

La questione di legittimità delle pene tra il divieto di impugnazione delle pronunce della Corte costituzionale e l'assenza di soluzioni obbligate. Alcune considerazioni a margine della sentenza n. 40 del 2019

ALESSANDRA MAZZOLA*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 40 del 6 marzo 2019.

Disponibile all'indirizzo: <http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0040s-20.html>

Sommario

1. Alcune valutazioni introduttive sulla sentenza n. 40 del 2019. – 2. I precedenti della Corte costituzionale. – 3. La Consulta ritiene inammissibile il richiamo all'art. 25, comma secondo, Cost. – 4. Viceversa, ammette la questione relativa agli artt. 3 e 27 Cost. e ne dà una lettura congiunta. – 5. Cosa ha sancito la Corte con la sentenza n. 40 del 2019. – 6. Una nuova tecnica decisoria della Corte costituzionale in materia penale? Cenni a possibili soluzioni alternative.

Data della pubblicazione sul sito: 13 aprile 2020

Suggerimento di citazione

A. MAZZOLA, *La questione di legittimità delle pene tra il divieto di impugnazione delle pronunce della Corte costituzionale e l'assenza di soluzioni obbligate. Alcune considerazioni a margine della sentenza n. 40 del 2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottoressa in Giurisprudenza nell'Università degli studi di Brescia.

1. Alcune valutazioni introduttive sulla sentenza n. 40 del 2019

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 40 del 2019¹, è stata chiamata a interrogarsi sul principio di proporzionalità della pena come limite alla discrezionalità del legislatore. A seguito di un accurato ragionamento la Consulta ha sancito l'illegittimità del minimo edittale di anni otto di reclusione previsto per il delitto dell'art. 73, comma primo, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo Unico stupefacenti) che sanzionava i fatti di non lieve entità relativi alle c.d. droghe pesanti. Per effetto della sentenza il minimo edittale è stato sostituito con quello di anni sei di reclusione.

Ad avviso del giudice *a quo*, la differenza di quattro anni di reclusione tra la fattispecie di lieve entità e quella di non lieve entità era lesiva della posizione del singolo sia perché la disposizione era la normativa di risulta della declaratoria di incostituzionalità pronunciata con la sentenza n. 32 del 2014², sia perché, così

¹ La vicenda trae origine da un processo penale pendente presso la Corte d'appello di Trieste che aveva considerato eccessiva la sanzione di otto anni di reclusione rispetto alla condotta posta in essere dall'imputato. La condotta in questione era essenzialmente al confine con la fattispecie di lieve entità disciplinata dal quinto comma dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990 e perciò punita in modo sensibilmente inferiore. Cfr. sul punto R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul 'quantum' di pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2019, p. 967 ss.; C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 marzo 2019; N. CANZIAN, *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe "pesanti" fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2019, p. 994 ss.; F. DEPRETIS, *Verso una nuova tipologia decisoria della Corte costituzionale in materia penale? A margine della sentenza n. 40 del 2019*, in *Diritti comparati*, 15 aprile 2019; G. DODARO, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Diritto penale e processo*, 10/2019, p. 1403 ss.; M. PASSIONE, *La fine è ignota. Un commento alla sentenza n. 40/2019 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza penale*, 3/2019. Si veda anche M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019.

² Con tale pronuncia la Consulta ha affermato l'illegittimità costituzionale della Legge 21 febbraio 2006, n. 49 (anche nota come Legge Fini-Giovanardi) di conversione del Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 che aveva novellato il D.P.R. n. 309 del 1990. Con la Legge n. 49 erano state inasprite le sanzioni relative alle condotte di produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti ed era stata annullata la distinzione tra le c.d. droghe leggere e le c.d. droghe pesanti. Dichiarando l'illegittimità della Legge a causa di un vizio formale – cioè la violazione dell'art. 77, comma 2 della Costituzione, dunque senza entrare

nel merito della norma – la Corte ha “riesumato” la previgente disciplina del D.P.R. a norma della quale l’uso di droghe “pesanti” comporta l’aggravamento sanzionatorio della reclusione (da otto a vent’anni e non più da sei a venti). Mentre, per le droghe “leggere” il trattamento sanzionatorio è quello sancito dal comma quarto dell’art. 73 T.U. stupefacenti (reclusione da due a sei anni), notevolmente inferiore a quanto previsto con la c.d. Legge Fini-Giovanardi. Inoltre, con la sentenza n. 32 del 2014 il Giudice costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità di numerose disposizioni inserite nella legge di conversione del decreto-legge a causa della loro eterogeneità rispetto al testo del decreto-legge convertito e, soprattutto, a ragione dell’assenza di un’interrelazione funzionale con esso. Si è parlato in proposito di vizio dell’atto, ovvero di un vizio formale (cfr. su quest’ultimo aspetto F. MODUGNO, *Validità (diritto costituzionale)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 2003, p. 43 ss.). La Corte, invero, ha affermato che «l’atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l’ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa» (§ 5 *Considerato in diritto*), perciò l’unica conseguenza è il “ripristino” della normativa modificata per effetto della legge dichiarata incostituzionale. La Consulta ha così ristabilito l’applicabilità della normativa previgente, ripristinando tuttavia «un trattamento penale più gravoso (in talune ipotesi) rispetto a quello introdotto dalla legge dichiarata incostituzionale» comportando così un effetto di riviviscenza *in malam partem* (P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l’impugnabilità e conferma l’esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi “tamquam non essent” anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2017, p. 4). Sulla sentenza n. 32 del 2014 c’è un’ampia letteratura, cfr. A. DELLA BELLA, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull’art. 73 T.U. Stup.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 febbraio 2014; C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, riviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale (nota a C. cost. 25 febbraio 2014, n. 32)*, in *Giur. cost.*, 1/2014, p. 505 ss.; A. LOLLO, *La giurisprudenza costituzionale sul sindacato delle “norme più favorevoli” ad una svolta. La corte adotta un paradigma “sostanziale” ed estende (giustamente) il sindacato di costituzionalità ai casi di violazione della legge delega*, in *Osservatorio AIC*, giugno 2014; G. PICCIRILLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: legge di conversione e articoli aggiuntivi eterogenei*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 396 ss.; G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, ovvero dell’irresistibile necessità e dell’inevitabile difficoltà di riscrivere l’art. 77 Cost.*, in *federalismi*, 11 luglio 2014; P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della “omogeneità normativa”*, in *federalismi*, 11 luglio 2014; A. CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge*, in *federalismi*, 11 luglio 2014; G.M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi*, 11 luglio 2014; F. MODUGNO, *Decretazione d’urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in *federalismi*, 11 luglio 2014. Specificamente sulla riviviscenza della normativa abrogata si veda, *ex multis*, F. MODUGNO, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. riviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, in *AA.VV., Studi in memoria di Carlo Esposito*, I, Padova, 1972, p. 647 ss.; A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi* (voce), in *Enciclopedia*

