

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Discrezionalità legislativa e scelte sanzionatorie - Reato di appropriazione indebita

La decisione

Reati e pene - Dosimetria della pena - Ampia discrezionalità del legislatore - Limiti - Scelte non arbitrarie e proporzionate al fine perseguito - Controllo spettante alla Corte costituzionale

(Artt. 3 e 25, co. 2 Cost.)

L'ampia discrezionalità del legislatore nella definizione della propria politica criminale, e in particolare nella determinazione delle pene applicabili a chi abbia commesso reati, così come nella stessa selezione delle condotte costitutive di reato, non equivale ad arbitrio.

Qualsiasi legge dalla quale discendano compressioni dei diritti fondamentali della persona deve potersi razionalmente giustificare in relazione a una o più finalità legittime perseguite dal legislatore; e i mezzi prescelti da quest'ultimo non devono risultare manifestamente sproporzionati rispetto a quelle pur legittime finalità. Il controllo sul rispetto di tali limiti spetta alla Corte costituzionale, che è tenuta a esercitarlo con tanta maggiore attenzione, quanto più la legge incida sui diritti fondamentali della persona; il che paradigmaticamente accade rispetto alle leggi penali, che sono sempre suscettibili di incidere, oltre che su vari altri diritti fondamentali, sulla libertà personale dei loro destinatari.

Il canone di coerenza dell'ordinamento nel campo delle norme del diritto è l'espressione del principio di eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni sancito dall'art. 3 Cost.

Pronunce della Corte costituzionale - Pronunce manipolative - Soluzione recessiva rispetto a quella ablativa - In particolare: pronuncia costituzionalmente adeguata - Condizione - Rimedio al *vulnus* accertato, senza lasciare vuoti di tutela, e salvo l'intervento legislativo successivo

(Artt. 3, 25, co. 2, 27, co. 3 Cost.)

L'esigenza di far ricorso a una pronuncia di tipo manipolativo, che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, si pone imprescindibilmente solo allorché la lacuna di punibilità che conseguirebbe a una pronuncia ablativa, non colmabile tramite l'espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, si riveli foriera di insostenibili vuoti di tutela per gli interessi protetti dalla norma incisa: come, ad esempio, quando ne derivasse una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione,

con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali. Laddove invece una simile situazione non ricorra, l'intervento rimediabile di questa Corte ben può limitarsi all'ablazione, totale o parziale, della disposizione censurata.

Le soluzioni costituzionalmente adeguate, ossia tratte da discipline già esistenti, sono quelle che consentono 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, restando ferma la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra - e in ipotesi più congrua - soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali.

CORTE COSTITUZIONALE, 22 marzo 2024 (ud. 21 febbraio 2024), n. 46 - BARBERA, *Presidente* - VIGANÒ, *Relatore*

La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del minimo edittale previsto per il reato di appropriazione indebita: un nuovo passo in avanti per il sindacato costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale è intervenuta sulla fattispecie di appropriazione indebita dichiarando l'illegittimità del minimo edittale di pena detentiva introdotto nel 2019 dal legislatore, il quale aveva sostituito alla pena della reclusione fino a tre anni la pena della reclusione da tre a cinque anni. La pronuncia valorizza ancora una volta l'incidenza dei valori costituzionali anche su scelte strettamente politiche del legislatore, quali quelle sanzionatorie, sottolineando che la discrezionalità dell'organo parlamentare non può mai trasformarsi in arbitrio. Le considerazioni della Corte portano ad alcune riflessioni attorno all'evoluzione del sindacato costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore e soprattutto sull'adeguatezza dei rimedi sperimentati nel corso del tempo.

The Constitutional Court declares the illegitimacy of the statutory minimum prison sentence provided for the crime of embezzlement: a new step in the constitutional review of the legislator sentencing choices.

Through the present decision the Constitutional Court intervened on the crime of embezzlement by declaring the illegitimacy of the statutory minimum prison sentence introduced in 2019 by the legislature, which had replaced the prison sentence of up to three years with a prison sentence of three to five years. The decision gives value to the impact of the constitutional principles on strictly political choices of the legislator, such as sentences, and underlines that the Parliament's discretion can never turn into arbitrariness. The reasons given by the court lead to some reflections about the evolution of the constitutional judgment on the choices of punishments by the legislator and in particular about the suitability of remedies tested by the Court over time.

SOMMARIO: 1. Una breve introduzione alla questione sollevata. - 2. L'irragionevolezza del minimo edittale introdotto con la legge n. 3/2019 secondo il giudice *a quo*. - 3. La risposta della Corte costituzionale: discrezionalità non equivale ad arbitrio. - 4. I rimedi adottabili dalla Corte alla luce dei suoi precedenti. - 5. Il rimedio utilizzato dalla Corte nella sentenza n. 46/2024: qualche considerazione

alla luce dell'evoluzione del sindacato costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore. - 6. Una riflessione *in extremis* sulla reale necessità del sindacato costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore.

1. *Una breve introduzione alla questione sollevata.* Con la sentenza in commento la Corte costituzionale è tornata ancora una volta a pronunciarsi sulla discrezionalità legislativa nelle scelte sanzionatorie ed il ruolo dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e rieducazione.

La pronuncia, in particolare, ha ad oggetto il minimo edittale di pena detentiva per il reato di appropriazione indebita introdotto con la legge 9 gennaio 2019, n.3¹, la quale ha sostituito alla pena della reclusione fino a tre anni la pena della reclusione da tre a cinque anni, innalzando dunque tanto la soglia minima - da quindici giorni *ex art. 23 c.p.* a due anni - quanto la soglia massima - da tre a cinque anni².

L'intervento della Consulta veniva invocato dal Tribunale di Firenze³ all'esito del dibattimento di un processo che vedeva imputato un intermediario immobiliare che, dopo aver ricevuto una somma di denaro a titolo di caparra per la conclusione di un contratto di locazione, a seguito del fallimento della trattativa ne restituiva soltanto una parte, appropriandosi indebitamente di novecento euro.

In particolare, il Tribunale riteneva che il reato di appropriazione indebita si fosse consumato, ma che il minimo edittale di due anni di reclusione introdotto nel 2019 non apparisse congruo al caso di specie, in quanto l'imputato si era

¹ Per un'analisi generale ed alcuni spunti critici sulla legge si rinvia, a titolo esemplificativo e non certo esaustivo, a BALLO, *Politiche criminali dell'anticorruzione e inasprimenti sanzionatori: un intervento davvero necessario?*, in *Studium Iuris*, 2019, 7-8, 829 ss.; BORASI, *Considerazioni di primo acchito sulla legge 'spazzacorrotti'*, in *Riv. pen.*, 2019, 2, 119 ss.; COTTI, *Norme penali per il contrasto alla corruzione: le disposizioni sostanziali*, in *Studium Iuris*, 2019, 9, 983 ss.; DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 4, 947 ss.; GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, 44 ss.; M. MANTOVANI, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 5, 608 ss.; MARANDOLA, *L'inasprimento del regime dei reati contro la P.A. (c.d. "Spazzacorrotti")*, in *Studium Iuris*, 2019, 10, 1159 ss.; MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 231 ss.; VERGINE, *Poche luci e molte ombre nelle nuove norme introdotte dalla legge n. 3 del 2019*, in *Il Processo*, 2019, 1, 177 ss.

² In particolare, l'art. 1, co. 1, lett. u) della legge citata ha modificato sia la pena detentiva che quella pecuniaria. Quest'ultima, però, in tale sede non verrà presa in considerazione in quanto non investita dalla pronuncia della Consulta.

³ Tribunale di Firenze, ordinanza 6 marzo 2023, n. 55, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, n. 18, prima serie speciale, del 2023.

appropriato di una somma di denaro modesta ed a seguito della querela aveva effettuato una parziale riparazione del danno⁴.

Per tali motivi, dunque, sollevava questione di legittimità costituzionale del minimo edittale introdotto nel 2019 per il reato di appropriazione indebita in relazione agli artt. 3 e 27 Cost. e dunque per violazione dei canoni di proporzionalità, ragionevolezza e rieducazione della pena.

Sotto un primo profilo, venivano evidenziate l'irragionevolezza e la sproporzione della previsione sanzionatoria sulla base di una valutazione di coerenza sistematica basata sul raffronto tra fattispecie simili, i cc.dd. *tertia comparationis*; sotto un secondo profilo, poi, veniva censurata l'irragionevolezza del nuovo minimo edittale, in quanto eccessivamente afflittivo rispetto ai casi che, pur sussumibili nella fattispecie, appaiono di gravità contenuta, con conseguente *vulnus* anche della finalità rieducativa della pena.

2. *L'irragionevolezza del minimo edittale introdotto con la legge n. 3/2019 secondo il giudice a quo.* Entrando nel merito delle questioni sollevate, il rimettente prendeva le mosse dal tentativo di individuare la *ratio* dell'intervento legislativo, per verificare se il minimo edittale introdotto fosse ragionevole e proporzionato in relazione al fine perseguito. La legge n. 3/2019, invero, modificava sensibilmente la forbice edittale predisposta dal legislatore del 1930, innalzando sia il limite minimo che il massimo. Sul punto il Tribunale osservava che l'innalzamento di quest'ultimo può rivelarsi utile a punire condotte dotate di particolare carica offensiva rispetto alle quali, dunque, era congruo elevare il limite massimo della pena oltre i tre anni di reclusione⁵; l'innalzamento del minimo a due anni risulterebbe, invece, irragionevole – e, dunque, sproporzionato – rispetto ai casi che, pur sussumibili nella fattispecie, esprimono un modesto disvalore⁶.

