

Rivista N°: 4/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 12/10/2017

AUTORE: Stefania Leone*

SINDACATO DI RAGIONEVOLEZZA E QUANTUM DELLA PENA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Sommario: 1. La discrezionalità politica in materia penale e il limite della ragionevolezza 2. Il controllo sulla scelta di ricorrere allo strumento penale come "campo di esercitazione" del controllo sulla proporzionalità delle pene; 3. Misura della sanzione e parametri potenzialmente incisi tra ragionevolezza-proporzionalità e funzione rieducativa del reo; 4. Due opposti problematici: la pena fissa e la pena oscillante in una cornice edittale molto ampia; 5. Dalla sent. n. 341 del 1994 alla sent. n. 236 del 2016: il giudizio di irragionevolezza intrinseca e il diverso ruolo delle fattispecie di raffronto.

1. La discrezionalità politica in materia penale e il limite della ragionevolezza

Districarsi tra l'intangibilità degli spazi della decisione politica in materia penale - posta sotto rafforzata protezione per la presenza nel settore di una riserva di legge - e l'esigenza di garantire al contempo che le discipline macroscopicamente lesive del canone della ragionevolezza siano espunte dal sistema è sempre stato per il Giudice costituzionale compito tra i più complessi.

Ragionando in astratto, potrebbero in realtà non vedersi ostacoli ad una estensione in senso pieno di tutti gli strumenti del controllo di ragionevolezza - si fondi esso unicamente sull'art. 3 Cost. o su questo parametro in appoggio ad altri principi penalistici di rango costituzionale¹ - nei confronti di scelte legislative che sono per natura portatrici di ricadute tanto gravi, potendone per l'individuo derivare la privazione della libertà personale². È però la con-

* Ricercatrice di Diritto costituzionale nell'Università di Milano.

¹ In questo ambito il controllo di ragionevolezza sovente si innesta infatti su ulteriori canoni di matrice prettamente penalistica, quali l'offensività, il carattere eccezionale della stessa risposta penale, il principio di colpevolezza e di orientamento alla rieducazione del reo. Così V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2007, 751.

² Profilo che per vero è talvolta affiorato nella giurisprudenza costituzionale, quando cioè si è affermato che nella materia del diritto penale il riscontro di costituzionalità tarato sulla ragionevolezza - che nel caso di specie implicava un raffronto tra scelta legislativa e riferimenti scientifici - "deve essere compiuto con particolare rigo-

statazione che tali scelte, nel sancire in quali ipotesi e con quale intensità punire, non possono non sottendere valutazioni di tipo ideologico-politico a chiarire perché è indispensabile esse scaturiscano dalla volontà del corpo rappresentativo³, e come sia di contro foriera di conseguenze ordinamentali molto serie l'evenienza che le stesse finiscano per discendere dalla decisione di un giudice, ancorché quello costituzionale. Si spiega in questo modo la particolare cautela - che va allora oltre l'ordinaria attenzione a non invadere il campo protetto dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953 - con la quale la Corte costituzionale si è tradizionalmente approcciata alle questioni di legittimità costituzionale implicanti una sua incursione nel campo della configurazione delle fattispecie criminose e delle loro conseguenze sanzionatorie, e perché essa abbia ritenuto di non potersi sottrarre dall'imporre anche al legislatore penale il proprio presidio di garanzia solo rispetto a discipline patentemente irragionevoli⁴ (ciò sebbene nella giurisprudenza costituzionale non manchino tracce di qualche "ambiguità", essendo rinvenibili anche pronunce in effetti attestanti minor deferenza rispetto alla discrezionalità legislativa⁵).

Uno degli ambiti in cui l'atteggiamento di *self-restraint* del Giudice costituzionale si può cogliere è senza dubbio quello concernente la determinazione legislativa dei confini minimi e massimi della pena; e questo anche se nella quasi totalità dei casi - salvo che trattasi della peculiare ipotesi di questione sollevata su norma penale di favore - ad essere provocato sia un sindacato dagli esiti in *bonam partem*⁶. Il fatto che le censure si appuntino

re, per le conseguenze che ne discendono sia per la libertà dei singoli che per la tutela della collettività" (Corte cost., sent. n. 114 del 1998, conclusasi tuttavia con il rigetto della questione sollevata).

³ Insiste sulla *ratio* democratica, di matrice illuministica, della riserva di legge in materia penale N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 317, 318.

È innegabile come la prassi, in ragione dell'incremento nel settore degli interventi normativi del Governo - e stante la predominante lettura dell'art. 25 Cost. quale norma riempibile anche con atti aventi forza di legge (*contra*, tra i penalisti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 28 ss.) - abbia in certo senso sbiadito la richiamata coloritura democratica della riserva di legge. Alcune recenti decisioni, tuttavia, in particolare quelle relative a vizi procedurali nell'adozione di decreti-legge, l'hanno parzialmente recuperata, giustamente essendosi constatato come delicate scelte di natura politica dovrebbero essere il frutto di un compiuto dibattito parlamentare. Cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, 4/2016, 5 ss. e I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, 21 ss..

⁴ Riferisce di una posizione della Corte costituzionale "*fiancheggiatrice dell'attività legislativa*", almeno con riguardo ai primi cinquant'anni della sua vita G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, 1021. Anche secondo L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 899 ss., in materia di reati e pene il Giudice costituzionale avrebbe colpito "*a parole più che nei fatti*".

⁵ M. D'AMICO, *Corte costituzionale*, cit., 3. Con specifico riferimento al giudizio di ragionevolezza, evidenzia come anche un settore tradizionalmente considerato "*provincia residua di diritto solido*" sia stato progressivamente infiltrato dalla "*sostanza liquida*" di questo tipo di controllo, chiaramente più ficcante nel caso di effetti *in bonam partem*, G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI convegno della Facoltà di Giurisprudenza*, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008, a cura di M. Cartabia, T. Vettor, Milano, 2009, 131.

⁶ Che le sia precluso un intervento "*volto all'aggravamento di una pena prevista in astratto dal legislatore*" la Corte lo ha affermato in via generale, ad esempio, nell'ord. n. 132 del 1995, risolvendo nel senso della manifesta inammissibilità una questione sollevata con riferimento alla scelta della Regione Trentino-Alto Adige di rinviare, per l'illecito di sottoscrizione di più liste di candidati alle elezioni del Consiglio regionale, alla disciplina statale più tenue prevista dal Testo unico per l'elezione della Camera dei deputati, anziché a quella più aspra relativa alle elezioni dei Consigli delle Regioni a statuto normale.

sull'incongruità in eccesso della pena non "alleggerisce" tuttavia la posizione del Giudice costituzionale, venendone anzi sollecitato un intervento duplicemente problematico. In primo luogo perché comunque chiamato al delicato compito di vagliare con la lente della ragionevolezza (sotto l'angolazione della proporzionalità) il livello sanzionatorio fissato dalla norma, inevitabilmente esponendosi al rischio di sovrapporre la propria alla discrezionalità del Parlamento. In secondo luogo, a rendere ancora più "scomoda" la posizione della Corte costituzionale è l'ulteriore circostanza che, anche laddove convintasi dell'insensata enormità della risposta punitiva approntata dallo Stato, per accogliere le doglianze prospettate dall'autorità remittente dovrebbe farsi carico dell'ulteriore pesante onere di "rideterminare" la forbice di pena applicabile all'esito del proprio giudizio. Privare la fattispecie di una sanzione significherebbe infatti travolgere *in toto* le valutazioni politiche che stanno alla base della scelta stessa di punire. Operazione evidentemente non consentita⁷, a meno che, ovviamente, l'irragionevolezza non riguardi la stessa fattispecie punitiva.

Così, ad eccezione di un unico ormai lontano precedente, da segnalarsi proprio perché non v'è in questa decisione traccia di preoccupazione del vuoto lasciato dietro di sé, limitandosi la Corte a ricordare al legislatore di avere il potere di rideterminare, questa volta se-

Diverso, come noto, è l'atteggiamento invece assunto dal Giudice costituzionale nei casi in cui ha ritenuto l'intervento ablativo richiesto dai giudici *a quibus* incidente su una norma penale di favore, perché in simile ipotesi "*l'effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte*", rappresentando, "*invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria*" (così, Corte cost., sent. n. 394 del 2006, che colpiva la norma per il trattamento sanzionatorio più clemente da essa previsto rispetto alla disciplina generale, e che ha dato svolgimento al precedente costituito dalla nota sent. n. 148 del 1983). Già nel 1994, con la sent. n. 25, la Corte aveva ammesso di poter scrutinare una sanzione penale (nella specie relativa alla indebita acquisizione di erogazioni del Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia) ritenuta dal remittente eccessivamente tenue a paragone di quella configurata per una fattispecie identicamente confliggente con l'ordinamento (nella specie quella relativa alla truffa e alla truffa aggravata per conseguimento di erogazioni pubbliche), e solo perché in disaccordo sul presupposto interpretativo circa il rapporto intercorrente tra le due norme la questione si era risolta nel senso della non fondatezza.

Sulla problematicità del ragionamento proposto dalla Corte in riferimento alle norme penali di favore v., però, N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali*, in *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, a cura di L. Zilletti, F. Oliva, Pisa, 2007, 60 ss., che, pur comprendendo le ragioni di fondo della sent. n. 394 del 2006, sottolinea come al di là della "finzione" dell'automatica riespansione della disciplina generale non sarebbe però negabile che la Corte "vuole" la riespansione della disciplina generale. Riflessioni in merito alle ripercussioni di questa giurisprudenza sul principio di legalità, con richiami alle significative pronunce con le quali, pur essendo giunta a giudizi di infondatezza, comunque la Corte aveva ammesso di poter svolgere un simile sindacato, anche in I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali*, cit., 50, nonché *La questione sul falso in bilancio: oggetto e limiti del sindacato costituzionale in materia penale*, in *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2005, 306, 307.

Di interesse, ai nostri fini, sono però anche le pronunce con le quali la Corte ha salvato, alla luce dell'art. 27, comma terzo, Cost., prescrizioni normative che limitano la possibilità di portare al di sotto di una determinata soglia la pena detentiva, e ciò sulla scorta della valutazione - ritenuta dalla Corte sensata - che una "*brevità eccessiva*" della stessa sarebbe inidonea a conseguire la finalità rieducativa del condannato (Corte cost., sentt. nn. 118 del 1973 e 208 del 1974). V. anche, ma con argomentazioni più articolate che tengono anche conto del diverso regime di favore comunque previsto per le pene brevi dalla legge n. 689 del 1981, Corte cost., sent. n. 137 del 1983.

⁷ Su questo problema v. M. RUOTOLO, *Un caso di "irragionevole" ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1997, 856.

condo ragionevolezza, una nuova sanzione⁸, negli altri casi le pronunce di accoglimento hanno dovuto - o in *dispositivo* o in *motivazione* - occuparsi di indicare il trattamento sanzionatorio subentrante alla censura⁹.

Tecnicamente ciò si è tradotto, quanto alla prima ipotesi, nell'adozione di sentenze manipolative di tipo sostitutivo¹⁰; quanto alla seconda, in sentenze di accoglimento secco, nell'*iter* argomentativo delle quali, però, il Giudice costituzionale si è premurato di indicare l'effetto di sistema prodotto dalla propria decisione, e così di dare garanzia sul fatto che la commissione del reato non sarebbe rimasta impunita, stante la presenza nell'ordinamento di altra disciplina capace di veder automaticamente esteso alla fattispecie considerata il proprio ambito applicativo¹¹. Si pensi alle pronunce ablative che hanno in più occasioni interessato le smisurate pene previste dall'ordinamento militare, in alcune delle quali si è precisato che avrebbero al loro posto operato di diritto le corrispondenti sanzioni previste dalla legge penale comune¹². O ancora, ai casi in cui sono state chiamate in ausilio le soglie minime e massime fissate in via generale dal codice penale per i diversi tipi di pena¹³.

Comunque sia, come d'immediato intuibile, non siamo in presenza di scelte tutte certamente "neutre". Quando la Corte adotta una pronuncia manipolativa in materia, l'opera di sostituzione svolta rischia infatti di implicare, nonostante la rassicurazione che ci si sia mossi sotto stretta dettatura della Costituzione, l'esercizio di una attività valutativa ancora una volta erosiva della riserva di legge prevista in materia penale¹⁴. Ma anche nelle altre ipotesi ri-

⁸ Trattasi della sent. n. 218 del 1974, con cui è stata dichiarata illegittima la norma parificante le conseguenze della contravvenzione in cui incorre il cacciatore che si fa cogliere, pur essendone in possesso, dei documenti di assicurazione a quella che colpisce chi caccia senza essere effettivamente assicurato. La Corte ha accolto la questione, incentrata sull'ingiustificata parificazione dei due trattamenti normativi, affermando in chiusura di motivazione che resta nella discrezionalità del legislatore "*con il limite di una ragionevole differenziazione rispetto alla fattispecie di chi caccia senza essere assicurato – lo stabilire con quale sanzione debba essere punito chi, pur essendo assicurato, è sorpreso a cacciare privo dei documenti dimostrativi*". Sui possibili seguiti della pronuncia A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di uguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, 2166 ss.

⁹ Ridimensiona invece i rischi di impunità derivanti da declaratorie di illegittimità secche F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016, 7, per il quale nella maggior parte dei casi la condotta verrebbe assorbita, ai fini sanzionatori, da altri titoli di reato.

¹⁰ Ad esempio, Corte cost., sent. n. 409 del 1989 sul rifiuto di leva militare per ragioni di coscienza, sent. n. 329 del 1997 sul reato di vilipendio alla religione cattolica, sent. n. 287 del 2001 sulla mancata indicazione del nome del committente responsabile sulle pubblicazioni di propaganda per le elezioni amministrative; sent. n. 236 del 2016 sul reato di alterazione di stato mediante falsità (su cui v. *infra*, par. 5). Nel panorama giurisprudenziale si rinvengono anche pronunce di accoglimento parziale che, per effetto del ritaglio operato, producono ancora una volta il livellamento della pena censurata su altra disciplina. V. ad es. la recente Corte cost., sent. n. 56 del 2016.

¹¹ Sulle ragioni alla base della diversa tecnica decisoria v. A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4200 ss.

Diversa ancora è l'ipotesi in cui la pronuncia di illegittimità abbia scientemente prodotto la depenalizzazione della condotta, proprio in quanto ritenuta assimilabile, in riferimento al bene tutelato, a comportamenti che il legislatore era intervenuto a decriminalizzare (cfr. ad es. Corte cost., sentt. nn. 176 del 1976 e 52 del 1996. Su quest'ultima pronuncia, e sull'audacia della Corte nel sostituire la sanzione penale con una determinata sanzione amministrativa, M. LUCIANI, *Una legislazione penale più coerente*, in *Giur. cost.*, 1996, 370 ss. e spec. 372).