posta, incoraggiava i Giudici di merito ad allargare l'ambito applicativo delle ipotesi di lieve entità previste dal quinto comma in tutti i casi "limite".

Con la sentenza n. 40 del 2019 la Consulta ha affermato che la differenza di quattro anni tra il minimo edittale previsto per la fattispecie relativa alle droghe pesanti (anni otto di reclusione) e la pena massima prevista per quella di lieve entità (anni quattro) comportava una discontinuità sanzionatoria che si poneva in contrasto con i principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di rieducazione della pena (art. 27 Cost.). La pronuncia rileva per la parte in cui ha aperto la strada al sindacato sulla pena in virtù della rivalutazione dei limiti edittali, anche in assenza di un'opzione costituzionalmente obbligata.

Il Giudice costituzionale ha avallato il percorso iniziato con la sentenza n. 179 del 2017 con la quale aveva sollecitato il legislatore a intervenire modificando il trattamento sanzionatorio degli illeciti in materia di stupefacenti ristabilendo ordine tra le pene previste per i fatti di lieve entità e per quelli di non lieve entità di cui all'art. 73, commi 1 e 5 T.U. stupefacenti. Siccome con la sentenza n. 179 la Consulta «aveva invitato in modo pressante il legislatore a risanare la frattura» presente nell'ordinamento e siccome l'invito è rimasto inascoltato, «la Corte ha ritenuto ormai indifferibile il proprio intervento per correggere l'irragionevole sproporzione»³ vigente nel sistema penale italiano.

2. I precedenti della Corte costituzionale

La Corte costituzionale è intervenuta in materia penale mediante una pronuncia manipolatoria già con la sentenza n. 236 del 2016⁴. In quell'occasione si era

giuridica, Roma, 1998, p. 5 ss.; A. FRANCO, *Illegittimità costituzionale e abrogazione. La reviviscenza di norme abrogate*, Torino, 1998.

³ Comunicato stampa della Corte costituzionale, 8 marzo 2019.

⁴ La peculiarità di questa sentenza consiste nella possibilità di verificare la proporzionalità della pena in maniera assoluta rispetto all'offensività in astratto di un reato, tanto è vero che la Consulta si è dotata di una tecnica di giudizio inedita con riguardo alla cornice edittale della pena, preoccupandosi di sanzionare lo sviamento funzionale rispetto al suo finalismo rieducativo. In questo caso il *tertium comparationis* è utilizzato esclusivamente *ex post*, così da offrire una sola risposta sanzionatoria coerente al quadro normativo vigente. Per di più, entra in gioco solo in un secondo momento e funge da modello al quale attingere per individuare la soluzione normativa idonea a riempire il vuoto che altrimenti residuerebbe all'indomani di una declaratoria di incostituzionalità. Con questa pronuncia peraltro il sindacato di costituzionalità della pena diventa a rime "possibili" e non più "obbligate", integrando una sostituzione sanzionatoria immediatamente applicabile onde evitare vuoti di tutela penale provvisori e transitori. Cfr. su questa sentenza E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzionalità, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2016, p. 1956 ss.; E. COTTU,

occupata del principio della proporzionalità della pena che era assunto al novero di limite alla discrezionalità delle scelte del legislatore⁵. Detto principio, dato dalla lettura combinata degli articoli 3 e 27 Cost., «nega[re] 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 sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni» (§ 4.2 *Considerato in diritto*).

La novità della pronuncia risiede nell'individuazione del *thema decidendum*, giacché accanto all'articolo 3 della Costituzione è stato invocato il comma terzo dell'articolo 27⁶. Non solo, la pronuncia ha aperto la strada a una tecnica che permette di svincolare la valutazione della proporzionalità della pena da un necessario *tertium comparationis* che si caratterizzi per il medesimo disvalore, ma per un diverso trattamento sanzionatorio. Ciò nonostante, pur risolvendo la questione nel senso dell'illegittimità della norma contestata in virtù della lettura congiunta degli articoli 3 e 27 della Costituzione, il Giudice costituzionale ha insistito per un intervento del legislatore «che riconsideri *funditus*, ma complessivamente, il settore dei delitti in esame» (§ 5 *Considerato in diritto*).

Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?, in *Diritto penale e processo*, 4/2017, p. 473 ss.; M. DI LELLO FINUOLI, *La pena dell'alterazione stato mediante falsità e principio di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 6/2017, p. 1431 ss.; B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, p. 381 ss.; A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2019, p. 785 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?*, in *Discrimen*, 23 maggio 2019.

