tecniche normative

Simone Frega

La Corte costituzionale, dopo le rime obbligate, approda al *drafting* legislativo (a margine della sentenza n. 40 del 2019)

SOMMARIO: 1. L'origine del problema ed il monito della Corte al legislatore. – 2. La soluzione "obbligata" della Corte. – 3. Il principio di proporzionalità e la discrezionalità nell'individuazione dell'adeguata misura sanzionatoria. – 4. Segue: brevi riflessioni sul rapporto tra la Corte costituzionale ed il legislatore.

1. *L'origine del problema ed il monito della Corte al legislatore.*

Con la sentenza n. 40 del 2019 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope nella parte in cui prevedeva un minimo edittale della reclusione di anni otto[1] per tutta una serie di condotte legate alla produzione, al traffico e alla detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 73, c. 1, del d.P.R. n. 309 del 1990).

La questione portata alla Corte riguarda una di quelle ipotesi c.d. "di confine", in cui, cioè, la sanzione viene inferta come conseguenza di una condotta illecita non chiaramente riferibile al caso punito più gravemente (art. 73, c. 1, del d.P.R. n. 309 del 1990[2]) o a quello punito con pena più lieve (art. 73 c. 5 del d.P.R. n. 309 del 1990[3]): situazioni in cui, dunque la discrezionalità del giudice risultava estesa dato che dalla sua interpretazione del fatto discendono conseguenze molto differenti dal punto di vista sanzionatorio[4].

Nel caso di specie, l'imputato aveva acquistato 104 grammi lordi di cocaina ed il giudice di primo grado lo aveva condannato per il reato più grave di cui all'art. 73 c. 1 del d.P.R. n. 309 del 1990. La Corte d'Appello rimettente ha inoltre osservato, nell'ordinanza di rinvio, che l'imputato del giudizio *a quo* aveva acquistato, un mese prima del fatto sopra menzionato, oltre 100 grammi di cocaina ed

[1] Più precisamente il dubbio di costituzionalità riguardava l'ingiustificato iato sanzionatorio risultante tra il massimo edittale previsto per le ipotesi di lieve entità (art. 73, c. 5, del d.P.R. n. 309 del 1990) dello stesso articolo, e il minimo edittale dei fatti non lievi (art. 73, c. 1, del d.P.R. n. 309 del 1990): l'ipotesi lieve era punita, nel massimo, a quattro anni di reclusione e quella "non lieve", nel minimo, a otto anni.

[2] Art. 73, c. 1, del d.P.R. n. 309 del 1990: «[c]hiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000». Si osserva che al posto degli anni sei di reclusione debba leggersi anni 8 di reclusione a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014.

[3] Art. 73, c. 5, del d.P.R. n. 309 del 1990: «[s]alvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329».

[4] Nel primo caso il giudice dovrà scegliere una pena compresa tra il minimo edittale di mesi sei ed il massimo edittale di anni quattro di reclusione; nel secondo caso tra il minimo di anni otto ed il massimo di anni venti di reclusione. È evidente che la situazione di confine, ma di poco riconducibile alla condotta di cui al c. 1, avrà un trattamento sanzionatorio molto differente: il minimo edittale del c. 1 è pari al doppio del massimo edittale del c. 5 (art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990).

era stato condannato per il reato, punito meno gravemente, di cui all'art. 73, c. 5, del d.P.R. n. 309: dal che, secondo la stessa Corte d'Appello, sarebbe risultata evidente la sproporzione ingiustificata e dettata dal solo fatto che nella prima fornitura l'imputato aveva acquistato la stessa quantità di cocaina della seconda fornitura, ma di qualità peggiore (fatto che ha permesso il riconoscimento dell'ipotesi autonoma di lieve entità di cui all'art. 73 c. 5 del d.P.R. n. 309 del 1990); conseguentemente, a parere del giudice *a quo* «la differenza fattuale tra le due condotte non [avrebbe giustificato] l'inquadramento in fattispecie penali cui corrispondono così diversi trattamenti sanzionatori»[5], ponendosi in contrasto con gli artt. 3 e 27 della Costituzione.

