prevista per una condotta evidentemente più offensiva) al Giudice costituzionale sarebbe precluso il ricorso ad una declaratoria di illegittimità costituzionale che non determini una emenda "in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento"» perché il sindacato sulla misura della sanzione penale «non può in ogni caso, indipendentemente da come condotto, fare a meno di un valido termine di raffronto, trattandosi di operazione rilevante per accertare l'illegittimità della norma, ma soprattutto indispensabile per dichiararla. Un sindacato di ragionevolezza intrinseca "incompiuto", insomma...»²⁵¹.

Del resto, è certamente vero che la Consulta ha ritenuto di poter incidere, sempre nel rispetto dei limiti dei poteri che le sono propri, sulla misura della pena "solo rintracciando all'interno dell'ordinamento vigente una adeguata disposizione sanzionatoria sostitutiva di quella dichiarata costituzionalmente illegittima... in modo da non lasciare vuoti legislativi"²⁵².

Tuttavia è anche ed altrettanto vero che è stata proprio la stessa Corte costituzionale paradossalmente a percorrere la "strada" che si è poco fa suggerita: ci riferisce in primo luogo alla già citata sentenza n. 299 del 1992 in cui il Giudice delle leggi, dopo aver rilevato l'eccessiva dilatazione della forbice edittale, in sede di dispositivo non ha semplicemente travolto quest'ultima, bensì ha dichiarato incostituzionale l'intera fattispecie incriminatrice; si allude in secondo luogo alla meno recente sentenza n. 218 del 1974 in cui la Corte, dopo aver verificato che due fattispecie diverse e contemplate in un'unica ed indifferenziata disposizione erano punite con la medesima sanzione e aver così assodato «un'insufficiente ponderazione della materia da parte del legislatore»²⁵³, non ha annullato la sola sanzione, ma ha travolto la fattispecie o, meglio ancora,

collocato la sua scelta, non sembra possibile» prefigura due soluzioni di cui l'una in alternativa all'altra, ovvero la declaratoria di incostituzionalità "secca" eventualmente accompagnata, appunto, dall'indicazione al legislatore dei criteri di determinazione della sanzione oppure – ma per quanto già detto nel corso di questo scritto questa seconda soluzione non sembra condivisibile – l'additiva di principio.

²⁵⁰ Così F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., 66, il quale tuttavia ritiene che questa strada sia anch'essa «comunque gravid[a] di incognite».

²⁵¹ Entrambe le citazioni sono tratte da S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena*, cit., 29-30, la quale pure molto correttamente ritiene che in tema di controllo delle sanzioni penali questa sia «la vera nota dolente».

²⁵² Così la sent. n. 179 del 2017 con la quale fra l'altro la Corte fa una carrellata di tutti i suoi vari interventi in materia penale specificandone limiti e condizioni.

²⁵³ Così A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza*, cit., 2162, il quale ritiene che probabilmente nel caso di specie alla Corte è sorto «il dubbio che sia avvenuta, nella fretta del legiferare, una confusione fra fattispecie distinte»: l'A. conclude con osservazioni più generali mettendo in evidenza che «il sindacato condotto alla stregua del principio di eguaglianza presenta, almeno sovente, carattere sintomatologico, attiene bensì alla razionalità obbiettiva delle scelte ma anche alla subiettiva ponderazione di esse; prende l'avvio dalla constatazione di analogie e diversità, ma poi sbocca, almeno quasi sempre, nel valutare l'avvenuta ponderazione di esse da parte del legislatore» (2163).

quella parte di essa che “si riferisce al soggetto che, pur avendo l’assicurazione, è sorpreso a cacciare privo dei soli documenti dimostrativi”²⁵⁴.

L’unico ostacolo contro il quale potrebbe infrangersi questa soluzione è che in virtù di essa una lacuna di criminalizzazione verrebbe a prodursi nell’ordinamento non sulla base di una scelta politico-legislativa né di un annullamento in sede di giudizio di costituzionalità dovuto alla riscontrata violazione da parte del precetto di un determinato principio costituzionale, bensì soltanto sulla base degli effetti indiretti che la dichiarazione di incostituzionalità del *quantum* provoca “a cascata” su tutta la fattispecie di reato²⁵⁵: insomma, solo la sanzione penale è, in quanto sproporzionata, viziata, ma il vizio che la inficia è evidentemente così grave da propagarsi anche al precetto.

In riferimento a queste ultime osservazioni è necessario ricordare che comunque il vincolo del giudicato non opererebbe nei confronti del legislatore in riferimento al precetto, ma esplicherebbe riflessi solo in ordine al *quantum*: per ritenere, infatti, concretizzata la violazione di tale vincolo è necessario non solo che il legislatore reintroduca una disposizione legislativa tale che da essa possa essere ricavata una norma identica²⁵⁶ a quella precedentemente dichiarata incostituzionale, ma anche che tale “nuova” norma si trovi, nel momento di un eventuale secondo giudizio di costituzionalità, nello stesso preciso rapporto con le norme costituzionali parametro in cui si era trovata quella “vecchia” nel corso del primo giudizio.