⁵ V. su questo specifico aspetto D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017.

⁶ Su questo passaggio si sofferma la Corte che, sin dall'apertura della motivazione, afferma che «il tratto caratteristico» della questione «risiede nella censura di manifesta irragionevolezza intrinseca» e che, così poste, le questioni «sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*» (§ 4.3 *Considerato in diritto*).

A tal proposito la stessa Corte indica «il proprio intervento manipolativo come “transitorio”»⁷, conscia di aver superato i confini che la separano dal legislatore incidendo sul *quantum* della pena⁸.

Non può peraltro essere sottaciuto che la Consulta ha sollecitato in più occasioni l'intervento del legislatore affinché ristabilisse ordine nell'ordinamento, onde evitare che fosse essa stessa a incidere la materia con pronunce di tipo caducatorio. È nel solco di questi inviti al legislatore che si inserisce la sentenza n. 40 del 2019, la quale, nella motivazione, fa espresso riferimento a sue precedenti pronunce.

Rileva inoltre la sentenza n. 148⁹ del 2016, terminata con una pronuncia di inammissibilità per vizi dell'ordinanza di rimessione.

⁷ M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, p. 19.

⁸ La perplessità del Giudice costituzionale in ordine a tali interventi è evidente se si considera che talvolta ha lasciato spazio al *self-restraint* a favore del legislatore (cfr. la sentenza n. 223 del 2015 con la quale ha mantenuto nell'ordinamento una norma divenuta incostituzionale), talaltra invece è intervenuta con pronunce manipolative (come con le sentenze nn. 229 del 2015 e 56 del 2016) che, benché possano far ritenere che la Consulta rispetti la discrezionalità del legislatore, creano problemi nel momento in cui vengono inserite nell'ordinamento.

⁹ Già con questa sentenza la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla sproporzione del minimo edittale (pari a otto anni di reclusione) previsto dall'art. 73, comma 1, D.P.R. n. 309 del 1990 in relazione alle condotte di non lieve entità concernenti le droghe c.d. pesanti. La questione di legittimità era stata dichiarata inammissibile perché il rimettente aveva sollecitato, da un lato, il controllo di ragionevolezza *intrinseca* in relazione alla sproporzione dell'elevato minimo edittale e, dall'altro lato, lo scrutinio di ragionevolezza *estrinseca* in virtù del confronto tra il massimo edittale (pari a quattro anni di reclusione) previsto invece dall'art. 73, comma 5 per le condotte di lieve entità aventi ad oggetto qualsiasi sostanza stupefacente. La ragione di fondo della questione consisteva nel fatto che la norma prevedeva una «divaricazione punitiva eccessiva per reagire a comportamenti non così distanti, invece, in termini di offensività» (S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017, p. 31), tuttavia il giudice *a quo* non aveva suggerito alcun parametro che orientasse la Corte verso una soluzione costituzionalmente obbligata e quindi si pronunciò per l'inammissibilità.

Le sentenze nn. 233¹⁰ e 222¹¹ del 2018 con le quali la Corte costituzionale si è dichiarata competente a sostituirsi al legislatore qualora le disposizioni normative approvate ledano fondamentali beni giuridici.

Ma, ancor più, la sentenza n. 179 del 2017 e l'ordinanza n. 184 del 2017 che hanno dato vita a pronunce di inammissibilità poiché i giudici *a quo* «non avevano

¹⁰ L'elemento innovativo della pronuncia risiede nel fatto che il Giudice costituzionale ha dichiarato la legittimità del proprio intervento laddove le scelte sanzionatorie adottate dal legislatore si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli «e il sistema legislativo consenta l'individuazione di soluzioni, anche *alternative tra loro*» (§ 3.1 *Considerato in diritto*. Corsivo mio). Per un approfondimento si rimanda a M.C. UBIALI, *Una pronuncia della Corte costituzionale in tema di pena pecuniaria proporzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2019, p. 614 ss.; M. TARANTINO, *La retroattività della sanzione amministrativa più gravosa della sostituita sanzione penale: note a margine della sentenza della Corte costituzionale 5 dicembre 2018, n. 233*, in *Giustizia amministrativa*, 2/2019; E. APRILE, *Per la Corte costituzionale è legittima la pena pecuniaria proporzionale prevista per il reato di contrabbando di tabacchi lavorati esteri*, in *Cassazione penale*, 4/2019, p. 1555 ss.

¹¹ La Consulta in questo caso è intervenuta con una pronuncia di tipo sostitutivo dando vita a «una vera e propria [nuova] disposizione» (E.M. AMBROSETTI, *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?*, cit., p. 9), ponendo l'accento sull'«inerzia del legislatore rispetto ad un precedente monito» (M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., p. 651) e dichiarando di non essere più vincolata, «come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di "rime obbligate" nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima» (§ 8.1 *Considerato in diritto*). La Corte ha infatti affermato che affinché possa intervenire non è necessario che sia presente nell'ordinamento una soluzione costituzionalmente vincolata idonea a sostituirsi a quella censurata, giacché è sufficiente rinvenire «punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» nel sistema costituzionale italiano (Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2016). V. R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 6/2018, p. 2566 ss.; A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 dicembre 2018; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione "a rime possibili"*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, p. 183 ss.; G. DE MARZO, *Nota a Corte cost., sent. 222/2018*, in *Il Foro italiano*, 1/2019, p. 15 ss.; E. APRILE, *Con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta "inaugura" un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie*, in *Cass. pen.*, 3/2019, p. 1004 ss.; F. BARBERO, *Determinazione delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta: l'intervento della Consulta e delle Sezioni Unite*, in *Giurisprudenza penale*, 7-8/2019.

individuato “soluzioni costituzionalmente obbligate” idonee a rimediare al *vulnus* costituzionale denunciato»¹².