¹² Cfr. Corte cost., sentt. nn. 26 del 1979, 103 del 1982, 49 del 1989.

¹³ nella fondamentale Corte cost., sent. n. 341 del 1994.

¹⁴ In generale, osserva come tutte le manipolative in materia penale scontino peraltro il difetto di essere necessariamente settoriali, col rischio di creare, colpendo singole norme, disarmonie di sistema ancora più pro-

chiamate va considerata l'evenienza che le indicazioni fornite in motivazione circa la disciplina sanzionatoria destinata ad applicarsi per via interpretativa non siano il frutto di una scelta obbligata. Ed è la stessa Corte costituzionale ad averne contezza: ad esempio quando ha esplicitato che l'estensione a reati dell'ordinamento militare della disciplina codicistica comune avrebbe consentito di evitare "transitoriamente" una lacuna, in attesa di un più ponderato intervento legislativo¹⁵; o quando ha chiarito che l'applicazione in via sussidiaria dei confini edittali previsti dagli artt. 23 e 24 c.p. non può certo trasformarsi in un *modus operandi* cui ricorrere ogni qualvolta si lamenti la sproporzione di una sanzione, perché l'allineamento a tali livelli sanzionatori "è esso stesso una scelta non a 'rime obbligate'"¹⁶.

Se questo è lo scivoloso terreno su cui si erige lo scrutinio di costituzionalità relativo alla misura delle sanzioni penali, non stupirà se nell'ambito della scienza penalistica e di quella costituzionalistica gli studiosi abbiano talvolta avanzato tesi espressive di culture e sensibilità davvero agli antipodi. Così, dando voce alle ragioni dell'art. 25 Cost. vi è chi ha argomentato nel senso che, di norma, la Corte costituzionale, "inadatta, per una natura, a cogliere eventuali difformità tra il bilanciamento di interessi ricavabile dalle formule – del resto necessariamente generiche – contenute nella Costituzione e quello che viene operato nella legge" dovrebbe evitare di sovrapporsi alle determinazioni del Parlamento. Ciò in ubbidienza al rapporto tra i poteri configurato in Costituzione. Ordinariamente, dunque, la scelta normativa prodotta dal legislatore dovrebbe essere "criticata e sindacata con sanzioni di tipo politico e, in modo particolare, attraverso il vaglio degli elettori"¹⁷.

blematiche di quelle censurate, M. D'AMICO, *Sulla "costituzionalità" delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, 256. Ciò che ha talvolta dato luogo anche a "ribellioni" dei giudici (della stessa Autrice, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei. Relazione introduttiva*, in *Ai confini del favor rei*, cit., 14, 15). Nell'ambito che ci riguarda, si pensi in particolare al caso della (sostanziale) impugnazione della sent. n. 409 del 1989, ritenuta lesiva del principio di legalità in materia penale e altresì responsabile di aver dato vita ad una irrazionale equiparazione, sotto il profilo sanzionatorio, tra due fattispecie invece diverse. Le questioni sollevate furono dichiarate manifestamente inammissibili, proprio perché veicolanti un sindacato precluso dall'art. 136 Cost. (ordd. nn. 27, 93 e 203 del 1990), ma sono senz'altro emblematiche delle difficoltà che si hanno nell'accettare simili interventi della Corte in materia penale. D'altra parte, l'A. ha anche osservato come talvolta si tenda ad investire la Corte costituzionale, in considerazione della problematica mancata revisione del codice penale, di aspettative eccessive, stante l'irrinunciabile intervento in materia del legislatore.

¹⁵ Corte cost., sentt. nn. 26 del 1979 e 49 del 1989.

¹⁶ che infatti si giustificava nel giudizio risolto con la sent. n. 341 del 1994 perché anche per il reato assunto a *tertium comparationis* il minimo edittale non era specificamente determinato, rilevando la soglia dei 15 giorni di reclusione prevista in via generale dall'art. 23 c.p. (questa la spiegazione data del precedente in Corte cost., sent. n. 81 del 2014).

¹⁷ A. PAGLIARO, *Sproporzione "irragionevole" dei livelli sanzionatori o sproporzione "irrazionale"?*, in *Giur. cost.*, 1997, 774, 775. L'A. commentava in realtà adesivamente la sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 1997, con la quale era stato dichiarato illegittimo l'art. 60 della l. n. 689 del 1981, nella parte in cui escludeva che le sanzioni sostitutive si applicassero ai reati previsti dall'art. 452, secondo comma, c.p., e dunque a comportamenti meno gravi rispetto ad altri invece ammessi al regime della sostituzione. Ma è significativo che lo studioso, sottolineando come la dichiarazione di illegittimità costituzionale si fondasse sulla constatazione che l'arbitrarietà della disposizione si era manifestata a posteriori per effetto dell'entrata in vigore di alcune novelle legislative, e che le distonie venutesi così a manifestare erano state già stigmatizzate senza che ne fosse seguito un adeguamento normativo, abbia avallato l'intervento della Corte costituzionale solo perché convinto si fosse in presenza di "un tipico caso di supplenza di un organo costituzionale ... rispetto alle inefficienze e alle lentezze di un altro organo (il Parlamento)", mentre "il formale meccanismo della divisione dei poteri nel nostro ordinamento non avrebbe consentito la dichiarazione di illegittimità costituzionale".

Su altro versante, assumendo a presupposto del ragionamento la portata pervasiva dell'art. 3 Cost., si è criticamente constatato come nell'ambito del diritto penale “*i giudici costituzionali abbiano avvertito in modo particolarmente intenso l'esigenza di autolimitarsi nell'esercizio del controllo della ragionevolezza, senza che ciò corrisponda tuttavia ad un qualche principio giuridico che possa essere costruito partendo dal dato positivo*”, imputandosi allora tale indirizzo più a fattori inerenti il “*piano delle influenza psicologiche*” piuttosto che quello delle “*argomentazioni logico-giuridiche*”¹⁸.

La netta distanza tra questi due approcci mette in evidenza forse più di ogni altra considerazione la complessità della materia. Complessità che si conferma anche alla luce della giurisprudenza costituzionale formatasi nel corso degli anni. Per stessa ammissione della Corte costituzionale - in questi termini espressasi recentissimamente - si tratta infatti di una casistica che ha dovuto seguire una traiettoria incanalata tra “*due poli, in costante tensione fra loro*”, cui è conseguito l'onere di (tentare di) “*preservare l'armonia tra i due livelli di legalità – ordinaria e costituzionale*”¹⁹. E se è vero che, come già anticipato, essa si è tendenzialmente mossa in punta di piedi quando richiesta di porre sotto esame l'entità delle pene, e che raramente è dunque arrivata a travolgere le scelte del legislatore, è altrettanto vero che non mancano occasioni nelle quali il controllo operato è stato più penetrante. Non solo. La giurisprudenza considerata si è sul finire dello scorso anno arricchita di una pronuncia che è tornata, in parte ricalcandoli in parte rimodellandoli, sui contorni del sindacato di ragionevolezza esperibile in materia, segnalandosi, come meglio vedremo, soprattutto per due ragioni, probabilmente tra loro connesse. Da una parte perché la Corte ha molto insistito sulle ripercussioni che una forte e dunque irragionevole asimmetria tra il grado dell'offesa insita nel comportamento delittuoso e la reazione approntata dall'ordinamento ha sull'art. 27, comma terzo, Cost., potendo compromettere “*ab initio*” le *chances* di rieducazione del reo, finalità quest'ultima alla quale per espresso dettato costituzionale la pena non può non tendere. Dall'altra perché nella decisione si fa un uso “*peculiare*” del raffronto, evocato dallo stesso giudice *a quo*, con la pena prevista per altra fattispecie di reato, raffronto col quale la Corte si esercita non già per riscontrare una irragionevole disparità di trattamento, quanto per smascherare l'irragionevolezza intrinseca della norma oggetto e, soprattutto, per agganciare il dispositivo - che ha dovuto ridefinire la pena depurandola dalla sua parte in eccesso - ad una misura già rinvenibile nell'ordinamento (*infra* par. 5).

2. Il controllo sulla scelta di ricorrere allo strumento penale come “campo di esercitazione” del controllo sulla proporzionalità delle pene

Per proporre un itinerario di lettura della giurisprudenza della Corte costituzionale concernente la determinazione normativa della quantità della pena, è utile preliminarmente

¹⁸ A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 203 e 206. Per G. FIANDACA, *Uguaglianza*, cit., 133 se si è trattato di condizionamenti psicologici, essi vanno ricercati nella raffigurazione drammatica del diritto penale cui è sovente portato il giurista.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 179 del 2017.

accennare, sia pur di scorcio, al controllo di ragionevolezza svolto sulla scelta stessa di sanzionare penalmente un comportamento. La digressione si giustifica perché, si è osservato, è stato proprio lo sviluppo di questo sindacato e dunque l' "accresciuta sensibilità costituzionale verso i contenuti sostanziali del reato" a consentire anche lo sviluppo del sindacato sul *quantum* della pena. Ma basti soprattutto considerare che le valutazioni circa il grado di disvalore della condotta punita vengono in primo piano tanto nel momento in cui occorra giudicare se il legislatore si sia validamente determinato a inibirla penalmente, quanto in quello in cui oggetto di scrutinio sia la proporzionalità dello specifico regime sanzionatorio stabilito²⁰.

Ora, è assai noto che la Corte costituzionale ha riconosciuto al Parlamento posizione preminente nella selezione dei comportamenti cui reagire con la reprimenda penale, sulla base della condivisibile constatazione che *"le opzioni legislative, in sede di configurazione delle fattispecie criminose tipiche, devono tener conto non soltanto del bene o dei beni giuridici tutelati attraverso l'incriminazione delle fattispecie stesse ma anche delle finalità immediate che, nel contesto storico in cui le opzioni in parola vengono operate, il legislatore persegue, nonché degli effetti indiretti che i fatti incriminati vanno a produrre nell'ambiente sociale in cui si realizzano"*²¹. Una serie di elementi, in sostanza, che implicano tanto considerazioni di carattere generale (sulla funzione dello Stato e del sistema penale), quanto *"considerazioni particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal modo d'applicazione delle sanzioni penali)"*, e che il Giudice costituzionale ritiene *"autenticamente ideologiche e politiche"*²². Ciò evidentemente anche perché riconducibili a fattori niente affatto statici, e per questo a maggior ragione oggetto di quell'apprezzamento e di quella ponderazione di cui è capace solo un organo politico imputabile di responsabilità politica.

Al legislatore, tuttavia, non compete una discrezionalità capace di sfuggire a qualsivoglia limite. Ci è stato infatti insegnato che l'incisione su diritti primari della persona per mano della sanzione penale può essere ammessa in quanto si incorra *"nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami [dell'ordinamento]"*²³, incombando sul Parlamento l'obbligo di *"circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale*

²⁰ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1998, II, 363, per il quale nello scrutinio condotto sulla misura della pena, infatti, *"è implicito un preliminare momento di accertamento del contenuto di disvalore del reato"* ed esso *"non può fare a meno di ripercorrere le valutazioni legislative – caratterizzate da un alto tasso di discrezionalità – concernenti l'intrinseco disvalore del fatto criminoso"*.

²¹ Corte cost., sent. n. 62 del 1986. Vi si legge, ancora, che *"necessità di prevenzione generale (evitare recidive e contagio criminoso) e di riduzione dell'allarme sociale cagionato dai reati convergono, insieme alle ragioni innanzi indicate, a motivare le opzioni legislative nella determinazione delle ipotesi criminose tipiche. Né esistono strutture ontologiche delle condotte criminose tali da vincolare il legislatore a valutarle allo stesso modo; quand'anche si fosse d'accordo sull'esistenza di strutture ontologiche dei comportamenti criminali, rimarrebbe pur sempre salva la libertà del legislatore di valutare giuridicamente le medesime in maniera coerente alle varie finalità immediate perseguite nei diversi momenti storici ed alle svariate conseguenze, dannose o pericolose, dirette od indirette, che, nei tempi e nei luoghi nei quali i comportamenti criminali si realizzano, questi ultimi sono idonei a produrre. Ed è quasi superfluo aggiungere che anche le opzioni legislative in tema di qualità e quantità delle sanzioni penali sono motivate dalle ragioni innanzi indicate"*.

²² Corte cost., sent. n. 409 del 1989.

²³ Corte cost., sent. n. 189 del 1987. In termini, Corte cost., sent. n. 447 del 1998.

della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante"²⁴. Il principio è quello acclarato della sussidiarietà della leva penale, che si suppone legittimamente azionata solo laddove sia valutata come inadeguata ogni altra forma, meno invasiva, di protezione giuridica, e dunque in ipotesi residuali e limitate. Come limitato – stante il connesso criterio della offensività - sarebbe il novero dei beni giuridici meritevoli di una tale protezione. Il sistema sembrerebbe dunque aver messo a disposizione tanto del Parlamento quanto della Corte costituzionale almeno un criterio-guida cui conformarsi: il primo per valutare se ricorrere al rimedio penale, la seconda per riempire il canone della ragionevolezza quando chiamata a sovrapporre, in negativo, il proprio controllo alla scelta legislativa²⁵. Se non che, risulta assente un indirizzo giurisprudenziale che orienti nella aprioristica identificazione degli interessi presidiabili con sanzione penale. In alcuni casi, infatti, la Corte ha affermato che le norme penali devono essere "dirette alla tutela di valori almeno di rilievo costituzionale"²⁶, in altri ha più genericamente parlato della necessità che il sistema penale si diriga verso la tutela di "pochi beni, significativi od almeno importanti, per l'ordinato vivere sociale"²⁷; ma, ancora, è presente nella giurisprudenza costituzionale anche l'idea che il legislatore possa intervenire sul terreno della repressione penale per tutelare "indirettamente" interessi di rilievo costituzionale, da considerarsi in questo senso "beni finali" la cui "protezione in forma avanzata" passa per la repressione di condotte lesive di "beni strumentali"²⁸.

D'altro canto, la questione della natura dei beni giuridici tutelabili con lo strumento penale - a partire dalle elaborazioni di Franco Bricola²⁹ - è stata da sempre al centro del dibattito della stessa comunità scientifica. E se è vero che la tesi del rango necessariamente costituzionale dei beni tutelabili mediante criminalizzazione della condotta ha tra i suoi meriti di aver tentato di dare maggior spessore al principio di residualità dello strumento penale³⁰,

²⁴ Corte cost., sent. n. 409 del 1989.

