



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE  
CONTEMPORANEO

---

Fascicolo  
**2/2019**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Gian Luigi Gatta  
**VICE DIRETTORI** Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

**COMITATO DI DIREZIONE** Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

**REDAZIONE** Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

**COMITATO SCIENTIFICO** Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

**Diritto Penale Contemporaneo** è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

#### **Peer review.**

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

#### **Modalità di citazione.**

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

## LA CORTE COSTITUZIONALE AL BIVIO TRA “RIME OBBLIGATE” E DISCREZIONALITÀ? PROSPETTABILE UNA TERZA VIA

di Roberto Bartoli

**Abstract.** *La questione di legittimità costituzionale sollevata riguardo al minimo edittale della fattispecie di produzione e traffico di stupefacenti prevista dal comma 1 dell’art. 73 T.U. Stupefacenti, offre l’occasione per compiere alcune considerazioni sugli orientamenti della Corte in tema di sindacato di proporzione sulle scelte sanzionatorie. Sul punto sono ormai individuabili due prospettive: da un lato, quella tradizionale basata sul tertium comparationis e le “rime obbligate”, volta a tutelare al massimo la discrezionalità del legislatore, ma, a quanto pare, incapace di dare piena attuazione alla Costituzione; dall’altro lato, v’è la prospettiva più recente che fa riferimento a un giudizio di proporzione/ragionevolezza intrinseca e alla possibilità di scegliere tra più soluzioni di disciplina, prospettiva diretta ad estendere i margini per accogliere le questioni di illegittimità, ma che presenta il rischio di ampliare eccessivamente la discrezionalità della Corte. Ammesso che, al solo fine di dare piena attuazione alla Costituzione, si pone la necessità di rivedere l’eccessivo rigore della prima prospettiva, tuttavia c’è da chiedersi se tale obiettivo non possa essere raggiunto attraverso una rivisitazione meno radicale della prospettiva tradizionale, che invece di attribuire più discrezionalità alla Corte, si muove nel solco della obbligatorietà, rafforzando tuttavia il ragionamento argomentativo che sta alla base dell’unica scelta possibile.*

SOMMARIO: 1. La questione rimessa alla Corte costituzionale in tema di stupefacenti basata sulla prospettiva “tradizionale” del *tertium comparationis* e delle “rime obbligate”. – 2. La Corte costituzionale al bivio tra prospettiva “tradizionale” e prospettiva “innovativa” volta a incrementare i margini di discrezionalità. – 2.1. I precedenti della Corte sulla stessa questione e la dichiarazione di inammissibilità nella sentenza n. 179/2017. – 2.2. La prospettiva “innovativa” elaborata dalla Corte nelle sentenze 236/2016 e 222/2018: l’abbandono del *tertium comparationis* e delle “rime obbligate”. – 3. La possibile decisione della Corte sulla questione sugli stupefacenti basata sulla prospettiva “innovativa” dell’incremento di discrezionalità. – 4. Prospettazione di una “terza via”. – 4.1. Il giudizio di proporzione e la necessità del *tertium comparationis*. – 4.2. La disciplina derivante dall’eventuale dichiarazione di illegittimità e la permanente validità della soluzione “a rime obbligate” con il correttivo della distinzione tra più soluzioni in astratto e in concreto. – 5. La possibile decisione sulla questione degli stupefacenti basata sulla “terza via”.

## 1. La questione rimessa alla Corte costituzionale in tema di stupefacenti basata sulla prospettiva “tradizionale” del *tertium comparationis* e delle “rime obbligate”.

Dopo l’udienza tenutasi lo scorso 23 gennaio, nei prossimi giorni la Corte costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell’art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/1990 (T.U. stupefacenti), per violazione del principio di proporzione (artt. 3 e 27 Cost.), nella parte in cui prevede la pena minima di otto anni di reclusione.

L’ordinanza ha sollevato la questione facendo leva principalmente su due motivi, che si muovono in una prospettiva – per così dire – tradizionale, secondo cui il sindacato sulla proporzione delle scelte sanzionatorie si articola in due passaggi basati su parametri volti a ridurre al massimo la discrezionalità della Corte: in un primo passaggio si compie il vero e proprio giudizio di proporzione avvalendosi di una comparazione tra uguali (o diversi), vale a dire del c.d. *tertium comparationis*; una volta riscontrata l’illegittimità costituzionale, nel secondo passaggio si accoglie o si dichiara inammissibile la questione, a seconda che esista o meno un’unica soluzione di disciplina costituzionalmente obbligata conseguente alla dichiarazione di illegittimità.

In particolare, per quanto riguarda il giudizio di proporzione, nell’ordinanza la comparazione è compiuta tra il primo e il quinto comma dell’art. 73 T.U. Stupefacenti, per cui si ritiene che l’incostituzionalità «deriva[i] dal difetto di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio emergente dal (ri)pristinato art. 73 comma 1 [da otto a venti anni di reclusione] [...] soprattutto laddove si raffronti [...] con la pena prevista per il fatto di lieve entità (da sei mesi a quattro anni di reclusione) di cui all’art. 73 comma 5», con la conseguenza che «mentre la linea di demarcazione “naturalistica” fra le fattispecie “ordinaria” e “lieve” è talvolta netta [...], il “confine sanzionatorio” dell’una e dell’altra incriminazione è invece estremamente – ed irragionevolmente – distante (intercorrendo ben quattro anni di pena detentiva fra il massimo dell’una e il minimo dell’altra»<sup>1</sup>.

In buona sostanza, secondo il giudice rimittente, posto che il primo e il quinto comma dell’art. 73 cit. si riferiscono a fatti che hanno “qualitativamente” un identico disvalore, è del tutto irragionevole che nella graduazione “quantitativa” del disvalore offensivo dello stesso bene giuridico si passi da un massimo di quattro anni di reclusione per l’ipotesi lieve a un minimo di otto anni di reclusione per l’ipotesi – per così dire – ordinaria (non lieve): il salto, di per sé ammissibile, risulta tuttavia del tutto irragionevole.