Segnatamente, la sentenza n. 40 del 2019 segue la via intrapresa dalla sentenza n. 179 del 2017¹³ con la quale la Corte ha affermato che il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 73 T.U. stupefacenti non era lesivo dei principi di ragionevolezza, uguaglianza, offensività e proporzionalità della pena, pur tuttavia invitando il legislatore a intervenire «prima di una (futura ma possibile) pronuncia di illegittimità costituzionale»¹⁴. La Consulta aveva altresì sollecitato un rinnovo della disciplina attraverso una riformulazione dei parametri edittali delle pene delle fattispecie previste nell'art. 73, «risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73, del d.P.R. n. 309 del 1990» (§ 8 *Considerato in diritto*). In quell'occasione la Corte ha riaffermato la non piena discrezionalità del legislatore circa le scelte sulla misura della pena, giacché queste devono essere conformi ai principi sanciti dagli artt. 3 e 27 Cost. Inoltre, ha

¹² Corte costituzionale, sentenza n. 40 del 2019, § 4.1 *Considerato in diritto*.

¹³ La Corte costituzionale è stata chiamata a verificare la sussistenza dell'(eventuale) irragionevolezza del divario sanzionatorio tra il minimo della pena per i fatti di non lieve entità relativi alle c.d. droghe pesanti – per i quali era prevista la pena minima di anni otto di reclusione – e il massimo della pena per i fatti di lieve entità concernenti tutte le sostanze stupefacenti – in relazione ai quali era stata sancita la pena massima di anni quattro di reclusione. La pronuncia ripercorre la propria giurisprudenza «sull'ampiezza e i limiti del sindacato di legittimità costituzionale in materia penale, in riferimento alle norme sanzionatorie» (§ 4 *Considerato in diritto*) affermando che il principio di legalità dell'art. 25 Cost. rimette le scelte relative alla misura della pena alla discrezionalità del legislatore, quantunque il risultato dell'esercizio della discrezionalità possa essere realizzato solo avendo riguardo ai parametri costituzionali sanciti dagli artt. 3 e 27 Cost. La Consulta si è pronunciata per l'inammissibilità della questione perché lo iato sanzionatorio poteva essere risolto attraverso diverse soluzioni costituzionalmente orientate, ha inoltre affermato che è suo precipuo compito «richiamare prioritariamente il legislatore alla propria responsabilità». Nondimeno, laddove l'organo legislativo non dovesse accogliere il monito inviato dalla Corte, allora sarà «successivamente obbligata a intervenire, non mai *in malam partem*, e comunque nei limiti già tracciati dalla sua giurisprudenza» (§ 4.6 *Considerato in diritto*). V. *ex multis* G. AMATO, *Soluzione obbligata che “bacchetta” la Cassazione*, in *Guida al diritto*, 33/2017, p. 24 ss.; E. APRILE, *“Monito” della Consulta al legislatore sulle sproporzioni del trattamento sanzionatorio previsto per i reati in materia di stupefacenti*, in *Cassazione penale*, 11/2017, p. 3988 ss.; F. BAILÒ, *Potenzialità e limiti del sindacato costituzionale in materia di dosimetria sanzionatoria (a margine della sent. n. 179 del 2017)*, in *Studium iuris*, 3/2018, p. 306 ss.

¹⁴ C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe ‘pesanti’ ma invia un severo monito al legislatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11/2017, p. 231.

ribadito «il limite dell'intervento censorio» perché la Corte non può sostituirsi alle scelte del Legislatore, «quantunque costituzionalmente illegittime», mediante «proprie ed autonome qualificazioni punitive»; diversamente «invaderebbe un campo di discrezionalità intangibile»¹⁵.

Il Giudice delle leggi ha affermato che la sola via praticabile per incidere sulla dosimetria della pena consiste nell'individuare, nel sistema penale vigente, una disposizione sanzionatoria che possa sostituirsi a quella colpita dalla scure dell'incostituzionalità dimodoché, da un lato, non si verifichino *vulnus* normativi e, dall'altro lato, sia rispettata la riserva di legge dell'art. 25, secondo comma Cost. Qualora tali strade non siano percorribili la Corte dovrà sollecitare un intervento legislativo che, se non accolto, legitimerà la Consulta a pronunciarsi, purché «non *in malam partem* e sempre nei limiti fissati dalla giurisprudenza»¹⁶.

La Corte ha così posto le basi per «afferma[re] di non potersi sottrarre al controllo circa la ragionevolezza e la proporzionalità della pena, ma – allo stesso tempo – di non poter decidere arbitrariamente quale sia quella preferibile tra le tante soluzioni costituzionalmente accettabili»¹⁷, inviando pertanto un puntuale monito al legislatore¹⁸. Con la sentenza n. 179 del 2017 la Consulta specifica che solo il legislatore può (deve) rimediare all'«anomalia sanzionatoria» scegliendo tra una «pluralità di soluzioni tutte costituzionalmente legittime» (§ 7 *Considerato in diritto*). Per tali ragioni termina la pronuncia con un «pressante auspicio affinché il legislatore proceda rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi» (§ 8 *Considerato in diritto*).

Questione analoga è stata oggetto dell'ordinanza n. 184 del 2017¹⁹ che prendeva le mosse dal trattamento sanzionatorio previsto per le c.d. droghe pesanti così

¹⁵ S. MESSINA, *Costituzionalità del regime sanzionatorio delle sostanze stupefacenti*, in *Il diritto amministrativo. Rivista giuridica*, 1/2020.