²⁵ L'offensività ha in realtà trovato ancoraggio anche in parametri costituzionali diversi dall'art. 3 Cost., ovvero nell'art. 25, comma secondo, Cost. "nel suo legame sistematico con l'insieme dei valori connessi alla dignità umana" (Corte cost., sent. n. 354 del 2002). V. anche la sent. n. 263 del 2000 e la sent. 265 del 2005, ove la censura per violazione dell'art. 3 Cost. è esplicitamente ritenuta "sussidiaria", e pertanto assorbita, rispetto a quella principale avente a parametro l'art. 25, comma secondo, Cost.. Ma nella più parte delle sue decisioni il Giudice costituzionale ha preferito incanalare il giudizio sulla offensività proprio in quello di ragionevolezza. E secondo alcuni studiosi la scelta di usare la ragionevolezza come vettore della offensività risiederebbe anche nella maggior confidenza che la Corte ha negli anni acquisito con questo canone valutativo, oltre che nella flessibilità che è ad esso propria. C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, 58.

²⁶ Corte cost., sent. n. 364 del 1988.

²⁷ Corte cost., sent. n. 487 del 1989.

²⁸ Corte cost., sent. n. 250 del 2010, che secondo V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2012, 101 attesterebbe come la Corte abbia recepito la teoria della "seriazione dei beni giuridici" (A. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, 770 ss.). Nella richiamata pronuncia, la Corte ha ritenuto infatti la gestione ordinata dei flussi migratori, oggetto di tutela della fattispecie scrutinata, bene giuridico "strumentale", la cui salvaguardia determina una protezione "in forma avanzata" di un complesso di beni finali di rilievo costituzionale.

²⁹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, 1973, 7 ss.

³⁰ Peraltro nemmeno esauendosi in essa, giacché secondo l'insegnamento della Corte la circostanza che il bene oggetto di attenzione del legislatore abbia rilievo costituzionale non sarebbe sufficiente ad adempiere al principio di sussidiarietà; non, appunto, laddove lo stesso possa essere adeguatamente protetto con gli strumenti messi a disposizione dagli altri settori dell'ordinamento (Corte cost., sent. n. 409 del 1989).

nonché di costituire la premessa per lo sviluppo del controllo di razionalità “interna” della norma³¹, è però altrettanto noto che, in ragione della sua assolutezza, la stessa non ha persuaso sino in fondo la dottrina, né ha davvero mai funzionato da criterio selettivo in sede giurisdizionale³². Non stupisce allora che, nonostante la tracciabilità di una concettuale distinzione tra offensibilità in astratto e offensività in concreto – la prima imponendosi già nel sindacato di costituzionalità sulla fattispecie normativa, la seconda richiedendo al giudice di verificare in concreto se il fatto storico abbia realmente esposto a rischio l’integrità del bene giuridico elevato a oggetto di tutela dal legislatore³³ – la Corte abbia poi non di rado ritenuto di “scaricare” proprio sui giudici comuni la responsabilità a ricondurre sui binari della offensività fattispecie a rischio di deragliamento perché apparentemente incapaci di esprimere disvalore o effettiva pericolosità; e ciò proprio per non giungere alla drastica decisione di porre nel nulla la volontà del Parlamento³⁴.

In definitiva, posta la vaghezza dei criteri penalistici cui si pretende di conformare la scelta criminalizzatrice, ed essendo pertanto utopico immaginare che essi siano in grado di incanalare il controllo di ragionevolezza entro binari prestabiliti, si comprende perché in questi giudizi la Corte costituzionale abbia di fatto scelto di usare mano leggera, censurando solo eccezionalmente – laddove in effetti eclatante la fuoriuscita dal tracciato della sensatezza – l’assunzione di un determinato interesse ad oggetto di tutela penale³⁵.

Ciò non di meno, ai nostri fini è importante constatare come l’enucleazione da parte del Giudice delle Leggi del principio della *extrema ratio* dello strumento di tutela penale abbia dato struttura giuridica ad un canone potenzialmente ancora più pervasivo, in quanto capace di opporsi anche alle scelte di dosimetria sanzionatoria: quello “*dell’intervento meno gravoso*”

³¹ G. FIANDACA, *Uguaglianza*, cit., 135.

³² Così D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, 18, 19, per il quale un qualche interesse proponibile come oggetto di tutela sarebbe ricavabile da tutte le norme incriminatrici che non siano del tutto insensate. Per tutti, sulla inesistenza di un obbligo in capo al legislatore a scegliere solo entro la cerchia dei beni costituzionalmente rilevanti quelli penalmente tutelabili G. MARI NUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 500.

³³ Per tutte, v. Corte cost., sent. n. 360 del 1995. G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 96 ss.

³⁴ V. MANES, *I recenti tracciati*, cit., 2011. Il richiamo all’offensività in concreto diventa in altre parole una “*via di fuga*” che consente alla Corte di evitare una declaratoria di illegittimità costituzionale della fattispecie normativa. Così C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale*, cit., 63.

³⁵ Si ricorderà, in questo senso, la sentenza n. 187 del 1989, con la quale fu dichiarata illegittima per violazione dell’art. 3 Cost. la norma che penalizzava l’esposizione di bandiere di Stati esteri in assenza di autorizzazione delle autorità politiche locali. La Corte riconobbe in quel caso che attraverso la fattispecie normativa “*non [era] tutelato alcun bene giuridico*” e che il fatto tipico era pertanto privo “*d’ogni significatività ed offensività*”. Con la sentenza n. 519 del 1995 ad essere espunta dall’ordinamento fu invece la disposizione che criminalizzava la mendicizia. Nel ragionamento della Corte un comportamento che si risolve in una richiesta di aiuto non è infatti in grado di mettere seriamente in pericolo il bene della tranquillità pubblica.

Ma possono essere ricordate anche le decisioni che hanno fatto cadere configurazioni penali ingiustificatamente ritagliate sulla condizione soggettiva del reo, con l’immissione nell’ordinamento di reati d’autore che, in disparte il profilo discriminatorio, proprio per il fatto di punire condotte ritenute penalmente irrilevanti se poste in essere da qualsiasi altro soggetto, rivelavano l’aperta violazione del principio di offensività. Si pensi ad esempio alla sent. n. 354 del 2002, relativa alla norma che puniva chi in luogo pubblico o aperto al pubblico si facesse cogliere in stato di ubriachezza avendo già riportato condanna per delitto non colposo contro la vita o l’incolumità pubblica.

*possibile*³⁶; e come l'acquisizione di una progressiva dimestichezza nel pronunciarsi su questioni di legittimità costituzionale implicanti un vaglio degli scopi perseguiti dal Parlamento, anche a partire da una valutazione della 'consistenza' del bene giuridico protetto dalla disciplina e della conseguente gravità della condotta presa di mira, abbia consentito alla Corte di estendere il proprio controllo anche al rapporto di proporzionalità tra reato e cornice edittale, con maggior consapevolezza degli spazi propri e di quelli del legislatore.

3. Misura della sanzione e parametri potenzialmente incisi tra ragionevolezza-proporzionalità e funzione rieducativa della sanzione

Naturalmente anche la quotazione in termini sanzionatori del disvalore di un reato è operazione marcatamente discrezionale e per nulla meccanica, nell'atto di definirla venendo in rilievo quelle stesse considerazioni che influenzano le opzioni legislative già in punto di incriminazione: "*necessità di prevenzione generale*", "*riduzione dell'allarme sociale cagionato dai reati*", "*conseguenze, dannose o pericolose, dirette od indirette*" dei fatti incriminati a seconda dei contesti sociali e dei momenti storici in cui si inserisce l'intervento normativo³⁷. Per vero il legislatore non è immune persino da condizionamenti di tipo "emotivo" (quale è l'esigenza della popolazione di sentirsi rassicurata circa la capacità dello Stato di dare risposte efficaci a fenomeni di criminalità che suscitano particolari paure, ancorché non necessariamente tra i più gravi)³⁸.

Se questa è la complessità delle variabili che penetrano il procedimento legislativo nella elaborazione della misura della pena, si comprende a maggior ragione l'atteggiamento di prudenza assunto dal Giudice costituzionale, che da sempre professa di potere (e però dovere) contenere la discrezionalità legislativa in casi eccezionali.

Gli spazi per un intervento ablativo sono dunque molto stretti. Ma la Corte, forte proprio dello strumento della ragionevolezza, non ha rinunciato ad occuparli. E anzi, ha man mano preso coscienza di poterlo davvero utilizzare fino in fondo, essendo passata dal consegnare *in toto* al legislatore la responsabilità di correggere eventuali incoerenze interne al sistema delle sanzioni³⁹, negando di avere il potere di sovrapporsi alle scelte del Parlamento "*all'infuori dell'eventualità ... che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione*"⁴⁰, ad affermazioni attestanti un atteggiamento meno remissivo, attraverso le quali si è assegnata il compito di verificare che "*l'uso della discrezionalità legislativa in materia rispetti il limite della ragionevolezza*"⁴¹; una verifica

³⁶ G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, 2006, 143, 144.

³⁷ Corte cost., sent. n. 62 del 1982.

³⁸ Parla di condizionamenti in questo senso "irrazionali" S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1997, 136.

³⁹ Corte cost., sent. n. 22 del 1971.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 109 del 1968.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 341 del 1994.

che può certo segnare negativamente il destino della norma (solo) laddove questa trasmodi “nella manifesta irragionevolezza o nell’arbitrio”⁴².

Ora, come si vedrà a breve, la norma costituzionale universalmente indicata quale fondamento inespresso del canone della ragionevolezza (l’art. 3, comma primo, Cost.), è stata sovente utilizzata dalla Corte, su sollecitazione dei giudici rimettenti, in stretta connessione con un ulteriore parametro: quello che vincola il legislatore ad orientarsi nel senso della rieducazione del reo (art. 27, comma 3, Cost.). A dire il vero, in questo tipo di sindacato l’art. 3 Cost. potrebbe sensatamente legarsi anche col diritto di libertà personale (art. 13 Cost.), illegittimamente inciso da restrizioni eccessive e quindi ingiustificate⁴³, ma secondo parte della dottrina anche con il principio di colpevolezza (art. 27, comma primo, Cost.), non potendo la sanzione corrispondere più che a quanto personalmente rimproverabile al suo destinatario⁴⁴. O potrebbe addirittura reggersi autonomamente.

Ma se si esaminano alcune importanti pronunce del settore considerato, non si può non notare una significativa differenza nella costruzione della motivazione (e talvolta nell’esito del giudizio) a seconda che il sindacato si sia svolto sotto l’esclusiva egida dell’art. 3 Cost. o di questo in combinazione con altre norme costituzionali fondanti principi penalistici, e segnatamente quello di risocializzazione del condannato. Quando cioè la Corte, in particolare nel corso della prima fase della propria giurisprudenza in materia (dagli anni Sessanta alla fine degli anni Ottanta), ha valutato la disciplina censurata alla luce del solo art. 3 Cost. - talvolta vincolata in tal senso dalle ordinanze di remissione, talvolta essa stessa limitando la portata del proprio giudizio, in un’epoca in cui non ancora persuasa delle potenzialità dell’art. 27, comma terzo, Cost. - ha infatti interamente svolto il proprio sindacato secondo il tradizionale modello ternario, che impone di valutare la ragionevolezza della norma (nel senso della “ragionevolezza-uguaglianza”, o della “razionalità”, usando la terminologia proposta da Zagrebelsky⁴⁵) confrontandola con un *tertium comparationis*; tale vuoi perché, nella prospettiva del rimettente, norma regolante fattispecie affine sotto il profilo del disvalore eppure sottoposta a trattamento sanzionatorio più mite, vuoi, al contrario, perché riguardante figura di reato portatrice di maggior carica offensiva ancorché parificata a quella oggetto di scrutinio sotto il profilo della risposta punitiva.

E lo ha fatto o, addirittura, senza mai nemmeno richiamare in motivazione il criterio della proporzionalità (preferendo ricorrere al diverso codice lessicale dell’irrazionale o non irrazionale trattamento parificato o differenziato tra le due discipline poste a raffronto⁴⁶) oppu-

⁴² Corte cost., sent. n. 81 del 2014.

⁴³ Implicitamente, Corte cost., sent. n. 341 del 1994; ma v. soprattutto Corte cost., sent. n. 343 del 1993, ove l’art. 13 Cost. trova valorizzazione in parte motiva, affermandosi che un esubero di pena produce anche una “palese sproporzione del sacrificio della libertà personale”, libertà che la Corte ritiene indirettamente garantita proprio per il tramite dell’art. 27 Cost.

⁴⁴ D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *Jus*, 1974, 521.

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, 2012, 199 ss.; ancora, sulla differenza tra ragionevolezza intrinseca e razionalità sistematica G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in A.A., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1994, 179 ss.

⁴⁶ Attingendo alla giurisprudenza più risalente, si veda a titolo esemplificativo la sent. n. 45 del 1967 (nel senso della infondatezza della questione) e la sent. n. 218 del 1974 (la prima decisione, invece, che ha accolto una questione vertente sul *quantum* della pena).

re riferendosi nominalmente al predetto canone al fine però di operare non già un giudizio “verticale” ma una comparazione di tipo “orizzontale”⁴⁷, intesa a riscontrare una eventuale eccessiva sperequazione tra le sanzioni rispettivamente previste dalla norma oggetto e, appunto, dalla norma assunta a *tertium*⁴⁸. Uno scrutinio, quindi, nell’ambito del quale ancora non si ragiona di proporzionalità intesa quale condizione di equilibrio anzitutto interno della fattispecie penale.

Bisogna in realtà ammettere che la giurisprudenza costituzionale in materia non è una giurisprudenza del tutto lineare capace di farsi ricondurre a rigorose sistematizzazioni⁴⁹. E infatti, guardando a questo primo periodo preso in considerazione, non mancano pronunce che fuoriescono dallo schema delineato. Si pensi alla sent. n. 103 del 1982, ove già la Corte affermava che “*in tema di sanzioni penali, il principio di eguaglianza, quale specifica applicazione della regola generale sancita nell’art. 3 della Costituzione, esige che la pena sia proporzionata al fatto commesso*”. Inoltre, occorre aggiungere, la circostanza di aver assunto a parametro di valutazione il solo art. 3 Cost. non ha per ciò stesso sempre comportato l’esperimento di un controllo ‘leggero’ e scarsamente incisivo.

