

Nicola Recchia

La proporzione sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia

Orizzonti di giustizia costituzionale

La proporzione sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia

1. PROLOGO

Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale dell'ultimo turno d'anni, pare difficilmente contestabile il primario rilievo assunto dalle questioni penalistiche, non solo e non tanto per l'intrinseca importanza politica e sociale dei temi in questo periodo attraversati – dall'aiuto al suicidio nel caso c.d. Cappato all'omicidio del consenziente in sede di giudizio di ammissibilità referendaria, dalla prostituzione alla disciplina degli stupefacenti fino all'ergastolo ostativo –, quanto in ragione del ruolo di fucina assunto dalla materia penale per la sperimentazione di nuove formule decisorie, innovative strutture argomentative, cambi di marcia nel dialogo con gli altri giudici nazionali e sovranazionali¹.

Mutato sembra anzitutto l'atteggiamento nei confronti delle Corti sovranazionali. Si veda anzitutto la (inedita?) vitalità con la quale la Corte costituzionale ha di recente interagito, per via dello strumento del rinvio pregiudiziale, con la Corte di giustizia dell'Unione europea nei recenti casi in materia di diritto al silenzio² e di mandato di arresto europeo³ o anche il superamento dell'atteggiamento più attendista rispetto agli orientamenti della Corte Edu, al massimo *addomesticati* a valle attraverso (ri-)letture interne, in favore di un dialogo molto più diretto e serrato sulla bontà delle soluzioni prescelte dal giudice di Strasburgo⁴.

¹ Nello stesso senso anche Giubilei (2019, 106), che rileva come l'ambito penalistico sia quello «in cui la giurisprudenza costituzionale più recente sembra mostrare la sua maggiore originalità».

² Corte cost., sent. n. 117/2019.

³ Corte cost., sent. n. 216/2021 e n. 217/2021.

⁴ Si veda, ad esempio, la recente sentenza in materia di *ne bis in idem* – Corte cost., sent. n. 149/2022 – dove la Corte interloquisce con grande chiarezza sull'interpretazione dei requisiti fissati

A completamento di questa riassunzione in prima persona del ruolo di protagonista del dialogo con le Corti sovranazionali, vi è il netto tentativo di un ri-accentramento del controllo di costituzionalità attraverso il costante riferimento alle virtù della lettura della doppia pregiudizialità avanzata dalla Corte costituzionale⁵.

È tuttavia nella stessa giurisprudenza *interna* della nostra Corte in materia penale che si avvertono le più importanti novità metodologiche nel vaglio di legittimità costituzionale.

Anzitutto si è finora sperimentata esclusivamente in essa l'inedita tecnica decisoria, quantomai discussa⁶, di rinvio della trattazione della causa e contestuale sospensione del processo costituzionale con ordinanza motivata così da permettere un intervento legislativo sulla materia⁷.

Sempre tale materia, e in particolar modo la proporzione sanzionatoria, è stato il laboratorio privilegiato per abbandonare lentamente lo schema decisorio c.d. a rime obbligate⁸, da decenni punto di riferimento imprescindibile per la Corte, per sostituirlo, come subito vedremo, con un più lasco riferimento alle c.d. rime adeguate. Proprio tale tema – così centrale anche quantitativamente nella giurisprudenza costituzionale e da ultimo ritornato prepotentemente all'attenzione della Corte di giustizia – rappresenta l'oggetto precipuo della nostra riflessione.

2. IL TEMA DELLA PROPORZIONE SANZIONATORIA NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di proporzione sanzionatoria è stata più volte puntualmente e approfonditamente ricostruita in dottrina⁹, anche di recente, cosicché, piuttosto che aggiungerci alla folta schiera degli approfonditi lavori già presenti sul tema, sarà più opportuno limitare al minimo questa ricognizione iniziale della giurisprudenza.

nella giurisprudenza sovranazionale, mostrando un vaglio molto più stringente di quello in essa da ultimo proposto. Su questo nuovo atteggiamento della Corte – *programmaticamente* – Viganò (2019, 495).

⁵ Cfr. ancora una volta Corte cost., sent. n. 149/2022, cit., par. 2.2.2.

⁶ Si confronti, per tutti, Tega (2020, 163 ss.) e tutta l'ingente letteratura lì puntualmente indicata.