In secondo luogo, per quanto riguarda l’obbligatorietà o meno della disciplina derivante dall’eventuale dichiarazione di illegittimità, l’ordinanza precisa che «la soluzione conforme ai parametri costituzionali sia quella di ripristinare il trattamento sanzionatorio già introdotto nel 2006, riducendo il minimo edittale da otto a sei anni di reclusione»<sup>2</sup>. Il giudice *a quo* chiede quindi di reintrodurre il trattamento sanzionatorio

---

<sup>1</sup> Corte d’Appello di Trieste, 17 marzo 2017, in questa *Rivista*, 22 gennaio 2019, con nota di C. BRAY, [Una nuova \(e forse decisiva\) rimessione alla Corte costituzionale sulla illegittimità della pena minima per il traffico di droghe “pesanti”](#).

<sup>2</sup> Corte d’Appello di Trieste, 17 marzo 2017, cit.

già previsto dalla legge Fini-Giovanardi prima che venisse caducato dalla sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale<sup>3</sup>.

## 2. La Corte costituzionale al bivio tra prospettiva “tradizionale” e prospettiva “innovativa” volta a incrementare i margini di discrezionalità.

Sarà molto interessante vedere come la Corte si pronuncerà su tale questione, non solo per l’esito del giudizio, ma soprattutto per l’*iter* argomentativo che intenderà seguire. A ben vedere, infatti, anche per come è stata impostata, è nostra impressione che nell’affrontarla la Corte si troverà davanti a una sorta di bivio così sintetizzabile: “restare” nella prospettiva tradizionale dell’obbligatorietà che fonda i giudizi di proporzione sul *tertium* e sulle “rime obbligate”, con il rischio, però, di registrare un’illegittimità costituzionale senza tuttavia poterla dichiarare; oppure proseguire, ma forse sarebbe meglio dire ultimare, quel percorso di rimeditazione sia delle modalità del giudizio di proporzione che dei presupposti per consentire l’accoglimento della questione, che la Corte costituzionale ha intrapreso da qualche anno.

### 2.1. I precedenti della Corte sulla stessa questione e la dichiarazione di inammissibilità nella sentenza n. 179/2017.

La prima strada tradizionale, se percorsa, con ogni probabilità porterà a una sentenza di inammissibilità. Essa, infatti, oltre a presentare l’inconveniente di ridurre eccessivamente gli spazi per dichiarare l’illegittimità costituzionale, è stata addirittura già intrapresa dalla Corte in un precedente arresto sulla stessa questione, posta oltretutto con identici motivi, ed ha condotto, per l’appunto, alla conclusione della inammissibilità<sup>4</sup>. Da un lato, con riferimento al giudizio, la Corte ha osservato che le due ipotesi di reato delineate rispettivamente dal comma 1 e dal comma 5 dell’art. 73 non sono «due fattispecie del tutto omogenee. Benché nelle due disposizioni le condotte siano descritte in termini analoghi e l’oggetto materiale sia parzialmente sovrapponibile,

---

<sup>3</sup> Corte cost., sentenza 25 febbraio 2014, n. 32, con nota di A. DELLA BELLA – F. VIGANÒ, [Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull’art. 73 t.u. stup.](#), in questa *Rivista*, 27 febbraio 2014.

<sup>4</sup> Corte cost., sentenza 6 giugno 2017, n. 179, in questa *Rivista*, 6 novembre 2017; inoltre, sulla stessa questione, v. Corte cost., ordinanza 6 giugno 2017, n. 184, *ibidem*. Per un commento a entrambi i provvedimenti v. 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 questa *Rivista*, fasc. 11/2017, p. 231 ss. In argomento, v. anche Corte cost., sentenza 1° giugno 2016, n. 148, in questa *rivista*, dove la Corte ha affrontato questione sostanzialmente identica, ma l’inammissibilità è stata dichiarata per l’indeterminatezza del *petitum* e per la mancata individuazione di un trattamento sanzionatorio alternativo; nonché Corte cost., sentenza 13 gennaio 2016, n. 23, con nota di C. BRAY, [Legittima la nuova formulazione dell’art. 73 co. 5 t.u. stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere](#), in questa *Rivista*, 7 marzo 2016, dove la Corte ha affrontato una questione diversa, concernente la circostanza che l’ipotesi lieve sia riferita indistintamente sia alle droghe pesanti che a quelle leggere, questione dichiarata inammissibile sempre per indeterminatezza del *petitum* e mancata individuazione del trattamento sanzionatorio alternativo.

nondimeno merita di essere rimarcato che il fatto di non lieve entità [...] riguarda le sole droghe “pesanti”, mentre il fatto di lieve entità [...] si caratterizza per l’indistinzione tra i diversi tipi di droghe».

Dall’altro lato, con riferimento alla obbligatorietà o meno della disciplina conseguente alla eventuale dichiarazione di illegittimità, la Corte, pur evidenziando una certa irragionevolezza, ha precisato che non esiste una soluzione obbligatoria: «vero è che le rilevate differenze tra i due reati non giustificano salti sanzionatori di entità così rilevante come quello attualmente presente nei diversi commi dell’art. 73. Tuttavia, contrariamente a quanto ritenuto dai remittenti, a tale incongruenza può porsi rimedio attraverso una pluralità di soluzioni tutte costituzionalmente legittime. Sicché, la determinazione del minimo edittale per fatto non lieve [...] non costituisce l’unica soluzione in armonia con la Costituzione».

Infine, la Corte ha precisato ulteriormente che «non può ritenersi imposto, dal punto di vista costituzionale, che a continuità dell’offesa debba necessariamente corrispondere una continuità della risposta sanzionatoria», come a dire: anche nelle ipotesi in cui due fatti siano considerati omogenei, la previsione di un salto sanzionatorio rientra pur sempre nella discrezionalità del legislatore.

In buona sostanza, la Corte, pur affermando l’inammissibilità, lascia intendere che si è in presenza di una divaricazione tra il minimo di pena comminato dal comma 1 e il massimo edittale comminato dal comma 5 che ha raggiunto un’ampiezza tale da presentare i caratteri della “anomalia”, ma solo il legislatore sembra potervi porre rimedio.

## 2.2. La prospettiva “innovativa” elaborata dalla Corte nelle sentenze 236/2016 e 222/2018: l’abbandono del tertium comparationis e delle “rime obbligate”.

Ecco allora che la Corte, come accennato, potrebbe compiere un ulteriore passo nel percorso già intrapreso verso quella rivisitazione del sindacato di proporzione sulle scelte sanzionatorie, sia in ordine al giudizio di proporzione, che sul piano della obbligatorietà della disciplina conseguente dall’accoglimento.