Allo stesso tempo, tuttavia, si può osservare come le pronunce più nette appartenenti all’epoca considerata sono sostanzialmente quasi tutte intervenute nello stesso, particolare, settore, quello delle sanzioni fissate nel codice penale militare di pace. Un settore contrassegnato, alla luce dei nuovi principi costituzionali, da un anacronistico rigore, che dava luogo ad un sistema sanzionatorio ciecamente proteso al rispetto dei doveri di disciplina e di deferenza gerarchica. L’avvertita necessità di ristabilire senza ulteriore ritardo la legalità costituzionale in materia deve aver allora armato il braccio della Corte, più volte intervenuta a censurare il regime sanzionatorio stabilito per taluni reati attraverso decisioni per certi versi audaci⁵⁰. Ci si riferisce soprattutto a due circostanze. In primo luogo al fatto che, sovente, lo scrutinio sulla sanzione indubbiata è stato condotto assumendo a secondo polo di raffronto una sanzione più tenue prevista per una condotta ritenuta più intensa per disvalore. Si badi: in casi di questo tipo la sproporzione della pena scrutinata si rivela per vero anche più nitidamente; ma il fatto che il *tertium comparationis* non sia affine sotto il profilo della carica of-

⁴⁷ La terminologia è quella usata da A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2016, 1442.

⁴⁸ Si pensi a titolo esemplificativo alle sentt. nn. 109 del 1968 e n. 162 del 1972, che facevano allora salva la norma sull’oltraggio a pubblico ufficiale ritenendo non manifestamente sproporzionata la relativa sanzione rispetto alla risposta punitiva approntata dall’ordinamento nei confronti di chi offendesse invece il privato cittadino.

⁴⁹ Sostiene ad esempio che talvolta la pronuncia fa trasparire la compresenza dello scrutinio di ragionevolezza-uguaglianza e di quello di ragionevolezza intrinseca, in altre occasioni ancora non è invece del tutto chiaro a quale modello la Corte abbia fatto ricorso P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero “se”, “come”, “quando” e “quanto” punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D’Orlando, L. Montanari, Torino, 2009, 68.

⁵⁰ Di interesse anche le pronunce che hanno riguardato il settore dei reati in materia di religione, alcune delle quali contrassegnate dall’intento di ristabilire – sebbene come noto in termini talvolta problematici con riferimento al rapporto con il legislatore – un trattamento paritario tra le religioni (v. F. RIMOLI, *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1997, 3343 ss.; M. D’AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la “Divinità”*, in *Giur. cost.*, 1995, 3487 ss; sulla rilevante questione del bene giuridico tutelato, v. P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione: beni giuridici e limiti dell’intervento penale*, Milano, 1983, cap. I).

fensiva priva la Corte di quel riferimento indispensabile alla ridefinizione della sanzione⁵¹. Il Giudice costituzionale ciò non di meno ha potuto determinarsi nel senso dell'accoglimento delle questioni ancorandosi alla disciplina prevista dal codice penale comune.

La seconda circostanza meritevole di sottolineatura riguarda il fatto che la Corte sia intervenuta consapevole di assumere decisioni a loro volta portatrici di incongruenze sistemiche, giacché le sanzioni più miti restituite finivano a quel punto per stridere con la presenza nel settore di pene nettamente più severe per comportamenti meno riprovevoli. Circo- stanza, questa, che, stante la successiva inerzia del legislatore nel rimettere mano in mono organico alla materia, ha poi costretto la Corte ad intervenire nuovamente con pronunce ca- ducatorie necessarie a ridurre le incoerenze da essa stessa prodotte⁵².

Se però si mette da parte la giurisprudenza intervenuta in questo specifico e proble- matico settore, si può tornare alla notazione iniziale; ovvero sia che alla Corte costituzionale è riuscito di muoversi con maggiore incisività e di dare contorni più nitidi alla proporzionalità intesa come qualità interna della fattispecie quando ha potuto (o voluto) reciprocamente in- tersecare, potenziandone gli effetti, l'art. 3 Cost. con l'art. 27, comma 3, Cost..

In realtà, non è detto che questo potenziamento non avrebbe potuto avere luogo in- terpretando *magis ut valeat* il principio di ragionevolezza, nel suo predicare anche l'esigenza di una coerenza interna alla disposizione di legge, da valutarsi alla stregua della propria *ra- tio*, o comunque dei principi costituzionali in gioco e necessariamente da contemperare, an- che secondo un criterio di proporzionalità⁵³. Non solo. Se si volge lo sguardo all'intero varie- gato panorama giurisprudenziale sulla ragionevolezza, non si potrà non constatare come molteplici siano le decisioni nelle quali dal canone della ragionevolezza si è fatto esplicita- mente discendere, quasi ne fosse una declinazione, proprio il criterio di proporzionalità. Così, per limitarci a qualche esempio, la Corte ha affermato che il sindacato di ragionevolezza “*si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore*

⁵¹ Su tale problematico profilo si veda ad es. Corte cost., sent. n. 22 del 2007.

⁵² Parla di disarmonie con cui la Corte ha dato vita ad un “circolo vizioso” A. PUGIOTTO, *Sentenze norma- tive*, cit., 4204. Si pensi alla sequenza rappresentata dalla sent. n. 26 del 1979 e 103 del 1982. Con la prima la Corte aveva consequenzialmente annullato anche la norma che sanzionava con la pena dell'ergastolo le lesioni gravi o gravissime nei confronti di un superiore ufficiale, in loro vece dichiarando che avrebbero operato le più indulgenti norme del codice penale comune. Ciò con un effetto aberrante, risultandone potenzialmente meno se- veramente colpito il militare resosi responsabile di lesioni gravi o gravissime ai danni del superiore ufficiale (da 3 a 7 anni di reclusione) rispetto a quello autore di lesioni o percosse (non meno di 5 anni di reclusione). E infatti, con la successiva sent. n. 103 del 1982, già richiamata anche per la valorizzazione data dalla Corte all'art. 3 Cost. quale norma in sé portatrice del principio di proporzionalità intrinseca delle pene, il Giudice costituzionale, stante l'inerzia del Parlamento, interveniva su nuova sollecitazione per ridurre l'incongruenza da essa stessa de- terminata, a tal fine ancora una volta aprendo la porta ad una espansione delle norme di diritto penale comune. Si vedano in quest'ambito anche le successive sentt. nn. 173 del 1984 e 102 del 1985.

⁵³ Cfr., per un richiamo alla necessaria proporzionalità nelle operazioni di bilanciamento tra diritti, Corte cost. sent. n. 85 del 2013. Che il giudizio di ragionevolezza possa svolgersi anche senza ricorrere ad una norma- tiva di raffronto nell'ordinamento è acquisizione giurisprudenziale indiscussa. Lo ribadisce da ultimo, richiaman- dosi ai molti precedenti, Corte cost., sent. n. 86 del 2017, ove si ricorda però altresì che, in questo caso, quando cioè il sindacato si svolga disgiuntamente dal riferimento ad un *tertium comparationis*, l'apprezzamento “*di con- formità tra la regola introdotta e la “causa” normativa che la deve assistere*” è ammissibile solo “*se l'irrazionalità o iniquità delle conseguenze della norma sia manifesta e irrefutabile*”.

... rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire⁵⁴; e ancora, si è detto che il principio di proporzionalità “rappresenta diretta espressione del generale canone di ragionevolezza”⁵⁵ e che esso “è alla base della razionalità che informa il principio di uguaglianza”⁵⁶.

Per vero, più di recente il Giudice costituzionale pare aver riconosciuto alla proporzionalità vita autonoma rispetto alla ragionevolezza. Vale la pena richiamare, in particolare, le decisioni rese in materia elettorale, laddove si è fatto riferimento ad uno scrutinio di ragionevolezza “e” di proporzionalità⁵⁷, con l’applicazione di un *test* di valutazione della disciplina censurata che si è richiamato esplicitamente al tipico schema di sindacato svolto dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea⁵⁸; un sindacato che si risolve cioè nella verifica che la norma prescriva, tra più misure appropriate al conseguimento di scopi legittimi, “quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi”⁵⁹. In una delle ultimissime pronunce vertenti sulle sanzioni penali, tuttavia, si è ancora una volta tornati a parlare apertamente della proporzionalità come di una “delle possibili declinazioni” dei principi di uguaglianza e ragionevolezza⁶⁰.

Che i due criteri - di ragionevolezza e di proporzionalità - siano considerati dal Giudice costituzionale italiano disgiunti o intimamente agganciati l’uno all’altro, è comunque indubbio che il fondamento costituzionale rimane in entrambi i casi l’art. 3 Cost.⁶¹. Astrattamente ragionando, dunque, anche l’invocazione di questa sola norma potrebbe legittimare un sindacato di non eccessiva sperequazione nella determinazione della sanzione penale. E d’altra parte, se si ammette, come in effetti è⁶², che lo scrutinio di ragionevolezza implica anche un controllo circa la non assoluta inidoneità dei mezzi predisposti dal legislatore al per-

⁵⁴ Corte cost., sent. n. 1130 del 1988.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 220 del 1995.

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 2 del 1999. Dell’idea però che il principio di proporzionalità rimanga nella giurisprudenza costituzionale, ancorché ampiamente richiamato, né formalizzato né ben articolato di modo che risultino sistematizzati *standard* di giudizio tipici di altre esperienze giurisprudenziali, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola.

⁵⁷ Corte cost., sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017.

⁵⁸ In riferimento al giudizio di proporzionalità svolto dalla Corte di Lussemburgo anche nello specifico ambito delle sanzioni penali - un giudizio molto avanzato (anche per l’ampio ricorso a conoscenze extra-penali) - si richiamano le importanti riflessioni di C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2012, 117, ove l’A. mette però in luce le differenze tra il sindacato esperibile dalla Corte di Giustizia e dal Giudice costituzionale nazionale. Sulla portata dell’art. 49, n. 3, della Carta di Nizza, R. SICURELLA, *Art. 49*, in *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano, 2016, 998.

Quanto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo, sulla quale non si ha modo di soffermarsi in questo scritto, valga soprattutto richiamare il principio enucleato attorno alla valenza dell’art. 3 Cedu, contraria al quale sarebbe “qualsiasi pena nettamente sproporzionata” (Vinter c. Regno Unito, 9 luglio 2013).

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 1 del 2014. Indica nella particolare sensibilità del Giudice redattore della pronuncia uno dei possibili motivi di questa apertura a canoni valutativi propri delle Corti sovranazionali G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 5.

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 179 del 2017.

⁶¹ Così espressamente ancora la sent. n. 179 del 2017, ove si afferma che il criterio di proporzionalità è “radicato nell’art. 3 Cost.”; ma al contempo che esso trova un proprio “presupposto” nell’art. 27 Cost.

⁶² esplicitamente in questo senso, tra le molte, sent. n. 14 del 1964. In tema v. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 16 ss.

seguimento degli scopi prefissati, si potrebbe concludere che oggetto di valutazione sia anche la congruenza, in termini di ‘grandezza’, di tali mezzi. E una sanzione smisurata, in disparte ogni ulteriore valutazione in ordine alle ricadute sulla posizione individuale del destinatario, aspetto sul quale si tornerà a breve, rischia in effetti di non soddisfare nemmeno quei fini general-preventivi cui certamente (anche) si orienta lo Stato nel configurarla. In effetti, studi di analisi economica del diritto – ma era già stato Beccaria a bene evidenziarlo – ci dicono che laddove il reo non percepisca una giusta corrispondenza tra la propria condotta e la reazione dell’ordinamento, e soprattutto che due comportamenti, portatori di disvalore di intensità evidentemente diversa, sono trattati dal legislatore in egual modo, questi potrebbe tendere a commettere il fatto più grave, consapevole di rischiare, a fronte di un vantaggio potenzialmente superiore, la medesima sorte⁶³.

Certo, non si può non ammettere che uno scrutinio di ragionevolezza condotto alla stregua di questo schema valutativo rischi di essere davvero troppo fluido e a sua volta arbitrario. E ciò sia perché implicherebbe la padronanza da parte del Giudice costituzionale di affinati strumenti cognitivi circa gli effetti reali delle discipline penali⁶⁴, sia perché, in realtà, un simile sindacato imporrebbe alla Corte non già di valutare se la sanzione penale scrutinata sia idonea, nella sua misura, a disincentivare la commissione di quello specifico reato (es. di rapina o di violenza sessuale) ma piuttosto che impatto abbia sulla propensione dei cittadini a commettere quello più grave potenzialmente associabile (es. omicidio della vittima).

Sia quel che sia, nello specifico settore delle sanzioni penali, la Corte costituzionale sembra aver trovato l’appiglio per sviluppare nella sua massima estensione lo scrutinio di proporzionalità quando ha parametrato le scelte legislative al combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma terzo, Cost. Probabilmente ciò deriva dal fatto che il principio di proporzionalità si lega anticamente al diritto penale⁶⁵, quasi si tratti di una qualità ad esso connaturata. Dunque, sebbene non esplicitata nel testo costituzionale, l’idea per cui “*più forti debbono essere*

⁶³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. curata da F. Venturini, 1994, 22 e 60, ove si afferma che “se una pena è destinata a due delitti che disegualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio”; e ancora che “l’atrocità stessa della pena fa che si ardisca tanto di più per ischivarla, quanto è grande il male a cui si va incontro; fa che si commettano più delitti, per fuggir la pena di uno solo”. Su questi passaggi del pensiero dell’A. v. M. RUOTOLO, *Rileggendo Beccaria, oggi. Brevi riflessioni sui limiti del potere punitivo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Torino, 2016, 2157 ss.

V. inoltre G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 468, che prendendo ad esempio la possibilità di inasprire pesantemente il trattamento sanzionatorio per le rapine osservava come “quando ... si minaccia a quel tipo di rapinatore la pena di vent’anni — una pena che per effetto delle aggravanti comuni (...) sale al livello sanzionatorio dell’omicidio — è fatale che lo si induca a trasformarsi da rapinatore in omicida, visto che, a conti fatti, il rischio penale delle due imprese criminose si equivale”. Riflessioni a partire dagli studi di analisi economica del diritto in materia di pene si rinvengono in C. E. PALIERO, *L’economia della pena (work in progress)*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2005, 4, 1336 ss.

⁶⁴ Sulla carenza di conoscenze empiriche adeguate a disposizione del Giudice costituzionale circa l’effettiva rispondenza della pena alle esigenze di retribuzione, prevenzione o rieducazione di cui si ragiona a livello teorico, G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., 132.

⁶⁵ D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017. Rintraccia le prime importanti elaborazioni del principio in parola A. MERLO, *Considerazioni*, cit., 1427 ss., C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2007, 956.