⁷ Cfr. dapprima Corte cost., sentt. n. 207/2018 e n. 242/2019 nella vicenda c.d. Cappato; poi Corte cost., sentt. n. 132/2020 e n. 150/2021, in materia di pena detentiva per il reato di diffamazione commesso dal giornalista; infine Corte cost. sent. n. 97/2021, sull'ancora aperta questione dell'ergastolo ostativo.

⁸ Non è davvero necessario in questa sede tornare a ricostruire questa felice intuizione di Vezio Crisafulli, ormai patrimonio comune non solo della costituzionalistica ma anche della penalistica italiana e scandagliata in ogni aspetto ed evoluzione in innumerevoli lavori. Cfr. solo, da ultimo, per una *summa* di questa elaborazione teorica e del suo sviluppo e utilizzo pratico, ancora Tega (2020, 122 ss.).

⁹ Cfr., *ex multis*, Viganò (2021, 52 ss.); Manes e Napoleoni (2019, 344 ss.); Tega (2020, 114 ss.); Dodaro (2012, 178 ss.); Merlo (2016, 1427 ss.).

Punto di partenza obbligato non può che essere la decisione concernente il delitto di alterazione di stato¹⁰.

In questa sentenza – con una nettezza forse inedita nella sua giurisprudenza¹¹ – il giudice delle leggi mostra di fondare la dichiarazione di incostituzionalità della cornice edittale prevista non su un procedimento analogico con un *tertium comparationis*, anche in ragione del precedente, non troppo risalente, che aveva negato l’adoperabilità all’uopo del primo comma del medesimo art. 567 c.p.¹², ma su un giudizio di intrinseca manifesta sproporzione della pena legislativamente prevista. Solo in una parte successiva della sentenza, allorquando si tratta di porre rimedio all’individuato *vulnus* della garanzia della proporzione sanzionatoria, la Corte costituzionale torna a prendere in esame la cornice edittale prevista per la fattispecie incriminatrice di cui al primo comma, individuando nella sua trasposizione anche per il reato di cui al secondo comma «l’unica soluzione praticabile»¹³.

Se questa decisione relativizza, fino ad escluderlo, il ruolo del *tertium comparationis* nella fase di accertamento della sproporzione sanzionatoria, è con la sentenza di poco successiva in materia di pene accessorie fisse nel diritto penale fallimentare che la Corte costituzionale compie un ulteriore decisivo passo, questa volta flessibilizzando anche la fase di individuazione del rimedio¹⁴.

In essa il giudice costituzionale afferma con chiarezza che non è più necessario, al fine di rendere ammissibile il suo intervento, che «esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e ratio, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*»; essendo al contrario sufficiente che «il sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché “non costituzionalmente obbligate”»¹⁵.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 236/2016.

¹¹ Il carattere fortemente innovativo di questa decisione è stato non a caso immediatamente segnalato dalla dottrina unanime. Cfr. Dolcini (2016, 1959, 1964); Viganò (2017, 64 s.); D’Amico (2016, 19); Manes (2016, 2106); Insolera (2017, 178). Per un giudizio in parte differente ora Viganò (2021, 70), il quale evidenzia una similitudine di approcci con alcuni precedenti della Corte.

¹² Corte cost., sent. n. 106/2007. Sulla decisività di tale precedente contrario – «l’ordinanza sbagliata del 2007, verosimilmente vissuta con disagio» – nell’argomentazione cui sceglie di far ricorso la Corte cfr. Pulitanò (2017, 53).

¹³ Come efficacemente compendiato in dottrina – Manes (2016, 2110) – il *tertium comparationis* assume in questa decisione il ruolo di «*terminus ad quem* e non più di *starting point* del vaglio di proporzionalità». Similmente Insolera (2017, 200), che parla di «posizione ben più defilata rispetto all’orientamento tradizionale» per il *tertium comparationis*, ora «unicamente finalizzato [...] a garantire l’“efficacia riparatoria” dell’intervento».

¹⁴ Corte cost., sent. n. 222/2018.

¹⁵ Ivi, par. 8.1.

Tale passaggio da una tecnica decisoria c.d. a rime obbligate ad una c.d. a rime adeguate è stato poi immediatamente confermato in un *obiter dictum*¹⁶ e soprattutto nella importante successiva sentenza concernente i reati in materia di stupefacenti¹⁷. In quest'ultima pare che la Corte faccia addirittura un passo oltre concretizzando la soluzione adeguata in nulla altro che in una misura di pena che «benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria», poiché «si ricava da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore»¹⁸.