In particolare, questo percorso di rivisitazione/rimeditazione si ritiene tracciato nelle due sentenze n. 236/2016 e n. 222/2018.

La prima pronuncia ha riguardato il giudizio di proporzione<sup>5</sup>. Si trattava in estrema sintesi di valutare le sanzioni previste per il reato di alterazione di stato

---

<sup>5</sup> Corte cost., sentenza 10 novembre 2016, n. 236, a commento della quale si vedano F. VIGANÒ, [Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 61 ss.; D. PULITANÒ, [La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 48 ss.; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.; G. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 174 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza al vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 473 ss.

mediante false dichiarazioni o certificazioni, punito assai più gravemente (reclusione da cinque a quindici anni) del fatto commesso attraverso la sostituzione di un neonato con un altro (reclusione da tre a dieci anni). Questione peraltro già affrontata dalla Corte nella ordinanza n. 106/2007, dove nel dichiarare la manifesta infondatezza non solo si marcava la differenza tra le due fattispecie ma, proprio in virtù di questa differenza, si giustificava il diverso trattamento sanzionatorio<sup>6</sup>.

Ebbene, nella sentenza n. 236/2016 vi sono affermazioni che sembrano fare a meno del c.d. *tertium comparationis*: «la fondatezza delle questioni sollevate si rivela [...] in virtù della manifesta sproporzione della cornice edittale censurata, se considerata alla luce del reale disvalore della condotta punita»; ed ancora, «laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità sproporzionata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo»; ed infine, «rimane fermo che le questioni all'attuale esame sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*».

Proprio facendo leva su tali affermazioni, la sentenza in esame è stata letta nel senso che «esprime una variazione potenzialmente decisiva del rapporto tra logica della proporzionalità *ex se* e logica della comparazione tra "eguali" nel sindacato sulle scelte sanzionatorie del legislatore», in quanto «la Corte ha ricusato una logica di diretta comparazione con la fattispecie "parallela" della sostituzione di neonati, rifiutando dunque di discutere se non fosse addirittura invertita, nella previsione sanzionatoria, la proporzione tra gravità dei fatti ed entità delle pene»<sup>7</sup>.

Ed ancora, nella stessa prospettiva si è affermato che «l'importanza della presente pronuncia sta nell'aver strutturato il cuore della motivazione non già attorno alla disparità di trattamento tra la disposizione censurata e altra disposizione assunta come *tertium comparationis*, quanto piuttosto attorno all'irragionevolezza intrinseca del

---

<sup>6</sup> Corte cost., ordinanza 19 marzo 2007, n. 106: «le fattispecie descritte dal primo comma (scambio di neonati senza commettere alcun falso) e dal secondo comma (falsa attestazione all'ufficiale dello stato civile in ordine alla identità dei genitori del neonato) dell'art. 567 del codice penale sono oggettivamente diverse perché, seppure in entrambe è tutelato il medesimo bene giuridico (l'interesse del minore alla verità dell'attestazione ufficiale della propria ascendenza), nel caso del primo comma la condotta consiste in uno scambio materiale di neonati, mentre la fattispecie prevista dal secondo comma si realizza mediante la commissione di altro reato (quello di falso ideologico, che non concorre con quello di alterazione di stato), rivelando una più intensa carica criminosa, di tal che il principio di eguaglianza appare rispettato, avendo il legislatore trattato, dal punto di vista sanzionatorio, situazioni diverse in modo diverso [...] proprio la rilevata diversità tra le condotte criminose prese in esame, unitamente al fatto che la fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 567 del codice penale si concreta in un comportamento che già di per sé realizzerebbe un reato di falso, hanno, tra l'altro, ripetutamente indotto la Corte di cassazione a ritenere manifestamente infondata la questione all'odierno esame».

<sup>7</sup> G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di costituzionalità*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018, p. 102 ss. (accessibile a questo [link](#)).

trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena e – in generale – dell’esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali cagionata dalla pena rispetto all’importanza del fine perseguito attraverso l’incriminazione»<sup>8</sup>.

Andando ancora più a fondo, questo nuovo modo di compiere il giudizio di proporzione giunge ad attribuire al *tertium comparationis* soltanto la funzione di individuare il trattamento sanzionatorio derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, quindi soltanto nella seconda fase del sindacato, non anche nel primo passaggio: «la novità della sentenza» – si è affermato – «risiede nella sequenza, essendo evidente che la Corte non ha inteso rinunciare al metodo comparativo per la determinazione della sanzione proporzionata [...] e tuttavia, nella specie almeno, la comparazione non ha condizionato la rilevazione del “vizio”, valendo solo, ed a seguito di quella rilevazione, ad individuare (in termini dichiaratamente non stringenti) una soluzione alternativa obbligata»<sup>9</sup>.

Con la sentenza n. 222/2018 la Corte ha invece rivisitato il proprio orientamento sulla problematica della disciplina derivante dall’eventuale accoglimento della questione di legittimità, e lo ha fatto in termini per certi aspetti ancor più dirompenti rispetto a quanto si ritiene abbia fatto per il giudizio di proporzione basato sul *tertium*<sup>10</sup>.

Si trattava in sintesi di valutare se fosse irragionevole la fissità della pena accessoria di dieci anni prevista per alcuni reati fallimentari (art. 216, ultimo comma, R.D. n. 267/1942). Preliminarmente, la Corte richiama il suo orientamento tradizionale rigorosamente basato sulla obbligatorietà: «questa Corte ha avuto recentemente occasione di stabilire che, laddove il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore per una determinata figura di reato si riveli manifestazione irragionevole a causa della sua evidente sproporzione rispetto alla gravità del fatto, un intervento correttivo del giudice delle leggi è possibile a condizione che il trattamento sanzionatorio medesimo possa essere sostituito sulla base di “precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo”, intesi quali “soluzioni [sanzionatorie] già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata».

Successivamente, però la Corte compie un notevole balzo in avanti, giungendo, in buona sostanza, alla conclusione che davanti a due soluzioni entrambe costituzionalmente legittime la Corte, in definitiva, può compiere una scelta: «tale principio deve essere confermato, e ulteriormente precisato, nel senso che – a consentire l’intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio – 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*. Essenziale,

<sup>8</sup> F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della consulta*, cit., p. 2.

<sup>9</sup> G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di costituzionalità*, cit., p. 103.