⁴ Va considerato che a parere del Tribunale non potevano essere applicate né l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis c.p.* – in quanto l'offesa non poteva ritenersi di particolare tenuità –, né l'estinzione del reato per condotte riparatorie *ex art. 162-ter c.p.* – in quanto il danno non era stato interamente riparato.

⁵ Si faccia il caso, ad esempio, di amministratori di società di capitali che si appropriano di ingenti somme di denaro.

⁶ Si pensi al fatto che, ad es., rientrano nell'ambito applicativo della fattispecie casi come quello del conduttore che semplicemente si approprii di oggetti o mobili che si trovano all'interno dell'immobile oggetto del contratto – cfr. Cass., Sez. II, 13 ottobre, n. 36897; Cass., Sez. II, 27 maggio 2019, n. 23176 – o del soggetto che si appropria di un bene noleggiato, come ad es. un veicolo – cfr. Cass., Sez. II, 21 luglio 2017, n. 36113.

Dai lavori preparatori della riforma, del resto, non sarebbe neanche possibile ricavare alcuna giustificazione dell'aumento del minimo, ma soltanto mere indicazioni utili, al più, ad individuare le ragioni dell'innalzamento del massimo⁷.

In seconda battuta, poi, il giudice rimettente confrontava il reato di appropriazione indebita con due fattispecie "simili" al fine di verificare la coerenza della scelta sanzionatoria da un punto di vista sistematico⁸.

In primo luogo, il raffronto veniva effettuato con il furto, in quanto i due reati condividono il bene giuridico tutelato - il patrimonio -, la natura dell'offesa - trattandosi di reati di danno -, nonché, dal punto di vista soggettivo, il dolo specifico consistente nel fine di profitto. D'altro lato, la distinzione tra le due fattispecie viene individuata nei presupposti della condotta, atteso che il furto richiede la detenzione della cosa da parte di un terzo a cui viene sottratta, mentre l'appropriazione indebita richiede la preesistenza del possesso in capo all'agente. Da ciò consegue l'ulteriore e principale *discrimen* costituito dalla modalità di aggressione del bene giuridico, in quanto il furto si sostanzia in una condotta che infrange la relazione materiale esistente tra il soggetto passivo e la cosa, mentre la condotta appropriativa consiste piuttosto nella cd. interversione del possesso da parte dell'agente che già la detiene.

In considerazione, da un lato, del nucleo comune delle due fattispecie e, dall'altro, dei loro criteri distintivi, il giudice *a quo* riteneva, pertanto, che il minimo di due anni di reclusione per l'appropriazione indebita fosse irragionevolmente sproporzionato rispetto a quello previsto per il furto, per il quale la pena minima è fissata in sei mesi di reclusione. Ciò in quanto la rilevante distanza tra i minimi edittali non si potrebbe giustificare soltanto in base alla differente modalità di aggressione del bene giuridico⁹ ed anzi, al

⁷ Nella relazione illustrativa al disegno di legge, infatti, si fa riferimento all'opportunità di punire condotte prodromiche ad attività corruttive. Appare necessario sottolineare, però, che la modifica all'art. 646 c.p. non era contenuta nel disegno originario, ma è stata poi introdotta in sede di emendamento. Oltretutto, non è certo un caso che la riforma fosse volta ad introdurre «misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici», e dunque a rafforzare la tutela rispetto a condotte di una certa gravità e prodromiche ad attività *lato sensu* corruttive, e non rispetto a condotte che, con tali fenomeni, nulla hanno a che fare.

⁸ Si parla, in questo caso, di ragionevolezza estrinseca della previsione legislativa, per contrapporla alla cd. ragionevolezza intrinseca. Su tale distinzione e sulle implicazioni che derivano da questi criteri, comunque, ci si soffermerà più ampiamente nel par. 4 del presente lavoro.

⁹ Ulteriore profilo di irragionevolezza, secondo il Tribunale, emergerebbe anche dalla considerazione delle ipotesi circostanziate di entrambi i reati, in quanto «mentre per il furto pur pluriaggravato la pena,

contrario, si dovrebbe piuttosto considerare più grave il furto, atteso che la condotta in queste ipotesi sarebbe portatrice di un disvalore maggiore, in quanto consiste in un'intrusione illegittima nel patrimonio della persona offesa¹⁰.

In secondo luogo, il giudice *a quo* raffrontava l'appropriazione indebita con l'altra fattispecie attigua della truffa, per la quale, come per il furto, il legislatore fissa il minimo edittale in sei mesi di reclusione. Utilizzando il medesimo schema, in particolare, il Tribunale individuava dapprima il nucleo comune delle due fattispecie, costituito di nuovo dal bene giuridico tutelato e dalla natura dell'offesa, per soffermarsi poi sulla loro principale differenza, individuata - come per il furto - nella modalità di aggressione del bene¹¹. La truffa, invero, si realizza mediante gli artifici o raggiri che inducono in errore il soggetto passivo, determinandolo a compiere un atto dispositivo: in altri termini, il rapporto fiduciario non è preesistente come nell'appropriazione indebita, ma si crea sulla base della condotta fraudolenta dell'agente¹². Per tali

per effetto del riconoscimento ad esempio delle circostanze attenuanti generiche, può assestarsi sul minimo «finale di sei mesi (o essere anche inferiore in caso di giudizio di prevalenza delle attenuanti), per l'appropriazione indebita anche riconoscendo le circostanze attenuanti generiche (eventualmente prevalenti sulle possibili aggravanti) la pena minima non può essere inferiore ad anni uno e mesi quattro di reclusione (più del doppio della pena minima prevista per il furto)» - cfr. *Osserva* n. 2.5.8 dell'ordinanza.

¹⁰ E tale conclusione sarebbe avvalorata anche laddove si guardi alla capacità a delinquere del soggetto agente, in quanto nelle ipotesi di appropriazione indebita la condotta sarebbe espressiva di una minore capacità a delinquere proprio in virtù di una relazione legittima già esistente con la cosa, al contrario di quanto accade nel furto, in cui l'agente si intromette unilateralmente nella sfera materiale della persona offesa. Il giudice *a quo* sembra, per tal via, avvicinarsi alla tradizionale ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra le due fattispecie nel periodo *ante-riforma*, quando il minimo edittale per il furto - sei mesi - era più alto rispetto a quello per appropriazione indebita - quindici giorni. Tale differenziazione, infatti, veniva comunemente ricondotta proprio al fatto che, in un caso, l'agente poneva in essere una vera e propria intrusione nella sfera patrimoniale altrui, mentre nell'altro vi era già una relazione tra l'agente e la vittima, di talché il minor disvalore veniva ricondotto all'erroneo affidamento riposto dalla vittima sull'agente. È evidente però che, con l'intervento della riforma, tale ricostruzione è stata destituita in fondamento ed anzi ribaltata. Sul punto si veda BARTOLI-PELISSERO-SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022. Più in generale, si rimanda a *Reati contro il patrimonio*, diretto da FIORE, Torino, 2010; *Reati contro il patrimonio*, a cura di PIERGALLINI, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO-PALIERO-PELISSERO, Torino, 2022; MAFFEI, *Delitti contro il patrimonio mediante appropriazione*, in DE GIORGIO-GUAGLIANI-TOVANI, *I reati contro il patrimonio*, Torino, 2010; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale II. Delitti contro il patrimonio*⁸, Padova, 2022.

¹¹ Altra differenza, in realtà, vi sarebbe anche dal punto di vista soggettivo in quanto la truffa non richiede il dolo specifico del profitto, ma il giudice *a quo* non riteneva rilevante tale differenza in quanto il profitto è già ricompreso nell'elemento oggettivo della fattispecie.

¹² E proprio dal punto di vista del soggetto agente, osserva il giudice *a quo*, nell'appropriazione indebita

motivi, dunque, secondo il rimettente la truffa sarebbe caratterizzata da un maggior disvalore che non consentirebbe di prevedere un minimo edittale più alto per una condotta appropriativa¹³.

Il duplice confronto sistematico, pertanto, portava il giudice *a quo* a ritenere irragionevole il nuovo minimo edittale introdotto dal legislatore per il reato di appropriazione indebita in violazione dell'art. 3 Cost.

In ultima battuta, il Tribunale riprendeva le fila dell'analisi della *ratio* della modifica legislativa e chiudeva il cerchio con un giudizio "interno" alla fattispecie. Nello specifico, il Giudice osservava nuovamente come alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 646 c.p. possano essere ricondotti episodi dotati di una significativa carica offensiva, rispetto ai quali l'aumento del massimo edittale appare adeguato. D'altro lato, però, vi possono essere ricondotti anche fatti connotati da una gravità particolarmente contenuta, rispetto alla quale il nuovo minimo edittale potrebbe risultare sproporzionato. Ciò, in particolare, non solo dal punto di vista della ragionevolezza, ma anche dell'istanza rieducativa della pena: il minimo di pena fissato dal legislatore, infatti, non solo deve essere calibrato sulla gravità delle condotte che, essendo sussumibili nella fattispecie, siano portatrici di un modesto disvalore, ma deve anche assicurare che la pena irrogata in concreto sia in grado di assolvere al proprio fine rieducativo. Alla luce di queste considerazioni, il giudice *a quo* riteneva il nuovo minimo edittale fissato dal legislatore sproporzionato rispetto alle condotte appropriate di minor gravità e, conseguentemente, incapace di assolvere al necessario compito rieducativo della pena.