*gli ostacoli che risospingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al bene pubblico*⁶⁶ ha mantenuto intatta la propria implicita valenza. E però, liberandosi da giustificazioni retributive o utilitaristiche, nel nuovo tessuto costituzionale il principio in parola ha finito per intrecciarsi con quello che postula l'ineludibile finalità rieducativa della pena⁶⁷. Così, è di fatto grazie al richiamo all'art. 27, comma terzo, Cost.⁶⁸ che la preclusione a prescrivere una sanzione di entità del tutto slegata rispetto alla gravità del fatto commesso ha trovato nella giurisprudenza costituzionale una più consapevole esternazione. E concretamente, ciò ha anche consentito alla Corte, in alcune eccezionali occasioni, di sganciare - sia pur non definitivamente - il proprio controllo sulla norma da uno stringente raffronto con il *tertium comparationis* (sentt. nn. 431 del 1994 e 236 del 2016, su cui si avrà modo di tornare)⁶⁹.

Ma vediamo anzitutto in che modo il principio che impone allo Stato di tendere alla risocializzazione del reo rilevi ai fini considerati. Ebbene, nel corso del tempo la Corte costituzionale ha fatto propria l'idea che una sanzione abnorme rispetto al danno arrecato dalla condotta criminosa rischia di compromettere sin dal primo momento le *chances* di recupero del condannato; il quale, avendo percepito come profondamente ingiusto il trattamento riservatogli dall'ordinamento, si renderà "indisponibile" ad assecondarne i propositi rieducativi⁷⁰.

Per giungere a questa presa di coscienza, che si colloca a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, per il Giudice costituzionale è stato però indispensabile maturare due preliminari consapevolezze. In primo luogo, di aver errato, nella prima stagione del proprio operare, nell'abbracciare una lettura polifunzionale della pena in realtà 'sbilanciata'. Perché nonostante l'affermazione dell'assenza di un ordine gerarchico statico tra finalità afflittivo-retributive collegate alle esigenze di prevenzione generale e difesa sociale e quelle special preventive e di risocializzazione del reo, di fatto quella impostazione dogmatica, che traeva conferme dagli studi dottrinali del tempo, aveva finito per allontanare l'orizzonte della risocializzazione del condannato, declassando questo elemento teleologico in una posizione "marginale o addirittura eventuale"⁷¹.

Questo esame di coscienza della Corte costituzionale si traduceva concretamente in una seconda ammissione: che male aveva fatto sino a quel momento a circoscrivere lo spettro di influenza del finalismo rieducativo al solo trattamento penitenziario del reo, mentre la

⁶⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 19.

⁶⁷ Riferisce di un abbandono della funzione meramente retributiva, a vantaggio di un collegamento tra proporzionalità e funzione di emenda della pena C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 1976, 1047, 1048.

⁶⁸ Non sempre in realtà sufficientemente valorizzato dalla Corte anche nell'epoca successiva alla sua piena emersione nella giurisprudenza costituzionale. Si v. criticamente, proprio in riferimento a questo profilo, sulla sent. n. 84 del 1997, M. RUOTOLO, *Un caso*, cit., spec. 854.

⁶⁹ Lamenta l'aver la Corte costituzionale invece utilizzato il principio di ragionevolezza in senso "logico-formale", con la conseguenza di aver appiattito molto il proprio giudizio sulla comparazione tra la norma censurata e la norma elevata a termine di confronto, e senza tenere conto, invece, della necessaria "complessiva ponderazione dei volari costituzionali in gioco, specie quelli previsti dagli art. 13, 25, comma 2, 27, 1 e 3 comma Cost." M. CORBETTA, *La cornice edittale*, cit., 144.

⁷⁰ C'è insomma il rischio che nel reo "prevalga un atteggiamento di ostilità nei confronti dell'ordinamento, ostilità che gli preclude di comprendere il senso del trattamento punitivo e gli inibisce in radice la disponibilità psicologica a rendersi conto del torto commesso". Così G. FIANDACA, *Uguaglianza*, cit., 144, 145.

⁷¹ Così ancora la sent. n. 313 del 1990.

norma deputata alla quantificazione della sanzione doveva anch'essa poter essere censurata per contrasto con l'art. 27, comma terzo, Cost. Essendo la finalità rieducativa "*una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico*" accompagnandola per tutto il corso della sua vita; non già solo in fase applicativa ed esecutiva dunque, ma sin "*da quando nasce, nell'astratta previsione normativa*" (ancora, sent. n. 313 del 1990)⁷².

Per vero già con la precedente sent. n. 409 del 1989, ancorché in modo meno esplicito, la Corte aveva ammesso che la pena prevista dal legislatore "*deve perseguire ... il recupero, alla comunità, del deviante*". E anche se aveva poi dichiarato illegittima la disciplina oggetto di giudizio (relativa alla aspra condanna patita dal militare che rifiutava il servizio per motivi di coscienza, a fronte della più tenue conseguenza subita da chi lo faceva senza addurre ragioni) per violazione del solo art. 3, comma 1, Cost., in dottrina si è osservato che la decisione presenta elementi di novità, proprio perché sotto traccia cominciava a farsi strada l'idea che una pena sproporzionata ridondasse in una distorsione della vocazione rieducativa della pena⁷³. E infatti un altro passaggio cruciale della motivazione, che tornerà costante nelle pronunce in materia, è quello in cui si negava 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 alla società sproporzionata mente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni*". Il principio troverà pieno completamento, qualche anno dopo, nelle sentenze nn. 343 del 1993 e 341 del 1994, pronunce che hanno consacrato il perfetto matrimonio tra gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost..

Con la prima, di censura della norma che non prevedeva l'esonero dal servizio militare, a pena espiata, per chi si fosse ingiustificatamente sottratto alla leva, la Corte ha afferma-

⁷² Per queste (ed altre) affermazioni di principio, espressive di un "radicale" ripensamento della Corte costituzionale (in relazione alle quali v. M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc.*, 2005, 59), la sentenza n. 313 del 1990 è stata salutata come una pronuncia storica. Essa ha però attirato anche qualche commento critico, sia alla luce della successiva giurisprudenza (G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., 2006, 140, 141, per il quale alla giurisprudenza costituzionale ha continuato a far difetto una visione avveduta, anche perché assenti solide basi scientifiche cui ancorarsi), sia in relazione all'esito della specifica questione sottoposta.

La questione riguardava, in realtà, non già l'astratta previsione normativa della misura edittale di una pena, ma la disciplina del patteggiamento, laddove essa non consentiva al giudice di sindacare quella indicata dalle parti ai sensi dell'art. 444, comma secondo, c.p.p. anche laddove la ritenesse incongrua per difetto. Ebbene, la Corte accolse la questione proprio in considerazione della circostanza che a suo dire la norma non dava al giudice la possibilità di commisurare l'entità della pena pattuita alle esigenze della rieducazione del reo. Di qui la critica di coloro che hanno visto dietro alla decisione la volontà della Corte di riaffermare, in realtà, la preminenza degli interessi di prevenzione generale. L. MONACO E C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 440.

Al di là del reale intento del Giudice costituzionale, si è comunque osservato come al contrario di quanto professato nella pronuncia, la dottrina assume normalmente che le finalità di prevenzione speciale e di rieducazione dovrebbero semmai dirigere la pena "*verso il basso*", e non verso l'alto. P. PITTARO, *Art. 27 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 283. Tuttavia, come già si è avuto modo di osservare, in altre precedenti occasioni la Corte aveva avuto modo di affermare che pene troppo brevi possono risultare inidonee a soddisfare le esigenze sottese al terzo comma dell'art. 27 Cost., e aveva pertanto giustificato discipline normative volte ad evitare un ribasso eccessivo della sanzione detentiva.

⁷³ M. CORBETTA, *La cornice edittale*, cit., 21.

to che la norma determinava una “*palese sproporzione del sacrificio della libertà personale*”, con conseguente “*vanificazione del fine rieducativo della pena ... che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione*”; nella seconda, si è infine chiaramente detto che l’art. 27, comma 3, Cost. “*implica pertanto un costante “principio di proporzione” tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall’altra*”.

Come si vede dal complesso di queste importanti pronunce, una sanzione penale esorbitante rispetto al disvalore del reato, in disparte ora le ricadute potenzialmente discriminatorie, pone diversi ordini di problemi, pur tutti riguardanti la complessa questione concernente le finalità della pena e il rapporto di necessario equilibrio tra queste e la posizione dell’individuo al cospetto delle scelte di politica criminale.

La Corte ci dice infatti, anzitutto, che sebbene lo Stato sia autorizzato a perseguire esigenze di difesa sociale, ciò non può avvenire a discapito dei diritti dell’individuo, il quale verrebbe in certo senso assoggettato, attraverso l’esemplarità della sanzione - evidentemente pensata per soddisfare finalità general-preventive - ad una inammissibile “*strumentalizzazione*”⁷⁴. Strumentalizzazione che comporterebbe, come già detto, una limitazione della libertà personale intollerabile per la parte in eccesso. Viceversa, la sanzione deve essere pensata dal legislatore anche in funzione del soddisfacimento di esigenze special-preventive, e quindi avendo di mira le possibilità di risocializzazione del condannato.

Ciò detto, deve però anticiparsi la conclusione che l’aver elevato a parametro di valutazione della proporzionalità di una sanzione penale il principio penalistico di rieducazione del reo non esonera i giudici *a quibus* e soprattutto il giudice *ad quem* dal costruire uno scrutinio facente perno su una fattispecie di raffronto, ancorché, come si dirà, rilevante in funzione non totalmente coincidente con quella che essa svolge nell’ambito dei tipici giudizi di ragionevolezza-uguaglianza (v. infra, par. 5).

4. Due opposti problematici: la pena fissa e la pena oscillante in una cornice editale molto ampia

Prima di soffermarci su una selezione di pronunce di particolare interesse per il tipo di scrutinio condotto dalla Corte sulla proporzionalità della pena, è opportuno dare conto della valutazione da essa espressa nei confronti di quelle fisse e di quelle invece comprese in compassi edittali molto divaricati.

Si tratta, come d’immediato evidente, di due veri e propri opposti. Da una parte il legislatore sceglie un *quantum* di pena rigido, ponendo in questo modo una deroga alla conformazione tipica della sanzione penale, normalmente incorniciata tra una soglia minima e un tetto massimo⁷⁵. Ne deriva la riduzione, ancorché non necessariamente l’azzeramento, dell’attività di individualizzazione della pena svolta dal giudice all’atto di comminarla⁷⁶.

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 313 del 1990.

⁷⁵ in modo da soddisfare ad un tempo il principio di legalità e le esigenze di individualizzazione della pena, dall’altro. Così M. D’AMICO, G. ARCONZO, *Art. 25 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 546.

Dall'altra, optando per un notevole allargamento della forbice edittale, il Parlamento sovraesponde invece il ruolo del magistrato, facendone il vero protagonista della vicenda sanzionatoria. Questi è infatti chiamato a stabilire, entro un ventaglio di opzioni assai vasto, con quale severità lo Stato reagisce in concreto ad una condotta criminosa.

Non sorprende che l'ammissibilità dell'uno e dell'altro estremo siano stati posti sotto il riflettore dello scrutinio di legittimità costituzionale, sebbene per violazione di parametri in parte diversi. Quanto alle pene detentive o (per la più parte) pecuniarie fisse, il tentativo è stato di farne valere l'illegittimità alla luce degli artt. 3 e 27, comma primo e terzo, Cost.. Nella prospettazione dei rimettenti, la privazione ai danni dell'organo giudicante del potere di modulare la sanzione in considerazione del grado di responsabilità insito nello specifico comportamento tenuto e delle condizioni personali dell'autore del reato incrinerebbero infatti il principio della responsabilità personale, della ineludibile funzione di emenda del reo, e, in relazione a queste stesse esigenze, il canone dell'uguaglianza.

Come noto - se si mettono da parte le questioni più prettamente concernenti gli "automatismi" sanzionatori⁷⁷ - la Corte costituzionale non si è però mai spinta a censurare le disposizioni che 'bloccano' la quantità di pena da irrogare, ancorché nella propria giurisprudenza si può certamente constatare un atteggiamento di (sia pur oscillante) diffidenza nei confronti di simili opzioni normative.

Già con la sent. n. 63 del 1963, invero, pur avendo rigettato la questione prospettata, la Corte aveva espresso chiara preferenza per le pene mobili, ritenendo questo lo "*strumento meglio idoneo*" a consentire un adeguamento della risposta punitiva statutale alle particolari condizioni oggettive e soggettive del caso⁷⁸, e salvando la disciplina scrutinata in considerazione del fatto che una graduazione in sede giurisdizionale fosse possibile grazie all'applicazione di talune circostanze. Ciò nonostante, la pronuncia denota ancora una incompiuta maturità del Giudice costituzionale nell'approccio allo statuto costituzionale della pena. Senza mezzi termini, viene infatti esclusa la rilevanza del principio di personalità della pena, dal quale discenderebbe solo il divieto di chiamare il reo a sopportare le conseguenze

Non si ha modo di fare qui riferimento alle disposizioni legislative che collocano a 'fine vita' il tetto massimo della pena. La questione del rapporto tra ergastolo e finalità rieducativa è questione risolta nei noti termini dalla Corte costituzionale, ma è tornata a porsi all'attenzione degli studiosi anche per il rapporto tra la disciplina del c.d. ergastolo ostativo e la CEDU (sulla quale, per la complessità del tema, non è però possibile soffermarsi in questa sede).

⁷⁶ Sulla commisurazione giudiziale della pena, e sull'inerente rilievo della finalità rieducativa, v. il fondamentale v. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 157 ss.

⁷⁷ Ci si riferisce, ad esempio, alla previsione normativa che faceva discendere dalla commissione di taluni reati la automatica perdita della potestà genitoriale, e che è stata oggetto di censura (sent. n. 31 del 2012). Nella decisione ha però avuto un rilievo determinante la concorrente presenza di un interesse costituzionalmente protetto, ovvero sia quello del minore. V. ancora la sent. n. 185 del 2015, sulla obbligatorietà dell'applicazione della sanzione prevista per la recidiva aggravata riscontrata la commissione di talune ipotesi di reato legislativamente identificate.

⁷⁸ Presa di posizione per vero già rinvenibile nella sent. n. 15 del 1962, e che verrà a più riprese ribadita successivamente (cfr. in particolare Corte cost., sent. n. 25 del 1967, ove in modo più netto ancora la Corte afferma che una adeguata corrispondenza tra sanzione e fatto illecito si ha proprio quando essa consente una valutazione concreta dello specifico caso tramite l'esercizio di una "*regolata discrezionalità*" da parte del giudice).

non della propria ma delle altrui colpe, così come del finalismo rieducativo, il cui rilievo veniva ancora relegato alla fase esecutiva.