<sup>10</sup> Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222, in questa *Rivista*, 10 dicembre 2018, con nota di A. GALLUCCIO, [La sentenza della consulta su pene fisse e “rime obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta](#).

e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio [...] è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” [...] esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate” – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell’immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia».

### 3. La possibile decisione della Corte sulla questione sugli stupefacenti basata sulla prospettiva “innovativa” dell’incremento di discrezionalità.

Ebbene, proprio perché nell’affrontare la questione di legittimità sugli stupefacenti la strada tradizionale della obbligatorietà non sembra poter essere percorsa, la Corte costituzionale, come del resto è già stato suggerito<sup>11</sup>, potrebbe muoversi lungo questo nuovo percorso.

In particolare, da un lato, per quanto riguarda il giudizio di proporzione, anche in considerazione di quanto affermato nella sentenza n. 179/2017 (tendenziale disomogeneità tra le due ipotesi di reato), la Corte potrebbe ritenere che si possa prescindere dal giudizio di comparazione tra fattispecie e quindi affermare che il trattamento sanzionatorio previsto dal comma 1 dell’art. 73 sia intrinsecamente sproporzionato. Con la conseguenza che il riferimento al quinto comma non avrebbe una vera e propria funzione di *tertium comparationis* ma servirebbe soltanto a individuare il trattamento sanzionatorio. E, proprio in questa prospettiva, nel riferirsi alla pena di quattro anni come eventuale minimo edittale, non si è mancato di osservare come «non si tratta qui, beninteso, di un *tertium comparationis* in senso classico, dal momento che il quinto comma non è qui evocato per denunciare una disparità di trattamento rispetto alla fattispecie oggetto di sindacato, bensì – nello spirito delle sentenze n. 236/2016 e n. 2018 – per individuare il quadro sanzionatorio risultante dalla dichiarazione di incostituzionalità dell’attuale scelta legislativa, denunciata non già perché contenente un trattamento sanzionatorio discriminatorio, ma in quanto affetta da un’irragionevolezza intrinseca»<sup>12</sup>.

Dall’altro, per quanto riguarda la scelta del trattamento sanzionatorio, nonostante la soluzione prospettata nell’ordinanza (ritornare al trattamento sanzionatorio caducato con la sentenza n. 32/2014), la Corte potrebbe prendere in considerazione per l’appunto anche l’idea di riportare il minimo a quattro anni. Ed infatti, anche sotto questo profilo, si è osservato come «la soluzione auspicata [riportare il minimo a quattro anni] appare ancor più plausibile dal momento che, diversamente dal passato (sentenza n. 179 del 2017), la Corte non sembra più oggi esigere “una rima

---

<sup>11</sup> C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte*, cit.

<sup>12</sup> C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte*, cit.

obbligata” ma, come è stato recentemente affermato nella sentenza n. 222 del 2018, “non è necessario che esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima”»<sup>13</sup>.

#### 4. Prospettazione di una “terza via”.

Il punto che a me interessa affrontare in questa sede è se esista davvero questa sorta di alternativa che sembra essersi aperta davanti alla Corte tra un orientamento tradizionale basato sul *tertium* e le “rime obbligate”, che rispetta la discrezionalità del legislatore ma incontra limiti nell’attuazione della Costituzione, e un orientamento “innovativo” basato sulla discrezionalità, che dilata invece i margini di manovra della Corte al fine di dare piena attuazione alla Costituzione.

Ebbene, la mia impressione è che tale alternativa, in realtà, in parte non esista (con riferimento al giudizio di proporzione) e in parte, là dove esiste, non sia tuttavia necessaria (con riferimento alle conseguenze di disciplina derivanti dalla dichiarazione di incostituzionalità).

##### 4.1. Il giudizio di proporzione e la necessità del *tertium comparationis*.

Soffermandoci anzitutto sul giudizio di proporzione e sul parametro del *tertium*, si deve osservare non solo come, a ben vedere, la stessa sentenza n. 236/2016 non abbia fatto a meno del *tertium*, ma anche come, in termini più generali, non è addirittura possibile farne a meno già su un piano – per così dire – logico-normativo. E ciò non tanto al fine di individuare la soluzione derivante dalla eventuale dichiarazione di incostituzionalità, ma proprio al fine di compiere il giudizio di proporzione. Potendosi fin d’ora osservare come vi sia una inevitabile e “obbligata” corrispondenza proprio tra il *tertium* utilizzato per compiere il giudizio di proporzione e il trattamento sanzionatorio, derivante dal *tertium* e da utilizzare come soluzione di disciplina là dove si riscontri l’illegittimità<sup>14</sup>.

In particolare, anzitutto è indubbio che la stessa sentenza n. 236/2016 abbia fatto riferimento al *tertium* proprio all’interno del giudizio. Come è stato autorevolmente osservato, «in assenza del *tertium comparationis*, che cosa la Corte avrebbe potuto fare? Là dove la Corte aveva rimodulato minimi edittali (vedi sentenza n. 341/1994) lo ha fatto con riferimento a un *tertium comparationis*. E così ha fatto nella sentenza in esame»<sup>15</sup>. Ed

---

<sup>13</sup> C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte*, cit.

<sup>14</sup> Nello stesso senso, cfr. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., p. 2110 s., il quale osserva come «chiarito il ruolo di mero “sostitutivo sanzionatorio” assegnato alla fattispecie comparativa – mero *terminus ad quem* e non più *starting point* del vaglio di proporzionalità, sembra tuttavia difficile negare che il *tertium* conservi un inevitabile ruolo orientativo nel giudizio, anche perché ciò che limita, almeno in parte, fonda».

<sup>15</sup> D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., p. 8, il quale precisa: «di fronte alla evidente rilevanza (anzi necessità) del *tertium comparationis* nel determinare i contenuti del dispositivo della sentenza, azzardo rispettosamente l’ipotesi che la motivazione sia stata condizionata dalla precedente ordinanza del 2007,

infatti, nella sentenza n. 236/2016 vi sono passi in cui il giudizio di proporzione è espressamente condotto sulla base del *tertium comparationis*, riscontrando un'identità tra le due fattispecie<sup>16</sup> che invece era stata negata nell'ordinanza n. 106/2007<sup>17</sup>.

