



GIULIA FRANCESCOTTI\*

## SPROPORZIONE SANZIONATORIA PER ASSENZA DI QUALSIASI PLAUSIBILE GIUSTIFICAZIONE DELL'INTERVENTO LEGISLATIVO.

NOTA A CORTE COST. N. 46 DEL 2024\*\*

**Abstract [It]:** L'articolo analizza la sentenza n. 46 del 2024, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo il minimo edittale di pena detentiva, pari a due anni, comminato per il reato di appropriazione indebita. Il presente contributo, più che interrogarsi sugli stretti profili di merito della decisione, intende porre l'attenzione sull'*iter* argomentativo che ha condotto il Collegio ad accogliere la questione sollevata, e sulle sue (ipotizzate) ricadute nella scelta della tecnica decisoria in concreto adottata.

**Abstract [En]:** This article analyses judgement No. 46 of 2024, by which the Italian Constitutional Court declared unconstitutional the minimum penalty of imprisonment, equal to two years, prescribed by law for the crime of embezzlement. This essay intends to focus on the argumentation produced by the Court, and on its (hypothesized) consequences on the choice of the decisional technique adopted in the present case, rather than on the matter of the decision.

**Parole chiave:** Corte costituzionale, appropriazione indebita, proporzionalità, motivazione della legge, tecnica decisoria.

**Keywords:** Constitutional Court, Embezzlement, Proportionality, Justification of Legislation, Decisional Technique.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I termini della questione ... – 3. ... ed il suo esito. – 4. Il percorso argomentativo: la (pericolosa) invocazione della motivazione legislativa. – 5. La tecnica decisoria: dietro la maschera della mera ablazione (ri)emerge la sostituzione. – 6. Conclusioni.

\* Dottoranda in Scienze giuridiche (XL ciclo), *curriculum* Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale, comparazione giuridica, diritto e religione – Università degli Studi di Pisa.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*.

## 1. Premessa

Con la sentenza n. 46 del 2024<sup>1</sup>, il Collegio di Palazzo della Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 646, comma primo, c.p., limitatamente alla previsione di due anni di reclusione quale pena minima per il reato di appropriazione indebita.

Affermare che tale pronuncia offra una preziosa occasione per continuare a riflettere attorno al delicatissimo tema del sindacato costituzionale in materia di dosimetria sanzionatoria non è una mera formula di stile.

Che la Corte aggredisca le comminatorie edittali è notizia che, in effetti, di per sé, non fa più molto rumore. Almeno non da quando, ammissione dopo ammissione, accoglimento dopo accoglimento, rima dopo rima, si è compreso che, in materia penale, paiono non esistere più «zone in sé vietate “in ingresso”», ma unicamente «zone vietate “in uscita”»<sup>2</sup>: inaccessibili, dunque, non già in virtù della loro natura politica, bensì per l'impossibilità di addivenire ad una ablazione secca o - come dimostrano anche i più recenti arresti<sup>3</sup> - di rinvenire una «grandezza normativa pre-data»<sup>4</sup>, che, pur nella sua (auspicata) provvisorietà, consenta una manipolazione ragionevolmente soddisfattiva delle pretese avanzate e accertate come fondate.

Eppure, abitudine non vale assuefazione. Tanto più in riferimento al ramo delle sanzioni, non a torto considerato, soprattutto sul versante della loro comminatoria, un settore in relazione al quale la Corte ha manifestato, nel corso del tempo, un evidente e piuttosto peculiare «pendolarismo»<sup>5</sup>. Ed infatti, la pronuncia in commento, pur collocandosi nel contesto descritto, senza apparentemente sconfessarlo, né apertamente innovarlo, deve, tuttavia, essere segnalata, per l'adozione di un *iter* argomentativo particolarmente sorprendente e per il ricorso ad una tecnica decisoria piuttosto singolare per forma e sostanza.

Sono questi gli aspetti che, a parere di chi scrive, rendono la pronuncia in esame degna di nota - anche in senso letterale - ben più della ormai generica e non più sconcertante

<sup>1</sup> Sentenza n. 46 del 22 marzo 2024, pres. Barbera, red. Viganò.

<sup>2</sup> T. GIOVANNETTI, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*, Torino, Giappichelli, 2020, 32.

<sup>3</sup> Il riferimento è specificamente rivolto alla recentissima sentenza n. 138 del 19 luglio 2024, intervenuta sul tormentato settore dei reati in materia di stupefacenti, con particolare riguardo all'art. 74, commi 1 e 2, del d.P.R. del 9 ottobre 1990, n. 309, ritenuto, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Brescia, contrastante con i principi di proporzionalità, ragionevolezza, e finalismo rieducativo della pena, di cui agli artt. 3 e 27 Cost. Ritenuta impraticabile la soluzione proposta dal remittente per ovviare alla sperequazione sanzionatoria tra i livelli minimo e massimo della cornice edittale dal medesimo articolo prevista, e poiché «dal sistema legislativo non appaiono [...] ricavabili, allo stato, “grandezze predate” diverse da quelle indicate dal giudice *a quo*, alle quali possa mettersi eventualmente capo al fine di riequilibrare l'assetto sanzionatorio censurato» (*Considerato in diritto*, par. 5.), le questioni vengono, dal Collegio, dichiarate inammissibili. Non prima di aver, tuttavia, auspicato «un sollecito intervento del legislatore che valga a rimuovere l'anomalia sanzionatoria» (*Ibid.*).

<sup>4</sup> N. ZANON, *Intorno a due tecniche decisorie controverse: le sentenze di accoglimento “a rime adeguate” e le decisioni di rinvio dell'udienza a data fissa con incostituzionalità prospettata*, in E. MALFATTI - V. MESSERINI - R. ROMBOLI - E. ROSSI - A. SPERTI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?* Pisa, 15 dicembre 2022, Pisa, Pisa University Press, 2023, 87.

<sup>5</sup> G. RICCARDI, *Il “pendolarismo” della Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza: a proposito dell'irrazionale, ma ragionevole, disciplina sanzionatoria dell'immigrazione*, in *Critica del diritto*, n. 1/2007, 48 ss.

considerazione per cui essa, in virtù del suo oggetto, si iscrive all'interno di un ricco filone giurisprudenziale.

## 2. I termini della questione...

Nell'occasione all'origine della sentenza in commento, il Collegio era chiamato a esprimersi in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 646, comma primo, c.p., il quale prevede e minaccia di punire la fattispecie di reato della, secondo la rubrica codicistica, «appropriazione indebita». L'oggetto della doglianza era circoscritto, però, alla sola misura del minimo edittale di pena detentiva: comminare due anni di reclusione<sup>6</sup>, agli occhi del giudice *a quo*, sarebbe trasmodato dalla severità all'eccesso, violando, a un tempo, gli artt. 3 e 27, comma terzo, Cost., invocati quali parametri «sia per ciò che attiene al generale principio di eguaglianza, sia sotto il profilo della proporzionalità intrinseca del trattamento sanzionatorio»<sup>7</sup>.

La dimostrazione dei motivi di illegittimità, nei termini così prospettati, correva lungo un duplice binario argomentativo: da un lato, un difetto di coerenza legislativa, lampante nell'impiego di una dosimetria sanzionatoria sensibilmente più mite in altre fattispecie di aggressione al bene giuridico patrimoniale, quali il furto (art. 624 c.p.) e la truffa (art. 640 c.p.), caratterizzate entrambe da una gravità equiparabile – se non, addirittura, superiore – a quella dell'appropriazione indebita; dall'altro, l'inadeguatezza della pena a rispecchiare, per l'eccessività della sua misura, il reale disvalore delle condotte cui si riferisce, non potendo essa adattarsi, all'atto della sua concreta inflizione, alle ipotesi di modesta entità sussumibili nella fattispecie astratta<sup>8</sup>.

L'*iter* argomentativo conduceva, pertanto, il remittente a rinvenire in una pronuncia manipolativa la soluzione per ovviare a entrambi i *vulnera* denunciati: cosicché, si invocava la sostituzione della misura di anni due di reclusione, censurata di illegittimità, con quella di mesi sei, costituente il «preciso punto di riferimento»<sup>9</sup> ricavato dalle cornici edittali delle fattispecie assunte a *tertia comparationis*.