Per meglio comprendere la decisione è utile ricordare, seppur brevemente, che la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi su tale disposizione più volte e per ragioni differenti.

Per quanto maggiormente rileva in questa sede, una prima pronuncia (sentenza n. 32 del 2014), che è intervenuta dopo ulteriori modifiche all'art. 73[6], aveva dichiarato l'incostituzionalità della norma che eliminava la distinzione tra droghe "pesanti" e droghe "leggere" e stabiliva il minimo edittale del c. 1 nella misura di anni sei di reclusione.

Tale decisione, avendo dichiarato incostituzionale una disposizione abrogante, ha comportato la reviviscenza[7] della norma abrogata[8] e, per l'effetto, ha cominciato a rivivere il minimo edittale di anni otto di reclusione per il c. 1[9], che è divenuto così sproporzionato rispetto al sistema sanzionatorio

---

[5] Corte d'Appello di Trieste, ord. 17 marzo 2017. A commento dell'ordinanza si vedano, tra gli altri, i commenti di R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2/2019, 139 ss.; C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte costituzionale sulla illegittimità della pena minima per il traffico di droghe pesanti*, in *Dir. Pen. Cont.*, 22 gennaio 2019.

[6] Il riferimento è rivolto soprattutto al c. 5 (art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990), poiché esso inizialmente prevedeva, come massimo edittale, la misura sanzionatoria della reclusione fino a sei anni, che, a seguito di diverse modifiche succedutesi nel tempo, è stata sostituita da quella più lieve della reclusione fino a quattro anni.

[7] Per un quadro complessivo sull'istituto della reviviscenza si vedano, tra gli altri, i saggi di A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Vol. XXVII, 1998, F. MODUGNO, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale,* in *Studi in memoria di Carlo Esposito,* Vol. I, Padova, 1972, 647 ss.

[8] L'illegittimità costituzionale era stata determinata in base al fatto che il legislatore non aveva rispettato il requisito dell'omogeneità della legge di conversione rispetto al decreto-legge emanato dal Governo, poiché, in sede di conversione del d.l. n. 272 del 2005, il legislatore aveva introdotto due disposizioni riguardanti la modifica alla disciplina delle sostanze stupefacenti, del tutto estranee al contenuto del decreto oggetto di conversione. In tale sede la Corte costituzionale aveva, con la sentenza n. 32 del 2014, constatato «l'assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate e le originarie disposizioni del decreto-legge» (Corte cost., sent. n. 32 del 2014, punto 4.5 del *considerato in diritto*), rilevando che le Camere, non rispettando la funzione della legge di conversione e «facendo uso della speciale procedura per essa prevista al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo» (Corte cost., sent. n. 32 del 2014, punto 5 del *considerato in diritto*) hanno agito «in una situazione di carenza di potere» (Corte cost., sent. n. 32 del 2014, punto 5 del considerato in diritto). A commento di tale decisione si veda, tra gli altri, il contributo di G.M. FLICK, *Decreto-legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, *Focus-Fonti del diritto* 1/2014. L'autore, alle pp. 4 ss., chiarisce una delle ragioni che spingono il legislatore ad abusare della legge di conversione attraverso l'esempio del «Treno Frecciarossa: la legge di conversione di un decreto-legge viaggia su un binario dedicato, al massimo della velocità (riapertura delle Camere sciolte, discussione molto concentrata e, in generale, una serie di procedure di estrema rapidità). Da molto tempo il legislatore ha preso l'abitudine di attaccare al Frecciarossa una serie di vagoni che non c'entrano nulla; ma l'unico modo per farli viaggiare veloci è proprio quello di inserirli in sede di conversione di un decreto legge», come di fatto è accaduto in sede di conversione del d.l. n. 272 del 2005 attraverso la legge di conversione n. 49 del 2006. Infine si segnala che la rivista *Federalismi.it* ha dedicato il *Focus-Fonti del diritto* 1/2014 alla raccolta di diversi contributi riguardanti l'utilizzo problematico della decretazione d'urgenza.