In secondo luogo, in termini generali, si deve ribadire come un giudizio di proporzione sul *quantum* sanzionatorio sia un giudizio che addirittura già sul piano logico-normativo non può prescindere dal *tertium comparationis*. Com'è stato efficacemente affermato, «è facilmente comprensibile come nel giudizio sulla misura della pena l'utilizzazione del *tertium comparationis* discenda tanto dall'esigenza di cercare di razionalizzare una verifica che sconta l'incertezza insita nella conversione in termini quantitativi di valutazione qualitative, quanto dalla impossibilità di accertare la proporzione tra i disvalori del reato e della pena se non mediante un giudizio relativo. Ciò significa [...] che il giudizio di proporzione sulla misura della pena trova un punto di riferimento obbligato nel *tertium comparationis* costituito dalla previsione edittale di altra fattispecie: col che viene assicurato il carattere "endo-normativo", addirittura "endo-ordinamentale" del giudizio»<sup>18</sup>.

In buona sostanza, si può ritenere che nel sindacato *giuridico* di proporzione il *tertium* sia imprescindibile, visto che il giudizio di proporzione può essere intrinseco solo per la volontà del legislatore (salvo poi incorrere, per l'appunto, in eventuali irrazionalità), mentre per la razionalità della giurisdizione il giudizio non può che essere "relativo", o meglio, *relazionale*<sup>19</sup>. Inoltre, proprio grazie a questa componente

dichiarativa di manifesta infondatezza [...] Nel capovolgere la decisione, la sentenza del 2016 ha rappresentato una linea di continuità con la complessiva precedente giurisprudenza, incapsulando in questo discorso complessivo l'ordinanza sbagliata del 2007, verosimilmente vissuta con disagio, e contraddetta, di fatto, dalle frasi della sentenza del 2016 sulla sostanziale identità del disvalore delle due fattispecie di alterazione di stato». Nello stesso senso, cfr. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., p. 2110 ss.

<sup>16</sup> Corte cost., sentenza 21 settembre 2016, n. 236: «Le fattispecie punite, rispettivamente, al primo e al secondo comma del citato articolo, non sono identiche, ma non possono considerarsi del tutto disomogenee [...] il reato di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen., punisce la modificazione del vero non per sé, ma in quanto da essa derivi la perdita dell'autentico *status filiationis* del neonato, evidenziando che la fattispecie protegge in primo luogo la veridicità dello stato di filiazione, ovvero, più esattamente, l'interesse del minore a vedersi riconosciuto un rapporto familiare corrispondente alla propria effettiva ascendenza. Ma lo stesso può dirsi della fattispecie di cui al primo comma, dove, in egual modo, è privilegiata la protezione del diritto fondamentale del minore alla corretta rappresentazione della sua ascendenza, quale presupposto della sua complessiva condizione di vita, e, d'altra parte, la condotta incriminata, che non implausibilmente appare al rimettente non meno (se non più) grave, comporta il coinvolgimento non di uno solo, ma di due neonati [...] Ancorché autonomi, essi descrivono un medesimo evento delittuoso [...] l'evento delittuoso è per l'appunto identico, come per conseguenza identico, per le ragioni già dette, è il bene giuridico protetto dalle due fattispecie incriminatrici. In definitiva, in entrambi i casi, è un medesimo bene ad essere leso, sia pur in forme diverse».

<sup>17</sup> V. quanto riportato nella nota n. 6.

<sup>18</sup> Così magistralmente, F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 375. In argomento, sia consentito rinviare anche a R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità nelle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1556 s.

<sup>19</sup> Per una significativa valorizzazione del *tertium comparationis* v. anche Corte cost., sentenza 24 maggio 2017, n. 207, la quale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità del limite massimo di pena per applicare la particolare tenuità del fatto al delitto di ricettazione, ha affermato quanto segue: «il fatto che siano stati

relazionale, il giudizio finisce per essere non solo etero-diretto (indipendente dalla “volontà” giurisdizionale) ma anche endo-normativo, vale a dire diretto dall’intero sistema normativo, delimitandosi così la discrezionalità. Infine, il *tertium* che opera nel giudizio di proporzione non potrà che operare poi in ordine alla soluzione di disciplina, esistendo ancora una volta una necessaria corrispondenza tra ciò che fonda e ciò che disciplina.

D’altra parte, per completezza, non si può fare a meno di compiere due considerazioni ulteriori sul modo di compiere il giudizio di proporzione. La prima attiene al vero e proprio nodo problematico che lo affligge, relativo all’individuazione del *criterio* alla luce del quale compiere la comparazione tra simili (o dissimili) e dove si colloca l’autentica discrezionalità<sup>20</sup>. A ben vedere, infatti, la comparazione di per sé non significa nulla, mentre ciò che assume un ruolo decisivo è il criterio, il parametro della comparazione, vale a dire il bene giuridico o lo scopo di tutela sotteso alle fattispecie, il quale consente di cogliere le somiglianze e le differenze nella comparazione: ecco perché il principio di eguaglianza, combinandosi con il principio di offensività, finisce per rafforzare la stessa offensività<sup>21</sup>. E che sia un nodo delicatissimo lo dimostra proprio la circostanza che in quasi tutte le vicende in cui si è dichiarata l’illegittimità costituzionale del *quantum* sanzionatorio vi sono state più pronunce, non solo dettate dalla prudenza della Corte e dalla necessità di rimettere, quanto meno in prima battuta, la palla al legislatore, ma spesso basate su beni giuridici diversi che quindi hanno portato ad esiti diversi, prima di disomogeneità (inammissibilità) e poi di somiglianza (accoglimento)<sup>22</sup>. E un discorso analogo può essere fatto anche per il sindacato sulle scelte di criminalizzazione<sup>23</sup>. Inutile dire che è proprio qui che si gioca la vera discrezionalità della Corte costituzionale, la quale tuttavia non è libera, ma è costretta a confrontarsi ancora una volta con la legge (il tipo), il sistema di disciplina e la Costituzione, ma soprattutto è vincolata a diffondersi sul piano argomentativo, sia per quanto riguarda la scelta del bene, sia per quanto riguarda la conseguente comparazione.