La sent. n. 50 del 1980 ha pertanto segnato - quantomeno sul piano dogmatico, dato che la specifica disciplina indubbiata ha superato il *test* di costituzionalità⁷⁹ - uno scatto notevole sul piano della consapevolezza delle potenziali illegittime implicazioni dei regimi sanzionatori fissi. Cruciale il passaggio nel quale si afferma che l'individualizzazione della pena "*si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali*" e che l'art. 3 Cost. trova in questo senso dei "*concreti punti di riferimento*" nei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost., giacché un adattamento della pena ai casi concreti, possibile grazie alla preservazione di un ambito entro il quale il giudice possa fare esercizio di discrezionalità, contribuisce a renderla quanto più possibile "*personale*" e "*finalizzata*", nella prospettiva indicata dai commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost.. Di tal ché, le sanzioni rigide si pongono in rapporto di coerenza rispetto al quadro costituzionale tratteggiato solo alla 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*". Sulle pene fisse, in altri termini, grava un sospetto di incostituzionalità, che può essere vinto solo laddove sia dimostrata una coerente relazione tra la loro entità e la carica offensiva insita in *ciascuna* delle condotte sussumibili nella fattispecie.

A ben guardare, tuttavia, le pronunce che sono tornate ad occuparsi della materia hanno in parte frustrato lo slancio di queste affermazioni. E ciò non solo perché la Corte sarebbe comunque costretta a rintracciare un termine di raffronto valido per 'ricostruire' la disciplina sanzionatoria demolita⁸⁰, con tutte le difficoltà che ciò significa, ma anche perché ha man mano enucleato degli indici capaci in sé di ridurre la presunzione di colpevolezza delle pene fisse. Così, dapprima ha precisato che concorre a restituire al giudice il dovuto spazio valutativo l'eventuale accostamento della sanzione pecuniaria fissa ad una sanzione detentiva graduata⁸¹, e in seguito - muovendo dalla specificazione che il principio enucleato nel 1980 circa il fardello di presunta illegittimità sopportato dalle pene fisse andava inteso con riferimento al "*loro complesso*" - ha messo al riparo da censure anche le sanzioni fisse che risultino però correlate, in misura frazionaria, alla pena base, la quale è invece una entità va-

⁷⁹ Criticamente C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 726 ss.. Parla di conclusione elusa dalla Corte nel caso sottoposto a P. PITTARU, *Art. 27 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Torino, 2006, 284.

⁸⁰ Si pensi alla questione relativa alla pena accessoria del reato di bancarotta, consistente nella 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, pur richiamando in sentenza il legislatore ad una riconsiderazione dell'intero sistema delle pene accessorie, ha dichiarato inammissibile la questione sollevata perché i ricorrenti avevano chiesto la sostituzione della norma oggetto con la previsione che l'inabilitazione potesse durare "fino a" dieci anni. Una soluzione che la Corte non ha considerato 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*" (Corte cost., sent. n. 134 del 2012).

⁸¹ V. Corte cost., sent. n. 188 del 1982, riguardante la pena pecuniaria comminata, in misura fissa per ogni quintale o frazione di quintale di prodotto (trattasi dunque di pena fissa proporzionata), per il reato di impiego di sostanze correttive di vino genuino, punito anche con la reclusione da 3 mesi a 5 anni. In termini sent. n. 475 del 2002, relativa invece al reato di contrabbando di tabacchi lavorati esteri.

riabile. È il caso della recidiva reiterata, per la quale sono stabiliti aumenti di pena a ‘scatto fisso’, e il cui regime sanzionatorio la Corte costituzionale ha salvato in ragione di due concorrenti fattori: 1. che a fronte della rigidità legislativa sul *quantum* il giudice recupera margini di individualizzazione della pena sull'*an*, non essendo obbligato ad infliggere l'aumento di pena prescritto; 2. che in ogni caso, pur quando opti per l'applicazione della recidiva reiterata, il giudicante è messo appunto nella condizione di variarne il grado di inflittività facendo leva sul potere di determinare, entro la relativa cornice edittale, la pena da assumere come base di calcolo⁸².

In parte analoghi i rilievi che sono stati rivolti da una parte della dottrina alle pene proporzionali, la cui consistenza si ricava dalla moltiplicazione di un coefficiente variabile (ad esempio il valore o il peso della merce oggetto del reato) per una quota numerica, appunto, fissa⁸³. Portate all'attenzione della Corte costituzionale, queste hanno però passato un vaglio più blando ancora, perché ancorandosi ad un dato di realtà, esse risultano commisurate alla gravità dell'offesa, e non ledono pertanto, almeno in via generale, i principi costituzionali.

Non è allora la rigidità il problema delle pene proporzionali. Semmai – ha recentemente chiarito la Corte costituzionale nella sent. n. 142 del 2017 – esse potrebbero impattare con il principio di uguaglianza, con effetto ridondante sull'art. 27, comma terzo, Cost., laddove si riscontri la “*irragionevolezza*” o “*sproporzione dei fattori da considerare a computo della pena: del valore-base o dell'elemento moltiplicatore prescelti dal legislatore in relazione alla fattispecie di reato alla quale si devono applicare*”.

Ad essere nell'occasione scrutinata era la norma del Testo unico sull'immigrazione che reprime il procurato ingresso illegale di stranieri nel territorio italiano con una multa commisurata al numero delle persone trasportate. Ebbene, muovendo dalla premessa richiamata, e dalla specifica constatazione che la predetta disciplina è volta soprattutto a tutelare la dignità delle persone trasportate, che spesso versano in condizione di estremo bisogno, al punto da esporsi a pericolo di vita e a trattamenti inumani, il Giudice costituzionale è giunto alla conclusione che la gravità della condotta criminosa si può non irragionevolmente cogliere proprio in riferimento alla numerosità degli individui coinvolti, così come, data la rilevanza dei beni giuridici tutelati, non arbitrario è da ritenersi il valore-base della multa stabilito dal legislatore. La circostanza poi che ad essere introdotte in Italia siano persone che si trovano in situazione di illegalità rende giustizia del differente e più severo trattamento previsto a paragone dell'invocato *tertium comparationis*, ovverosia la norma che sanziona coloro che inducono una persona a recarsi in luogo diverso dalla propria abitazione al fine di esercitarvi la prostituzione.

Infine, quanto alla specifica critica di consueto rivolta alle pene proporzionali, consistente nell'essere queste prive di una soddisfacente base legale data l'omessa identificazione di un tetto massimo (art. 27 c.p.), la Corte ha già da tempo invece ritenuto sufficiente la

⁸² Sent. n. 81 del 2008.

⁸³ Trattasi delle c.d. pene proporzionali “rigide”.

predeterminazione legislativa dei criteri di commisurazione della pena, non già dunque, a priori, della loro effettiva consistenza⁸⁴. Nel caso appena richiamato, pur ammettendosi che ciò potrebbe determinare l'irrogazione di una multa "eccessivamente" elevata, si è al contempo non valutato questo come elemento sufficiente a decretare la condanna della disciplina, che ha – come altra faccia della medaglia – il merito di produrre un effetto dissuasivo nei confronti di coloro che, viceversa, potrebbero trovare "vantaggioso e profittevole sul piano economico, anche a rischio di subire la sanzione penale" commettere il reato.

Passando all'esame delle norme con le quali, invece, il Parlamento ha scelto di ricorrere a schemi sanzionatori flessibili, occorre richiamare l'ipotesi che tale flessibilità sia portata agli eccessi, in ragione della nettissima 'distanza' tra il punto basso e il punto alto della cornice edittale. Simile opzione normativa ha incontrato la censura del Giudice costituzionale per violazione del principio di legalità, perché la predeterminazione legislativa della estensione della pena sarebbe qui soltanto "apparente", di fatto delegandosi al giudice un potere dai tratti somiglianti più all'arbitrio che non alla discrezionalità funzionale alla individualizzazione della misura punitiva⁸⁵. Un quadro edittale irragionevolmente esteso, insomma, confonderebbe i ruoli del legislatore e del giudice, venendo traslato sul secondo il compito di definire il grado di offensività del reato, non già di parametrare la concreta sanzione in riferimento ad una scala di graduazione espressiva di una definita valutazione del legislatore⁸⁶.

Al di là dell'esito in sé di questo orientamento giurisprudenziale, vale la pena sottolineare che esso può di fatto produrre talune non irrilevanti conseguenze anche sul sindacato espresso dalla Corte costituzionale in merito alla proporzionalità delle pene, sebbene il suo rilievo sia rimasto al momento sempre soltanto sotto traccia.

Ci si riferisce all'evenienza che la Corte sia chiamata ad esprimersi su doglianze specificamente rivolte alla sola soglia minima di una disciplina sanzionatoria, perché considerata eccessiva rispetto a quella fissata per altri analoghi reati. Anche nel caso la Corte condividesse le conclusioni portate dall'ordinanza di rimessione, non potrebbe non tenere conto degli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale laddove la contrazione della pena minima irrogabile, ferma la soglia massima pensata dal legislatore, dovesse determinare una dilatazione eccessiva della forbice edittale. La pronuncia, volta ad espungere dall'ordinamento una norma illegittima, lascerebbe sul campo una disciplina altrettanto viziata. Come anticipato, non c'è evidenza che il Giudice costituzionale abbia assunto tale preoccupazione a motivo di inammissibilità o rigetto di una questione di legittimità così posta, o che abbia per questa stessa ragione deciso di estendere la portata del proprio intervento attenuando anche l'asprezza della sanzione massima prevista dalla disciplina oggetto della questione, ma non si può nemmeno escludere che in alcuni casi il ragionamento sia rimasto implicito; come quando la Corte ha chiarito che la soluzione "pronto-uso" del livellamento

⁸⁴ V. sentt. nn. 15 del 1962 e 200 del 1993.

⁸⁵ Corte cost. sent. n. 299 del 1992, relativa all'art. 122 c.p.m.p., che puniva con la pena da 2 a 24 anni una ipotesi di violata consegna. Sulla pronuncia, C. F. GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1992, IV, 1474 ss.

⁸⁶ Ancora in questo senso sent. n. 299 del 1992. V. MAIZZI, *Limiti edittali e principio di legalità: a proposito dell'illegittimità costituzionale dell'art. 122 c.p.m.p.*, in *Giur. Cost.*, 1992, 4434.

sanzionatorio minimo ai criteri generali dettati dall'art. 23 e 24 c.p. non è certo soluzione sempre percorribile; o come quando, pur a fronte di una evidente accentuazione, da parte del rimettente, della problematicità insita nella soglia minima (più che nella massima) di una determinata sanzione, il Giudice costituzionale ha travolto la cornice edittale in entrambe le direzioni della sua estensione⁸⁷.

5. Dalla sent. n. 341 del 1994 alla sent. n. 236 del 2016: il giudizio di irragionevolezza intrinseca e il diverso ruolo delle fattispecie di raffronto

A conclusione delle riflessioni proposte, e dato conto delle ragioni che possono motivare la Corte a oscillare tra uno scrutinio di ragionevolezza condotto secondo il tradizionale schema triadico e uno invece diadico incentrato sul diretto raffronto dell'entità della sanzione al cospetto degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., è proprio su quest'ultima, pur più ridotta, casistica che si intende soffermarsi.

Già nelle motivazioni dell'importante sent. n. 341 del 1994, responsabile di aver annullato l'art. 341 del codice penale in relazione al limite minimo edittale fissato in sei mesi di reclusione per il reato di oltraggio, sono inequivocabilmente rintracciabili valutazioni incentrate sulla esorbitanza, in sé, della pena rispetto al disvalore dell'illecito. Che quello svolto nell'occasione dal Giudice costituzionale sia anzitutto un giudizio di ragionevolezza intrinseca lo si evince dalla circostanza che il richiamo al meno aspro quadro sanzionatorio riservato al reato di ingiuria, disciplinato dall'art. 594 del codice penale, sopravviene solo in coda alla decisione, assumendo in prima istanza rilievo diversi autonomi fattori: la posizione isolata dell'ordinamento italiano a confronto di altri Paesi europei di democrazia matura, ove non si riscontrano pene tanto severe o non esiste la figura criminosa in parola; la riconducibilità della scelta legislativa alla concezione autoritaria dei rapporti tra cittadini e poteri pubblici imperante nel contesto storico-politico in cui fu coniata; la conseguente inattualità della disciplina alla luce della nuova coscienza democratica professata dalla Costituzione repubblicana; e infine la palpabilità di un atteggiamento di disagio dei giudici comuni nel comminare sanzioni tanto elevate anche per condotte di tenue offensività, con la conseguente propensione degli stessi a sollecitare il controllo di costituzionalità.

Ed è solo a questo punto che la Corte costituzionale argomenta la manifesta irragionevolezza della disciplina "anche" in ragione del raffronto con il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 594 c.p.. E netta è l'impressione che il richiamo a questo ulteriore sintomo della abnormità della pena minima fissata per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale sia soprattutto funzionale a giustificare il subentro, in sua sostituzione, della soglia minima pari a 15 giorni di detenzione pervisti in via generale dall'art. 23 c.p.. (norma valevole anche per le

⁸⁷ Si veda in questo senso la sent. n. 236 del 2016.

condotte ascrivibili al reato di ingiuria)⁸⁸, e in questo modo a rendere possibile lo stesso accoglimento della questione sollevata.

Non si trascuri di ricordare, d'altra parte, che la pronuncia è stata preceduta da svariate "occasioni mancate", ove la Corte, pur al cospetto di una disciplina evidentemente "soferta", si era arrestata alla constatazione di non poter che cedere il passo alla discrezionalità legislativa⁸⁹. L'indolenza del Parlamento, incapace di rimettere mano al regime sanzionatorio accostato ad una condotta criminosa ormai non più percepita come meritevole di tanto rigore, ha sicuramente giocato un ruolo importante nel cambio di rotta decretato dalla sentenza commentata; ma non c'è dubbio che ad averla "consentita" siano stati anche altri importanti fattori. Ci si riferisce, da un lato, alla maturazione di una maggiore consapevolezza, rispetto al passato, della capacità pervasiva del principio che postula la funzione special preventiva della pena⁹⁰; dall'altra ai termini stessi coi quali è stata posta l'eccezione di illegittimità costituzionale, avendo il giudice *a quo* preso di mira esclusivamente la pena detentiva più breve irrogabile e contestualmente suggerito alla Corte di riferirsi in via interpretativa, al fine di dare garanzie circa la permanenza della illiceità del fatto, alla soglia minima prevista dal codice penale⁹¹. Viceversa, una estensione delle sanzioni sia minime sia massime dettate per l'ingiuria a quelle dell'oltraggio avrebbe significato una invasione meno comprensibile del Giudice costituzionale nel campo della legislazione, conseguendone un totale appiattimento dell'una fattispecie sull'altra per mano di un giudice. Il convergere, insomma, di motivi di ordine sostanziale e processuale ha consentito alla Corte di ridurre il rigore repressivo di una ormai incomprensibile disciplina di matrice fascista mantenendosi appena al di qua dei confini delle proprie competenze.