Per tale motivo, dunque, la questione veniva sollevata anche sotto questo diverso profilo, per violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost.

egli «si limita ad approfittare di una situazione preesistente, per così dire cedendo alla tentazione di trattenere come propria la cosa altrui» - *Osserva* n. 2.6.7 -, mentre nella truffa egli opera in maniera fraudolenta fin dall'inizio instaurando per tal via il rapporto fiduciario sulla cui base viene poi compiuto l'atto dispositivo.

¹³ Interessante, sul punto, ciò che il giudice *a quo* sottolinea con riferimento al caso di specie: l'imputato, invero, aveva mediato per la stipula di un contratto di locazione di un immobile esistente per poi appropriarsi del denaro ottenuto a titolo di caparra e per tale motivo commetteva un'appropriazione indebita, per la quale il legislatore prevede un minimo edittale di due anni di reclusione; laddove, invece, egli avesse pubblicizzato una locazione per un immobile inesistente determinando il soggetto passivo a consegnargli del denaro la sua condotta avrebbe integrato una truffa e, pur essendo evidentemente più grave, lo avrebbe esposto ad un trattamento sanzionatorio di minor gravità.

3. *La risposta della Corte costituzionale: discrezionalità non equivale ad arbitrio.* Con la sentenza n. 46/2024, la Consulta prima di tutto ribadisce ancora una volta che il legislatore gode di una «ampia» discrezionalità nell'ambito della politica criminale, e ciò tanto nella scelta delle pene quanto, ancor prima, nella selezione delle condotte penalmente rilevanti. D'altro lato, però, va sottolineato che «discrezionalità, tuttavia, non equivale ad arbitrio»: ogni legge penale deve sempre giustificarsi in ragione delle finalità perseguite e deve apprestare un mezzo proporzionato e necessario al loro perseguimento.

Sul punto, allineandosi al giudice rimettente, la Corte ritiene che non sia possibile individuare alcuna giustificazione dell'innalzamento del minimo edittale di pena detentiva previsto per l'appropriazione indebita, e ciò neanche tramite una verifica del dibattito parlamentare che ha accompagnato l'adozione della legge¹⁴.

La conclusione, pertanto, è intuitiva: «se, dunque, può comprendersi la scelta del legislatore del 2019 di innalzare la pena massima dell'appropriazione indebita, in relazione alla necessità di colpire severamente condotte appropriative che l'esperienza ha mostrato essere potenzialmente prodromiche a pratiche corruttive, resta del tutto oscura la ragione che lo ha indotto anche ad innalzare in maniera così aspra il minimo edittale»¹⁵. Tanto basta, dunque, a ritenere la disciplina in questione costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., in quanto non si può ritenere conforme a Costituzione un intervento legislativo destinato ad incidere in maniera gravosa sulla libertà personale dei singoli individui laddove non sia possibile individuare la *ratio* e il fine perseguito dall'organo parlamentare.

Il giudizio interno alla fattispecie, dunque, sembra già di per sé sufficiente ad esaurire il sindacato della Corte: l'illegittimità della disposizione, infatti, viene dichiarata fin da subito per l'assenza di una *ratio* giustificatrice, e soltanto dopo viene analizzato l'effetto sistematico della modifica legislativa. L'esito, comunque, è il medesimo: l'innalzamento della pena detentiva minima per il reato di appropriazione indebita non resiste neanche ad una verifica di coerenza del sistema.

¹⁴ Come si è anticipato, l'unica indicazione è rinvenibile nella relazione illustrativa all'originario d.d.l. nella parte relativa all'ampliamento delle ipotesi di procedibilità d'ufficio del delitto in questione, che veniva giustificato per il fatto che la fattispecie attrae anche condotte appropriative dotate di maggior gravità e che spesso si rivelano prodromiche a fenomeni corruttivi. È evidente, però, che tale considerazione non è utile a giustificare l'innalzamento del minimo edittale, quanto al più solo quello del massimo.

¹⁵ *Considerato in diritto* n. 3.2.

In particolare, la Corte ricorda ancora una volta che appartiene alla discrezionalità del legislatore la valutazione circa il disvalore insito nelle condotte punite¹⁶, ma ciò sempre entro i limiti della proporzionalità: «e tuttavia», osserva la Consulta, «non può non rilevarsi la macroscopica disparità di trattamento sanzionatorio, generata dall'attuale disciplina, tra l'appropriazione indebita di una somma di 200 euro, come quella oggetto del giudizio a quo, e un furto o una truffa che producano esattamente il medesimo danno patrimoniale alla persona offesa: sei mesi di reclusione in queste ultime ipotesi; due anni, e dunque quattro volte tanto, nel caso di appropriazione indebita»¹⁷. E tale disparità è ancor più grave a causa della problematica individuazione dei concreti confini tra le fattispecie di furto e appropriazione indebita, e tra quest'ultima e la truffa¹⁸: a seconda della fattispecie che si ritenga applicabile al caso concreto, infatti, il trattamento sanzionatorio che ne deriverebbe è completamente diverso¹⁹.

Tutto ciò, pertanto, rende evidente la mancanza di coerenza tra le norme dell'ordinamento, che implica l'ulteriore violazione del principio di parità di trattamento.

4. *I rimedi adottabili dalla Corte alla luce dei suoi precedenti.* Accertata l'illegittimità del minimo edittale introdotto dalla legge n. 3/2019 per l'appropriazione indebita, si apre l'incognita del rimedio da adottare al fine di rimuovere la violazione, in quanto ci si trova nel punto di massima tensione tra

¹⁶ Il legislatore, secondo la Consulta, «resta libero, ad esempio, di connotare in termini di minore gravità la circostanza che nell'appropriazione indebita il recupero della cosa o del denaro sia normalmente agevolato dal rapporto di conoscenza che lega autore e vittima, ovvero - all'opposto - di assegnare uno speciale disvalore a una condotta caratterizzata dalla violazione della fiducia che chi consegna ad altri una propria cosa o una somma di denaro normalmente ripone nella correttezza del contraente nell'adempimento delle sue obbligazioni» - *Considerato in diritto* n. 3.3 - . Non può essere censurata, dunque, l'inversione sanzionatoria cui ha dato vita la legge n. 3/2019 nei rapporti tra appropriazione indebita e furto, in quanto si tratta di valutazioni che non possono che rientrare nella valutazione legislativa.

¹⁷ *Considerato in diritto* n. 3.3.

¹⁸ Sul punto sia consentito rimandare ai contributi già indicati nella nota n. 10.

¹⁹ La Consulta, a tal proposito, si rifà all'esempio proposto dal giudice *a quo*, laddove «a parità di danno patrimoniale arrecato al proprio cliente, infatti, l'agente immobiliare commette truffa qualora millanti un mandato inesistente con il proprietario dell'immobile offerto in vendita o in locazione, restando così soggetto alla pena minima di sei mesi di reclusione; e si rende invece responsabile di appropriazione indebita, soggiacendo così (illogicamente) a una pena minima quadruplicata, quando il mandato sia stato effettivamente conferito, ma il contratto non si concluda per la successiva indisponibilità del proprietario a vendere o a locare l'immobile» - *Considerato in diritto* n. 3.3.

il principio di legalità e il sindacato costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore²⁰.

La prima pronuncia con cui la Corte entra nel merito di queste scelte risale al 1974 e riguarda una disposizione che prevedeva il medesimo trattamento sanzionatorio per chi esercitasse l'attività venatoria senza essere assicurato e per chi, essendo invece assicurato, non avesse con sé la prova di ciò²¹: la Corte, in particolare, ritiene irragionevole la parificazione, in quanto la differente gravità delle due condotte incriminate avrebbe richiesto una significativa differenziazione sanzionatoria.

In quell'occasione il rimedio prescelto è l'ablazione secca dell'incriminazione meno grave, che determina lo spostamento della condotta considerata al di fuori dell'area del penalmente rilevante. L'effetto, però, presenta due criticità non sottovalutabili: in primo luogo, infatti, si nota una certa tensione con il principio di legalità e la discrezionalità del legislatore nella scelta delle condotte punibili²²; in secondo luogo, si creano vuoti di tutela che, in ossequio al

²⁰ Non è un caso, infatti, che per molto tempo la Corte ha adottato un rigido *self-restraint* al fine di scongiurare il rischio di una possibile invasione della sfera discrezionale e politica del legislatore. Le pronunce, dunque, si risolvevano in dichiarazioni di infondatezza ovvero, ancor prima, di inammissibilità: cfr., in particolare, Corte cost., 18 aprile 1967, n. 45; Corte cost., 19 luglio 1968, n. 109; Corte cost., 17 febbraio 1971, n. 22; Corte cost., 19 gennaio 1972, n. 9; Corte cost., 28 novembre 1972, n. 165; Corte cost., 23 maggio 1973, n. 68; Corte cost., 16 luglio 1973, n. 133; Corte cost., 18 luglio 1973, n. 142; Corte cost., 30 gennaio 1974, n. 22; Corte cost., 19 giugno 1974, n. 182; Corte cost., 2 giugno 1977, n. 100; Corte cost., 12 giugno 1979, n. 47; Corte cost., 2 aprile 1980, n. 50; Corte cost., 14 aprile 1980, n. 51; Corte cost., 15 dicembre 1980, n. 165; Corte cost., 30 luglio 1981, n. 162; Corte cost., 14 gennaio 1982, n. 1; Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 7. Per un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale attorno alle scelte sanzionatorie del legislatore si veda la recente monografia di VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.