---

indicati a paragone una quantità di reati, tra loro diversi, e non soltanto uno od alcuni di essi, mostra chiaramente che nessuno di questi è in grado di costituire un modello comparativo, al quale fare riferimento per individuare una soluzione costituzionalmente obbligata. Ed è noto che, anche in presenza di norme manifestamente arbitrarie o irragionevoli, solo l’indicazione di un *tertium comparationis* idoneo, o comunque di specifici cogenti punti di riferimento, può legittimare l’intervento della Corte in materia penale, poiché non spetta ad essa assumere autonome determinazioni in sostituzione delle valutazioni riservate al legislatore. Se così non fosse, l’intervento, essendo creativo, interferirebbe indebitamente nella sfera delle scelte di politica sanzionatoria rimesse al legislatore».

<sup>20</sup> Sul punto, anche con riferimento al giudizio sulle scelte di criminalizzazione, v. R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 1557 ss.

<sup>21</sup> Sul punto, v. per tutti F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 362 s.; D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., p. 4; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., p. 2111 ss.; nonché, volendo, R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 1555 ss.

<sup>22</sup> Per esempio, in tema di oltraggio a un pubblico ufficiale, prima della sentenza n. 341/1994, cfr. Corte cost. n. 109/1968; n. 165/1972; n. 51/1980; n. 323/1988; n. 127/1989. Stesso identico discorso può essere fatto per l’alterazione di stato di famiglia, dove, come abbiamo visto, prima della sentenza n. 237/2016, v’è stata l’ordinanza n. 106/2007; nonché per gli stupefacenti, dove prima della sentenza che la Corte sta per pronunciare, v’è stata la sentenza n. 179/2017 e l’ordinanza n. 184/2017.

<sup>23</sup> R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza*, cit.

In secondo luogo, si deve osservare come in realtà il giudizio di proporzione sulle scelte sanzionatorie non sia sempre identico, ma muti a seconda dell'oggetto. Se infatti è vero che quando si tratta di giudicare il *quantum* occorre fare riferimento al *tertium* e alla comparazione, diversamente, rispetto ad altri profili del trattamento sanzionatorio *non si può che* prescindere dal *tertium*, come accade per esempio nelle ipotesi in cui si vada a valutare l'eccessiva ampiezza della forbice edittale<sup>24</sup> oppure la fissità di una pena (non il *quantum*)<sup>25</sup> e più in generale gli automatismi applicativi in ordine all'*an*<sup>26</sup>. Con ulteriori conseguenze sul giudizio di proporzione, perché, in termini tendenziali, mentre nel sindacato sul *quantum*, come abbiamo accennato, la discrezionalità si concentra soprattutto nel giudizio di proporzione e, più precisamente, nella scelta del criterio, attenuandosi notevolmente nelle ricadute sulla disciplina sanzionatoria, al contrario, nelle altre ipotesi la discrezionalità si concentra soprattutto al momento della scelta della soluzione, potendosi addirittura affermare che è proprio in virtù della mancanza del terzo che si viene a delineare uno spazio maggiormente aperto (come accaduto proprio nella sentenza n. 222 del 2018 relativa alla fissità delle pene accessorie). Più precisamente, in queste ultime ipotesi, anche il momento del giudizio di proporzione si presenta discrezionale, ma per certi aspetti finisce per esserlo meno rispetto alla comparazione con il *tertium* in quanto il principio tende – per così dire – ad operare “direttamente”, come nell'ipotesi della rieducazione che imponendo la individualizzazione non può che far saltare la fissità di una pena.

4.2. *La disciplina derivante dall'eventuale dichiarazione di illegittimità e la permanente validità della soluzione “a rime obbligate” con il correttivo della distinzione tra più soluzioni in astratto e in concreto.*

Per quanto riguarda la questione della obbligatorietà o meno della disciplina derivante dall'eventuale dichiarazione di illegittimità, l'alternativa tra una prospettiva tradizionale basata sulle “rime obbligate” e una innovativa basata sulla discrezionalità sembra invece porsi. La posizione assunta dalla Corte nella sentenza n. 222/2018 traccia infatti una rotta decisamente diversa da quella precedente<sup>27</sup>. E il punto che si deve chiarire è se questa nuova strada sia davvero necessaria.

---

<sup>24</sup> Corte cost., sentenza 15 giugno 1992, n. 299.

<sup>25</sup> Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222.

<sup>26</sup> Si veda la giurisprudenza in tema di pena accessoria della perdita della potestà genitoriale di cui all'art. 566, comma 2, c.p.: Corte cost., sentenza 15 febbraio 2012, n. 31 e Corte cost., sentenza 23 gennaio 2013, n. 7, in *questa rivista*, quest'ultima con nota di V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” (art. 117, comma primo, Cost.)*; nonché la copiosa giurisprudenza in tema di recidiva. Per un quadro complessivo della giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi, cfr. G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, 2014 (accessibile a questo [link](#)).

<sup>27</sup> L'orientamento venne inaugurato con Corte cost., sentenza 6 luglio 1989, n. 409, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, secondo comma, della legge 15 dicembre 1972, n. 772 (Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza), nella parte in cui determina la pena edittale *ivi* comminata nella

Procedendo per gradi, anzitutto, non si può fare a meno di osservare come nell'elaborare il nuovo percorso la Corte sia stata mossa da intenti meritevolissimi e condivisibilissimi. Esiste infatti – per così dire – un notevole imbarazzo tutte le volte in cui si riscontra l'illegittimità costituzionale di una disciplina ma si ritiene che non la si possa dichiarare per la mancanza di un'unica soluzione obbligata. L'esito infatti è quello di creare delle zone franche, che lasciano intatto non tanto il primato della politica sul diritto, ma addirittura il primato della *politica irragionevole* sul diritto, come del resto avveniva per le norme di favore prima della sentenza n. 394/2006<sup>28</sup>. Imbarazzo che diventa vero e proprio disagio difficilmente sopportabile tutte le volte in cui – praticamente sempre – il monito formulato dalla Corte al legislatore per indurlo ad eliminare l'illegittimità resta inascoltato. Condivisibile quindi il proposito della Corte di verificare l'esistenza di strade che consentono di attuare la Costituzione senza entrare nella discrezionalità del legislatore.

Vero questo, è anche vero che con la sentenza n. 222 del 2018 la Corte ha compiuto un notevole passo in avanti, suscettibile di alcune considerazioni critiche.