¹⁶ *Ivi*.

¹⁷ C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore*, cit., p. 234.

¹⁸ Con il quale dichiara che «in assenza di una univoca indicazione legislativa già disponibile nel sistema giuridico, questa Corte reputa necessario [...] richiamare prioritariamente il legislatore alla propria responsabilità, affinché la misura della pena sia riportata in armonia con i principi costituzionali per via legislativa [...]. In mancanza di un intervento del legislatore, la Corte sarebbe però successivamente obbligata a intervenire» (§ 4.6 *Considerato in diritto*).

¹⁹ Il Giudice delle leggi in quest'occasione non ha accolto la questione di legittimità a causa delle contraddittorietà interne del quesito perché «il rimettente afferma la tesi secondo cui le sentenze della Corte costituzionale costituirebbero fonti del diritto equiparate alla legge – e, dall'altro, assume che, in quanto non equiparabile alla legge, la sentenza n.

come modificato con la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale. In quest'occasione la Consulta ha affermato che «la reviviscenza della normativa in materia di stupefacenti abrogata dalla legge *ritenuta* viziata» determina la reintegrazione «di un trattamento penale più gravoso rispetto a quello introdotto dalla legge ritenuta incostituzionale»²⁰. Vale la pena ricordare che il giudice rimettente non aveva chiesto la revisione di una precedente pronuncia, bensì una nuova valutazione di legittimità costituzionale dell'art. 73, primo comma del T.U. stupefacenti che aveva riacquisito valore a seguito della sentenza n. 32 del 2014. Com'è noto, la reviviscenza della precedente disciplina è *ex se* sottratta al sindacato di costituzionalità, altrimenti si riconoscerebbe a quella normativa una specifica capacità di resistenza – che non ha – *anche* nei confronti del sindacato di costituzionalità.

3. La Consulta ritiene inammissibile il richiamo all'art. 25, comma secondo, Cost.

La sentenza n. 40 del 2019, continuando il percorso giurisprudenziale intrapreso, prende le redini della questione ritenendo ormai indifferibile l'intervento del legislatore. I Giudici di Palazzo della Consulta dichiarano inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa all'articolo 25, secondo comma, della Costituzione perché, così come presentata, sarebbe «una censura degli effetti della sentenza di questa Corte n. 32 del 2014, di cui costituisce un improprio tentativo di impugnazione» (§2 *Considerato in diritto*).

Giova precisare che nonostante la sentenza n. 32 del 2014, non si è verificato alcun effetto abrogativo e perciò nessuna vicenda di successione delle norme penali

32 del 2014 della Corte costituzionale violi la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.» (ord. n. 184 del 2017). La Consulta ha inoltre affermato che la questione posta con riguardo all'articolo 25, secondo comma della Costituzione era inammissibile perché tendeva a risolversi in «un improprio tentativo di impugnazione», già vietato dal terzo comma dell'articolo 137 Cost. e che, peraltro, avrebbe determinato «un inammissibile ripristino di una disciplina sanzionatoria contenuta in una disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima per vizi procedurali di tale gravità da determinare l'inidoneità dello stesso a innovare l'ordinamento» (ord. n. 184 del 2017). Cfr. P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l'inoppugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi "tamquam non essent" anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, cit.; C. CUPELLI, *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018; S. IOPPOLI, *Una inammissibilità annunciata tra riserva di legge e proporzionalità della pena*, in *La giustizia penale*, 6/2018, p. 185 ss.

²⁰ C. CUPELLI, *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, cit., p. 5.

generali che altrimenti avrebbero posto limiti all'intervento – *in malam partem* – del Giudice costituzionale. Ne deriva allora che non avrebbe potuto configurarsi la violazione della riserva di legge dell'art. 25, secondo comma della Costituzione, posto che la Corte ha espunto dall'ordinamento «un atto *apparentemente* legislativo»²¹ che, in quanto incostituzionale, non aveva consentito alla norma di esplicare i propri effetti, ripristinando così la disciplina precedente.

Con la sentenza n. 40 del 2019 la Consulta ricorda che nella giurisprudenza costituzionale non è mai stato accolto l'assunto dal quale muove il giudice rimettente circa la riserva di legge dell'articolo 25 della Costituzione; viceversa, in circostanze ben determinate sono stati accettati «interventi con possibili effetti *in malam partem* in materia penale, restando semmai da verificare l'ampiezza e i limiti dell'ammissibilità di tali interventi nei singoli casi» (§ 2 *Considerato in diritto*). Specifica inoltre che l'effetto peggiorativo è consentito nella misura in cui deriva dalla «rimozione di disposizioni costituzionalmente illegittime», atteso che l'effetto *in malam partem* è lecito in quanto «mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma costituzionalmente illegittima, la cui caducazione determina l'automatica riespansione di altra norma dettata dallo stesso legislatore» (§ 2 *Considerato in diritto*)²².

Il Giudice delle leggi ha dunque affermato il proprio e legittimo potere a adottare pronunce che realizzano un effetto deteriore in materia penale, intendendosi con tale attività la naturale conseguenza della propria funzione e cioè la *reductio ad legitimitatem* della norma dichiarata costituzionalmente illegittima. Nel settore penale dell'ordinamento costituzionale italiano, infatti, sono consentiti effetti peggiorativi solo mediante pronunce ablativo, così avvalorando il corollario dell'articolo 25 Cost. e cioè che la Corte costituzionale non è assistita dalla possibilità di introdurre in via additiva reati nuovi, né può ampliare o aggravare fattispecie di reato già previste dall'ordinamento costituzionale.