E questo ovviamente non accadrebbe nel caso di specie in cui il legislatore ben potrebbe riapprovare una fattispecie incriminatrice identica alla precedente dal lato del precetto dovendo solo diversamente delineare il *quantum* sanzionatorio.

Non solo, ma da un punto di vista pratico il rischio che a seguito della decisione di annullamento dell’intera fattispecie incriminatrice si determini una lacuna di criminalizzazione è piuttosto ridotto: infatti nella maggioranza dei casi sarebbe difficilmente ipotizzabile la concreta impunità di chi commettesse il fatto previsto dalla norma dichiarata incostituzionale perché quel fatto verosimilmente resterebbe punibile ad altro titolo delittuoso²⁵⁷.

Qualora poi quel fatto non potesse risultare punibile ad altro titolo delittuoso, la sua depenalizzazione risulterebbe problematica nell’ipotesi in cui la previsione punitiva del medesimo fatto avesse trovato il suo fondamento giustificativo nell’esigenza di tutelare un particolare interesse assolutamente meritevole di protezione: è evidente che in questo caso sarebbe necessario o comunque auspicabile il successivo intervento del legislatore a colmare il vuoto causato dalla sentenza caducatoria della Corte, anche se non si può non constatare che si tratta di un intervento che è incerto nell’*an* e che molto spesso, come l’esperienza pratica dimostra, è comunque tardivo quando addirittura non è proprio omesso.

²⁵⁴ La Corte infatti nella fattispecie dichiara l’incostituzionalità di una norma la quale parifica, nella pena, ipotesi profondamente estranee l’una rispetto all’altra, ovvero la mancanza di assicurazione sulla caccia e la temporanea impossibilità di fornire la prova relativa, e dunque in buona sostanza ritiene la pena prevista dalla norma in questione adeguata alla sola infrazione più grave: in tal senso cfr. anche A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza*, cit., 2160 e 2164.

²⁵⁵ È infatti principio chiaro in sede di giurisprudenza costituzionale quello per il quale “è rimesso alla scelta discrezionale del legislatore, purché non manifestamente irragionevole, valutare quando e in quali limiti debba trovare impiego lo strumento della sanzione penale, che per sua natura costituisce *extrema ratio*, da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali”: così la sent. n. 273 del 2010 che sul punto riprende pedissequamente l’antecedente sent. n. 317 del 1996.

²⁵⁶ Sul dilemma consistente nell’appurare se debba trattarsi di norma *in toto* identica o anche soltanto analoga cfr., volendo, A. BONOMI, *Ai fini della violazione del giudicato costituzionale è necessario che la legge dichiarata incostituzionale e quella riproduttiva siano perfettamente identiche?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 13 ottobre 2013, 1 ss.

²⁵⁷ In tal senso si esprime anche F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia*, cit., 66; sul punto cfr. pure le osservazioni svolte in passato da A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, cit., 207 nota 42.

Quest'ultima constatazione certamente coglie nel vero, ma è anche vero che dopotutto «la Corte non può arrestarsi per l'impossibilità di risolvere in via interinale un problema che è conseguente, ma non attinente al suo sindacato: essa già trova nella "discrezionalità legislativa" un limite rigoroso alla decisione delle questioni di costituzionalità *ex art. 3 Cost.*, e non può vedersene imposto un altro sol perché dal suo intervento nascerebbero temporanee storture»²⁵⁸: è la stessa Corte d'altra parte ad affermare che, se "qualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici... questa Corte non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale... nell'ambito del sistema"²⁵⁹.

In conclusione, ammettendo come vero che «sul versante delle pene... il sistema penale mostra il suo volto oscuro, meno razionale e meno razionalizzabile»²⁶⁰, allora la soluzione qui proposta potrebbe essere un tentativo di rendere il "volto" di quel sistema meno oscuro, più razionale e più razionalizzabile.

²⁵⁸ Così C. PIACENTINI, *Reati di insubordinazione militare: diversità delle fattispecie e congruità delle pene*, cit., 383; di recente R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni a margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 4, 759, ha osservato che «anche la Corte – si potrebbe dire – fa quello che il legislatore le lascia fare, o la costringe a fare» concludendo così che «la causa prima dei supposti "sconfinamenti" della Corte andrebbe cercata nell'abulia del legislatore che, non solo ha consentito alla Corte di allargarsi, ma l'ha costretta a farlo...».

²⁵⁹ Così la sent. n. 149 del 2018 che riprende letteralmente un'affermazione già contenuta nella antecedente sent. n. 317 del 2009.

²⁶⁰ D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 22-24.