---

<sup>6</sup> L'art. 646, comma primo, c.p. - nel testo antecedente all'intervento della Corte costituzionale che qui si commenta - così recitava: «chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da euro 1.000 ad euro 3.000».

<sup>7</sup> Ordinanza del Tribunale di Firenze del 6 marzo 2023, iscritta al n. 55 del r.o., pubblicata in G.U., 1<sup>a</sup> serie speciale, del 3 maggio 2023, n. 18, 72.

<sup>8</sup> Modesta era esattamente l'entità del danno e dell'offesa arrecati nella vicenda oggetto del giudizio incidentale in cui la questione era sorta, inerente l'accertamento della responsabilità penale di un agente immobiliare, imputato di aver indebitamente trattenuto una somma di denaro - pari a 200 euro - quale residuo dell'importo, che, ricevuto a titolo di cauzione per un contratto di locazione tuttavia mai concluso, proprio in virtù di ciò, avrebbe dovuto essere integralmente restituito.

<sup>9</sup> Secondo l'espressione invalsa in materia, come ricorda anche il giudice *a quo* nella propria ordinanza, a partire dalla sentenza n. 222 del 2018, ma già riconducibile, per vero, alla sentenza n. 236 del 2016, ove ricorre nel *Considerato in diritto*, par. 4.4.

### 3. ... ed il suo esito

Il percorso logico seguito dal giudice *a quo*, qui riassunto, fluiva, insomma, in modo pienamente coerente ai più recenti approdi raggiunti dal Giudice delle leggi in materia di misura della pena, precludendo all'accoglimento della questione. Esito al quale, come anticipato in apertura, il Collegio, infine, perverrà, dichiarando costituzionalmente illegittimo il minimo edittale di pena detentiva comminato dall'art. 646, comma primo, c.p., per violazione degli articoli 3 e 27, comma terzo, Cost.

Tale accoglimento pareva, del resto, prevedibile nei termini e nelle modalità. Senza che sia necessario, in questa sede - poiché non oggetto di interesse del presente contributo - ripercorrere nel loro lungo itinerario le modalità di esercizio del sindacato costituzionale sulla misura della pena<sup>10</sup>, è, infatti, sufficiente evidenziare che un impianto argomentativo del tutto simile a quello descritto sorresse l'impalcatura del dubbio di legittimità relativo alla fattispecie di alterazione di stato. E che la «significativa svolta»<sup>11</sup> impressa dalla sentenza che lo sciolse, la n. 236 del 2016, fu tale per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, per le innovative affermazioni di principio in essa contenute<sup>12</sup>; in secondo luogo, per le loro concrete implicazioni di metodo<sup>13</sup>, prima confermate e poi persino superate dalla giurisprudenza successiva. Quest'ultima, come noto, sulla scorta dell'inaugurata possibilità di accertare l'illegittimità di un trattamento sanzionatorio, è proseguita valutandone la sproporzione in termini assoluti<sup>14</sup>; contemporaneamente, salpava alla volta della sconfinata terra dei «versi sciolti»<sup>15</sup>, così svincolandosi dal «monopolizzante schema triadico»<sup>16</sup>, nell'eventualità - assai frequente - che il *tertium* individuato rappresentasse un termine di

<sup>10</sup> Sul punto, necessario il richiamo, *e multis*, a F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, Giappichelli, 2021; e anche a O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, Palermo University Press, 2022.

<sup>11</sup> V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, 365. Il riferimento valga anche per l'individuazione di ulteriori, innumerevoli, riferimenti bibliografici a commento della sentenza n. 236/2016, ormai ampiamente conosciuti, sui quali, pertanto, non si ritiene di doversi intrattenere.

<sup>12</sup> In particolare, il fatto che si possa operare «uno scrutinio di costituzionalità imperniato sulla manifesta irragionevolezza intrinseca della risposta sanzionatoria stabilita dalla norma censurata, sotto il profilo della proporzionalità tra severità della cornice edittale e disvalore della condotta, con ulteriore riferimento alla vanificazione, determinata dall'entità eccessiva della sanzione, della finalizzazione rieducativa della pena, ai sensi dell'art. 27 Cost.» (Sentenza n. 236 del 2016, *Considerato in diritto*, par. 4.3.).

<sup>13</sup> Diviene possibile, per la Corte, operare una manipolazione delle cornici edittali, utilizzando «coerentemente "grandezze già rinvenibili nell'ordinamento"» (*Ibid.*, par. 5.).

<sup>14</sup> Si ricordano, senza pretesa di esaustività, ad esempio, l'importante pronuncia n. 222 del 2018, così come la n. 233 del medesimo anno, la n. 40 del 2019, la n. 88 e la n. 99, entrambe risalenti anch'esse al 2019, la n. 73 del 2020, e, tra le più recenti, anche la n. 244 del 2022, nuovamente intervenuta sul terreno dei reati previsti dal codice penale militare di pace, che fu, in passato, grimaldello delle evoluzioni in tema di sindacato sulla misura della pena. Senza considerare, poi, il settore delle sanzioni amministrative afflittive, al quale, pure, è stato esteso il nuovo modo di intendere, e, se necessario censurare, la (s)proporzione: in questo senso, si possono citare le pronunce n. 185 del 2021, e n. 95 del 2022, quali esempi di un filone giurisprudenziale che procede nel solco tracciato in materia a partire dalla sentenza n. 112 del 2019.

<sup>15</sup> Così li battezzò D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 38.

<sup>16</sup> P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *L'indice penale*, n. 1/2017, 178.

raffronto inidoneo a far risaltare la sproporzione denunciata, oppure a consentire il trapianto della sanzione da una fattispecie all'altra<sup>17</sup>.

Eventualità, che, tuttavia, pareva non ricorrere nel caso di specie. Tra le considerazioni poste dalla Corte a sostegno della fondatezza del dubbio di legittimità, emerge, infatti, anche l'adeguatezza delle fattispecie, così come individuate dal remittente, a fungere da *tertia comparationis*, alimentando così l'aspettativa di un accoglimento nel verso indicato dal giudice *a quo*. D'altronde, si legge nelle motivazioni in diritto, la disciplina sanzionatoria dell'appropriazione indebita è in grado di ingenerare una «macroscopica disparità di trattamento»<sup>18</sup> rispetto al furto e alla truffa, a seconda che il fatto, pur producendo il medesimo danno patrimoniale, sia riconducibile, per le sue concrete modalità, all'una o alle altre fattispecie; e che tale irragionevolezza - di tipo, evidentemente, «orizzontale»<sup>19</sup>, o se si preferisce, estrinseca - sarebbe, peraltro, «particolarmente evidente ove si consideri la difficoltà [...] di tracciare la linea discretiva tra furto e appropriazione indebita da un lato, e truffa e appropriazione indebita dall'altro»; e verrebbe anche «ulteriormente dimostrata dalla contiguità criminologica tra questi due ultimi reati»<sup>20</sup>. Non solo. Per l'occasione, si scomoda addirittura una formula ben precisa, rivelatrice del dato di realtà per cui «simili sperequazioni sanzionatorie» sono in grado di porre «seriamente in discussione il canone della coerenza tra norme dell'ordinamento»<sup>21</sup>.