[9] *Ivi*, 10, dove l'autore osserva che «la pronuncia riguarda l'illegittimità formale (procedimentale) della legge che ha abrogato una precedente» e, di conseguenza, «è come se tale abrogazione non si fosse mai prodotta».

modificatosi[10] tra l'entrata in vigore della legge di conversione n. 49 del 2006 del d.l. n. 272 del 2005 e la sentenza n. 32 del 2014.

La Corte, peraltro, sarebbe tornata ad occuparsi dell'ingiustificata sproporzione sanzionatoria (tra le altre[11]) nella sentenza n. 179 del 2017[12], dinnanzi ad un preciso *petitum* formulato dai giudici *a quibus*[13], che, al fine di evitare la chiara sproporzione[14], avevano suggerito quella che a loro avviso era l'unica soluzione: i giudici costituzionali avrebbero potuto portare il minimo edittale previsto al primo comma (otto anni) al massimo edittale previsto dal quinto comma (quattro anni), garantendo in tal modo anche la continuità del trattamento sanzionatorio.[15]

Nel caso di specie, la Corte ritenne appartenere alla discrezionalità del legislatore la possibilità di operare la discontinuità di trattamento sanzionatorio (non essendo di per sé sola incostituzionale la discontinuità) e, dall'altro, evidenziò che «le rilevate differenze tra i due reati non giustifica[va]no salti sanzionatori di entità così rilevante come quella […] presente nei diversi commi dell'art. 73», reputando che «a tale incongruenza [poteva] porsi rimedio attraverso una pluralità di soluzioni tutte costituzionalmente legittime»[16].

Su questa base, seppur non dichiarando l'incostituzionalità della norma[17] in forza di «una leale dialettica istituzionale tra organi costituzionali»[18], rilevò che «la divaricazione» aveva «raggiunto un'ampiezza tale da determinare un'anomalia sanzionatoria» a cui il legislatore avrebbe potuto porre variamente rimedio, ritenendo, conseguentemente, che non avrebbe potuto «non formularsi un pressante auspicio affinché il legislatore proced[esse] rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa[va] le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi»[19].

---

[10] Per una ricostruzione dettagliata delle modifiche normative dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 si veda Corte cost., sent. n. 179 del 2017, punto 5 del *considerato in diritto*.

[11] Si vedano sul punto Corte cost., sentt. n. 148 e n. 23 del 2016.

[12] Cfr. F. BAILO, *Potenzialità e limiti del sindacato costituzionale in materia di dosimetria sanzionatoria (a margine della sent. n. 179 del 2017)*, in *Studium Iuris*, 3/2018, 306 ss.

[13] Tribunale ordinario di Ferrara, ord. del 18 novembre 2015 e dal G.U.P. presso il Tribunale ordinario di Rovereto, ord. del 9 marzo 2016.

[14] Sul principio di proporzionalità della pena si vedano, tra gli altri, i contributi di V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2016, 2105 ss., F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2/2017, 61 ss., F. BAILO, *Prosegue la "costituzionalizzazione" del principio di proporzionalità delle pene nella giurisprudenza della Consulta*, in *Giurisprudenza Italiana*, gennaio 2013, 31 ss.

[15] Corte cost., sent. n. 179 del 2017, punto 6 del *considerato in diritto*

[16] *Ivi*, punto 7 del *considerato in diritto*. La Corte al punto successivo ripete in termini più espliciti quanto aveva già dichiarato: «la divaricazione […] ha raggiunto un'ampiezza tale da determinare un'anomalia sanzionatoria rimediabile con plurime opzioni legislative».

[17] Sulle sentenze monito si veda, tra gli altri, il contributo di P. COSTANZO, *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta OnLine*, *Studi*, 2006, laddove afferma che «i moniti talvolta espressi dalla Corte per cui, perdurando lo stato d'inerzia del legislatore, ove investita di ulteriori questioni di costituzionalità riguardanti il medesimo specifico tema, essa non potrebbe "esimersi dall'adottare le decisioni più appropriate ad evitare che permanga la più volte constatata distonia dell'istituto con i principi costituzionali", lungi dal rassicurare non fanno che accentuare lo stato di sconcerto».

[18] C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di anni 8 di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11/2017, 235.