²¹ P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l'inoppugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi "tamquam non essent" anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017, cit., p. 11.*

²² La Corte costituzionale affronta il caso posto dal rimettente al precipuo scopo di evitare "zone franche" (esenti dal sindacato di costituzionalità), là dove è pregnante l'esigenza di assicurare tutela ai diritti fondamentali. Evidenzia, in particolare, che in «assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate» essa è legittimata a intervenire sulla misura sanzionatoria in virtù «degli approdi cui è giunta la più recente giurisprudenza costituzionale relativa all'ampiezza e ai limiti dell'intervento di questa Corte sulla misura delle sanzioni penali stabilite dal legislatore» (§ 4.2 *Considerato in diritto*).

4. Viceversa, ammette la questione relativa agli artt. 3 e 27 Cost. e ne dà una lettura congiunta

La Corte costituzionale ha accolto la questione sollevata dal giudice *a quo* ritenendo illegittimo il divario sanzionatorio di quattro anni – pari al doppio – tra il massimo della pena per il fatto di lieve entità (art. 73, comma 5) e il minimo della pena per il fatto di non lieve entità (art. 73, comma 1). Tale discrasia, infatti, renderebbe dubbia l'attività sanzionatoria del Giudice di merito che, nella valutazione del caso concreto, potrebbe incorrere nel vizio di punire con modalità incoerentemente differenti fatti che – con riguardo all'offensività dell'illecito – si collocherebbero al limite tra la (non) lieve entità. Da ciò trae origine la violazione dei fondamentali principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza dell'articolo 3 Cost., nonché del principio di rieducazione della pena ai sensi dall'articolo 27²³.

La Consulta ha superato il vincolo delle “rime obbligate” facendo leva sulle proprie recenti sentenze concernenti i limiti e l'estensione del sindacato delle sanzioni penali. Tanto è vero che si è dichiarata legittimata a intervenire «quando le scelte sanzionatorie adottate dal legislatore si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli e il sistema legislativo consenta l'individuazione di soluzioni, anche alternative tra loro, che siano tali da “riconduurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze”» (§ 4.2 *Considerato in diritto*)²⁴.

Siccome «oggetto della questione di legittimità costituzionale non è la “disposizione” astrattamente intesa, bensì la “norma”, ossia la disposizione interpretata»²⁵, la Corte ammette l'esame *nel merito* della questione presentata dai Giudici

²³ Viepiù, il Giudice costituzionale, affermando che tale soluzione non è obbligatoria, ha considerato costituzionalmente legittima la previsione della pena minima pari ad anni sei di reclusione introdotta con una precedente pronuncia (la n. 32 del 2014) caratterizzata da un indubbio contenuto sostitutivo.

²⁴ A tal proposito afferma che «non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*, essendo sufficiente che il sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” (sentenza n. 236 del 2016), ancorché non “costituzionalmente obbligate”, che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima» (§ 4.2 *Considerato in diritto*).

²⁵ M. D'AMICO, F. BIONDI, *Art. 134, 1° alinea*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, p. 2582. Com'è noto, il giudizio sulle norme è legittimo «se ed in quanto la norma non è solo una interpretazione tra le tante, ma è la disposizione interpretata ossia è diritto oggettivo essa stessa. Solo se

triestini giungendo a individuare nell'art. 73 c. 5 il modello normativo di riferimento per disporre un trattamento sanzionatorio conforme a Costituzione. Ha affermato inoltre che la soluzione di questi problemi, a fronte della sordità del legislatore – che non ha novellato il T.U. stupefacenti dopo la sentenza n. 179 del 2017 – non può più essere rimandata perché è stringente la necessità di garantire i diritti fondamentali della persona e, in particolare, la libertà personale²⁶.

La Corte ha così posto l'accento sulla circostanza che la misura della pena, ancorché «non costituzionalmente obbligata», non può essere arbitraria, atteso che trae origine «da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore» (§ 5.3 *Considerato in diritto*). Dopo aver eliminato l'irragionevolezza intrinseca dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990, la Corte auspica che il legislatore rivaluti gli argini sanzionatori previsti dal T.U. stupefacenti, a condizione che il principio di proporzionalità venga rispettato.

L'elemento innovativo della sentenza n. 40 risiede, da un lato, nel fatto che la Corte è intervenuta proprio a causa dell'inattività del legislatore e, dall'altro lato, nel fatto che il giudice *a quo* è stato in grado di fornire alla Corte costituzionale punti di riferimento e soluzioni già esistenti nell'ordinamento giuridico. Il Giudice delle leggi, con la sentenza che si commenta, ha garantito l'effettività del principio della proporzionalità della pena previsto in Costituzione (artt. 3 e 27 Cost.) e ha altresì assicurato il rispetto dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁷ riuscendo a salvaguardare i diritti fondamentali anche nei settori in cui la discrezionalità del legislatore è stata, talvolta, ritenuta insindacabile.

l'interpretazione ha dignità di norma può essere cancellata dalla Corte» (*Ibidem*). Cfr. su questo aspetto V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 207 ss.; ID., *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Studi in memoria di T. Ascarelli*, V, Milano, 1969, p. 2872 ss.; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 42 ss.

²⁶ A tal proposito la Corte sostiene che l'estensione del divario sanzionatorio tra i commi primo e quinto dell'art. 73 «condiziona inevitabilmente la valutazione complessiva che il giudice di merito deve compiere al fine di accertare la lieve entità del fatto [...], con il rischio di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte» (§ 5.2 *Considerato in diritto*), esplicitando così la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza e rieducazione della pena.