Ciascuno di questi fattori, considerati singolarmente e nel loro insieme, pareva, appunto, alludere e precludere alla necessità di un intervento sostitutivo, finalizzato a equiparare il minimo edittale delle tre ipotesi delittuose. Una presunzione, questa, a favore della quale deponeva anche un ulteriore elemento: nel ragionamento della Consulta, tali valutazioni non rivestono che un «ruolo tutto sommato ancillare, quasi *ad adiuvandum*»<sup>22</sup>, tanto che il compito di introdurle viene delegato ad un «inoltre»<sup>23</sup>, dal quale si dipanano quelle

---

<sup>17</sup> Come già affermato in precedenza, non è nell'interesse del presente commento ripercorrere le modalità di esercizio del sindacato costituzionale sulla dosimetria sanzionatoria. Tuttavia, appare quantomeno doveroso ricordare che, in origine, la funzione del *tertium comparationis* consisteva nel porre in risalto la sproporzione stessa del trattamento sanzionatorio, potendosi, infatti, quest'ultima rendersi manifesta al solo interno di una valutazione relazionale tra fattispecie di reato e comminatorie ad essi correlate. Con la citata pronuncia del 2016, invece, la fattispecie comparativa muta collocazione lungo il percorso argomentativo. La sua individuazione, infatti, non è più ineluttabile ai fini dell'accertamento, in sé, della sproporzione, ma resta comunque necessaria quale confine invalicabile per effettuare l'operazione di trapianto del trattamento sanzionatorio. Un aspetto messo in luce, nei termini che seguono, da V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, n. 6/2016, 2110, secondo cui, nella pronuncia n. 236 del 2016, la fattispecie comparativa - e, di conseguenza, anche il suo trattamento sanzionatorio - svolge il ruolo di «mero *terminus ad quem* e non più *starting point* del vaglio di proporzionalità».

Una soluzione eccellente nella prospettiva di voler salvare una parvente obbligatorietà di rime sempre più elastiche, poiché utile ad attutire l'impatto di tali manipolazioni sul disposto dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953; ma che, apponendo pur sempre dei vincoli, non sembrava essere del tutto in grado di fugare il ricorso a frequenti pronunce di inammissibilità per discrezionalità del legislatore. Da qui, l'invenzione delle rime «adeguate», la cui invocazione, però, stando a quanto affermato nella citata pronuncia n. 138 di quest'anno, non sarebbe comunque in grado di neutralizzare del tutto detto rischio.

<sup>18</sup> *Considerato in diritto*, par. 3.3.

<sup>19</sup> A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2016, 385.

<sup>20</sup> *Considerato in diritto*, par. 3.3.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110.

<sup>23</sup> *Considerato in diritto*, par. 3.3.

considerazioni, sopra richiamate, che nella mente del giudice *a quo* occupavano lo spazio maggiore<sup>24</sup>. Nulla di tutto ciò è, di per sé, sorprendente, riproponendo, anzi, lo schema della citata sentenza n. 236, in cui, come è stato sottolineato in dottrina, «la logica comparativa si [era] riaffacciata a valle», fungendo «sia come sintomo del vizio di sproporzione intrinseco [...] sia come riferimento per l'intervento manipolativo»<sup>25</sup>.

Ed invece, nell'opinione della Corte, la *reductio ad legitimitatem* della disposizione oggetto del vaglio esigerà «la sola dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena minima di due anni di reclusione», potendosi, così, limitare ad un intervento di tipo meramente ablatorio, «tecnicamente attuabile con la sostituzione dell'inciso [previgente] “da due a cinque anni” con l'inciso “fino a cinque anni”»<sup>26</sup>.

Si tratta, com'è evidente, di una tecnica decisoria peculiare, che solleva plurimi interrogativi, soprattutto in ordine alla sua natura - quella dichiarata e quella effettiva - e sulla cui fisionomia si avrà modo di intrattenersi nel prosieguo<sup>27</sup>. Non prima, però, di aver approfondito le giustificazioni fornite, dal Collegio, a sostegno della fondatezza del dubbio di legittimità prospettato. Le sole che, a parere di chi scrive, sono realmente in grado di spiegare la scelta effettuata di discostarsi da quell'intervento manipolativo di cui s'è detto in precedenza: l'unico razionalmente prevedibile all'interno di un contesto come quello sin qui descritto.

#### 4. Il percorso argomentativo: la (pericolosa) invocazione della motivazione legislativa

Se non stupisce che la valutazione circa la sproporzione estrinseca del trattamento sanzionatorio abbia costituito, ai fini della declaratoria, un mero puntello, ad incuriosire è, senza alcun dubbio, il suo elemento portante, rinvenuto dai Giudici all'interno della storia legislativa vissuta dal trattamento sanzionatorio previsto per l'appropriazione indebita. L'asprezza di due anni quale minimo edittale della pena della reclusione per detto reato non esprime, infatti - come spesso, ancora, accade - il rigore del legislatore di epoca fascista, bensì l'inflessibilità del legislatore “spazzacorrotti”: quest'ultimo, con la legge del 9 gennaio 2019, n. 3<sup>28</sup>, modificava la cornice edittale di pena per il reato di appropriazione indebita, sostituendo alla previgente minaccia di una detenzione «fino a tre anni», una nuova comminatoria, quantificata in misura non inferiore a due e non superiore a cinque anni di

<sup>24</sup> Nell'ordinanza di rimessione, lo spazio dedicato a motivare l'irragionevolezza estrinseca del trattamento sanzionatorio, ne ricopre, in sostanza, metà testo, estendendosi all'incirca per quattro pagine.

<sup>25</sup> D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 143.

<sup>26</sup> *Considerato in diritto*, par. 4.3.

<sup>27</sup> Cfr. *infra*, par. 5.

<sup>28</sup> Legge del 9 gennaio 2019, n. 3, pubblicata in G.U. del 16 gennaio 2019, ufficialmente rubricata «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», volgarmente nota come “spazzacorrotti”. A modificare il trattamento sanzionatorio dell'appropriazione indebita fu, nello specifico, l'art. 1, comma 1, lettera *u*) della legge in parola.

reclusione<sup>29</sup>. Tale riforma trovava spazio all'interno di quell'intervento operato ad ampio raggio sul sistema normativo al dichiarato scopo di intensificare la prevenzione, da un lato, e il contrasto, dall'altro, nei confronti dei reati contro la Pubblica amministrazione<sup>30</sup>. Stando alla relazione illustrativa del citato progetto legislativo, ricomprendere, in detto disegno, anche il delitto di appropriazione indebita sarebbe risultato quantomeno «opportuno nella prospettiva di un contrasto efficace non solo dei fenomeni corruttivi, ma anche delle attività prodromiche alla corruzione»<sup>31</sup>: esso, infatti - si legge - pur essendo «appartenente alla categoria dei delitti contro il patrimonio, è strumento che consente comunemente [...] di formare provviste illecite utilizzabili per il pagamento del prezzo della corruzione»<sup>32</sup>. Sennonché, la natura dell'appropriazione indebita quale reato c.d. “spia” di successive condotte corruttive fondava espressamente la sola, originaria, proposta di modificarne il regime di procedibilità<sup>33</sup>; non illuminava, invece, la scelta - intervenuta in un secondo momento, in corso di approvazione del disegno di legge<sup>34</sup>, e priva di un'esplicita autonoma motivazione - di inasprire il trattamento sanzionatorio con un vigore tale per cui il minimo edittale previgente, pari a quindici giorni, veniva elevato di 48 volte, sino a raggiungere la soglia dei due anni oggetto di censura. Non mancheranno di sottolinearlo gli stessi Giudici, rilevando che «le ragioni di tale brusco innalzamento del trattamento sanzionatorio [...] non sono state in alcun modo illustrate nel corso del dibattito parlamentare che ha condotto all'approvazione complessiva della legge n. 3 del 2019»<sup>35</sup>.

In ciò il *punctum dolens* della disciplina, esplicitato dalla Corte nei termini seguenti: «l'assenza di qualsiasi plausibile giustificazione - ricavabile dai lavori preparatori, o comunque ricostruibile dall'interprete sulla base delle *rationes* ascrivibili alla riforma - di un così rilevante inasprimento della pena per tutti i fatti di appropriazione indebita, e conseguentemente di una compressione assai più gravosa della libertà personale per i destinatari del precetto penale rispetto alla situazione preesistente, rende di per sé costituzionalmente illegittima la disciplina censurata, al duplice metro degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., evocati dal rimettente»<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> L'intervento legislativo riformava anche la pena della multa: la comminatoria passava, così, dalla previgente misura «fino a tre anni» a quella attuale, compresa tra un minimo di euro 1.000 e un massimo di euro 3.000. A parere del giudice *a quo* anch'essa presentava «possibili profili di incongruenza», che, tuttavia, non venivano censurati, in ragione «dell'importo tutto sommato non spropositato» della stessa (Ord. del Tribunale di Firenze del 6 marzo 2023, iscritta al n. 55 del r.o., cit., 72).