[19] Corte cost., sent. n. 179 del 2017, punto 8 del *considerato in diritto*. Sul punto si vedano, tra le altre, le osservazioni di C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di anni 8 di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore*, cit., 235, nel quale l'autore critica la decisione della Corte perché, da un lato, «gli inviti all'organo legislativo a farsi carico di necessarie modifiche normative già in passato non hanno sortito effetto» potendosi prevedere «che non troverà riscontro neppure in questa occasione» e, dall'altro, «protrarre l'accoglimento della

2. *La soluzione "obbligata" della Corte.*

Nel caso che qui si commenta, la gravità della situazione ha indotto la Corte costituzionale ad intervenire, rilevando come fosse «rimasto inascoltato il pressante invito rivolto al legislatore affinché procedesse»[20] ad innovare la disciplina in rispetto del principio di proporzionalità della pena, se in presenza di una violazione dei diritti fondamentali. Allo stesso tempo il giudice costituzionale ha osservato che una siffatta sanzione penale contrastava col principio rieducativo statuito dall'art. 27 della Costituzione, poiché ad esso era «di ostacolo l'espiazione di una pena oggettivamente non proporzionata alla gravità del fatto, quindi, soggettivamente percepita come ingiusta e inutilmente vessatoria e, dunque, destinata a non realizzare lo scopo rieducativo verso cui obbligatoriamente deve tendere»[21].

A seguito della pronuncia parte della dottrina ha criticato la scelta di sostituire al minimo edittale previsto al primo comma dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 quello di anni sei di reclusione[22], motivata dalla Corte in ragione del fatto che tale misura è stata proposta dallo stesso rimettente, il quale ha rilevato che essa era stata la pena minima prevista per gli stessi fatti dall'art. 4-*bis* del d.l. n. 272 del 2005 (poi dichiarato incostituzionale dalla sentenza n. 32 del 2014), quindi applicata per i fatti commessi dall'entrata in vigore della norma sino all'effetto non retroattivo della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014; inoltre essa è anche il massimo edittale previsto per i fatti di non lieve entità riguardanti le droghe leggere ed era anche il massimo edittale inizialmente previsto per le condotte di lieve entità delle droghe pesanti prima del d.l. n. 272 del 2005 e, dopo l'entrata in vigore di tale norma, è stato previsto come limite massimo delle condotte di lieve entità sia delle droghe

---

questione per lasciare spazio a un (ipotetico) intervento del legislatore non solo prolunga il *vulnus* al diritto a una pena proporzionata, ma aumenta altresì il numero di sentenze passate in giudicato che saranno (*rectius* dovranno essere) revocate al momento della (eventuale futura) dichiarazione di incostituzionalità».

[20] Corte cost., sent. n. 40 del 2019, punto 4.3 del *considerato in diritto*.

[21] *Ivi*, punto 5.2 del *considerato in diritto*. Inoltre, si osserva che la Corte costituzionale nella stessa sentenza ha dichiarato inammissibile la questione sollevata in riferimento all'art. 25 della Costituzione. Il rimettente ha sostenuto che la Corte, causando un inasprimento sanzionatorio attraverso la decisione n. 32 del 2014 e, quindi, «intervenendo in *malam partem*, avrebbe violato la riserva di legge stabilita all'art. 25 Cost.». La Consulta osserva che «la questione così prospettata si risolve in una censura degli effetti della sentenza» citata, «di cui costituisce un improprio tentativo di impugnazione», ritenendo pure privo di «riscontro nella giurisprudenza costituzionale l'assunto da cui muove il giudice rimettente per cui la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. precluderebbe in radice» alla «Corte la possibilità di intervenire in materia penale con effetti meno favorevoli» (punto 2 del *considerato in diritto*).