²¹ Corte cost., 9 luglio 1974, n. 218.

²² Il rimedio adottato in quell'occasione, infatti, non si limita a coinvolgere il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore, ma ancora prima la scelta di incriminazione. Sul sindacato costituzionale relativo alle scelte incriminatrici si vedano, tra i vari, BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1540 ss.; CHIRULLI, *La sanzione penale ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di D'ORLANDO-MONTANARI, Torino, 2009; CUPELLI, *Corte costituzionale e discrezionalità legislativa in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2019, 7, 2748 ss.; D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, 4, 17 novembre 2016; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 2, 350 ss.; PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Padova, 2021.

principio di irretroattività, non potrebbero essere colmati neanche da un successivo intervento del legislatore conforme a Costituzione²³.

In successive pronunce, poi, la Corte impiega nuovamente il medesimo rimedio, ma con riferimento a fattispecie il cui venir meno non comporta la liceità penale della condotta, bensì la riespansione di altre fattispecie incriminatrici²⁴. Le conseguenze in termini sostanziali di questo effetto, pertanto, sono decisamente più limitate rispetto al precedente. Allo stesso modo, però, sono limitate anche le ipotesi applicative, che risultano circoscritte ai casi in cui lo scrutinio abbia ad oggetto una disposizione speciale il cui venir meno determina la riespansione di una diversa disposizione generale.

Negli anni, comunque, la Consulta si è assestata sull'utilizzo di un diverso rimedio, consistente nel "prendere in prestito" il trattamento sanzionatorio -

²³ Si tenga presente, tra l'altro, che la declaratoria di illegittimità di una norma incriminatrice non solo incide sui procedimenti pendenti, ma è anche idonea a travolgere gli effetti di eventuali sentenze irrevocabili di condanna: così si ricava dall'art. 136, co. 1 Cost. e dall'art. 30, co. 3 e 4 della legge 11 marzo 1953, n. 87. Vale la pena osservare che generalmente si esclude che si tratti di un vero e proprio fenomeno di *abolitio criminis* riconducibile alla disciplina della successione delle leggi penali nel tempo di cui all'art. 2 c.p., in quanto non si ha a che fare con due «leggi» che si sono succedute. Sugli effetti temporali della declaratoria di incostituzionalità di una norma incriminatrice si veda GALLO, *Appunti di diritto penale italiano. Appunti di parte generale*², Torino, 2019, vol. I; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*², Milano, 2023; PADOVANI, *Diritto penale*³, Milano, 2023; PARODI GIUSINO, *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 915; TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.*, 2021, 2, 5 ss.

²⁴ Si veda, in proposito, Corte cost., 24 maggio 1979, n. 26, relativa all'art. 186 c.p.m.p. nella parte in cui puniva con la pena dell'ergastolo la violenza consistente nell'omicidio, nel tentativo di omicidio, nell'omicidio preterintenzionale e nelle lesioni gravi o gravissime nei confronti del superiore, laddove la declaratoria di illegittimità comportava l'applicazione delle norme penali comuni; successivamente, nello stesso senso, Corte cost., 27 maggio 1982, n. 103; Corte cost., 20 giugno 1984, n. 173; Corte cost., 4 aprile 1985, n. 102; Corte cost., 16 febbraio 1989, n. 49; Corte cost., 24 giugno 1992, n. 299. In tema di delitti contro la religione si veda Corte cost., 20 novembre 2000, n. 508, che ha dichiarato illegittimo *tout court* l'art. 402 c.p. con conseguente riespansione dell'ambito applicativo delle restanti fattispecie dei delitti contro la religione. Più di recente, si veda Corte cost., 23 marzo 2016, n. 56, avente ad oggetto l'art. 181, co. 1-bis del Codice dei beni culturali e del paesaggio, laddove dall'ablazione del comma citato deriva l'applicazione del comma 1 della disposizione, con conseguente "contravvenzionalizzazione" del reato; per un attento commento alla pronuncia si veda NATALINI, *La "contravvenzionalizzazione" del delitto paesaggistico: il "sacrificio" del precetto (e del giudicato) in nome della (ir)ragionevolezza sanzionatoria. Effetti sostanziali, processuali e profili rimediali a margine di Corte cost., sent. 23 marzo 2016, n. 56, pres. Criscuolo, rel. Coraggio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 aprile 2016. Al riguardo, inoltre, occorre precisare che la Consulta ha specificato che non osta a tale genere di intervento il fatto che esso determina un trattamento sanzionatorio più grave (quello del *tertium comparationis*) di quello previsto dalla norma censurata: si veda, in proposito, Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, che ha espunto due fattispecie speciali di falso in ambito elettorale con conseguente riespansione delle fattispecie generali dei delitti di falso previsti dal codice penale.

conforme a Costituzione – previsto da una fattispecie considerata simile – il cd. *tertium comparationis* – per trasporlo in quella censurata²⁵. Va sottolineato, prima di tutto, che tale soluzione ha l’innegabile pregio di evitare vuoti di tutela nei casi in cui, laddove si procedesse con l’espunzione della norma, non vi sarebbero altre fattispecie incriminatrici applicabili alle condotte considerate. Inoltre, tramite lo schema del *tertium comparationis*, la tensione con il principio di legalità e con la discrezionalità legislativa appare più limitata, in quanto la Consulta non si sostituisce al legislatore e non “crea” la pena, ma piuttosto individua e traspone una pena già predisposta per un’altra fattispecie che ritiene simile.

D’altro lato, però, vi sono alcune criticità non sottovalutabili, prima fra tutte il rischio di indeterminazione che si cela dietro i criteri valutativi in base ai quali una fattispecie può dirsi, per l’appunto, “simile” ad un’altra: è vero, infatti, che la Consulta a tal fine si basa sul bene giuridico tutelato, ma anche far riferimento a quest’ultimo è operazione tutt’altro che certa. In altri termini, nel momento in cui si ammette un sindacato di legittimità costituzionale fondato su un giudizio valutativo dai parametri indeterminati, ci si scontra inevitabilmente con il rischio di legittimare un’ampia discrezionalità giudiziaria²⁶. Occorre

²⁵ La prima pronuncia ad utilizzare questa tecnica è stata Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409, che ha dichiarato illegittimo il trattamento sanzionatorio più severo previsto per chi rifiuti il servizio militare adducendo motivi di coscienza, rispetto a chi semplicemente manchi alla chiamata senza addurre alcuna ragione. Successivamente, Corte cost., 14 novembre 1997, n. 329 e Corte cost., 9 luglio 2002, n. 327, relative ai delitti contro la religione, ed in particolare nella parte in cui prevedevano un trattamento sanzionatorio più severo per le ipotesi in cui tali delitti recassero offesa alla religione cattolica piuttosto che ad altre religioni. Si veda anche Corte cost., 25 luglio 2001, n. 287 con cui la Consulta ha depenalizzato il reato di cui all’art. 29, co. 5 della legge 25 marzo 1993, n. 81 in materia elettorale. Più di recente, Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, avente ad oggetto l’art. 567, co. 2 c.p., il cui trattamento sanzionatorio veniva parificato dalla Corte a quello previsto dal primo comma della disposizione. Ancor più recente, Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40, con cui la Consulta ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 73, co. 1 del TU in materia di stupefacenti individuando il nuovo minimo edittale da quello previsto dal già illegittimo «art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005 per i medesimi fatti, che ancora conserva viva traccia applicativa nell’ordinamento in considerazione degli effetti non retroattivi della sentenza n. 32 del 2014».

²⁶ Sul punto DOLSO, *Principio di eguaglianza e diritto penale. Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consultaonline*, 2015, 3, 745; GRIMALDI, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale*, in *Giur. pen. web*, 2020, 5; PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2, 785 ss. Secondo GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e “rime obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 dicembre 2018, l’utilizzo rigido del *tertium comparationis* sarebbe invece «pienamente rispettoso del principio di legalità» proprio perché la Consulta si limita a trasporre una pena già predisposta dal legislatore per casi della medesima gravità. Per una riflessione generale sulle problematiche attinenti alla nozione di bene giuridico e alla sua applicazione in materia penale si veda MANES, *Il principio di*

considerare, inoltre, che si tratta di una manovra manipolativa della norma, che nel settore penale desta da sempre qualche critica²⁷.

Al di là di ciò, va segnalato che inizialmente questo schema veniva utilizzato esclusivamente nei casi in cui vi fosse *una*, sola ed unica, soluzione costituzionalmente *obbligata*, ricavabile dall'ordinamento penale²⁸. Questo orientamento rispondeva alla funzione svolta dal *tertium* nel sindacato costituzionale: la fattispecie ritenuta simile, infatti, veniva utilizzata a fondamento logico-argomentativo dell'illegittimità della scelta sanzionatoria del legislatore per violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui

offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza, Torino, 2005.

²⁷ Sul punto si rimanda a FIANDACA, *Altro passo avanti della Consulta nella rabberciatura dei reati contro la religione*, in *Foro it.*, 1998, 1, 26 ss.; GIUGNI, *Potere monitorio della Corte costituzionale e legalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 2, 427 ss.; PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 446 ss.; PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit.; PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 6, 4199 ss.