<sup>30</sup> Per l'esplicitazione di tali argomenti si legga la premessa al disegno di legge. Camera dei Deputati, Proposta di legge C. 1189, *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e dei movimenti politici*. XVIII legislatura, 24 settembre 2018, in [www.camera.it](http://www.camera.it), 1 ss.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Si proponeva, in particolare, di mantenere l'originaria procedibilità d'ufficio unicamente per alcune ipotesi considerate di maggiore gravità, e di prevedere invece, per le ipotesi non aggravate, la procedibilità a querela di parte.

<sup>34</sup> A prevedere l'inasprimento della forbice edittale, come ricordato anche dal giudice *a quo*, è stato, infatti, l'emendamento n. 1. 120, proposto durante la fase dell'esame in Commissione (svoltosi in sede referente), avanzato nella seduta del 5 novembre 2018 e approvato il 15 novembre 2018.

<sup>35</sup> *Considerato in diritto*, par. 3.2.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

Tale argomento - enfaticamente adoperato dal Collegio anche nel comunicato stampa<sup>37</sup> - richiama subito alla mente lo spettro della motivazione legislativa. Un tema - si sa - molto delicato, intorno al quale il dibattito non è mai sopito<sup>38</sup>: perché il dato oggettivo, evidenziato da voci unanimi, per cui «in Italia, com'è noto, la motivazione delle leggi non è prescritta»<sup>39</sup> quale obbligo formale incombente in capo al legislatore, non ne comporta l'automatica irrilevanza. E ciò, in virtù, se non altro, almeno della considerazione per cui una motivazione sostanziale - venga essa formalizzata o meno - «è ineluttabile»<sup>40</sup>, in quanto «costituisce il “perché” della decisione compiuta dal Parlamento»<sup>41</sup>. Lapalissiano, forse. O forse no, visto che della motivazione sostanziale si avvale, di regola, lo stesso Giudice delle leggi come di uno strumento interpretativo funzionale ad «addentrarsi nella realtà fattuale e verificare ogni possibile aspetto che possa gettare luce sugli effetti della legge nel caso concreto»<sup>42</sup>.

Un tema, dunque, piuttosto ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, il cui utilizzo, nella sentenza che si commenta, appare, tuttavia, diverso da quello anzidetto, costituendo la motivazione stessa il vero, sostanziale, bersaglio delle censure. Pur nella varietà delle nebulose espressioni impiegate nel testo («plausibile giustificazione»; «ragioni») <sup>43</sup>, è piuttosto chiaramente ricavabile l'intenzione della Corte di riferirsi ai presupposti di fatto relativi alla scelta legislativa di intervenire sul trattamento sanzionatorio censurato (la c.d. *occasio legis*): insussistenti, a suo (insindacabile) giudizio, anche alla luce della loro mancata allegazione espressa, sì che la scelta effettuata ne risulta, 'di per sé stessa', arbitraria<sup>44</sup>.

<sup>37</sup> Comunicato stampa del 22 marzo 2024, dal titolo: “Appropriazione indebita: illegittima la pena minima di due anni di reclusione”.

<sup>38</sup> Senza entrare nel merito dei pur preziosi, singoli, contributi sul tema, si possono ricordare alcuni lavori sistematici più recenti, quali S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, Cedam, 2008; M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2011; ed anche F. FERRARO - S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2019, che, invece, raccoglie (a testimonianza dell'interesse che il tema sempre suscita) gli atti dell'omonimo convegno tenutosi all'Università di Milano il 7 aprile 2017, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”. Tradizionali ed autorevolissime voci sono state, invece, quelle di V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, I, 415 ss., e di C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, De Luca, 1935.

<sup>39</sup> N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti. 2000*, Torino, Giappichelli, 2011, 72, oggi rinvenibile in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it).

Nello stesso senso si esprime anche, e *multis*, G. SCACCIA, *Gli strumenti della “ragionevolezza” nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 122, laddove afferma che «pochi dubbi dovrebbero sussistere circa l'inesistenza di un obbligo generale di motivazione della legge. Ciò in considerazione del fatto che la Costituzione tace in materia [...] e che l'attività legislativa si considera tradizionalmente libera nel fine».

<sup>40</sup> S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, cit., 31.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 8.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 420.

<sup>43</sup> È un dato empirico che la Corte impieghi, in modo piuttosto promiscuo, le espressioni “motivazione”, “giustificazione”, “ratio”, “fini”, etc., senza distinguerli in modo netto, eventualmente offrendone una definizione.

<sup>44</sup> La stessa Corte affermava, nella pronuncia n. 66 del 1992, che «il giudizio di legittimità costituzionale [...] non può spingersi fino a considerare la consistenza degli elementi di fatto posti a base della scelta» assunta dal legislatore» (*Considerato in diritto*, par. 4). Come si sa, è invece vero il contrario, così come testimonierà la giurisprudenza successiva: in M. AINIS, *Sul rilievo dei “fatti” nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 3 ss. vengono delineate, ad esempio, le pronunce relative ai c.d. anacronismi legislativi, in cui la Corte si spinge a valutare la consistenza delle ragioni (determinate, evidentemente, dal contesto storico-politico, sociale, etc.) sottese alla disciplina normativa sottoposta al suo vaglio, piuttosto frequenti, per vero, proprio in materia penale, data la matrice culturale e politica del codice tuttora vigente. Gli elementi fattuali vengono, tuttavia, molto spesso in rilievo nei giudizi di costituzionalità in varie sfaccettature, e ad essi la Corte si interessa eccome. Sul punto si veda, ad esempio, per una ricostruzione approfondita ed estesa M. D'AMICO – F. BIONDI

Un uso peculiare, sì, ma non del tutto sconosciuto, che sembra portare a termine quanto lasciato in sospeso da una precedente pronuncia: la n. 70 del 2015. Nella decisione - molto commentata in dottrina per i profili di merito che, tuttavia, non interessano questo lavoro<sup>45</sup> - si legge, infatti, che la disposizione (in quel frangente sottoposta al vaglio) «si limita a richiamare genericamente la “contingente situazione finanziaria”, senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi»; diritti che, pertanto, «risulta[no] irragionevolmente sacrificat[i] nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio»<sup>46</sup>. Quasi a voler intendere - come, in effetti, era stato sottolineato all'epoca - che «ogni legge che incida negativamente nella sfera giuridica dei destinatari necessiti di una congrua ed adeguata motivazione in ordine alle specifiche ragioni della scelta normativa compiuta»<sup>47</sup>. Principio rivoluzionario, per il nostro ordinamento, se fosse stato successivamente confermato. Ma non lo fu. Eppure, la differenza dell'occasione qui analizzata rispetto a tale precedente consiste nel non banale aspetto per cui l'interpello delle inesistenti giustificazioni sottese alla scelta legislativa, accompagnato alla loro mancata illustrazione, non sembra più rappresentare quel «*wishful thinking*»<sup>48</sup> o quel «maldestro richiamo»<sup>49</sup> del 2015, costituendo, tutt'al contrario, l'architrave dell'intero percorso motivazionale che guiderà alla declaratoria di incostituzionalità.

Percorso che, però, nei termini - sopra riportati - in cui è stato formulato e riassunto, rischia di essere, almeno nella situazione in esame, impreciso e fuorviante. E, perciò, pericoloso.

Impreciso. Perché sarà la stessa Corte, invero, a rintracciare nella dichiarata finalità «di colpire severamente condotte appropriative che l'esperienza ha mostrato essere potenzialmente prodromiche a pratiche corruttive»<sup>50</sup> una razionale connessione con la scelta di inasprire la risposta sanzionatoria per le condotte di appropriazione indebita. Scelta che, pertanto, proprio in virtù di ciò, stando alle stesse parole del Collegio, appare comprensibile. Tanto sarebbe dovuto bastare.