²⁷ Rubricato *Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*, sancisce «1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in

5. Cosa ha sancito la Corte con la sentenza n. 40 del 2019

La soluzione offerta dalla Corte costituzionale mira a impedire che a una pena sproporzionata si sostituisca una pena che sia anch'essa sproporzionata. Benché la sanzione di anni sei di reclusione sia stata "riesumata" con la sentenza n. 32 del 2014, resta il fatto che la stessa è stata dichiarata incostituzionale. È per tali ragioni che nella sentenza n. 40 del 2019 si rinvengono richiami ad altri riferimenti normativi che permettono di individuare il *quantum* di pena da sostituire a quella (contestualmente) dichiarata incostituzionale. Il Giudice delle leggi, specificando i limiti e le condizioni del proprio intervento in materia penale, ammette che «la misura sanzionatoria indicata, non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità» (§ 5.3 *Considerato in diritto*).

Da questo passaggio si evince che la Consulta deve intervenire anche nelle materie coperte da riserva di legge, quantunque non possa vincolare la propria pronuncia ad una soluzione "già data" dalla Costituzione, a maggior ragione là dove la questione controversa ammette una pluralità di soluzioni di natura (squisitamente) discrezionale perché di competenza legislativa. La Corte ha infatti ribadito la primazia del legislatore in quanto organo naturalmente posto all'esercizio del potere legislativo, purché tenga conto sia del principio di proporzionalità, sia del principio di ragionevolezza. Del resto, il fine è «evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale proprio in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, tra cui massimamente la libertà personale» (§ 4.2 *Considerato in diritto*).

6. Una nuova tecnica decisoria della Corte costituzionale in materia penale? Cenni a possibili soluzioni alternative

La Corte costituzionale, giudice speciale *ad hoc*, è garante della Costituzione e del suo effettivo rispetto. Suo precipuo compito è vagliare la conformità delle leggi alla Carta costituzionale nel rispetto di quel «valore necessario» che è posto a presidio

cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato». V. *ex multis*, M. D'AMICO, *Art. 49*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 334 ss.

«di ogni forma democratica di Stato e di governo»²⁸. D'altro canto, il Giudice costituzionale con il suo sindacato non dà vita a una propria volontà politica contraria a quella espressa dal legislatore, piuttosto attua la *voluntas Constitutionis* che si ritiene essere stata violata dal legislatore. La Consulta è altresì chiamata a intervenire in quanto organo di garanzia posto a presidio della Costituzione che, com'è noto, pone al centro «la persona umana, soggetto, fondamento e fine dell'ordinamento repubblicano», che gode dei diritti inviolabili (art. 2 Cost.) «ad essa consustanziali, non cristallizzati, che ad essa si riconnettono nel continuo fluire della storia, che l'ordinamento statale riconosce, non crea»²⁹. L'espressa previsione che la Corte costituzionale possa annullare una legge del Parlamento (art. 134, primo comma Cost.) non solo è la «massima espressione della rappresentanza del popolo sovrano», ma è altresì la palmare dimostrazione del fatto che «nessuno, nemmeno il popolo, è più "sovrano" assoluto, dovendo tutti operare "nei limiti della Costituzione"»³⁰.

La circostanza che in un ordinamento il sindacato di costituzionalità sia affidato a un'istituzione speciale che ha il preciso scopo di svolgere tale funzione, diventa uno strumento tanto opportuno, quanto necessario, affinché sia preservata la realizzazione dei principi democratici dello Stato democratico di diritto. Le decisioni della Consulta hanno invero efficacia *erga omnes* e i "precedenti" assumono un'importanza fondamentale perché esprimono l'interpretazione evolutiva delle norme costituzionali, cioè «lo schema formale sulla cui base l'ordinamento giuridico si evolve, in relazione alle esigenze della collettività, che si vengono affermando nel corso storico»³¹.

Il legislatore ordinario, «spesso impossibilitato [...] ad esercitare adeguatamente le funzioni essenziali attribuitegli dalla Costituzione»³², ha determinato il costante intervento della Corte che supplisce la stasi degli organi costituzionalmente previsti grazie alla propria attività interpretativa³³. Tale circostanza ben si

²⁸ H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p. 293.

²⁹ N. Occhiocupo, *Liberazione e promozione umana della Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1995, p. 76.

³⁰ V. Onida, *Costituzione italiana*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, I, Milano, 2006, p. 1668.

³¹ F. Pierandrei, *La Corte costituzionale e le "modificazioni tacite" della Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scajola*, IV., Bologna, 1953, p. 361.

³² N. Occhiocupo, *La Corte costituzionale: «esigenza intrinseca» della Costituzione repubblicana*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, III, *Legalità e garanzie*, Roma-Bari, 2006, p. 542.

³³ Tale circostanza ha portato una modifica nell'attività classicamente intesa della Corte che, accanto alle sentenze interpretative e manipolative ha dovuto dar vita a un ampio ventaglio di decisioni, tra le quali: sentenze prescrittive, sentenze normative, sentenze auspicio,

verifica con la sentenza n. 40 del 2019 ove il Giudice delle leggi, accogliendo la questione di costituzionalità dell'articolo 73, primo comma, D.P.R. n. 309 del 1990, ha considerato costituzionalmente proporzionata, benché non obbligata, la pena minima di anni sei di reclusione introdotta con un dispositivo avente natura sostitutiva. Siccome la Corte, quando accoglie le eccezioni di legittimità costituzionale non si limita a caducare le disposizioni legislative impugnate, ma cerca di autolimitare il proprio intervento demolitorio non facendo cadere la norma nella sua interezza, ma impegnandosi a “puntellarla” aggiungendovi qualcosa o, come nel caso in esame, sostituendo l'elemento mancante, si suole parlare di «sentenze interpretative di accoglimento»³⁴, altrimenti dette «sentenze manipolatrici» o «manipolative»³⁵. Con queste sentenze la Corte costituzionale non incide sulle disposizioni di legge, ma dichiara l'illegittimità di «uno o più significati in esse contenuti, o per meglio dire da esse deducibili»³⁶. Sono cioè sentenze che mediante l'attività interpretativa considerano un solo significato tra i molteplici che possono essere attribuiti ad una disposizione legislativa e, individuando in questo l'incostituzionalità della norma, lo dichiarano illegittimo³⁷. Tuttavia, secondo parte della dottrina³⁸ tali pronunce sono difficilmente conciliabili con il diritto penale perché l'ambito

