

La fine è ignota. Un commento alla sentenza n. 40/2019 della Corte Costituzionale.

di **Michele Passione**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il metodo. – 3. La soluzione. – 4. Le ragioni della decisione. – 5. Finale di partita.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 40 del 2019 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art.73, comma 1, del DPR 309/90, nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni, anziché di sei anni.

Pur essendo molteplici le riflessioni che la decisione sollecita, ci limiteremo a tre ordini di valutazioni.

2. Il metodo.

La prima considerazione attiene al metodo utilizzato dal Giudice delle leggi, rivendicato *expressis verbis*.

Prendendo le mosse dalla sua precedente sentenza, n.32 del 2014, con la quale era stata dichiarata incostituzionale la previgente disciplina prevista dalla legge *Fini Giovanardi*, per effetto della quale il minimo edittale era ritornato ad anni otto di reclusione, la Corte riafferma che “*l'effetto in malam partem è ammissibile, in quanto esso è una mera conseguenza indiretta della reductio ad legitimitatem di una norma costituzionalmente illegittima, la cui caducazione determina l'automatica riespansione di altra norma detta dallo stesso legislatore*”.

Ciò rilevato, la Corte non si sottrae (più) all'esigenza di misurarsi col tema posto dal rimettente, onde evitare “*zone franche immuni dal sindacato...proprio in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, tra cui massimamente la libertà personale, incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore*”.

Per far ciò, la Consulta perviene ad un approdo ermeneutico che ci pare costituire il passaggio “politicamente” più significativo della sentenza, laddove evidenzia che pur a fronte di assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate le sia consentito intervenire sulla misura delle sanzioni, “*alla luce degli approdi cui è pervenuta la più recente giurisprudenza costituzionale*”.

A tal proposito, vengono richiamate le sentt. n.236 del 2016, n.222 e 233 del 2018, i cui rispettivi estensori sono stati i Giudici Zanon, Viganò e Barbera; nel caso di specie, la Vice Presidente Cartabia.

Secondo la Corte, al dunque, non rileva la presenza “di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima”, ossia un classico *tertium comparationis*, quanto la possibilità di rinvenire nell'ordinamento soluzioni, anche alternative, che consentano di ritrovare coerenza, sostituendosi alla norma censurata.

Si tratta dunque di una convinzione riaffermata, ed ormai consolidata all'interno della Corte, per effetto della quale sembra ormai abbandonato il tradizionale *self restraint* che sino a poco tempo fa, come segnalato di recente in dottrina, aveva scontentato “*aspettative che, se soddisfatte, avrebbero compromesso gli equilibri costituzionali*”¹.

La decisione, sia pur animata da generosità, e certamente apprezzabile per aver risolto un caso (peraltro di ampia diffusione giurisprudenziale) ove vengono in gioco l'irragionevolezza dell'opzione normativa e la finalità precipua della pena, che viene arricchita in termini di “*recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale*” (sent.n.179 del 2017) e “*progressivo reinserimento armonico nella persona della società*” (sent.n.149 del 2018), si espone tuttavia all'ineludibile rischio di abbandonare le rime obbligate per percorrere una strada irta di pietre di inciampo.

Ed infatti, l'aumento di discrezionalità che la Corte rivendica schiude alla possibilità di un sindacato diffuso rispetto a scelte di merito del legislatore, magari opinabili (come sempre più spesso accade), ma comunque afferenti ad opzioni politico-criminali, che dovrebbero essere estranee alla sua valutazione².

3. La soluzione.

Il secondo profilo problematico che emerge a una prima lettura è dato dalla soluzione adottata.

Contrariamente a quanto da più parti auspicato³, la Consulta perviene all'individuazione dello stesso minimo edittale prospettato dalla Corte territoriale triestina, ma seguendo una soluzione diversamente argomentata. Non proprio il *remake* dell'affaire Taricco (nel quale la Corte di Giustizia accolse con tutt'altra – irragionevole – motivazione la questione pregiudiziale sollevata dal Gip di Cuneo), ma non così lontani. *Faraway, so close*, si direbbe.