Fuorviante. Perché distoglie l'attenzione dal vero vizio di legittimità riscontrabile nella disciplina censurata, che soltanto il riferimento al combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma terzo, Cost. riesce a rendere pienamente riconoscibile. La volontà sottesa

---

(a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, che raccoglie i contributi presentati al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, svoltosi, nel 2018, presso l'Università degli Studi di Milano, ed avente ad oggetto, per quell'anno, proprio il tema in parola.

<sup>45</sup> All'interno del copioso numero di contributi, note, commenti, e articoli (anche giornalistici, oltretutto di settore) che corredano tale pronuncia, si rinvia, per un'esauritiva ricostruzione dei profili di merito, ed anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a E. MONTICELLI, *Il complesso dibattito in materia di diritti previdenziali e vincoli di bilancio: un commento alla sentenza n. 70/2015*, in Oss. AIC, n. 2/2015, consultabile in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it).

<sup>46</sup> Sentenza n. 70 del 30 aprile 2015, *Considerato in diritto*, par. 10.

<sup>47</sup> G. PEPE, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento a sentenza Corte cost. n. 70/2015*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 24 maggio 2015, 1.

<sup>48</sup> Corsivi originali. A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015, 13.

<sup>49</sup> A. ANZON, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Giur. cost.*, n. 2/2015, 554.

<sup>50</sup> *Considerato in diritto*, par. 3.2.

Un'esplicitazione emergente dai lavori preparatori alla stessa legge n. 3 del 2019.

all'intervento di inasprire il trattamento sanzionatorio ha, infatti, condotto il legislatore a operare in modo cieco, «parla[ndo] all'ingrosso» e «fa[cendo] di tutta l'erba un fascio»<sup>51</sup>; e, di conseguenza, ha portato il giudice remittente a censurare i profili di illegittimità di una comminatoria che, all'esito di tale intervento, appariva sproporzionata e sperequata in relazione ad alcune sue manifestazioni. Lo stesso Collegio si incarica, in effetti, di spiegare, in un ulteriore passaggio, che è «dato di comune esperienza che il delitto di appropriazione indebita comprende condotte di disvalore assai differenziato: ora produttive di danni assai rilevanti alle persone offese, ora (come nel caso oggetto del giudizio *a quo*) di pregiudizi patrimoniali in definitiva modesti»<sup>52</sup>. Ed è proprio di questi ultimi (e di questi soltanto) che una misura di pena tanto elevata nel minimo edittale non è in grado di farsi adeguatamente carico, dovendosi tale minimo applicare proprio ai «fatti meno gravi tra quelli ricompresi nel raggio dell'art. 646, cod. pen., i quali - nella gran maggioranza dei casi - nulla hanno a che vedere con condotte prodromiche alla corruzione, e in particolare con la costituzione di “fondi neri” dai quali poter attingere per tale scopo»<sup>53</sup>. Tale aspetto, in effetti, emerge già in tralice laddove la Corte afferma che l'inasprimento sanzionatorio sottoposto al vaglio coinvolge ‘tutti’ i fatti di appropriazione indebita, parendo, con ciò, voler alludere proprio all'indistinto «appiattimento delle realtà della vita»<sup>54</sup> di cui s'è detto: appiattimento derivante dal fatto che un legislatore necessariamente generale e astratto non è in grado di prevedere, ‘a priori’, tutte le singole sfaccettature del reale in cui si profila l'applicabilità, in concreto, della disposizione emananda.

Quello evidenziato era, insomma, un problema ormai arcinoto, in questa materia, che non necessariamente imponeva di scomodare il movente del legislatore, e che, forse, avrebbe potuto essere meglio risolto «interpella[ndo] le problematiche dell'offensività»<sup>55</sup> nel modo, consueto, in cui ciò accade dal 2016 a questa parte: ponendo, cioè, l'una di fronte all'altra, la gravità del fatto di reato e l'adeguatezza, a rispecchiarla, della severità della risposta sanzionatoria ad esso correlata. Terreno che, tuttavia, in questa occasione resta inesplorato, catalogato alla stregua di un profilo di censura ulteriore, da ritenersi «assorbito»<sup>56</sup>. E che, invece, avrebbe potuto garantire il debito seguito a quella formula, ormai utilizzata a mo' di preambolo (si spera, non vuoto), secondo cui, non potendo equivalere la discrezionalità del legislatore all'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 dal legislatore non devono risultare manifestamente sproporzionati rispetto a quelle pur legittime finalità»<sup>57</sup>. Tale espressione, lungi dal rappresentare una mera clausola di stile, trattiene, infatti, in sé il cuore pulsante del principio di proporzionalità e del relativo *test*:

<sup>51</sup> G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Principi, storia, interpretazioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 181.

<sup>52</sup> *Considerato in diritto*, par. 3.2.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Principi, storia, interpretazioni*, cit., 181.

<sup>55</sup> V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 369.

<sup>56</sup> *Considerato in diritto*, par. 3.5.

<sup>57</sup> *Ibid.*, par. 3.1.

quale migliore occasione, allora, di quella offerta dal caso sottoposto alla Corte, per attuarla davvero, affermando che, pur nella legittimità delle finalità perseguite attraverso una scelta legislativa razionalmente accettabile, i mezzi predisposti apparivano, tuttavia, almeno in parte, sproporzionati?

A tanto può e - soprattutto - deve arrestarsi la Corte. Il resto è «movente politico»<sup>58</sup>. Difficilissimo da razionalizzare, peraltro, proprio nella sfera delle risposte al reato, non a caso identificata come la «più esposta a pulsioni irrazionali e strumentalizzazioni politiche»<sup>59</sup> in senso stretto.

Nel suo essere imprecisa e fuorviante, la formulazione in esame non può, dunque, non apparire, altresì, pericolosa: a maggior ragione se accompagnata al riferimento, in più punti effettuato dal Collegio, al fatto che la compressione della libertà personale, in esito alla recente riforma, appare più gravosa rispetto alla situazione preesistente: quasi che - e qui, di nuovo, la maggior scivolosità dell'affermazione rispetto a quella adoperata nel 2015 - al legislatore siano richieste delle "buone ragioni" rafforzate per intervenire, innovandola, su di una normativa già esistente e, apparentemente, inadeguata. Meglio, magari, se illustrate formalmente. Cosicché sia concesso alla Corte entrare nel merito della *ratio* e della *ocasio* che hanno generato la necessità dell'intervento, per approfondire quanto buone siano quelle ragioni: sanzionandole, in caso contrario, con una secca declaratoria di illegittimità.

Esattamente quanto sembra essersi verificato in occasione della decisione qui analizzata, la quale, pur potendo incidere, formalmente, soltanto sui termini normativi che rappresentano il risultato della scelta, mira, in realtà (nemmeno poi tanto velatamente), a censurare la volontà sottesa alla scelta, e - con lei - la «scelta [stessa] di innalzare di quarantotto volte la pena minima della fattispecie base di appropriazione indebita»<sup>60</sup>.

Qui, il vero nodo della sentenza, che, ad opinione chi scrive, solo, può aver inciso in maniera determinante nell'opzione del tipo di tecnica decisoria concretamente adottato.

## 5. La tecnica decisoria: dietro la maschera della mera ablazione (ri)emerge la sostituzione

«Così accertata la violazione dei parametri costituzionali evocati dal rimettente, si tratta[va] ora, per [la] Corte, di stabilire un rimedio appropriato a tale violazione»<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Proprio quello di cui ebbe modo di parlare la Corte costituzionale stessa in occasione della sentenza n. 14 del 1964, *Considerato in diritto*, par. 3.

<sup>59</sup> D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 22.

<sup>60</sup> *Considerato in diritto*, par. 3.2.

<sup>61</sup> *Ibid.*, par. 4.