²⁸ In dottrina si è parlato di soluzioni «a rime obbligate»: l'espressione, in particolare, è stata coniata da CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, 1, 1694 ss. La conseguenza di questa impostazione è che in varie occasioni la Corte, pur accertando l'esistenza di un vizio costituzionale della pena apprestata dal legislatore, ha comunque ritenuto di non poter procedere a rimuoverlo a causa dell'assenza di *una* soluzione costituzionalmente obbligata. A tal riguardo si veda, ad esempio, Corte cost., 2 febbraio 2007, n. 22, con cui la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione con riferimento all'art. 14, co. 5-ter del TU immigrazione, pur riconoscendo che «il quadro normativo [...] presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie». Recentemente, Corte cost., 31 maggio 2012, n. 134 ha dichiarato inammissibile la questione sollevata in relazione alla fissità della pena accessoria dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa prevista per il delitto di bancarotta: la Corte, in particolare, riteneva che non fosse possibile procedere a causa della pluralità di soluzioni ricavabili dal sistema. Ancora, Corte cost., 8 aprile 2014, n. 81 ha altrettanto dichiarato inammissibile la questione relativa al reato di omessa comunicazione di variazioni patrimoniali da parte di persona sottoposta a misure di prevenzione di cui all'art. 31 della legge 13 settembre 1982, n. 646, parzialmente trasfuso nell'art. 76, co. 7 del cd. Codice antimafia, laddove il giudice rimettente aveva invocato la declaratoria di illegittimità tramite rimozione del minimo edittale, senza indicazione di altre fattispecie simili, da utilizzare come *tertium comparationis* affinché ne potesse essere trasposto il trattamento sanzionatorio. Interessante Corte cost., 13 luglio 2017, n. 179, che aveva dichiarato inammissibili una serie di questioni relative alla pena massima prevista per il delitto di traffico di sostanze stupefacenti, sull'assunto che «la divaricazione - venutasi a creare a seguito del d.l. n. 36 del 2014, come modificato dalla legge di conversione - tra il minimo edittale di pena previsto dal co. 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e il massimo edittale della pena comminata dal comma 5 dello stesso articolo - ha raggiunto un'ampiezza tale da determinare un'anomalia sanzionatoria rimediabile con plurime opzioni legislative. Conseguentemente, «il "rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario" (sentenza n. 23 del 2013) comporta una dichiarazione di inammissibilità delle questioni» (sentenza n. 279 del 2013)». A causa dell'inerzia del legislatore, però, successivamente è stata la stessa Corte costituzionale ad intervenire accogliendo questioni di legittimità analoghe.

all'art. 3 Cost. Questa forma di giudizio, dunque, era volta essenzialmente a garantire la coerenza sistematica dell'ordinamento penale, piuttosto che a sindacare il merito delle scelte del legislatore²⁹.

Successivamente, però, la Corte ha ampliato i parametri utilizzabili in sede di giudizio affiancando al criterio della ragionevolezza il principio di offensività³⁰ ed il finalismo rieducativo della pena³¹. Il principio di proporzionalità della sanzione penale, che fino a quel momento si era solo affacciato sporadicamente nelle pronunce della Corte, si arricchisce così di contenuto ed inizia ad essere impiegato sempre più frequentemente.

Nello specifico, la valorizzazione dell'offensività e dell'istanza rieducativa della pena permette di stabilire che la sanzione predisposta per la violazione di un

²⁹ Sul punto si sofferma ampiamente GRIMALDI, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale*, cit. Interessante quanto osservato da MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 1, 19 ss., il quale parla di «un “accenno” di “creatività” sanzionatoria, ma comunque accettabile sia perché non “inventato” ma “rinvenuto” sia perché destinato a fungere da “ponte” in attesa di una auspicata riforma legislativa».

³⁰ Sul ruolo dell'offensività nel giudizio di proporzione del *quantum* di pena si veda PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., secondo il quale l'offensività sarebbe addirittura implicita in ogni valutazione attinente alla misura della pena. In merito alla rilevanza del principio di offensività nella determinazione della sanzione si vedano anche le osservazioni di GRIMALDI, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale*, cit.; BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, cit.; PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 48 ss. Si vedano, inoltre, le considerazioni di ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1, 200 ss.: l'A., a commento della citata sentenza n. 26/1979 della Consulta, vi scorgeva già dei profili di attenzione alla necessaria offensività del reato in relazione alla ragionevolezza della pena.

³¹ Il primo passo verso il passaggio è stato compiuto dalla già citata sentenza Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409 che utilizzava quale parametro il solo art. 3 Cost., ma d'altro lato riconosceva l'importanza della finalità rieducativa della pena non solo nella fase esecutiva, ma ancor prima nella fase astratta della minaccia legislativa. Pochi anni dopo, Corte cost., 22 luglio 1994, n. 341 – che si rivedrà più avanti – utilizzava per la prima volta come parametro di illegittimità, accanto all'art. 3 Cost., anche l'art. 27, co. 3 Cost. Sulla rilevanza dell'istanza rieducativa della pena in sede di astratta determinazione da parte del legislatore, si veda CORBETTA, *La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 134 ss., che si esprime criticamente circa l'utilizzo del solo parametro della ragionevolezza, soprattutto con riferimento al fatto che esso viene impiegato solamente da un punto di vista formale. Per ulteriori spunti in merito alla rilevanza della rieducazione rispetto al sindacato sul *quantum* di pena predisposto dal legislatore si vedano anche DODARO, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, 1403 ss.; GRIMALDI, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale*, cit.; LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, 12 ottobre 2017; MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1427 ss.

precepto non deve essere solamente proporzionata a quelle previste per violazioni simili, ma lo deve essere di per sé, in base ad una valutazione che tenga conto del disvalore di tutte le condotte astrattamente sussumibili al suo interno e del fine rieducativo che l'irrogazione della pena deve assolvere. Così facendo, il *tertium* non interviene più al momento della verifica di legittimità della previsione sanzionatoria, bensì in un momento successivo, a conferma di una violazione già accertata ed al semplice fine di individuare la soluzione più coerente. Si arriva, pertanto, ad una forma di giudizio che non richiede alcun confronto tra fattispecie, ma si fonda su un giudizio di proporzionalità della pena predisposta dal legislatore in relazione alla gravità delle condotte punite. L'ulteriore conseguenza che ne deriva è che ciò rende possibile il passaggio da soluzioni «a rime obbligate» a soluzioni «costituzionalmente adeguate»: non è necessario, pertanto, che vi sia un'unica soluzione *obbligata*, essendo sufficiente che vi siano rimedi ricavabili dal sistema normativo sistematicamente e logicamente coerenti – secondo un giudizio di *adeguatezza* – con la fattispecie censurata e con i principi costituzionali³².

³² Sul punto si vedano Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236; Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, sebbene relativa alla fissità delle pene accessorie previste in materia di diritti fallimentari; Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40; in materia di circostanze, si guardi Corte cost., 10 marzo 2022, n. 63; ancora, Corte cost., 26 luglio 2022, n. 195, sebbene in materia dell'illecito depenalizzato di cui all'art. 726 c.p. In merito al passaggio dalle rime obbligate alle soluzioni adeguate ed al diverso utilizzo del *tertium comparationis* che ne costituisce il presupposto si veda BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 6, 2566 ss.; ID., *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 139 ss.; ID., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2, 967 ss. L'Autore, in particolare, ritiene che il superamento delle rime obbligate fosse mosso da intenti condivisibilissimi, ma che vi siano talune criticità non sottovalutabili, tra cui l'ingresso della Corte nel terreno della discrezionalità politica ed il rischio di irrigidire il sistema nel momento in cui la Corte scarta una determinata soluzione, in quanto la soluzione adottata finirebbe per essere considerata l'unica costituzionalmente possibile. In termini positivi, invece, si esprimono CUPELLI, *Corte costituzionale e discrezionalità legislativa in materia penale*, in *Cass. pen.*, cit.; PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit.; VIGANO, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 60 ss. Sul punto si rimanda anche alle osservazioni di MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, 6, 244 ss.; ID., *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adeguate"*, in *Giur. cost.*, 2019, 2, 696 ss.; TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, cit. Occorre dire, per correttezza, che, in merito alla prima sentenza citata, BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, cit.; ID., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, cit., ha sottolineato che essa non ha in alcun modo segnato il venir meno del *tertium* neanche dal punto di vista logico-argomentativo, nonostante in dottrina si faccia comune riferimento a tale pronuncia per segnare il

Ipotesi particolari, poi, sono quelle in cui, come nel caso di specie, la scelta sanzionatoria viene censurata con riferimento al solo minimo edittale, in quanto ritenuto sproporzionato ai fatti di minima gravità che possono essere sussunti nella fattispecie. Oltre ai rimedi già visti, infatti, in queste ipotesi la Corte ha sperimentato altre due soluzioni. La prima, più recente, è quella di estendere alla fattispecie censurata l'applicabilità di circostanze attenuanti riguardanti la lieve entità del fatto previste per altre fattispecie ritenute simili³³. La seconda soluzione, poi, è quella dell'espunzione del solo minimo edittale, con conseguente applicazione della regola generale di cui all'art. 23 c.p., ai sensi del quale la pena minima della reclusione è pari a quindici giorni³⁴. Tale soluzione, se da un lato ha il duplice pregio di evitare la creazione di vuoti di tutela e di non comportare alcuna manipolazione della norma, d'altro lato mette di nuovo in campo una certa tensione con la discrezionalità legislativa, in quanto – di fatto – è la stessa Corte ad individuare il trattamento sanzionatorio

passaggio: così CIPANI, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore, la pena illegale e il principio di offensività: la pronuncia della Corte costituzionale n. 63 del 2022 e le sue "ricadute" di sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 3, 1232 ss.; COLACURCI, *La Corte costituzionale applica il principio di proporzione della pena "a rime (soltanto) adeguate" anche all'illecito depenalizzato degli atti contrari alla pubblica decenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 3, 1291 ss.; INSOLERA-ROMANO, *L'evoluzione del controllo di proporzionalità delle sanzioni penali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto di difesa*, 2020, 2, 321 ss.; VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit.