[22] Sul punto si veda, tra gli altri, la nota di C. BRAY, *Stupefacenti: La Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Dir. Pen. Cont.*, 18 marzo 2019. L'autore al punto 10 afferma che «la decisione della Corte non perviene, dunque, alla soluzione ideale che vari giudici di merito (*in primis* il Tribunale di Rovereto nell'ordinanza di rimessione decisa con la sentenza n. 179 del 2017) e commentatori avevano auspicato». Alla stessa conclusione perviene 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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2019, 994 ss., il quale, a p. 1003, conclude affermando che «[q]uesto approccio presta il fianco a una critica. La Corte, in verità, non ha condotto il giudizio di proporzionalità in via intrinseca, preferendo invece mettere in relazione i limiti previsti dai vigenti commi primo e quinto dell'art. 73 del testo unico», quando invece «sarebbe stata forse più coerente […] la diversa soluzione di "saldare" i delta edittali dei fatti di lieve entità e dei fatti di non lieve entità, senza lasciare alcuno iato fra le due previsioni». Infine, tra le altre, si vedano le osservazioni critiche di R. CABAZZI, *Sulle "rime obbligate" in materia penale. Note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 40/2019*, in *Federalismi.it*, 8/2020, 48 ss.

pesanti sia di quelle leggere (in quanto viene eliminata la distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere in seno al c. 5 dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990)[23].

Dal canto suo, la Corte ha quindi fondato questa sua decisione sulla circostanza che la pena di anni sei di reclusione fosse stata utilizzata dal legislatore per disciplinare le c.d. situazioni di confine, nonostante non vi fosse un'unica soluzione costituzionalmente obbligata[24]. Per vero, per arrivare a tale decisione, il giudice costituzionale si è dovuto muovere cercando il più possibile di non invadere la sfera di discrezionalità legislativa, garantendo, al tempo stesso, l'effettiva tutela dei diritti fondamentali della persona, lesi, come si diceva, da una cornice edittale non ragionevole e non proporzionata, in violazione del principio di eguaglianza.

Di fatto, essendo la pena di anni sei di reclusione «stata ripetutamente indicata dal legislatore come misura adeguata ai fatti di "confine" [, …] il giudice rimettente ha […] individuato […] una previsione sanzionatoria già rinvenibile nell'ordinamento che, trasposta all'interno della norma censurata, si situa coerentemente lungo la dorsale sanzionatoria prevista dai vari commi dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e rispetta la logica voluta dal legislatore»[25].

3. *Il principio di proporzionalità e la discrezionalità nell'individuazione dell'adeguata misura sanzionatoria.*

Dalla decisione in commento la Corte costituzionale parrebbe affermare l'orientamento secondo il quale la discrezionalità del legislatore, nel caso particolare della previsione di misure sanzionatorie, trovi un suo limite nel rispetto «dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., oltre che del principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27 Cost.», poiché «una pena non proporzionata alla gravità del fatto si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa», portando la Corte a scegliere una soluzione tra le diverse disponibili nell'ordinamento[26]. Inoltre può ritenersi che, con tale decisione, sia stato rafforzato il tentativo di superamento del criterio delle rime obbligate[27], dunque legittimando la ricerca di una delle soluzioni costituzionalmente possibili anche

---

[23] R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via,* cit. L'autore, in commento all'ordinanza che ha sollevato la questione dinnanzi alla Corte costituzionale, analizza diverse ipotesi di soluzione diverse da quella a cui è pervenuta la Consulta nella decisione n. 40 del 2019, ritenendo «che non esista altra possibilità che individuare il minimo nei quattro anni» (p. 153).

[24] Corte cost., sent. n. 40 del 2019, punto 5.3 del *considerato in diritto*.

[25] *Ibidem*. Inoltre la Consulta conclude la decisione osservando «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 (sentenza n. 222 del 2018)».

[26] *Ivi*, punto 5.2 del *considerato in diritto*. La Corte costituzionale giustifica la scelta di quella pena perché «essa si ricav[erebbe] da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento» (Corte cost., sent. n. 40 del 2019, punto 5.2 del *considerato in diritto*), essendo lecito comunque domandarsi fino a che punto si sia spinta la discrezionalità del giudice costituzionale nell'individuazione di una cornice edittale piuttosto che di un'altra.