sentenze monito, sentenze di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, etc. (Cfr. sul punto V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 403 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 192 ss.). Si è dunque registrato, per garantire la tutela della Costituzione, «un allargamento delle funzioni e del ruolo della Corte» che muove i suoi primi passi proprio nel momento in cui gli organi che avrebbero dovuto agire «non ha[nno] esercitato le funzioni e il ruolo, consacrati nella Costituzione» e non si sono nemmeno preoccupati di opporsi per la salvaguardia «della propria posizione nell'ordinamento e delle proprie prerogative» (N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di “opportunità” delle leggi*, Bologna, 1978, p. 64).

³⁴ V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 9 ss.

³⁵ Cfr. L. ELIA, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 562 ss.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, p. 58 ss. Specificatamente in materia penale si veda A. PUGIOTTO, *Sentenze normative: legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 4214 ss.

³⁶ A. GUARINO, *Le sentenze costituzionali «manipolative»*, in AA. VV., *Studi in onore di Giacchino Scaduto*, Padova, 1979, p. 353.

³⁷ Cfr. G. BRANCA, *L'illegittimità parziale delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, p. 62.

³⁸ A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, cit.; ID., *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative «penali»*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3464 ss.

dei fatti punibili deve essere ristretto e ben specificato, onde evitare la violazione del principio di eguaglianza³⁹. Inoltre, si considera necessario salvaguardare il principio di legalità dell'art. 25 Cost., giacché con tali sentenze il Giudice costituzionale arroga a sé una competenza *politica* – che non gli è propria – nella scelta delle pene⁴⁰.

Con la sentenza n. 40 del 2019, la Corte costituzionale ha adottato due strumenti decisionali per valutare la questione di legittimità delle pene. In particolare, da un lato si è servita della tecnica del *tertium comparationis*⁴¹ e, dall'altro lato, ha svincolato la proporzionalità della pena all'offensività (in astratto) del reato in questione. In quest'ultimo caso «il problema non è più l'irragionevole disparità di trattamento tra due fattispecie analoghe, ma è l'intrinseca irragionevolezza – *sub specie* di manifesta sproporzione per eccesso – del trattamento sanzionatorio previsto per la fattispecie sottoposta all'esame della Corte»⁴² e il *tertium comparationis* è utilizzato solo *ex post*, avendo come unico scopo l'individuazione di un trattamento sanzionatorio in armonia con il quadro normativo vigente. Viepiù, con la pronuncia in esame la Consulta sembra addirittura adoperare due differenti *tertia comparationis* perché prima richiama l'art. 73, comma 5, T.U. stupefacenti per affermare l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio del minimo edittale di anni otto di reclusione previsto dal primo comma. Poi indaga i commi 4 e 1 dell'art. 73, i quali prevedono la pena di anni sei – come limite edittale massimo, nel primo caso e

³⁹ Sul punto si rimanda a E.M. AMBROSETTI, *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?*, cit.

⁴⁰ A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, cit., p. 4214, ma anche A. PIZZORUSSO, *Limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Giur cost.*, 2/1982, p. 309, il quale sosteneva che la Corte non può pronunciare sentenze sostitutive non tanto in virtù del principio di legalità, bensì a causa dell'art. 28 della Legge n. 87 del 1953, il quale preclude sia valutazioni politiche, sia il sindacato sul potere discrezionale del Parlamento. Peraltro, viene meno la possibilità per la Consulta di pronunciare sentenze manipolative quando queste comportano una scelta tra più soluzioni compatibili con la Costituzione, pur tuttavia non essendo precluse alla Corte là dove la modifica o la sostituzione della norma è la sola soluzione possibile.

⁴¹ Trattasi peraltro di uno strumento imprescindibile nell'ambito del sindacato giuridico di proporzionalità, atteso che «il giudizio di proporzione può essere intrinseco solo per la volontà del legislatore [...] mentre per la razionalità della giurisdizione il giudizio non può che essere “relativo”, o meglio, *relazionale*» (R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2019, p. 147).

⁴² F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017, p. 65.

minimo, nel secondo – ravvisando in questo un trattamento sanzionatorio adeguato, logico e coerente ai principi cardine del sistema costituzionale italiano.

La Corte, per sanare il *vulnus* tra la sanzione e la condotta effettivamente realizzata, avrebbe dovuto piuttosto disciplinare – in una logica di continuità – la pena prevista per i fatti lievi di maggiore gravità e quella indicata per i fatti non lievi di minore intensità. In tal modo avrebbe altresì superato l'iniquità e la non uniformità delle pene previste e perciò delle diverse (e infondate) applicazioni della normativa in esame. Non solo, la Consulta avrebbe potuto sostituire la pena dichiarata incostituzionale con quella di quattro anni di reclusione, giustificata dal massimo editale indicato per i fatti di lieve entità relativi alle “droghe pesanti” (art. 73, c. 5, T.U. stupefacenti)⁴³.

⁴³ Cfr. C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe ‘pesanti’ ma invia un severo monito al legislatore*, cit., p. 235.