Interessante notare che la Corte, in questa occasione, ha formalmente suddiviso la motivazione in diritto in due sezioni: nella prima, si è occupata di accertare la fondatezza (o meno) del dubbio di legittimità prospettato; nella seconda, invece, si è dedicata a individuare la "soluzione", ed il tipo di tecnica decisoria ritenuta più idonea a porre rimedio al *vulnus* di costituzionalità. Questo impianto - che già ricorreva, seppur in forma embrionale, in pronunce antecedenti - potrebbe avere fortuna, in futuro, ogniqualvolta, almeno, venga invocato un intervento di tipo manipolativo. Successivamente alla pronuncia in commento, è stato, infatti, ripreso, nei medesimi termini, all'interno della pronuncia n. 90 del 2024, relativa, peraltro, a un ramo - quello giuslavoristico - ben diverso dalla materia penale.

Come anticipato in apertura, il Collegio rigetta l'ipotesi, prospettata dal giudice *a quo*, di rimuovere il *vulnus* di costituzionalità operando, sull'art. 646, comma primo, c.p., una manipolazione con cui equipararne il minimo edittale a quello previsto per le fattispecie base di furto e truffa. Afferma, così, di poter (e voler) optare per una soluzione differente: il mero annullamento della disposizione censurata, ritenendo che ciò sia necessario e, soprattutto, sufficiente a ripristinare integralmente la legalità costituzionale nel caso di specie. Sennonché, sempre seguendo le parole dei Giudici, tale intervento rimediante risulta «tecnicamente attuabile»<sup>62</sup> secondo una precisa modalità: mediante - si legge - «la sostituzione dell'inciso “da due a cinque anni” con l'inciso “fino a cinque anni”»<sup>63</sup>. Si tratta, com'è evidente, dello schema tipico di una pronuncia manipolativa, inquadrabile - più specificamente - all'interno del sottotipo sostitutivo. Caratteristica che verrà infatti successivamente confermata dalla formulazione del dispositivo, strutturato in modo tale da dichiarare «l'illegittimità costituzionale dell'art. 646, comma primo, cod. pen., [...] nella parte in cui prevede la pena della reclusione “da due a cinque anni” anziché “fino a cinque anni”».

Eppure, la Corte non pare avvedersi di tali incongruenze - tentando, forse, di nasconderle dietro il fatto, ampiamente noto, che una “ricostruzione” presuppone, in ogni caso, un intervento demolitorio, al quale sempre si affianca. E il motivo di ciò è presto individuato: nella visione del Collegio, infatti, il “nuovo” inciso «fino a cinque anni» non rappresenterebbe una rima - obbligata o adeguata - da lei stessa ricercata e individuata all'interno del sistema, e, dunque, l'esito di una sua scelta; tutt'al contrario, essa costituirebbe l'effetto - indiretto, e, perciò, da parte sua incontrollabile, ma molto utile per l'occasione - determinato, stando a quanto si legge in motivazione, dalla «riespansione [susseguente all'accoglimento] della regola generale di cui all'art. 23 c.p., che stabilisce in quindici giorni la durata minima della reclusione ogniqualvolta la legge non disponga diversamente»<sup>64</sup>. E sarebbe proprio l'esistenza di tale previsione ordinamentale a rendere il ricorso all'intervento manipolativo un'esigenza non imprescindibile nel caso di specie, ben potendo quella, con la propria riespansione - ed in sinergia con il massimo edittale di cui all'art. 646, comma primo, c.p., rimasto in vita - colmare, ancor prima che nascano, i potenziali «insostenibili vuoti di tutela»<sup>65</sup> determinati dalla semplice espunzione della disposizione censurata di illegittimità. A fronte di tale situazione, si deve, pertanto, arrivare a concludere che l'essersi avvalsi, in detto contesto, di una soluzione sostitutiva rappresentasse un'operazione funzionale unicamente a garantire una più lineare formulazione della normativa - sia concesso dire - di risulta; e che l'operazione in parola non fosse legata in alcun modo ai profili sostanziali della questione di legittimità.

<sup>62</sup> *Considerato in diritto*, par. 4.2.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibid.*, par. 4.3.

Si evidenzia che, stando a quanto sostiene la Corte, è proprio l'ablazione del minimo a determinare l'effetto riespansivo. Quest'ultimo non segue, dunque, alla declaratoria, in virtù di un'attività interpretativa.

<sup>65</sup> *Ibid.*, par. 4.2. L'espressione viene ripresa dalla sentenza n. 222 del 2018, in cui venne precedentemente formulato il concetto nel *Considerato in diritto*, par. 8.1.

Argomentazioni molto poco verosimili, e altrettanto difficilmente persuasive, che prendere realmente sul serio costringerebbe a far presumere un significativo mutamento nel quadro degli interventi concretamente attuabili dal Giudice delle leggi in materia di misura della pena. Ciò, peraltro, senza che si possa comprendere il motivo per cui si sia giunti a una tale conclusione soltanto adesso, a cinquant'anni esatti dal primo accoglimento di una questione di legittimità costituzionale relativa a una cornice edittale di pena<sup>66</sup>; e senza che quanto apertamente dichiarato possa, peraltro, realisticamente avere un seguito diffuso.

Il riferimento alla norma di cui all'art. 23 del codice penale, nei termini in cui ne viene prospettata l'operatività nell'occasione esaminata, sembra, infatti, alludere all'eventualità che tale soluzione rappresenti un *commodus discessus*, anche per il futuro: perché la dichiarata natura di norma generale che l'avrebbe resa suscettibile di una vera e propria riespansione in esito alla mera caducazione della disposizione prescrittiva del trattamento sanzionatorio - contenuta nella parte speciale del codice - o è sempre tale, o non lo è mai, poiché, appunto, ad essa connaturata. Motivo per cui, se così fosse, essa sarebbe incessantemente idonea ad evitare il temuto rischio - all'origine, come noto, dell'invenzione delle decisioni ricostruttive<sup>67</sup> - che una pronuncia meramente ablatoria ingeneri un vuoto normativo paradossalmente più incostituzionale di quanto non fosse la disciplina positiva caducata.

Eppure, nonostante tale norma sia in vigore dai tempi dell'emanazione del codice, lo stesso redattore della sentenza in commento, in altro contesto, ebbe a sostenere che «la gestione delle lacune create dalle proprie dichiarazioni di illegittimità costituzionale relative alle scelte sanzionatorie del legislatore penale» ha da sempre rappresentato, per il Giudice delle leggi, «uno dei problemi cruciali»<sup>68</sup> in detta materia. Ma a quali lacune ci si riferisce se, stando a quanto si legge nella pronuncia in esame, vi sarebbe a disposizione una norma - l'art. 23 c.p., in questo caso - la cui portata si riespande in automatico (ed è necessario che sia così, se come tale la si qualifica), venuta meno la legge speciale e derogatoria? La Corte, in tutti questi anni, si è sempre arrovellata attorno a un falso problema? Come si possono spiegare, insomma, tali apparenti contraddizioni? Semplicemente, evitando di accogliere la callida e speciosa affermazione per cui, davvero, in questo frangente si sarebbe operato un accoglimento puro; e, soprattutto, che quest'ultimo sarebbe stato possibile in virtù

---

<sup>66</sup> La prima sentenza ad accogliere una questione di legittimità costituzionale relativamente ad una cornice sanzionatoria risale, infatti, al 1974, n. 218, con cui, in particolare, si dichiarò illegittima la forbice prevista dall'art. 8, penultimo comma, del r.d. 5 giugno 1939, n. 1016 (Testo unico delle norme per la protezione della selvaggina e per l'esercizio della caccia), nel testo modificato dalla legge 2 agosto 1967, n. 799. Ad essere sanzionata fu, in particolare, la violazione dell'art. 3 Cost., per via dell'irrazionale equiparazione, in punto di comminatoria di pena, della condotta di chi fosse sorpreso a cacciare del tutto sprovvisto dei documenti assicurativi, e di chi, al contrario, pur essendo assicurato, non fosse in grado di fornirne la prova all'agente che avesse fatto richiesta di esibire tali documenti dimostrativi. In quel frangente, così come in occasioni successive, l'accoglimento operò *sic et simpliciter*, senza "riespansioni" o sostituzioni di alcun genere o tipo, lasciando, dunque, monco, il precetto. A commento della decisione si veda, ad esempio, A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normativa in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, 2160 ss.