Anche la recente dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena prevista dall'art. 567, comma 2, c.p. per il reato di alterazione di stato mediante falso (da 5 a 15 anni) è giunta all'esito di una valutazione svolta più che parametrando la disciplina censurata alla pena stabilita per il reato di alterazione di stato mediante sostituzione (da 3 a 10 anni), argomentando in ordine alla irragionevolezza intrinseca della disciplina scrutinata⁹². Ed è anzi

⁸⁸ Si è anzi addirittura avanzata la tesi che nella decisione "*il recupero di una dimensione normativa intrasistemica*" sarebbe, "*a ben vedere, più apparente che reale*". G. FIANDACA, in *Foro it.*, 1994, I, 2588, il quale, pur notando che la Corte si sarebbe spinta oltre ai limiti del proprio sindacato ancorando sostanzialmente la propria decisione agli intervenuti mutamenti della coscienza sociale, ne comprende gli intenti alla luce del particolare contesto di confusione tra i ruoli del legislatore (intollerabilmente inadempiente) e della magistratura (chiamata di fatto in supponenza nell'opera di aggiornamento delle scelte di politica criminali fasciste).

Sottolinea invece come al di là delle affermazioni di carattere generale contenute in motivazione, il richiamo al reato di ingiuria confermi l'esigenza di valutare la ragionevolezza della sanzione in via relazionale e non assoluta R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia di incostituzionalità della pena minima per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. Cost.*, 1994, II, 2823.

⁸⁹ Corte cost. sentt. nn. 109 del 1968, 165 del 1972, 51 del 1980 e ord. n. 323 del 1988.

⁹⁰ Sottolinea proprio l'uso fatto nella decisione dell'art. 27 Cost., con il conseguente svolgimento di un sindacato interno sulle finalità del trattamento sanzionatorio da parte della Corte, M. LUCIANI, *Una legislazione penale*, cit., 371.

⁹¹ Di questo avviso R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza*, cit., 2820.

⁹² La di poco precedente sent. n. 56 del 2016, sia pur succintamente motivata, sembra aver invece seguito l'usuale *iter* argomentativo imperniato sulla comparazione del livello sanzionatorio scrutinato (nel caso di specie quello riservato a chi esegua lavori su immobili o aree che per le caratteristiche paesaggistiche siano stati sottoposti a vincolo con specifico provvedimento) con quello previsto per una condotta assimilabile (nel caso di

nell'ambito di questo più recente giudizio che la Corte costituzionale ha per la prima volta e con particolare lucidità dichiarato apertamente di poter assoggettare la scelta sanzionatoria penale a simile controllo⁹³.

Prima di mettere in luce gli elementi della decisione (sent. n. 236 del 2016) che puntellano nei termini considerati lo schema argomentativo utilizzato, è bene però ricordare perché da tempo taluni dubitano della conformità a Costituzione del trattamento sanzionatorio riservato dal legislatore a questa fattispecie delittuosa.

Cominciamo dal ricordare che le norme tradotte nell'art. 567 c.p. accorpano sotto una comune intestazione ("alterazioni di stato") due configurazioni delittuose. La prima consistente nello scambio materiale di neonati - che avvenga, almeno secondo la prevalente interpretazione⁹⁴, a seguito dell'iscrizione di ciascuno nei registri dello stato civile - ; la seconda nella alterazione dell'atto di nascita procurata attraverso la sua contraffazione o false dichiarazioni rese all'ufficiale dello stato civile o al personale sanitario⁹⁵. Quanto al rapporto tra le fattispecie, è rimasta minoritaria la tesi per cui ci troveremmo di fronte a fattispecie distinte ma riconducibili ad una identica incriminazione, rimanendo in effetti identico l'evento delittuoso caratterizzante, ovvero sia l'alterazione dello stato civile del nato⁹⁶. La più parte degli studiosi, infatti, ha messo in risalto le differenze strutturali ed esecutive tra le due figure criminose, che rimarrebbero per ciò autonome⁹⁷. La differenza più importante starebbe nel fatto che l'alterazione di stato mediante falso è delitto a carica plurioffensiva, l'evento realizzandosi attraverso un comportamento a sua volta delittuoso⁹⁸. Questo fattore spiegherebbe, per molti, la più forte reazione approntata dall'ordinamento rispetto a quella prevista per il reato di

specie lo stesso comportamento ma in presenza di vincolo legislativo). La Corte ragiona nella pronuncia di una "rilevantissima disparità" tra le due discipline, a fronte della quale ha pertanto ritenuto di intervenire attraverso una parificazione sanzionatoria, che ha finito di fatto per ripristinare la situazione legislativa antecedente alla riforma del 2004.

⁹³ Parla di un vero e proprio *novum* riferendosi alla sent. n. 236 del 2016 V. MANES, *Proporzioni senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2108. L'elemento di novità, tuttavia, ad avviso di chi scrive è come detto nell'aver esplicitato e portato a compimento un tipo di scrutinio che la Corte, di fatto, aveva già sperimentato con la sent. n. 341 del 1994. Sul fatto che la sent. n. 341 del 1994 costituisca il più importante precedente della decisione del 2016, pur rinvenendo in quest'ultima pronuncia importanti elementi di novità, v. P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, 191.

⁹⁴ Altrimenti ricorrendo il reato di alterazione di cui al secondo comma. D. CARRA, *Alterazione di stato*, in *I reati contro la famiglia*, Trattato diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, 2006, 175. In giurisprudenza, Cass., VI sez. pen., 10 dicembre 1982, n. 854; Cass., VI sez. pen., 5 marzo 1992, n. 2400. Altri in dottrina hanno però ricondotto alla disciplina del primo comma il caso in cui dopo la sostituzione degli infanti l'iscrizione non avvenga. Così G. D. PISAPIA, *Stato di famiglia (delitti contro lo)*, in *Nov. dig. it.*, 1978, 329.

⁹⁵ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale speciale*, I, 2008, 511 ss.

⁹⁶ G. D. PISAPIA, *Stato di famiglia*, cit., 328.

⁹⁷ F. BRICOLA, *Delitti contro lo stato di famiglia*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 62. A. SPENA, *Trattato di diritto penale*, Vol. XIII, 2012, 161. L'A., pur riconoscendo la presenza di tratti di similitudine tra le due fattispecie (entrambe esprimendo la pretesa a che non vi sia scollamento tra stato civile reale e stato civile riconosciuto), afferma che l'evento tipico della alterazione di stato prodotto nei due casi rimane distinto, nell'un caso agendosi sulle condizioni che determinano il possesso dello stato, nel secondo sul titolo dimostrativo. Con la conseguenza che in realtà anche l'interesse tutelato sarebbe differentemente identificabile, il primo comma proteggendo quello ad una rappresentazione veritiera del proprio stato nei registri dello stato civile, il secondo comma quello del neonato a possedere uno stato civile conforme a natura.

⁹⁸ L'alterazione avviene infatti attraverso un falso ideologico. Sulla natura plurioffensiva del delitto in questione v. *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, 350.

alterazione mediante sostituzione. Ciò non di meno, anche sulla base della constatazione che il bene finale giuridicamente protetto è in entrambi i casi la verità della propria ascendenza⁹⁹, giacché con il reato di alterazione di stato tramite sostituzione di neonato il legislatore non ha certo voluto tutelare la fede pubblica in quanto tale, da ormai molto tempo crescono le voci di denuncia della eccessiva severità della pena fissata al secondo comma¹⁰⁰. Ciò anche in considerazione del fatto che mentre l'alterazione mediante sostituzione viene punita unitariamente pur essa pregiudicando la posizione di due soggetti, chi dovesse alterare lo stato civile di due neonati nella formazione dei rispettivi atti di nascita risponderebbe per due condotte criminose¹⁰¹. Ma soprattutto, le critiche, a prescindere dal raffronto tra le due configurazioni criminose (e non solo¹⁰²), vengono indirizzate al margine minimo della forbice editale fissata per il reato di alterazione di stato mediante falso, incapace di corrispondere alle condotte di offensività più lieve; ad esempio laddove il reo si sia raffigurato il bene della persona offesa.

Come si sa, tuttavia, la prima questione di legittimità costituzionale sollevata con l'obiettivo di veder ridimensionato il trattamento punitivo indicato dall'art. 567, comma 2, c.p. è stata rigettata con una pronuncia di manifesta infondatezza, tutta motivata sulla constatazione che le comparazioni proposte dal remittente al fine di esibire l'incongruenza della graduazione punitiva predisposta dal legislatore sarebbero state invece inconferenti. E in effetti, nell'ordinanza di rimessione redatta dalla Corte di cassazione si lamentava una violazione dell'art. 3 Cost. in considerazione della irragionevole elevata sanzione comminata per il reato di alterazione di stato mediante falso a confronto di quelle più miti previste per il reato di alterazione di stato mediante sostituzione di neonato e di infanticidio, fattispecie ritenute però nel giudizio di costituzionalità inidonee a costituire validi *tertia comparationis*, trattandosi di condotte oggettivamente differenti, la seconda delle quali nemmeno indirizzata a tutelare il medesimo bene giuridico¹⁰³.

La questione, tornata a Palazzo della Consulta quasi dieci anni dopo, ha trovato questa volta accoglimento. A spiegare giuridicamente il cambio di prospettiva non possono che essere le differenti modalità di confezionamento del *tema decidendum* da parte del giudice a quo: stimoli che la Corte sapientemente recepisce dando rilievo decisivo all'invocazione a parametro, accanto all'art. 3, dell'art. 27, comma terzo¹⁰⁴.

⁹⁹ Per una parte della dottrina, invece, si dovrebbe più precisamente distinguere: l'interesse della collettività e del neonato alla conservazione dello stato acquisito in forza dell'iscrizione (primo comma) e l'interesse del neonato a non acquistare uno stato civile difforme da quello a lui spettante in conformità dei dati costitutivi reali (secondo comma). Così G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, 2015.

¹⁰⁰ D. CARRA, *Alterazione di stato*, cit., 194.

¹⁰¹ A. SPENA, *Trattato*, cit., 165.

¹⁰² Da ultimo, mette in risalto l'inusitato rigore sanzionatorio riservato al reato in parola, anche raffrontando la disciplina a quella relativa a molteplici ben più gravi delitti previsti nel codice, 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. proc. pen.*, 2016, 1957.

¹⁰³ Corte cost., ord. n. 106 del 2007. A commento P. PITTARO, *Non arbitraria per la Consulta la pena prevista per il delitto di alterazione di stato civile del neonato*, in *Fam. dir.*, 2007, 761 ss.

¹⁰⁴ E. DOLCINI, *Pene edittali*, cit., 1959.

E in effetti, già in apertura di motivazione la Corte significativamente precisa che “*il tratto caratteristico*” della questione prospettata “*risiede nella censura di manifesta irragionevolezza intrinseca*”, e che il rimettente sollecita “*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*” (questione, quest’ultima, respinta anni prima)¹⁰⁵.

Così, ribaditi i principi ricavabili nel settore penalistico dall’art. 3 in combinazione con l’art. 27, comma 3, Cost., e soprattutto che una pena vistosamente incongruente rispetto alla gravità della condotta annulla ogni possibilità di recupero del reo sin dalla fase di irrogazione della sanzione, la Corte passa al vaglio quegli elementi dai quali si trarrebbe, a detta dell’autorità ricorrente, l’incoerenza interna della disciplina. Scartata però la tesi che l’incoerenza sarebbe sopravvenuta in ragione della evoluzione normativa e scientifico-tecnologica verificatasi nel corso degli anni – evoluzione che può anche aver reso più facile l’accertamento del rapporto di filiazione, ma non per questo impattato sul disvalore del reato – il Giudice costituzionale è rimasto invece persuaso dalla notazione che la cornice edittale prevista dalla disciplina non sarebbe in grado di contenere tutte le coloriture di disvalore insite nei comportamenti ascrivibili alla fattispecie, in particolare quelle di particolare tenuità. La detenzione più breve fissata in 5 anni, infatti, che nemmeno applicando la circostanza attenuante consistente nell’aver agito per “*motivi di particolare valore morale e sociale*” potrebbe appiattirsi sulla soglia minima indicata per far scattare la sospensione condizionale della pena, risulta vistosamente eccessiva se destinata ad applicarsi a coloro che abbiano eventualmente agito, pur assecondando una visione distorta, guidati “*dal fine, non già di pregiudicare, bensì di favorire*”, l’interesse del nato. Ciò che, alla luce della casistica, non si può escludere, come conferma la stessa Corte ricordando il precedente col quale, dichiarando illegittima l’automaticità della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale, aveva specificato che “*diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori*”, il reato di cui all’art. 567 c.p. “*non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali*” (sent. n. 31 del 2012).

Quel che più merita sottolineatura della sentenza n. 236 è però la circostanza che solo dopo aver argomentato in questi termini la sproporzione del trattamento sanzionatorio positivizzato nell’art. 567, comma 2, c.p., subentra nel ragionamento il raffronto con la fattispecie di cui al comma 1. Un raffronto che non è funzionale a dimostrare irragionevoli disparità di trattamento tra gli autori dell’uno e dell’altro reato, quanto a “supportare” la convinzione che sia di per se stessa esorbitante la sanzione comminata per il reato di alterazione di stato mediante falso e, soprattutto, a fornire alla Corte quel punto di riferimento ordinamentale indispensabile per ridurre l’irragionevolezza riscontrata. Il riferimento al *tertium*, insomma, si è giustamente osservato, viene recuperato nella decisione più che altro “*allo scopo di indivi-*

¹⁰⁵ Ritiene invece D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 8, che pur condivisibile nell’esito e pur fasciosa che sia la trama argomentativa della pronuncia, probabilmente essa è stata “condizionata” dalla necessità di tener conto della differente decisione assunta con l’ord. n. 106 del 2007.

duare il quadro sanzionatorio risultante dalla dichiarazione di illegittimità dell'originaria scelta del legislatore¹⁰⁶. O meglio, sia per svelare, attraverso una "valutazione relazionale", l'esorbitanza della risposta punitiva approntata per il reato in questione, sia per individuare una misura capace di sostituirsi ragionevolmente ad essa¹⁰⁷.