¹ F. Giunta, *Note minime su politica criminale e controllo di costituzionalità*, in www.discrimen.it, 18 gennaio 2019

² Cfr. V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, Treccani, Libro dell'anno del diritto 2013, 104 e sgg., secondo cui il *tertium comparationis*... “consente di offrire i riferimenti normativi per porvi eventualmente rimedio, senza aprire ad inammissibili interventi creativi da parte della Corte”

³ C. Bray, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte Costituzionale sulla illegittimità della pena minima per il traffico di droghe pesanti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 22 gennaio 2019; R. Bartoli, *La Corte Costituzionale al bivio tra rime obbligate e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 febbraio 2019

Ed infatti, lungi dall'individuare il riferimento precipuo *“nel perimetro conchiuso dal medesimo articolo”*⁴ (ponendo a raffronto gli artt.73, comma 1 e 5, del DPR 309/'90), posto che... *“per rimediare la rottura della razionalità interna del sistema, senza effettuare valutazioni sulla dosimetria, c'è un rimedio tecnicamente possibile, uno solo: ricucire la frattura fra le cornici edittali”*⁵, la Corte ritiene che la pena minima per il delitto di cui all'art.73, comma 1, DPR 309/'90 debba stabilirsi in anni sei, ricavata *“da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria”*.

Il primo riferimento attiene alla pena prevista dall'art. 4 bis del d.l. n.272 per i medesimi fatti, che secondo la Corte *“ancora conserva viva traccia applicativa nell'ordinamento in considerazione degli effetti non retroattivi della sentenza n.32 del 2014”*.

Non ci pare di poter convenire sul punto; ed infatti, se è certamente vero che le pene inflitte con la cornice edittale prevista dalla legge Fini Giovanardi sono rimaste indenni (com'è ovvio) dalle ricadute *in malam partem* derivanti sul punto dalla sent.n.32 del 2014, altrettanto può obiettarsi che⁶... *“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...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”*.

In secondo luogo, la Corte ha giustamente ritenuto che la richiesta del giudice *a quo* si risolvesse in un *“improprio tentativo di impugnazione”* della precedente sentenza n.32 del 2014, *ex art.137, terzo comma, Cost.*, e tuttavia sembra lei stessa recuperare un minimo edittale travolto dal suo stesso arresto. Quasi un corto circuito.

Anche il riferimento al minimo edittale (analogamente individuato nell'ordinanza di rimessione) di cui all'art.73, comma 4, del vigente articolo 73 per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto sostanze di cui alle tabelle II e IV non pare non condivisibile.

Ed infatti, non solo la questione sollevata si riferiva alla detenzione di sostanza (cocaina) tabellata diversamente, ma il tema posto concerneva proprio il riscontrato iato sanzionatorio tra fattispecie ordinarie e lievi, e non già di pari grado, ancorchè diversamente tabellate.

Infine, e di nuovo, un riferimento inconferente, vale a dire al previgente massimo edittale per i fatti di lieve entità concernenti le droghe *“pesanti”*, effettivamente

⁴ Cfr. sent. Corte Cost., n.236 del 2016.

⁵ D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.diritto penale contemporaneo.it, 13 febbraio 2017

⁶ R. Bartoli, *op. cit.*, 153

previsto nel testo originario del DPR 309/90 nella misura massima di anni sei di reclusione, e tuttavia poi modificato due volte, ed espunto dall'ordinamento vigente (dapprima con l.n.146 del 2013, che aveva portato a cinque la pena massima per l'ipotesi lieve, poi con l.n.79 del 2014, nella misura – attuale - di anni quattro di reclusione, oltre la multa).

Per tutti questi motivi, non pare potersi convenire con la soluzione adottata, tenuto altresì conto che la stessa Corte segnala come essa venisse individuata dal rimettente quale “*previsione sanzionatoria già rinvenibile nell'ordinamento*” (ma ora non più) e rispettosa della “*logica della disciplina voluta dal legislatore*” (che viceversa, come si evince dal profluvio di modifiche normative sul punto, appare tutt'altro che ispirata dalla medesima *ratio*).