³³ Si tratta di dichiarazioni di illegittimità di fattispecie incriminatrici nella parte in cui non prevedono che la pena comminata sia diminuita nei casi di lieve entità del fatto: così Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, in relazione al sequestro di persona a scopo di estorsione; Corte cost., 2 dicembre 2022, n. 244, in relazione all'art. 167, co. 1 c.p.m.p.; Corte cost., 15 giugno 2023, n. 120, in relazione al reato di estorsione; Corte cost., 13 maggio 2024, n. 86, in relazione alla rapina impropria; Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, in relazione al reato di produzione di materiale pornografico mediante l'utilizzazione di minori di anni diciotto. Sul punto va segnalata la dura critica a tale modalità di intervento avanzata in dottrina già di fronte alla prima pronuncia citata: il riferimento è a SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, 2393 ss., il quale tra l'altro sottolinea le incertezze insite nell'individuazione dei *tertium comparationis*.

³⁴ La soluzione è stata adottata per la prima volta nella pronuncia Corte cost., 22 luglio 1994, n. 341, con cui la Consulta ha espunto il minimo edittale di pena detentiva previsto per il reato di oltraggio ad un pubblico ufficiale di cui all'art. 341, co. 1 c.p., che era stato fissato dal legislatore in sei mesi. Sull'impatto di tale pronuncia si veda VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria edittale della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 2, 783 ss., la quale osservava come la Corte avesse «cercato di affrontare il problema delle pene diverse ipotizzate "irragionevoli", non dal punto di vista dell'irragionevole sperequazione delle stesse, che in fondo sempre comporta il riferimento a criteri eminentemente politici, ma assumendo come concretizzazione dell'art. 3 Cost. altri principi costituzionali intranei alla natura dell'illecito e della sanzione, come: il bilanciamento tra bene tutelato e libertà personale sacrificata, l'esistenza di un ordine di priorità tra gli interessi costituzionali, e l'applicazione del principio di determinatezza alla concreta articolazione delle modalità offensive».

“conforme a Costituzione”. Il rimedio, inoltre, non si può ritenere utilizzabile nei casi in cui l’eliminazione del minimo determini un eccessivo ampliamento della forbice edittale, in quanto vi sarebbe un contrasto insanabile con il principio di legalità³⁵.

5. *Il rimedio utilizzato dalla Corte nella sentenza n. 46/2024: qualche considerazione alla luce dell’evoluzione del sindacato costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore.* Tornando alla questione oggetto di commento, tra i vari rimedi astrattamente ipotizzabili, il giudice rimettente invocava una pronuncia ispirata ad una soluzione «costituzionalmente adeguata» consistente nel sostituire il minimo edittale introdotto nel 2019 con quello stabilito per i due *tertia comparationis* individuati, ossia il furto e la truffa, per i quali il legislatore ha fissato la pena minima in sei mesi di reclusione.

La Corte, però, ritiene che la necessità di adottare una pronuncia manipolativa volta a sostituire la sanzione censurata con un’altra conforme a Costituzione si imponga solo quando da una pronuncia ablativa deriverebbero dei vuoti di tutela incolumabili. Già in premessa, dunque, il Giudice delle leggi sembra volersi svincolare dall’utilizzo dei *tertia comparationis*. Ed infatti, la conclusione cui arriva è che per rimuovere la violazione risulta sufficiente la mera espunzione del minimo edittale introdotto dal legislatore nel 2019, con conseguente applicazione dell’art. 23 c.p., in quanto «una tale soluzione – che corrisponde, del resto, a quella rimasta in vigore per il delitto di appropriazione indebita dal 1931 sino alla riforma del 2019 – non crea alcun insostenibile vuoto di tutela per il patrimonio».

La Corte, dunque, con queste poche ma essenziali parole segna un passo in avanti dell’evoluzione giurisprudenziale attorno al sindacato sulle scelte sanzionatorie del legislatore. Seguendo una tendenza già avviata da qualche anno, infatti, il Giudice delle leggi sembra volersi svincolare il più possibile dall’utilizzo pratico dei *tertia comparationis*, che nella sentenza vengono impiegati soltanto al fine di confermare una conclusione già raggiunta. Essi, dunque, non vengono utilizzati né a fondamento della declaratoria di illegittimità, né come modelli sanzionatori utili per rimuovere la violazione, in

³⁵ L’aspetto viene messo in luce da VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., il quale guarda con favore a questa soluzione affinché sia il giudice di merito ad individuare, di volta in volta, la pena adeguata.

quanto viene scelta la via dell'espunzione secca, che finora aveva visto soltanto un precedente³⁶.

Come si è anticipato, però, questo rimedio rischia di porsi in contrasto con la discrezionalità legislativa, in quanto la Corte sembra svincolarsi da qualsiasi appiglio normativo per individuare la soluzione da adottare di fronte ad una pena che risulti sproporzionata: il contrasto, dunque, risiederebbe nella sostituzione, ad opera della Consulta, della scelta compiuta dall'organo parlamentare con un'altra effettuata direttamente e discrezionalmente da essa. La sentenza che si commenta, però, offre alcuni spunti di riflessione utili a verificare se le cose stiano davvero così. A ben vedere, infatti, nel caso di specie i profili di criticità relativi al possibile contrasto tra il principio di legalità e l'ablazione secca del minimo edittale sembrano rimanere sullo sfondo, se non addirittura essere inesistenti. La Corte, invero, non ha semplicemente espunto la previsione legislativa, ma piuttosto ha dichiarato illegittima una scelta sanzionatoria al posto di un'altra, che non è però quella di un *tertium comparationis*, ma quella effettuata in passato dallo stesso legislatore con riferimento alla medesima fattispecie, con l'effetto, dunque, di riportare il minimo edittale a quello precedente la riforma.

La tensione con il principio di legalità, in altri termini, sembra la minore possibile, e forse sarebbe stata maggiore laddove fossero stati utilizzati i *tertia comparationis* per individuare il rimedio, in quanto questa soluzione, come si è evidenziato più sopra, si scontra necessariamente con un alto rischio di indeterminatezza. Soprattutto, nel caso di specie, si sarebbe trattato di guardare ad una scelta sanzionatoria compiuta dal legislatore per una fattispecie che, pur "simile", è comunque *altra e diversa* da quella di appropriazione indebita, quando invece quest'ultima era già stata oggetto di una precedente scelta sanzionatoria conforme a Costituzione.

L'ablazione del minimo edittale introdotto nel 2019 per il reato di cui all'art. 646 c.p., pertanto, non determina altro che la reviviscenza della precedente previsione, che fissava soltanto il massimo della pena detentiva. Proprio per questo motivo la soluzione appare assolutamente coerente con la questione sollevata, che aveva ad oggetto una modifica normativa irragionevole e sproporzionata.

³⁶ La già citata Corte cost., 22 luglio 1994, n. 341, con cui la Corte dichiarava l'illegittimità del minimo edittale previsto per il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale espungendolo e, dunque, rendendo applicabile la regola di cui all'art. 23 c.p.

Con ciò, però, non si vuole arrivare a negare l'utilità dei *tertia comparationis* – tanto è vero che la stessa Corte non li ha mai abbandonati definitivamente –, quanto piuttosto apprezzare il tentativo di liberarsene al momento della scelta del rimedio, affinché sia garantita la possibilità di individuare quello più confacente allo specifico caso concreto³⁷.

Il confronto tra fattispecie, infatti, potrà avere comunque una duplice rilevanza: in primo luogo, al fine di verificare e confermare la conclusione raggiunta in merito all'illegittimità della scelta sanzionatoria, cosicché sia sempre salvaguardata la coerenza del sistema; in secondo luogo, anche al momento della scelta del rimedio, il *tertium* avrebbe una valida funzione, ma non più come *vincolo*, bensì come *indice* utile ad orientare la Corte al fine di individuare la soluzione più appropriata, la quale, ovviamente, non sarebbe *obbligata*, quanto al più semplicemente *orientata* dal confronto con fattispecie simili a quella censurata³⁸.

Si tenga presente, inoltre, che sarà sempre possibile per il legislatore intervenire successivamente con una nuova scelta conforme ai principi costituzionali.

³⁷ Già DODARO, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, cit., sottolineava che nella ricerca del rimedio «rilevante è la distinzione non tra ciò che c'è e ciò che non c'è a livello latente nell'ordinamento, bensì tra ciò che è giustificabile e ciò che non è "giustificabile" alla luce dei principi costitutivi dell'ordinamento».