A questo scopo la Corte si impegna nel dimostrare l'esistenza non già di una analogia tra le due ipotesi delittuose, quanto, *a contrario*, la non totale disomogeneità tra le stesse. Una valutazione di tipo quasi "negativo", dunque, poggiata semmai sul riscontro di taluni tratti comuni: comune la sede normativa, perimetrata dallo stesso articolato; comune l'evento delittuoso, ancorché realizzato "mediante" modalità esecutive diverse; comune l'interesse tutelato dal legislatore, ovverosia la veridicità dello stato di filiazione. Tanto basta a confermare la netta impressione che la durata della pena prevista per il reato di alterazione di stato tramite falsificazioni sia sproporzionata al disvalore da esso espresso e tanto basta a costruire una pronuncia manipolativa il cui effetto è la sostituzione della pena originaria con quella di minore intensità prevista dal comma 1 dell'art. 567 c.p. Non si tratta, si badi, della sola scelta costituzionalmente ammissibile, come sarebbe stato invece se la Corte avesse riconosciuto la sussistenza di un rapporto di identità, tradito sul piano sanzionatorio, tra i due delitti. L'ancoraggio alla pena prevista per il reato di alterazione mediante sostituzione, infatti, come si è detto, serve alla Corte per lasciare in piedi una disciplina capace di ricondurre a una qualche coerenza il quadro sanzionatorio senza essere tacciata di attivismo creativo. Allo stesso tempo, non può non notarsi come nonostante le censure del giudice *a quo* prendessero prevalentemente di mira la soglia di pena minima prevista dall'art. 567, comma 2, c.p., e come la Corte abbia in effetti motivato l'incoerenza della sanzione rispetto alle condotte portatrici di minor allarme sociale, anche il limite superiore della cornice edittale è stato intaccato dalla declaratoria di illegittimità, e livellato alla pena massima prevista dal comma 1. Nella motivazione non si scorgono giustificazioni esplicite di questa scelta, ma come già si è avuto modo di dire, un peso potrebbe aver avuto la preoccupazione di lasciare diversamente operante un compasso sanzionatorio eccessivamente ampio e dunque a sua volta illegittimo (v. *supra* par. 4).

Il che ulteriormente dimostra come l'adeguamento della sanzione censurata ai livelli repressivi stabiliti dal primo comma dell'art. 567 c.p. non costituisca la sola soluzione astrattamente percorribile, ma la sola soluzione giudizialmente percorribile¹⁰⁸. Il compito di dosare in modo ponderato le risposte punitive, tenendo conto di tutte le rilevanti variabili, rimane invece in capo alla responsabilità del Parlamento, come la stessa Corte ha premura di ricordare nella pronuncia, non a caso affidando alle ultime righe un richiamo al compito del legislatore di riconsiderare complessivamente la materia e di intervenire di conseguenza tarando le cornici edittali interessate dal settore¹⁰⁹.

¹⁰⁶ F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., 1.

¹⁰⁷ La fattispecie comparativa assume nella decisione, secondo V. MANES, *Proporzione*, cit., 2110 soprattutto un ruolo di "sostituto sanzionatorio", oltre che "orientativo".

¹⁰⁸ La Corte stessa ne parla infatti come dell'"unica soluzione praticabile".

¹⁰⁹ Su questo passaggio della decisione M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in *Principio di legalità penale e diritto*

Al termine dell'esame di queste importanti pronunce, occorre conclusivamente domandarsi se davvero la "scoperta", nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, delle potenzialità dell'art. 27, comma terzo, Cost. abbia dato modo alla Corte di sganciare definitivamente il giudizio di proporzionalità delle sanzioni penali dalla individuazione di un *tertium comparationis*¹¹⁰.

In proposito deve dirsi che il richiamo a un termine di raffronto è rimasto, e non può che rimanere, imprescindibile anche nelle occasioni in cui il sindacato di ragionevolezza appoggiato sulla funzione rieducativa della pena sia condotto puntando anzitutto il mirino entro i contorni della disciplina censurata, al fine di parametrare alla gravità del reato l'entità della risposta sanzionatoria approntata dal legislatore.

E ciò per due ragioni, la seconda delle quali determinante.

La prima: "la gravità è un concetto relativo, come relativa all'intero sistema è la proporzione tra reato e pena"¹¹¹; e non c'è dubbio, in effetti, che il criterio meno arbitrario per svelare una inaccettabile sperequazione sanzionatoria è comunque quello che trae argomenti (quantomeno anche) dalla comparazione con un'altra altra "quantità" presente nel sistema. Si tratterebbe, più che di un *tertium* in senso stretto, usato al fine di riscontrare un eventuale ingiustificato trattamento discriminatorio, di un termine di raffronto chiamato a fungere da segnale rivelatore del carattere smisurato della pena prevista dalla norma sottoposta a censura¹¹².

La seconda: "anche nel giudizio di "ragionevolezza intrinseca", focalizzato sul principio di proporzionalità, è fondamentale l'individuazione di un parametro che consenta di rinvenire la soluzione costituzionalmente obbligata"¹¹³.

Questa in effetti è la vera nota dolente. Anche laddove la sanzione prevista dalla norma censurata 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"¹¹⁴.

In definitiva, 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 dichiararla¹¹⁵. Un sindacato di ragionevolezza intrinseca "incompiuto", insomma, quello

costituzionale. *Problemi attuali*, a cura di I. Pellizzone, Milano, 2017, 34 e B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Quad. cost.*, 2017, 2, 383.

¹¹⁰ Come sembrerebbe sostenere F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., 5.

¹¹¹ PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema delle comminatorie edittali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 427.

¹¹² Parla di *tertium comparationis* con "capacità indiziante" V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, 64.

¹¹³ Corte cost., sent. n. 23 del 2016. V. anche Corte cost., sentt. nn. 22 del 2007 e 81 del 2014. Il principio è stato anche da ultimo confermato nella commentata sent. n. 236 del 2016.

¹¹⁴ Corte cost., sent. n. 148 del 2016.

¹¹⁵ Sul ruolo decisivo svolto dal *tertium comparationis* anche nei sindacati di ragionevolezza intrinseca, e per il suo valore, come detto, indiziante, e per il suo essere misura di riferimento per l'identificazione della nuova

che ha ad oggetto l'entità della sanzione penale. Ma nella sua ineliminabile incompiutezza, un sindacato certo meno imbrigliato di quello forgiato sul rigido schema ternario, e perciò almeno astrattamente capace di portare a maggiore estensione la garanzia del controllo di costituzionalità. In effetti, una differenza concreta tra i due tipi di *test* esiste; e ciò in disparte la notevole valenza culturale già insita nell'affermazione del principio secondo cui la reazione dello Stato nei confronti di chi delinque non può - e ciò in senso assoluto - andare oltre le sue effettive responsabilità, travalicando il limite oltre il quale è certamente persa ogni *chances* di reintegrarlo nella comunità¹¹⁶. L'elemento differenziale consiste nel fatto che laddove il Giudice costituzionale si trovi nelle condizioni di poter svolgere uno scrutinio di ragionevolezza intrinseca, il quadro sanzionatorio che entra in gioco e per contribuire a "svelare" la sproporzione di quello scrutinato e per consentire alla Corte di riempire il dispositivo non deve riguardare necessariamente figure di reato identiche, essendo sufficiente si tratti di figure di reato accomunate da (pur importanti) tratti comuni, che consentano alla Corte di potersi sensatamente appigliare ad una grandezza già presente nel sistema al fine di evitare vuoti intollerabili; in attesa, si badi, di un nuovo e ponderato intervento legislativo¹¹⁷. Le preoccupazioni opposte, e che cioè questo modello di sindacato possa trasformarsi in un viatico per scardinare con leggerezza scelte di legislazione criminale che devono invece rimanere affidate alla responsabilità politica, dovrebbero essere mitigate per la concorrente constatazione che, in simili ipotesi, la Corte avrà l'onere di motivare in modo convincente - andando a tal fine alla ricerca di elementi ulteriori rispetto a quelli ricavabili dal raffronto con altri quadri sanzionatori - circa l'incongruenza della sanzione in sé considerata al cospetto del disvalore della condotta (l'anacronismo della disciplina nel caso dell'oltraggio a pubblico ufficiale, la constatazione che talvolta il reato fosse commesso non con intenzione di ledere ma di proteggere il minore nel caso dell'alterazione di stato mediante falso). E certo rimane doveroso specificare che non può che trattarsi di casi eccezionali, ove, per così dire *ictu oculi*, l'asprezza della misura repressiva si appalesi ingiustificabile e pertanto odiosa, rimanendo diversamente intangibile la regola che affida all'istituzione rappresentativa il compito di commisurare la risposta sanzionatoria rispetto ai beni giuridici di volta in volta presidiati per il tramite dello strumento penale. Certo è che, indipendentemente dal tipo di *test* di proporzionalità di volta in volta applicabile, un peso non secondario nel convincere la Corte ad andare fino in fondo anche a costo di forzare un poco i limiti opponibili al proprio sindacato dal principio di legalità, potrebbe averlo l'atteggiamento del legislatore nel rispondere ai propri moniti. Lo conferma la recentissima pronuncia intervenuta in materia di stupefacenti, come noto negli ultimi anni interessata da una sequenza di correttivi normativi e giurisprudenziali che hanno restituito una disciplina

pena, V. MANES, *Principi.*, cit., 64. Da ultimo, commentando proprio la sent. n. 236 del 2017, D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 8.

¹¹⁶ Annovera proprio la sent. n. 236 del 2016, in cui, a partire da queste premesse concettuali, si è utilizzato lo scrutinio di irragionevolezza intrinseca, tra quelle che avrebbero contribuito ad un rinnovamento culturale G. M. FLICK, *Una nuova cultura della pena?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 10. Sottolinea la valenza del riconoscimento in questa pronuncia della necessaria proporzionalità della sanzione in termini assoluti P. INSOLERA, *Controlli*, cit., 208.

¹¹⁷ Così F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., 5, 6.

problematica. Già con la sentenza n. 148 del 2016 la questione concernente la sproporzione del minimo edittale (pari a 8 anni di reclusione) previsto dall'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309 del 1990 (all'esito della sent. n. 32 del 2014) per le condotte di non lieve entità aventi ad oggetto droghe c.d. pesanti era stata dichiarata inammissibile. Il rimettente aveva scaltramente sollecitato sia uno scrutinio di ragionevolezza intrinseca, per la sproporzione in sé di un minimo edittale tanto elevato, sia uno scrutinio di ragionevolezza estrinseca, dato dal raffronto con il massimo edittale (pari a 4 anni di reclusione) previsto invece dall'art. 73, comma 5, per le condotte di lieve entità aventi ad oggetto qualsiasi tipo di sostanza stupefacente; e ciò per la ragione che la disciplina complessiva avrebbe così previsto una divaricazione punitiva eccessiva per reagire a comportamenti non così distanti, invece, in termini di offensività¹¹⁸. Se non che, il giudice *a quo* aveva però tralasciato di indicare un parametro legislativo che orientasse la Corte nell'individuare una soluzione costituzionalmente obbligata, in questo modo condannando l'ordinanza ad infrangersi contro una inammissibilità. La questione, riproposta questa volta prospettando un livellamento della sanzione minima per il reato normato dall'art. 73, comma 1, a quella più alta prevista per il reato disciplinato dal comma 5, si è per vero un'altra volta imbattuta in una pronuncia di inammissibilità (sent. n. 179 del 2017). Ciò perché, secondo la Corte, l'ingiustificato salto sanzionatorio venutosi a determinare potrebbe essere superato attraverso molteplici rimedi, tutti costituzionalmente ammissibili; quello prospettato dal giudice *a quo*, che di fatto è volto a creare una sorta di *continuum* sanzionatorio, non è dunque l'unico, dovendosi anzi mettere in conto la legittima volontà del legislatore di manifestare, attraverso la previsione di una discontinuità, fermezza rispetto a condotte ritenute particolarmente lesive, tolleranza rispetto a quelle che manifestano invece scarsa offensività. Ma la decisione – in cui è peraltro contenuta la summa della giurisprudenza costituzionale in materia “*in tutte le sue articolazioni*” (ad indicare la piena coscienza della Corte di aver lasciato alle proprie spalle più tracciati) – questa volta va oltre; enunciandosi a chiare lettere che se è vero che in assenza nel sistema di un riferimento univoco cui appoggiarsi per porre riparo al *vulnus* costituzionale riscontrato, il rispetto delle competenze impone al Giudice costituzionale di “*richiamare prioritariamente il legislatore alla propria responsabilità*”, è anche vero che una persistente omissione potrebbe renderla “*successivamente obbligata a intervenire*” (anche se “*mai in malam partem, e comunque nei limiti già tracciati dalla sua giurisprudenza*”). E la pronuncia si chiude, infatti, con un “*pressante auspicio*” a che il Parlamento si attivi “*risanando*” il vizio riscontrato.

Non si tratta certamente di una novità. Già in passato la Corte aveva ammonito il legislatore a ripristinare la congruità di regimi sanzionatori problematici; come già è capitato che abbia in un secondo tempo fatto seguire i fatti alle parole¹¹⁹. Ma in questa occasione - ancorché sia francamente difficile dire come la Corte potrà autonomamente adoperarsi per

¹¹⁸ Una precedente pronuncia di inammissibilità in materia si riviene anche nella sent. n. 23 del 2016, ancorché riguardante una differente questione, tutta interna al comma 5 dell'art. 73, norma che non distingue il trattamento sanzionatorio a seconda che la condotta abbia ad oggetto droghe pesanti o droghe leggere.

¹¹⁹ Per limitarci ad un esempio si pensi alla sent. n. 341 del 1994.

eliminare il vizio di costituzionalità in discussione¹²⁰ - l'avvertimento suona particolarmente diretto. E ciò anche perché, come visto, tradotto in una petizione di principio; della quale, pur nel pieno esercizio della libertà di manovra che gli spetta, converrà al legislatore prendere nota.

¹²⁰ In effetti non ci troviamo qui al cospetto di sanzioni irragionevolmente parificate per condotte diverse o irragionevolmente differenziate per condotte analoghe, quanto di sanzioni irragionevolmente 'lontanE per condotte che potrebbero tutto sommato risultare 'vicinE in termini di disvalore espresso. E anche laddove la Corte riuscisse in altra occasione a trovare il modo di fondare un giudizio di irragionevolezza intrinseca in relazione ad un minimo edittale tanto alto, le rimarrebbe comunque il problema di dover individuare tra più opzioni la sanzione subentrante. Parificando il minimo edittale censurato al massimo edittale previsto per i reati di lieve entità, peraltro, la Corte potrebbe determinare un risultato incoerente con quella sua giurisprudenza che nega legittimità alle forbici edittali troppo ampie (par. 4).