Come si ricorderà, riscontrata l'illegittimità della fissità della durata della accessoria, la Corte ha prospettato due soluzioni: da un lato, quella – per così dire – generale, indicata dal giudice rimettente, di cui all'art. 37 c.p., per cui, quando non è espressamente determinata dalla legge, la durata della pena accessoria è uguale a quella della pena principale; dall'altro lato, quella individuata dalla stessa Corte, secondo cui la durata deve essere stabilita discrezionalmente dal giudice “fino a” il massimo di dieci anni determinato dalla legge.

Ebbene, senza poter entrare qui nei dettagli, il ragionamento fatto per scartare la soluzione basata sull'art. 37 c.p. e accogliere l'altra, si rivela piuttosto opinabile. In particolare, in estrema sintesi, ciò che suscita perplessità è la valutazione decisamente discrezionale che viene compiuta, come dimostra questo passaggio decisivo della motivazione: «la soluzione proposta dall'ordinanza di rimessione ancorerebbe la durata concreta delle pene accessorie a quella della pena detentiva concretamente inflitta; durata che – a sua volta – dipende da tutti i fattori menzionati nell'art. 133 c.p. Il che, assicurerebbe, sia pure in via mediata e indiretta, un certo grado di rispetto del principio di individualizzazione alle pene accessorie. Tuttavia, tale soluzione finirebbe per sostituire l'originario automatismo legale con un diverso automatismo, *che rischierebbe altresì di risultare distonico rispetto al legittimo intento del legislatore storico* [corsivo nostro] di colpire in modo severo gli autori dei delitti di bancarotta fraudolenta»<sup>29</sup>.

Ebbene, non solo, si tratta di automatismi molto diversi (la fissità non ammette discrezionalità; l'ancoraggio alla pena principale, sì), ma soprattutto è l'apprezzamento sulla “distonia” che trasmoda in una valutazione indubbiamente discrezionale. Senza considerare che tra le due soluzioni entrambe plausibili, viene adottata quella che risulta essere *in malam partem*, pur non essendo “obbligata”.

---

misura minima di due anni anziché in quella di sei mesi e nella misura massima di quattro anni anziché in quella di due anni, pena fissata tenendo conto della pena edittale comminata dall'art. 151 c.p.m.p.

<sup>28</sup> Corte cost., sentenza 8 novembre 2006, n. 394.

<sup>29</sup> Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222, § 8.3.

Ma soprattutto, ciò che a noi preme mettere in evidenza è che la soluzione adottata dalla Corte era in realtà una soluzione “a rime obbligate”. Da un lato, infatti, quella basata sull’art. 37 c.p. doveva essere scartata non tanto perché “disonica”, ma perché *ultra petitum*. Come infatti precisa la stessa Corte costituzionale nella sentenza, oggetto del giudizio non era tanto il *quantum* della pena accessoria (la durata decennale), ma piuttosto la fissità, con la conseguenza che se si fosse adottata la soluzione basata sull’art. 37 c.p., essa avrebbe finito per travolgere non solo la fissità ma anche il *quantum* di dieci anni, e ciò perché nell’ipotesi della bancarotta preferenziale punita da uno a cinque anni la durata della pena accessoria sarebbe sempre stata necessariamente inferiore a dieci anni (le ipotesi di bancarotta fraudolenta sono invece punite con la pena della reclusione da tre a *dieci* anni). Dall’altro lato, una volta caduta l’alternativa tra cui scegliere, l’altra soluzione risultava obbligata. E, a dire il vero, a prescindere dal riferimento compiuto dalla Corte alla disciplina delle pene accessorie concernenti la bancarotta semplice, trattandosi ancora una volta dell’inevitabile precipitato derivante dalla diretta applicazione del principio di rieducazione, che nell’imporre l’individualizzazione del trattamento sanzionatorio obbliga al riferimento al “fino a”.

In buona sostanza, per fare salvo il *quantum* di dieci anni non contestato dal giudice rimettente, la Corte era “costretta” a scartare la soluzione dell’art. 37 c.p. e, per attuare l’individualizzazione, era “costretta” a fare riferimento al “fino a”.

Vero tutto questo, si deve allora ritenere che debba essere corretto il principio affermato nella sentenza 222 del 2018, secondo cui «essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” esse stesse immuni da vizi di legittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate”».

A ben vedere, la Corte ha colto un punto fondamentale, che costituisce la grande innovazione rispetto alla prospettiva precedente, e cioè che è ben possibile che rispetto a certi giudizi (soprattutto quelli che non si fondano sul *tertium*) si vadano a prospettare più soluzioni. Tuttavia, la Corte ha finito per andare oltre, nel momento in cui ha intrapreso la strada della scelta, mentre avrebbe potuto continuare a percorrere quella della obbligatorietà.

Se quindi è accettabile l’idea che il sistema nel suo complesso possa offrire anche più soluzioni già esistenti e immuni da vizi di legittimità, tuttavia il sindacato deve restare obbligatorio, essendo consentito solo se da un’analisi delle singole soluzioni risulta che è obbligatorio scartarle tutte tranne una<sup>30</sup>.

In questa prospettiva, il giudizio finirebbe per essere articolato in due passaggi: anzitutto, si deve verificare se vi siano o meno più soluzioni costituzionalmente legittime in termini – per così dire – astratti: se sussiste una sola soluzione, la questione si accoglie; se invece esistono più soluzioni, si passa al secondo passaggio dove occorre verificare se

---

<sup>30</sup> Si potrebbe pensare alla formulazione del seguente principio: «il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è ammesso anche quando il sistema nel suo complesso offre alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” esse stesse immuni da vizi di legittimità, purché una sola soluzione risulti essere costituzionalmente obbligatoria».

le diverse soluzioni siano plausibili in concreto, in considerazione del *petitum* e del contesto normativo: se risultano tutte implausibili, tranne una, la questione si accoglie; se, invece, ne risultano plausibili almeno due, si pronuncia l'inammissibilità.

## 5. La possibile decisione sulla questione degli stupefacenti basata sulla "terza via".

Alla luce di queste considerazioni si può finalmente tornare ad esaminare la questione in tema di stupefacenti sottoposta all'attenzione della Corte.

Seguendo la strada da noi prospettata, per quanto riguarda il giudizio di proporzione, non solo non sarà possibile prescindere dal *tertium*, e cioè dalla fattispecie di lieve entità di cui al comma 5, ma proprio grazie al *tertium* si potrà rilevare come la differenza tra le due fattispecie riguardi solo il *quantum* e non la "qualità" del disvalore, con la conseguenza che se da un lato è ragionevole differenziare in virtù della graduazione, dall'altro lato è irragionevole graduare mediante un *saltum* che si addice a contenuti di disvalore diversi<sup>31</sup>.