[27] Sul punto si vedano, tra le altre, le osservazioni di 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*, fasc. 2/2019, 644 ss., laddove, a p. 650, ritiene che parrebbe andarsi «attenuando la "morsa" delle rime obbligate, almeno in un'ipotesi specifica, che è quella del mancato o inidoneo intervento legislativo a seguito del monito della Corte, non importa se espresso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto», N. CANZIAN, *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe "pesanti" fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate,* cit., che, a p. 1002, afferma che «le "rime obbligate" cedono così il passo alle "rime possibili"».

se non costituzionalmente obbligata. Infatti si registra un'attenzione maggiore[28] – da parte dei giudici della Consulta – al principio di proporzionalità della pena, nel senso di garantire una sanzione, da individuarsi nell'ordinamento, che sia il più possibile adeguata al fatto commesso e «che, traspost[a] all'interno della norma censurata, garantisc[a] coerenza alla logica perseguita dal legislatore»[29] e la Corte è stata indotta a ricorrere a questi strumenti ermeneutici dall'inerzia dello stesso legislatore.

4. *Segue: brevi riflessioni sul rapporto tra la Corte costituzionale ed il legislatore*.

La Corte ha scelto, colmando – in questa decisione[30] – l'inerzia del Parlamento[31], una tra le diverse opzioni possibili (ossia come si è visto quella che più rispettava la logica del legislatore) e ha osservato che tale scelta possa essere «soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità»[32].

Il comportamento inerte del legislatore si inserisce in diversi ambiti e materie (non rimanendo limitato al solo caso in esame) come è evidente dal fatto che già in altre occasioni la Corte ha cercato di utilizzare alcune tecniche decisorie[33] come il monito (sentenza n. 179 del 2017) o "l'incostituzionalità prospettata" (ordinanza n. 207 del 2018)[34] per richiamare l'attenzione del

[28] Cfr. F. BAILO, *Potenzialità e limiti del sindacato costituzionale in materia di dosimetria sanzionatoria (a margine della sent. n. 179 del 2017)*, cit., p. 310 ss. L'autore osserva che, prima con la sentenza della Corte costituzionale n. 341 del 1994, ma poi soprattutto con la sentenza n. 236 del 2016 «il principio di proporzione della sanzione è finalmente messo a valore» (p. 310). Sull'evoluzione del principio di proporzionalità si veda, tra gli altri, anche il contributo di 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, 1405 ss.

[29] Corte cost., sent. n. 233 del 2018, punto 3.2 del *considerato in diritto*.

[30] Si rileva che la Corte in questa decisione ha battuto una via già percorsa in altre decisione, infatti, a commento della sentenza n. 236 del 2016, F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena.* cit., 66, afferma che «una Corte che volesse giustiziare sino in fondo il principio di proporzionalità della pena potrebbe anche limitarsi a dichiarare incostituzionale l'intera disposizione, lasciando poi che sia il legislatore a intervenire per introdurre un nuovo quadro sanzionatorio in linea con l'imperativo costituzionale. […] O ancora, ben potrebbe la Corte limitarsi a travolgere in casi siffatti il minimo edittale […], lasciando che sia il giudice ad individuare poi la pena adeguata […]. Ma la Corte non si sente, almeno per ora, di seguire queste strade, comunque gravide di incognite, continuando a cercare nel sistema […] il quadro edittale da sostituire a quello illegittimo […], in attesa che il legislatore possa ristabilire – nell'esercizio della propria discrezionalità – una più ponderata dosimetria sanzionatoria».

[31] Infatti, avendo precedentemente dichiarato «anomala» tale disciplina sanzionatoria (si ricorda che nella sentenza della Corte costituzionale n. 179 del 2017, punto 7 del *considerato in diritto*, la Corte aveva formulato «un pressante auspicio affinché il legislatore procede[sse] a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità di trattamento sanzionatorio, 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»), ha ritenuto di doversi "sostituire" per evitare che essa, in quanto ingiusta e sproporzionata, continuasse a vivere nell'ordinamento.

[32] Corte cost., sent. n. 40 del 2019, punto 5.3 del *considerato in diritto.*

[33] Sul punto si vedano, tra le altre, le osservazioni di 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.

[34] Si riferisce al particolare caso dell'ordinanza "Cappato", laddove la Corte ha previsto il rinvio della trattazione della causa di quasi un anno, invitando nel frattempo il legislatore ad intervenire avendo prospettato vizi di incostituzionalità dell'art. 580 c.p.

legislatore[35], oppure ha cercato, sempre nella materia penale, di ricavare la soluzione tra le diverse (e non obbligate) opzioni presenti nel sistema (sentenza n. 222 del 2018)[36].