<sup>67</sup> Sul punto, in particolare, C. TRIPODINA, *Il «potere politico» della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. BALDUZZI - M. CAVINO - J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*. Atti del Seminario del Gruppo di Pisa, Stresa, 12 novembre 2010, Torino, Giappichelli, 2011, 1 ss., e, più specificamente, 25-26; nonché, G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 174.

<sup>68</sup> F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 77.

dell'esistenza di una norma in grado di operare, indistintamente e automaticamente, in via generale.

Affermare che il disposto di cui all'art. 23 c.p. stabilisce in quindici giorni la durata minima della pena della reclusione ogniqualvolta la legge non disponga diversamente, anche a voler ammettere che si tratti di una riformulazione operata dalla Corte - e deve necessariamente esserlo -, rischia di essere potenzialmente ingannevole, perché formalizza espressamente un rapporto di specialità, in termini derogatori, della normativa sanzionatoria predisposta nelle fattispecie di parte speciale (ed extra-codice, evidentemente) rispetto a detta previsione: rapporto che, in realtà, appare ricostruibile solo ad uno stretto livello interpretativo, e che, pertanto, non rende necessariamente quest'ultima sempre operante, essendo, invece, inevitabile attingervi di volta in volta<sup>69</sup>.

Quanto si scrive può trovare conferma nel parco uso che della previsione normativa di cui all'art. 23 c.p. la Corte medesima ha fatto nel corso degli anni: tale da indurre a ritenere che quest'ultima sia sempre stata per lo più concorde con l'opinione dell'attenta dottrina che ha parlato, a proposito dell'invocazione, a fini rimediali, dell'art. 23 c.p., di una «soluzione ineccepibile, anche se difficilmente generalizzabile»<sup>70</sup>: principalmente perché ridurre sino a quel limite minimo, semplicemente caducandole, tutte le comminatorie di pena costituzionalmente illegittime potrebbe portare alla (ri)determinazione di un delta

---

<sup>69</sup> Fu, addirittura, la stessa Corte costituzionale ad affermare che, nel caso sottoposto alla sua attenzione e deciso con la sentenza n. 81 del 2014, «il parametro cui agganciare l'intervento di riequilibrio [non avrebbe potuto] essere rappresentato dalle norme generali sull'entità minima dei diversi tipi di pena (nella specie, gli artt. 23 e 24 cod. pen.), per la semplice ragione che [...] l'allineamento a tali minimi è esso stesso una scelta non "a rime obbligate"» (*Considerato in diritto*, par. 5.). Problema che il Collegio, evidentemente, non si sarebbe dovuto nemmeno porre se la soluzione avesse avuto quella portata generale che la rende suscettibile di riespansione in esito all'applicazione dei generali criteri di risoluzione delle antinomie, e, in particolare, di quello ricavabile dall'art. 15 c.p. Tanto più che la Corte, con le affermazioni citate, respingerà la richiesta formulata dal giudice *a quo*, il quale auspicava esattamente l'accoglimento secco di una q.l.c. vertente attorno ad una previsione sanzionatoria, limitatamente al suo minimo edittale: ciò, proprio in virtù del fatto che all'esito della caducazione in parola, «la determinazione delle sanzioni minime [sarebbe stata] affidata alle disposizioni generali degli artt. 23 e 24 cod. pen.» (*Ritenuto in fatto*, par. 1.).

Di avviso simile appare anche A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati, e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, n. 6/1994, 4208, laddove afferma che, in casi come quello in esame, «il giudice è chiamato ad esercitare la propria funzione di interprete ed applicatore del giudicato costituzionale, nel ricorso consueto al principio di specialità ex art. 15 c.p. secondo il quale, caduta la norma penale speciale [...] torna ad estendersi l'ambito di efficacia della norma generale (la misura, nel minimo, di quindici giorni per la pena della reclusione ex art. 23 c.p.) anche ai casi in precedenza coperti dalla norma derogatoria annullata». L'applicazione dell'art. 23 c.p., in casi come questi, è, dunque, il frutto di un'attività interpretativa, non già di un automatismo espressamente previsto dalla legge medesima.

Va, peraltro, tenuto anche conto del fatto – non irrilevante – che l'art. 23 del codice penale afferma, più propriamente di quanto non indicato dalla Corte, che «la pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni»: se è vero, dunque, che il nostro Tribunale costituzionale, in questa materia, si è quasi sempre confrontato con la severità dei minimi edittali di pena, e poco dei massimi, lo stesso discorso dovrebbe valere in ordine a questi ultimi, e, di conseguenza, alle intere cornici edittali di pena. Davvero si potrebbe ritenere priva di vizi, e assolutamente coerente nell'ordinamento, la riespansione, in via automatica, di una cornice di pena estendibile dai quindici giorni ai ventiquattro anni? Si veda, ad esempio, la sentenza n. 299 del 1992, con cui la Corte dichiarò puramente e semplicemente l'illegittimità costituzionale dell'art. 122 cod. pen. mil. di pace, in quanto, avendo il legislatore previsto una sola pena minima di anni due di reclusione, ed applicandosi, così, in riferimento al massimo edittale, la disposizione di cui all'art. 23 c.p., veniva a crearsi una forbice edittale di ampiezza tale da risultare iperbolica, e, perciò, violativa del principio di legalità di cui all'art. 25 Cost.

<sup>70</sup> A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2019, 802.

punitivo troppo ampio per ciascuna fattispecie, potenzialmente violativo, a quel punto, almeno - e magari non soltanto - dell'art. 25 Cost.<sup>71</sup>.

In virtù di ciò, tale uso si è dimostrato parco, per non dire quasi eccezionale, poiché, a quanto consta, impiegato in un unico caso: quello dell'emblematica sentenza n. 341 del 1994. Essa può considerarsi, a buon diritto, immediato precedente della pronuncia che qui si analizza<sup>72</sup>, trattandosi della famosa decisione con cui la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 341, comma primo, del codice penale, risultando la pena minima da esso comminata per il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale il «prodotto della concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini» tipica degli anni '30, in cui venne emanato il codice, ormai «estranea alla coscienza democratica instaurata dalla Costituzione repubblicana»<sup>73</sup>. Ebbene, non si mancò in seguito di sottolineare in maniera esplicita - e fu la stessa Corte costituzionale a farlo, vent'anni esatti dopo - che, in detta occasione, nonostante il dispositivo fosse articolato nei termini di un accoglimento parziale<sup>74</sup> (lo stesso che il Collegio, oggi, dichiara di aver attuato), si poté riprendere il limite minimo dei quindici giorni di cui all'art. 23 c.p., quale pena minima da applicarsi in esito alla declaratoria di incostituzionalità, soltanto perché ci «si giovò, sia pure con il complesso di ulteriori considerazioni, della comparazione con la fattispecie affine dell'ingiuria, che, per l'appunto[,] non prevede[va] un minimo edittale»<sup>75</sup>: in esito a una comparazione, dunque, e non, invece, per la natura intrinseca all'art. 23 c.p. di norma generale<sup>76</sup>. E se la provenienza dell'affermazione non fosse sufficiente, l'ipotesi pare, in effetti, suffragata anche dal fatto che in quella precedente occasione si parlava, come accennato, di una 'individuazione' del trattamento sanzionatorio nella regola generale, e non, invece, di una sua vera e propria 'riespansione'.

<sup>71</sup> Sottolinea, infatti, sempre A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 802, che il limite di 15 giorni sarebbe «inidoneo a perimetrare adeguatamente il potere del giudice nella determinazione concreta della pena, perché non si traduca in arbitrio», e, in ipotesi, potrebbe essere addirittura «foriero di conseguenti asimmetrie sanzionatorie irragionevoli».