³⁸ Sul punto risulta radicale la lettura di BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, cit.; ID., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, cit. Bartoli, infatti, ritiene che non si possa abbandonare l'utilizzo del *tertium comparationis* non solo nella scelta del rimedio adottabile, ma ancor prima nel giudizio di proporzione della scelta sanzionatoria del legislatore. Oltretutto, in tale ottica non sarebbe possibile neanche ammettere una scelta del rimedio tra più soluzioni ipotizzabili, dovendo necessariamente essere individuabile un'unica soluzione costituzionalmente conforme: l'Autore in sostanza considera legittimo soltanto il giudizio svolto mediante il *tertium comparationis* con la soluzione a rime obbligate. Allo stesso modo si esprimono per l'imprescindibilità del *tertium* anche da un punto di vista logico-argomentativo INSOLERA-ROMANO, *L'evoluzione del controllo di proporzionalità delle sanzioni penali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.; LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, cit.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit. Al contrario, DODARO, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, cit., sottolinea l'inappropriatezza di questo tipo di giudicato nella materia della proporzionalità della pena. Si veda, inoltre, quanto sottolineato da BRUNELLI, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, 1, 181 ss., secondo il quale il *tertium comparationis* non è altro che un sintomo di incoerenza sistematica e, dunque, un mero indice di illegittimità della norma, ma non l'unico, in quanto «il giudizio non si esaurisce nella comparazione sistematica, perché un conto è il mezzo di prova un altro la prova: la disfunzionalità tra precetto e sanzione non va confusa con la disfunzionalità tra sanzioni».

Anche nella pronuncia in commento, del resto, il Giudice delle leggi ricorda che la soluzione adottata consente pur sempre «al legislatore di valutare se intervenire, nell'esercizio della sua discrezionalità», al fine di individuare il trattamento sanzionatorio che ritiene opportuno per l'appropriazione indebita, purché ciò avvenga «tenendo conto del suo peculiare disvalore, e comunque entro i limiti dettati dal principio di proporzionalità tra gravità del reato e severità della pena»³⁹.

Dal quadro tracciato, dunque, emerge la necessità che sia la Corte, di volta in volta, ad individuare il rimedio che risulti maggiormente adeguato alla fattispecie censurata affinché sia assicurata la miglior tutela dei principi costituzionali e della coerenza del sistema, quantomeno fino ad un nuovo intervento del legislatore.

La sentenza in commento, inoltre, offre un ulteriore spunto riflessivo circa gli effetti derivanti dall'ablazione secca dei minimi edittali, con particolare riferimento alle ipotesi in cui essi siano fissati dalla legge in misura non superiore a due anni di pena detentiva. Nei giudizi di merito, infatti, in questi casi il giudice può applicare la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis c.p.* laddove l'offesa risulti di particolare tenuità, il comportamento del reo non sia abituale e non ricorra nessuna delle cause ostative di cui al secondo e terzo comma della disposizione. Si consideri, però, che in assenza anche di uno solo di questi requisiti, il giudice dovrà necessariamente irrogare la pena e determinare il *quantum* partendo dal minimo edittale previsto⁴⁰, che potrebbe anche essere di due anni come accadeva nel caso sottoposto all'attenzione della Corte.

Sembra, dunque, che vi sia un vuoto tra la non applicazione della pena quando il giudice ritenga *inopportuna* la sua irrogazione, e la sua necessaria determinazione al di sopra del minimo edittale fissato dal legislatore quando invece il giudice ritenga *opportuno* irrogare una pena, ovvero semplicemente sussista una delle condizioni ostative previste dai commi due e tre dell'art. 131-*bis c.p.*

Il punto è che, se si affida al giudice il potere di valutare l'opportunità di applicare la pena alla luce di una considerazione del disvalore concreto del reato sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, allora *a fortiori* si dovrebbe riconoscere la possibilità che, una volta ritenuto che una pena debba essere

³⁹ *Considerato in diritto* n. 4.3.

⁴⁰ Rimane salva, ovviamente, l'eventuale successiva applicazione di circostanze attenuanti.

irrogata, lo stesso possa muoversi liberamente dal minimo di cui all'art. 23 c.p. al massimo edittale fissato dal legislatore⁴¹.

Il rimedio adottato nella sentenza che si annota, pertanto, ha il pregio di consentire ai futuri giudici di merito di effettuare una valutazione progressiva dall'*an* al *quantum* della sanzione che abbia come unico limite quello superiore del massimo edittale.

V'è da dire, però, che riflessioni di questo genere non traspaiono nemmeno sullo sfondo della pronuncia, ma ciò non esime dall'auspicare che la Corte prosegua su questa linea in future occasioni, così da affinare la coerenza del sistema e garantire un concreto rapporto di proporzione tra pena astrattamente prevista e gravità del reato, che trovi effettiva attuazione al momento dell'irrogazione da parte del giudice.

Si potrebbe guardare con favore, dunque, all'utilizzo del rimedio ablativo in luogo di quello manipolativo, quantomeno con riguardo alle censure relative a minimi edittali fissati in misura non superiore a due anni di pena detentiva.

6. Una riflessione in extremis sulla reale necessità del sindacato costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore. È fuor di dubbio, ad oggi, che le scelte sanzionatorie in materia penale siano di carattere essenzialmente politico e quindi rimesse alla piena discrezionalità del potere legislativo; allo stesso tempo

⁴¹ In questi termini, già prima dell'intervento operato dalla Riforma Cartabia sull'art. 131-bis c.p., si esprimeva BRUNELLI, *La tenuta del fatto nella Riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali? Alla luce della delega conferita dal legislatore al Governo*, in *www.sistemapenale.it*, 13 gennaio 2022. In particolare, l'Autore osservava che «se il giudice è abilitato a infliggere zero pena, applicando (ormai pressoché integralmente) i criteri dell'art. 133 e purché non vi ostino le varie condizioni oggettive e soggettive dell'art. 131 bis, non si comprenderebbe perché, ove non ritenga di spingere la sua valutazione equitativa sino allo zero egli non possa considerare qualunque misura della pena al di sopra di esso, senza doversi arrampicare fino al limite minimo superiore che la legge ancora incongruamente prevede». Ciò perché «pretendere in questo caso il rispetto del limite edittale dei due anni, sia pure eventualmente ridotto dalle circostanze attenuanti generiche, significa aver costruito nel sistema un irragionevole "scalino" in ossequio al principio della legalità della pena, difficilmente compatibile con proporzione e ragionevolezza». Sul punto si veda anche BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità per tenuta del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, 54 ss. Più di recente, si veda PELISSERO, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 10, 1359 ss. La tesi proposta non appare condivisa da MARTIELLO, *La «particolare tenuta del fatto» dopo l'attuazione della "Riforma Cartabia": primissime note di commento al novellato art. 131-bis c.p.*, in *www.discrimen.it*, 10 novembre 2022. Per una riflessione di più ampio respiro sulla discrezionalità del giudice si veda BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione da pena per fatto tenue*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di PALIERO-VIGANÒ-BASILE-GATTA, Milano, 2018, vol. I, 247.

però è innegabile che tali scelte debbano pur sempre rispettare i principi di ragionevolezza e proporzionalità della pena. Del resto, è un dato ormai assodato che di fronte ad una violazione di questi parametri la Corte costituzionale sia legittimata ad intervenire per rimuoverla⁴². La questione che rimane aperta, piuttosto, riguarda i limiti di questi interventi ed i rimedi utilizzabili per mantenere salvo il principio di legalità. È evidente, infatti, che al pari di quest'ultimo hanno copertura costituzionale anche altri principi, quali quelli di ragionevolezza, di uguaglianza, di colpevolezza, di proporzionalità della pena e della sua finalità rieducativa.

Tutto si risolve, allora, in un necessario bilanciamento dei diversi principi che stanno a fondamento del diritto penale, sul cui rispetto è evidente che debba vigilare la Corte costituzionale. In altri termini, anche la discrezionalità legislativa nelle scelte sanzionatorie entra in relazione con altre istanze costituzionali che non si possono ritenere soccombenti e che, pertanto, svolgono una funzione di limite alla libertà dell'organo parlamentare.

Il legislatore, dunque, in virtù del principio di legalità possiede il monopolio sulle scelte sanzionatorie, ma esse devono essere compiute nel rispetto di determinati parametri⁴³. In particolare, la pena astrattamente prevista per la violazione di un precetto deve essere proporzionata alla gravità delle diverse condotte sussumibili nella fattispecie, entro il limite segnato dalla colpevolezza ed in modo che sia garantita la rieducazione del reo. È necessario, in altri termini, che la pena apprestata dal legislatore sia in grado di orientare i comportamenti dei consociati rendendoli consapevoli del diverso disvalore insito nella molteplicità di condotte penalmente rilevanti che possono tenere⁴⁴.

⁴² In dottrina il punto è stato risolto da tempo da CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, cit.; più di recente, si veda INSOLERA-ROMANO, *L'evoluzione del controllo di proporzionalità delle sanzioni penali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.; VIGANO, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit. Nel senso di una generale insindacabilità delle scelte sanzionatorie del legislatore per il loro carattere strettamente politico, si esprimeva invece PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori o sproporzione «irrazionale»?», in *Giur. cost.*, 1997, 2, 774 ss.*

⁴³ Già VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria edittale della pena*, cit., osservava come «potremmo immaginare la discrezionalità legislativa come lo scarto tra una cosiddetta legittimazione positiva della tutela coercitiva, data dai beni giuridici costituzionalmente orientati, e una serie di principi costituzionali (colpevolezza, rieducatività, sussidiarietà, frammentarietà, proporzione) che influenzano le scelte metodologiche del legislatore. [...] Questi ultimi non solo forniscono indicazioni per l'individuazione dell'area penalmente rilevante ma talora (es. frammentarietà; proporzione) possono proiettarsi sul terreno di strutturazione della fattispecie, a tale stregua traducendosi in un sistema di corrispondenze tra bene giuridico - fattispecie - sanzione difficilmente eludibile da parte del legislatore».