Ne consegue che la Corte interviene, dopo aver comunque invitato (di fatto inutilmente) il legislatore ad esercitare la sua principale attribuzione, senza che il suo operato sacrifichi la discrezionalità legislativa «non solo perché se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro, ma anche perché la Corte si trova in ogni caso a scegliere una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito»[37].

In ultima analisi si osserva che la Consulta, nella decisione in commento, rivolge un ulteriore invito al Parlamento[38] affinché valuti la possibilità di scegliere un trattamento sanzionatorio diverso da quello risultante dalla declaratoria di incostituzionalità. Infatti tale decisione conferma il fatto che la Corte costituzionale, esercitando la sua attività, è in continua ricerca di soluzioni che possano superare i vizi di costituzionalità presenti nell'ordinamento anche attraverso differenti e nuove argomentazioni[39], però senza perdere mai l'occasione di invitare il legislatore a svolgere le funzioni che gli sono proprie[40].

---

[35] Si veda anche il caso della sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 2013, laddove la Corte «non si [è] limita[ta] a dichiarare l'inammissibilità della questione, così come – volendo – avrebbe potuto fare, ma si [è] fa[tta] premura di elencare, sia pure in via meramente esemplificativa, quali rimedi potrebbero essere introdotti al fine di porre termine ad un fenomeno universalmente deprecato (o, quanto meno – dovrebbe forse, con maggiore cautela, dirsi – di arginarlo in una certa, non disprezzabile misura)». Si segnala, a commento della decisione della Corte, il contributo, tra gli altri, di A. RUGGIERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Consulta OnLine*, *Studi*, 2013.

[36] Si osserva che anche in essa è presente un invito al legislatore, ove lo ritenga, a cambiare la soluzione, ricavata dalla Corte, che è «ovviamente soggetta a eventuali rivalutazioni da parte del legislatore, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità» (Corte cost., sent. n. 222 del 2018, punto 8.4 del *considerato in diritto*).

[37] Corte cost., Corte cost., relazione 21 marzo 2019 del Presidente G. LATTANZI sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, 18.

[38] Su un possibile dialogo positivo tra la Corte costituzionale ed il legislatore si vedano, tra le altre, le osservazioni critiche di M. PASSIONE, *La fine è ignota. Un commento alla sentenza n. 40/2019 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 3/2019, quando, a p. 5, afferma che, nonostante la Corte «riconosc[a] la primazia del legislatore nell'esercizio delle scelte politiche, purché ragionevoli e misurate», gli pare «difficile immaginare un'interlocuzione virtuosa, *rebus sic stantibus*, con un legislatore interessato alla ricerca di facili consensi, più che al rispetto dei principi costituzionali e convenzionali».

[39] Si veda, tra le altre, le osservazioni di R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul* quantum *di pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2019, 967 ss., il quale, relativamente alla nuova tecnica argomentativa, conclude invitando «alla massima prudenza e quindi di riferirsi al nuovo orientamento in presenza soltanto di quelle ipotesi […] in cui si apre davvero la possibilità di scegliere tra più discipline vigenti», innanzitutto perché non bisogna «abbandonare il metodo giurisdizionale» per evitare «estendere il sindacato trasformandolo in modo tale da rimpiazzare e sostituirsi al legislatore», successivamente perché è importante prestare «attenzione» onde evitare «di porre vincoli più penetranti al legislatore generando così maggiore tensione» e, in ultima analisi, perché «il rischio che si può determinare non è soltanto quello di una maggiore conflittualità tra Corte e legislatore, ma è soprattutto quello che la Corte si esponga a critiche delegittimanti che taccino di politicità il suo operato».

[40] È lo stesso Presidente della Corte costituzionale ad auspicare che il Parlamento, superando la crisi in cui si trova, «non perda [più] l'occasione di esercitare lo spazio di sovranità che gli compete» (Corte cost., relazione 21 marzo 2019 del Presidente G. LATTANZI sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, 13).