<sup>72</sup> È tuttavia molto singolare il fatto che la Corte non la citi, all'interno della sentenza qui in commento, se non per un unico, fugace, riferimento, che, tuttavia, nulla ha a che vedere con i profili in esame. Cfr. *Considerato in diritto*, par. 3.4.

<sup>73</sup> Sentenza n. 341 del 1994, *Considerato in diritto*, par. 3.

<sup>74</sup> Si rinvia, per un'interessantissima riflessione sulla tecnica decisoria adottata nella sentenza dell'epoca (che, evidentemente, non poteva tenere conto di quanto affermerà la stessa Corte nel 2014, ma non per questo meno persuasiva e brillante) sempre ad A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati, e controllo sulla tassatività della fattispecie*, cit., 4199 ss.

<sup>75</sup> Così nella sentenza n. 81 del 2014, *Considerato in diritto*, par. 5. Si sottolinea che, nella sentenza, il verbo "prevede" viene, in realtà, utilizzato al presente indicativo, perché, all'epoca, il reato di ingiuria era ancora in vigore: come noto, venne successivamente depenalizzato, con il d.lgs. del 9 gennaio 2016, n. 7.

Sul punto, interessanti spunti provengono da G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, 187-188, che, nell'occuparsi di detta pronuncia, afferma molto incisivamente: «l'accoglimento della questione di costituzionalità è stato reso possibile proprio dall'esistenza di un adeguato *tertium comparationis*. È nel raffronto, proposto dall'ordinanza di rimessione, con il trattamento sanzionatorio previsto per l'ingiuria [...], che è emersa di riflesso la sproporzione del minimo edittale di pena per l'oltraggio, che la Corte ha giudicato priva di adeguata giustificazione».

<sup>76</sup> Il che è curioso, se si considera che la Corte, pur valutando, nei passaggi argomentativi, la sproporzione della risposta sanzionatoria prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale rispetto a quella prevista per il reato di ingiuria, non arriverà, tuttavia, ad affermare di avvalersi del riferimento di cui all'art. 23 del codice penale, in quanto applicabile al reato di ingiuria, ma in quanto, appunto, regola generale.

Se, dunque, è vero che nella materia della dosimetria sanzionatoria la Corte costituzionale non ha mancato, storicamente, di pronunciare degli accoglimenti puri<sup>77</sup>; se, tuttavia, in un'unica occasione soltanto (con oggi, due) si attinse espressamente alla regola generale di cui all'art. 23 c.p.; se, d'altra parte, è emerso che, nel 1994, il riferimento al minimo edittale derivava, in realtà, il proprio senso da una reale ed effettiva comparazione, appare lecito domandarsi se, anche nella circostanza della pronuncia in commento, esistessero dei termini di raffronto la cui esistenza sarebbe tale da avvalorare l'ipotesi sin qui prospettata: che sulla norma di cui all'art. 646, comma primo, c.p. sia stata operata una vera sostituzione, e non, invece, una mera caducazione.

La risposta è lasciata, qui, alla voce del Collegio, secondo il quale, casualmente - o, forse, volutamente -, la soluzione (non) individuata, «corrisponde, del resto, a quella rimasta in vigore per il delitto di appropriazione indebita dal 1931 sino alla riforma del 2019»<sup>78</sup>. Quasi a simboleggiare, a chiusura del ragionamento, che - come, in effetti, era piuttosto chiaro - un termine di raffronto è sempre stato presente: costituito proprio da quella disciplina normativa originaria che l'ingiustificato (e, in quanto tale, sanzionato) intervento legislativo del 2019 aveva inteso spazzare via.

---

<sup>77</sup> Si è già avuto modo di dire, in precedenza, che l'accoglimento secco (parziale) fu la soluzione privilegiata sin dall'inizio, e operò, ad esempio, nelle sentt. n. 218 del 1974 e 176 del 1976. Ma va dato conto del fatto che l'ipotesi si è riaffacciata anche di recente. Esempio in tal senso è senza dubbio rappresentato dalla sentenza n. 185 del 2021, dal Collegio richiamata anche nella pronuncia che si commenta, e attinente al ramo delle sanzioni amministrative, in cui si è caducato il trattamento sanzionatorio, lasciando, tuttavia, monco il precetto. Per un commento incentrato sulla tecnica decisoria utilizzata in detta occasione, si veda R. PINARDI, *L'horror vacui nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)*, in questa *Rivista*, n. 3/2021.

<sup>78</sup> *Considerato in diritto*, par. 4.3.

## 6. Conclusioni

Si sa che proprio in relazione alla materia dosimetrica - e penale, in genere - «la giurisprudenza costituzionale più recente sembra mostrare la sua maggiore originalità»<sup>79</sup>: tant'è che la pronuncia analizzata non sembra fare eccezione, poiché - come si è cercato di mettere in luce - la Corte si avvale, per decidere la questione, di un peculiare percorso argomentativo e di una altrettanto singolare tecnica decisoria, inscindibilmente legate tra loro, poiché funzionali l'una all'altra.

All'esito dell'esame sin qui condotto sarebbe naturale (e necessario) tentare di astrarsi dall'occasione specifica nella quale le peculiarità evidenziate si sono rese manifeste, per comprendere se esse siano solo apparenti, oppure se siano davvero tali; e, in quest'ultima evenienza, se consentano di parlare di una unicità della pronuncia, e dunque di un caso isolato, oppure possano, in futuro, generalizzarsi.

L'analisi qui proposta non è di per sé in grado, a parere di chi scrive, di smentire quanto affermato in apertura: la sentenza in commento si colloca all'interno di un filone giurisprudenziale i cui connotati attuali non pare voler sconfessare. In termini di metodo, l'accertata incostituzionalità del trattamento sanzionatorio oggetto di censure, nonostante la sua peculiarità, sembra comunque voler procedere nelle forme di un sindacato intrinseco volto a valutarne la (non s)proporzione; così come la tecnica decisoria adottata - al netto delle dichiarazioni formali - si è obiettivamente espressa nelle innegabili forme di una pronuncia sostitutiva che - in linea con i precedenti in materia (anche quelli, come si è visto, che invocavano l'art. 23 c.p.) - ha scelto, tra le tante, la rima ritenuta più adeguata a porre rimedio al *vulnus* costituzionale.

Ciò che più preoccupa il commentatore, tuttavia, come si è cercato di mettere in evidenza nelle pagine precedenti, è la divergenza - costantemente sottotraccia nel testo della pronuncia - tra le espresse dichiarazioni d'azione e la volontà effettiva della Corte costituzionale. Dissonanza che trova la propria acme nel fatto stesso che il Collegio sembra non avvedersene (o chiuda gli occhi dinanzi ad essa), affermando di operare un accoglimento puro, ma di fatto dichiarando l'illegittimità costituzionale mediante una pronuncia che sul proprio carattere manipolativo non lascia dubbio alcuno. Un atteggiamento per nulla credibile. Da un lato, perché, come si è tentato di dimostrare, la riespansione dell'art. 23 c.p. appare una *fictio*. Dall'altro, perché, dall'intero impianto del percorso argomentativo, emerge molto chiaramente la volontà di sanzionare il legislatore per aver effettuato una scelta ritenuta non adeguatamente giustificata: come tale, non in grado (quasi come fosse stata inficiata da un vizio formale) di operare legittimamente, innovando un impianto normativo previgente, e corrispondente, guarda caso, alla soluzione normativa riaffiorata all'esito dell'accoglimento.

E qui il secondo nodo problematico della pronuncia analizzata, relativo alla motivazione dell'atto legislativo: l'invocazione, a sostegno della declaratoria di incostituzionalità, di una

---

<sup>79</sup> A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, 106.

adeguata giustificazione sottesa all'intervento normativo posto in essere si spera, davvero, voglia rappresentare un caso isolato. Perché, il suo utilizzo, in assenza di un'esplicita previsione che imponga al legislatore di render ragione, sul piano strettamente giuridico, della propria attività, potrebbe essere foriero di conseguenze assolutamente imprevedibili, impreviste, e (forse) non volute.