⁴⁴ Infatti, come osservava già tempo fa CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità*

D'altro lato, la pena irrogabile deve essere in grado di garantire che la sua successiva determinazione ed esecuzione sia capace di assolvere al necessario compito rieducativo del condannato: una pena che già in astratto risulti troppo elevata, infatti, violerebbe *ab origine* l'irrinunciabile istanza risocializzante, l'unica che, a ben vedere, viene esplicitamente presa in considerazione dalla Costituzione. Infine, occorre ricordare che il trattamento sanzionatorio scelto deve anche essere coerente con il sistema in cui è inserito.

È sulla base di tali parametri, dunque, che la determinazione della forbice edittale di pena astrattamente applicabile per la violazione dei singoli precetti può dirsi ragionevole e proporzionata⁴⁵.

costituzionale, cit., «dal punto di vista della politica criminale, un livellamento delle sanzioni verso l'alto, superiore al grado di colpevolezza, disorienterebbe la coscienza dei destinatari delle norme, che non saprebbero più apprezzare il reale disvalore dei fatti puniti con pene omogenee, e dunque verrebbe indebolito il significato di orientamento dell'agire umano su cui fa leva il diritto penale». Appare difficile, in questa sede, ripercorrere adeguatamente l'iter evolutivo della dottrina e della giurisprudenza attorno al rapporto tra principio di colpevolezza e pena fissata dal legislatore; sia consentito, pertanto, rimandare ad autorevole dottrina che si è occupata del problema già da tempo, tra cui: EUSEBI, *La "nuova" retribuzione. Sezione II. L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 4, 1315 ss.; FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 4, 836 ss.; PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 4, 798 ss.; PULITANÒ, *Appunti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di STILE, Napoli, 1991, 85; ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1, 16 ss. Per alcuni contributi più recenti si vedano BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005; FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 164 ss.; GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012; LAZZERI, *La rimproverabilità soggettiva come vincolo di proporzionalità della pena in una nuova sentenza della Corte costituzionale sull'art. 69 c. 4 (in relazione alla seminfermità mentale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 2, 1104 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, sulla rimproverabilità soggettiva a fondamento sia dell'*an* della pena che del *quantum*, si vedano Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236; Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222; nonché Corte cost., 24 aprile 2020, n. 73, con cui la Consulta ha sottolineato che «il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato, da tempo affermato da questa Corte sulla base di una lettura congiunta degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. [...], esige in via generale che la pena sia adeguatamente calibrata non solo al concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo (sentenza n. 222 del 2018). E il *quantum* di disvalore soggettivo dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della colpa, ma anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile».

⁴⁵ Per una ricostruzione del principio di proporzionalità della pena a partire dalla Carta costituzionale si veda VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., il quale giunge a prospettare l'esistenza di un diritto fondamentale della persona a non subire pene sproporzionate. Per una riflessione di carattere più marcatamente teorico si veda RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020. Si tenga

Il legislatore, pertanto, opera in funzione *positiva* determinando le pene irrogabili per la violazione dei singoli precetti, nel rispetto dei limiti appena visti. La Corte costituzionale, invece, opera in chiave *negativa*, tramite l'eliminazione delle scelte legislative che risultino oltrepassare, e dunque violare, tali limiti⁴⁶. Un'attività positiva della Consulta rimarrà sempre e soltanto eventuale, in quanto confinata alle ipotesi in cui non basti l'espunzione della previsione, ma occorra individuare soluzioni diverse per non determinare degli insostenibili vuoti di tutela.

Del resto, a ritenere diversamente, si dovrebbe ammettere che in nome del rispetto del principio di legalità possano essere sacrificati altri beni costituzionali, quali la libertà personale e il finalismo rieducativo della pena⁴⁷. Ciò che conta, in fondo, è che i consociati siano sempre garantiti da scelte incriminatrici e sanzionatorie non ponderate, non giustificate o non giustificabili.

Il principio di legalità, infatti, trova origine proprio nella necessità che queste scelte vengano compiute da un organo rappresentativo della volontà popolare, affinché gli individui siano tutelati dal rischio di qualsiasi arbitrio. Ma, a ben vedere, quando questo meccanismo entra in crisi e le scelte non risultano

presente, inoltre, che il principio di proporzionalità della pena - non espressamente previsto dalla Costituzione - trova invece espresso riconoscimento nell'art. 49 CDFUE. In questa sede, purtroppo, non vi è spazio per soffermarsi adeguatamente sulla portata di tale previsione; sia consentito, pertanto, rimandare a GAMBARDELLA, *Il primato del diritto dell'Unione e la Carta dei Diritti Fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria*, in *Cass. pen.*, 2021, 1, 26 ss.; PELISSERO, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti europolitane sul principio di legalità delle pene*, cit.; PERIN, *Il diritto europolitano a non incorrere in sanzioni sproporzionate e la discrezionalità correttiva del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 3, 1382 ss.; VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione Europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *www.sistemapenale.it*, 26 aprile 2022.

⁴⁶ Così GRIMALDI, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale*, cit.; MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, cit.; VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit.

⁴⁷ Così PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit. Del resto, le obiezioni sollevate nei confronti del sindacato costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore, sono fondate su una supposta violazione del principio di legalità e, dunque, sulla possibile sostituzione del senso di giustizia dei giudici a quello degli organi rappresentativi della volontà popolare, ma esse «provano troppo: giacché, a prenderle sul serio, si dovrebbe negare in radice il potere di giudici non eletti (comprese le corti costituzionali nazionali) di limitare i poteri dei parlamenti democraticamente legittimati in difesa di qualsiasi diritto fondamentale della persona»: così si esprime VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit.

adeguate o ragionevoli, allora sorge la necessità di intervenire: è qui che si innesta il sindacato costituzionale, il quale ha l'esclusivo fine di garantire, ancora una volta, i consociati affinché le scelte incriminatrici e sanzionatorie siano sempre ragionevoli e proporzionate⁴⁸.

Questo ruolo di salvaguardia deve anzi essere valorizzato in un'epoca caratterizzata dall'uso marcatamente populista che il legislatore fa del diritto penale, che porta spesso ad inasprimenti sanzionatori dettati più dalla necessità di assecondare e compiacere le spinte emotive della collettività, che da apprezzabili giustificazioni di carattere giuridico⁴⁹. Il continuo - e quasi compulsivo - susseguirsi di leggi che modificano sensibilmente precedenti previsioni sanzionatorie, infatti, non fa altro che creare tensione all'interno del sistema ovvero accentuare tensioni già esistenti.

Senza considerare, oltretutto, la frequente inerzia del legislatore di fronte alle numerose richieste di intervento da parte della Consulta sia in via preventiva - con le cd. sentenze monito⁵⁰ - sia in via successiva a seguito di declaratorie di illegittimità⁵¹. Va sottolineato, infatti, che nelle numerose pronunce aventi ad

⁴⁸ Sul punto appare interessante la lettura proposta da FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 13 ss., il quale ritiene «obsoleta» la tradizionale concezione del principio di legalità e proprio per tale motivo prospetta la necessità di una rivisitazione dello stesso principio di riserva di legge parlamentare, «riambientandolo nella cornice teorica e assiologica della democrazia costituzionale contemporanea».

⁴⁹ Sul punto ANASTASIA-ANSELMI-FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2020; AMODIO, *Il populismo penale nell'Italia dell'antipolitica*, in *Cass. pen.*, 2020, 5, 1813 ss.; CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 5, 589 ss.; CERETTI-CORNELLI, *Il diritto a non avere paura. Sicurezza, populismo penale e questione democratica*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1481 ss.; DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *www.sistemapenale.it*, 7 settembre 2020; LANDOLFI, *Declinazioni del populismo e ricadute sul diritto penale. Un caso emblematico: le riforme della legittima difesa*, Pisa, 2023; PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1, 5 ss.

⁵⁰ Per una riflessione di ampio respiro sulle cd. sentenze monito della Corte costituzionale si veda GIUGNI, *Potere monitorio della Corte costituzionale e legalità penale*, cit.; 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*, 2019, 2, 644 ss.

⁵¹ Sul ruolo della Consulta a fronte di una sempre più manifesta incoerenza del sistema codicistico penale e della frequente inerzia del legislatore di fronte ai moniti della Corte si vedano D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit.; INSOLERA-ROMANO, *L'evoluzione del controllo di proporzionalità delle sanzioni penali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.; PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit.; 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.; MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, cit.

oggetto le scelte sanzionatorie del legislatore la Corte non ha mai mancato di rivolgersi a quest'ultimo affinché intervenisse direttamente sulle fattispecie censurate. Che l'organo parlamentare rimanga inerte di fronte a queste sollecitazioni, d'altro lato, non può costituire un limite al sindacato costituzionale, come del resto la stessa Corte ha sottolineato più volte; diversamente, infatti, l'immobilismo legislativo determinerebbe la lesione di diritti fondamentali degli individui.

In conclusione, appare irrinunciabile il ruolo della Corte costituzionale a garanzia dei consociati ed a salvaguardia dei fondamentali principi del diritto penale, anche quando si tratti di censurare scelte strettamente politiche come quelle sanzionatorie, e ciò quantomeno finché la Corte si dimostrerà conscia del carattere *negativo* e *correttivo* del proprio sindacato e dei confini entro i quali esso può muoversi.

LORENZO DE ANGELIS