4. Le ragioni della decisione.

Le considerazioni di cui sopra non possono esser disgiunte dall'analisi, sia pur rapida, delle plausibili ragioni della soluzione adottata.

Il Giudice delle leggi afferma che... “*non può essere ulteriormente differito l'intervento di questa Corte, chiamata a porre rimedio alla violazione dei principi costituzionali evocati...posto che è rimasto inascoltato il pressante invito rivolto al legislatore affinché procedesse a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi...anche in considerazione dell'elevato numero dei giudizi pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti (sentenza n.179 del 2017)*”.

Raddrizzare un legno storto, con decisione apotropaica.

Viene a mente la sentenza n.279 del 2013 con la quale la Corte, chiamata a verificare “*la legittimità costituzionale dell'art.147 c.p., nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità*”, risultando una “*pluralità di possibili configurazioni dello strumento normativo occorrente*” ha dichiarato inammissibile la *quaestio*, affermando che comunque “*non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia*”.

Viene a mente, ancor prima, la storica sentenza monito n.26 del 1999; e di nuovo, da ultimo, l'ordinanza n. 207 del 2018, con la quale la Corte ha rinviato la decisione sul “caso Cappato” all'udienza del 24 settembre 2019, sollecitando il legislatore alle scelte abilitato a compiere.

La Corte è Giudice delle leggi, e non del fatto, e se ravvisa un *vulnus* in termini di legittimità e rispetto dei precetti costituzionali ha il dovere di intervenire; ma talvolta non accade, come abbiamo appena visto.

5. Finale di partita.

Sebbene la rotta appaia segnata, almeno nel breve periodo, appare impossibile prevedere il futuro dei rapporti tra Politica e Giustizia, tra un legislatore dimentico di opzioni valoriali (si pensi alla preannunciata, scellerata riforma proprio in materia di stupefacenti)⁷ e il sorvegliato controllo della Consulta. Una Corte che, come appare evidente, non è più, solo e soltanto, il Giudice delle leggi, ma dei principi.

La diga frapposta al debordare bulimico del panpenalismo è presidio di civiltà giuridica, che appare smarrita, la capanna illuminata nella buia notte nel bosco, ma occorre evitare che la casa si riempia di pastori erranti o di postulanti riottosi; non un contropotere, insomma, poiché altrimenti, come sempre accade, ciò che oggi impedisce le più pericolose fughe in avanti di un legislatore che ha in odio se stesso potrebbe diventare, per (involontaria?) eterogenesi dei fini una macchina senza freni.

Vero, la Corte riconosce che... *“la misura sanzionatoria indicata, non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità”*; in sole tre righe, le ultime della sentenza, è possibile cogliere il pavé su cui la rotta è indicata.

Breve: si rivendica l'opzione ermeneutica capace di dare piena attuazione alla Costituzione, sganciata dall'individuazione di precisi, ed unici, riferimenti testuali, ma si riconosce la primazia del legislatore nell'esercizio delle scelte politiche, purché ragionevoli e misurate. Parrebbe la quadratura del cerchio, ma è difficile immaginare un'interlocuzione virtuosa, *rebus sic stantibus*, con un legislatore interessato alla ricerca di facili consensi, più che al rispetto dei principi costituzionali e convenzionali.

Nel vorticoso labirinto del sistema multilivello, nel proliferare inevitabile delle fonti sovranazionali, sarebbe bene che anche il giudice del merito resistesse alla tentazione dell'invio *à la carte*, fermo il doveroso scrutinio (questo sì) del rispetto di cui all'art.49 della CDFUE per ciò che concerne l'irrigidimento delle risposte sanzionatorie.

⁷ L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2012, 213... *“il diritto, per sfuggire al rischio di porsi come dinamica autoreferenziale, deve essere giustificato filosoficamente a partire da opzioni valoriali che attengono alla concezione della giustizia”*