A questo punto, occorre tuttavia confrontarsi con due ulteriori argomentazioni volte a non accogliere la questione contenute nella sentenza n. 179/2017. Da un lato, la Corte ha affermato che il fatto di lieve entità non riguarda le sole droghe pesanti, ma anche quelle leggere. Tuttavia questa affermazione non ci pare del tutto conferente, se si considera che si discute della legittimità del minimo del primo comma e non di quanto previsto dal comma 5. Detto in altri termini, è ben possibile che quest'ultima norma sia riferibile sia a droghe leggere e a droghe pesanti, norma che poi alla fine si sdoppia in due contenuti normativi sistematicamente riferibili alla distinzione operata dal legislatore per le ipotesi "ordinarie" delle droghe pesanti e delle droghe leggere, con la conseguenza che ciò che deve essere valutata è la coerenza interna a questi due circuiti paralleli (quello pesante e quello leggero).

Dall'altro lato, la Corte ha osservato come appartenga comunque alla discrezionalità del legislatore compiere anche un *saltum*<sup>32</sup>. Ma qui è sufficiente osservare

---

<sup>31</sup> A ben vedere, anche C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte costituzionale*, cit., se da un lato afferma di prescindere dal *tertium*, dall'altro lato lo utilizza: la Corte costituzionale – afferma condivisibilmente l'Autore – potrebbe adottare la soluzione «consistente nell'individuare il minimo edittale di pena per i fatti di entità non lieve di cui al primo comma dell'art. 73 t.u., nella pena di quattro anni di reclusione ossia il massimo di pena previsto dal quinto comma per i fatti di lieve entità. Solo tale soluzione permetterebbe, invero, di sanare del tutto l'irragionevolezza e la sproporzione dell'attuale trattamento sanzionatorio che prevede un *saltum* pari a quattro anni di reclusione a fronte di uno spettro continuo di condotte a gravità crescenti. Le condotte riconducibili al primo comma sono infatti strutturalmente identiche, in ogni loro componente, a quelle sussumibili nel quinto comma dell'art. 73 t.u. stup.: il contenuto di offensività del fatto e il grado di colpevolezza espresso dal medesimo sono analoghi, e ciò che varia è solo la diversa gravità del fatto. L'irragionevolezza del sistema emerge allora dal rilievo che alla condanna più lieve inscrivibile nel primo comma consegue una risposta sanzionatoria assai più severa rispetto a quella che consegue alla condotta più grave fra quelle inscrivibili al quinto comma, e che tuttavia risulta essere appena meno offensiva o appena meno colpevole».

<sup>32</sup> «Né può ritenersi imposto, dal punto di vista costituzionale, che a continuità dell'offesa debba necessariamente corrispondere una continuità della risposta sanzionatoria. In particolare, deve rilevarsi che

come il *saltum* debba essere pur sempre ragionevole. E l'irragionevolezza deriva dalla circostanza che un salto di 4 anni è riferibile più a fatti che esprimono "qualitativamente" disvalori diversi, piuttosto che a fatti diversi solo sul piano quantitativo.

Per quanto riguarda la questione della disciplina derivante dall'eventuale dichiarazione di illegittimità, una volta riconosciuto l'identico disvalore, una volta riconosciuto un rapporto gradualistico tra le fattispecie, una volta riconosciuto che il *saltum* è irragionevole perché si addice a fatti che presentano un disvalore qualitativamente diverso, va da sé che il *minimum* di otto anni deve cadere.

Ma è qui che si riapre un problema. Se non vi fosse stata la dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della sentenza n. 32 del 2014, si sarebbe dovuto concludere nel senso che il minimo di otto anni è sostituito da quello di quattro, a conferma che quando viene in gioco il *tertium* la soluzione di disciplina da adottare tende ad essere obbligata. Tuttavia, ci si deve confrontare con una situazione per certi aspetti peculiare, e cioè con la circostanza che gli otto anni derivano da una sentenza che ha dichiarato costituzionalmente illegittima una precedente disciplina, con la conseguenza che dichiarare illegittima una norma derivante da una dichiarazione di illegittimità costituzionale sembra dover far rivivere la norma dichiarata costituzionalmente illegittima, vale a dire quella che puniva i fatti "ordinari" con il minimo di sei anni di reclusione, con la conseguenza che sembrano sussistere due soluzioni possibili: i sei anni della norma che rivive e i quattro anni del vigente comma 5.

Tuttavia, come abbiamo suggerito in precedenza, riscontrata la presenza "in astratto" di più soluzioni, non è detto che si debba concludere per la inammissibilità, dovendosi piuttosto andare a verificare la adottabilità in concreto delle soluzioni, adottabilità che si misura in termini obbligatori e non discrezionali.

Ebbene, a noi sembra che non esista altra possibilità che individuare il minimo nei quattro anni. Ed infatti, la soluzione di far rivivere il limite esistente prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale (sei anni), pur essendo astrattamente prospettabile, non è normativamente sostenibile, in quanto si tratta di normativa che per l'appunto è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, con la conseguenza che riviverebbe una norma in realtà illegittima: insomma, un conto è la riviviscenza a seguito di illegittimità di ciò che era vigente (e legittimo) prima che intervenisse il legislatore, un conto è la riviviscenza a seguito di illegittimità di ciò che è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo a seguito di un intervento della Corte costituzionale. Quindi non solo il rifiuto di questa soluzione risulta obbligatorio, ma una volta caduta quella che si sarebbe potuto ritenere un'ulteriore soluzione, resta in piedi solo quella del minimo ridotto a quattro anni, che quindi risulta obbligata.

---

la tenuità o la levità del fatto possono essere (e sono) prese in considerazione dal legislatore a diverso titolo e con effetti che possono determinare "spazi di discrezionalità discontinua" nel trattamento sanzionatorio. Più precisamente simile discontinuità può corrispondere a una ragionevole esigenza di politica criminale volta a esprimere, attraverso un più mite trattamento sanzionatorio, una maggiore tolleranza verso i comportamenti meno lesivi e, viceversa, manifestare una più ferma severità, con sanzioni autonome più rigorose, nei confronti di condotte particolarmente lesive».