Le ulteriori conferme da allora intervenute¹⁹ hanno portato la Corte costituzionale di recente a sostenere, non a torto, che oramai è una «copiosa giurisprudenza» a non ritenere più che «l'impossibilità di individuare un'unica soluzione costituzionalmente obbligata al *vulnus* denunciato costituisca un ostacolo insuperabile all'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale, ben potendo questa Corte reperire essa stessa soluzioni costituzionalmente adeguate, già esistenti nel sistema e idonee a colmare temporaneamente la lacuna creata dalla stessa pronuncia di accoglimento della questione»²⁰.

D'altronde, a manifestare la centralità di questa svolta nelle tecniche decisorie del nostro giudice costituzionale vi è la constatazione del rilievo che proprio ad essa è stato dato non in una ma addirittura in due relazioni annuali sull'attività della Corte. Oltretutto, come acutamente sottolineato in dottrina²¹, questi passaggi esplicano con grande chiarezza le ragioni di fondo – il profondo mutamento di *Weltanschauung* giudiziale – che hanno partorito questo nuovo indirizzo. Nelle parole del Presidente Lattanzi, «è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengano in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzio-

¹⁶ Corte cost. 7 dicembre 2018, n. 233, par. 3.2.

¹⁷ Corte cost. 8 marzo 2019, n. 40.

¹⁸ Ivi, par. 5.3.

¹⁹ Cfr. sempre con riferimento alla materia sanzionatoria Corte cost. 23 settembre 2021, n. 185, par. 3. Al di fuori di questo specifico ambito cfr. Corte cost. 13 aprile 2021, n. 63, par. 3.1.; 26 novembre 2020, n. 252, par. 4.4.; 27 ottobre 2020, n. 224, par. 2.4.; 17 aprile 2019, n. 88, par. 12; 19 aprile 2019, n. 99, par. 2.1.

²⁰ Corte cost. 1° febbraio 2022, n. 28, cit., par. 4.2.1. Anche Manes (2020, 159) in dottrina sottolinea come il nuovo indirizzo abbia «già raggiunto un notevole grado di consolidamento, sotto il profilo *quantitativo* (per il numero di decisioni che a quella prima pronuncia hanno già fatto seguito) e *qualitativo* (per diversità di materie scrutinate e, soprattutto, per diversità dei giudici che, come redattori, a tale indirizzo hanno aderito)».

²¹ Cfr. Pugiotto (2019, 806).

nale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa»²².

3. UN OPPORTUNO PASSO INDIETRO TEORICO

Nonostante la ricchissima messe di decisioni in materia di proporzione sanzionatoria, non pochi sono gli aspetti teorici non del tutto approfonditi dalla giurisprudenza costituzionale. D'altronde, su alcune questioni spesso non di immediata portata pratica, è comprensibile che lo sforzo di ricostruzione dogmatica e teorica sia giustamente appannaggio soprattutto della dottrina e non solo e non tanto della giurisprudenza.

3.1. La qualificazione giuridica della proporzione sanzionatoria

È interessante anzitutto quanto sia finora rimasto in ombra il tema della stessa qualificazione giuridica della proporzione sanzionatoria.

Nel sostanziale silenzio della giurisprudenza costituzionale, è stata piuttosto la dottrina ad interrogarsi sulla possibilità di ricondurre la proporzione sanzionatoria, in chiave più oggettiva, ad un principio ordinamentale, oppure, in chiave più soggettiva, a un diritto fondamentale del singolo²³.

Eppure, ad un più attento scrutinio, nessuno dei due riferimenti, al principio o al diritto fondamentale, pare attagliarsi perfettamente al divieto di pene sproporzionate. Volendo, infatti, peccare di precisione classificatoria occorre distinguere la posizione soggettiva di chi chiede di non essere punito in maniera sproporzionata per un furto, da chi ad esempio chiede di non essere punito per aver criticato veementemente un politico. Nel secondo caso è facile individuare un diritto fondamentale del singolo, quello alla libertà di espressione; nel primo invece, la pretesa del singolo riguarda più che altro l'intensità della limitazione di un diverso diritto fondamentale, quello della libertà personale. In senso tecnico, allora, pare più corretto inquadrare la proporzione sanzionatoria come un limite dei limiti (uno *Schranken-Schranke* nella nomenclatura tedesca) alle prerogative di intervento statuali, come una garanzia. In altri termini, il consociato ha un diritto fondamentale alla libertà personale o al patrimonio o a qualsiasi altro diritto fondamentale potenzialmente aggredito da una specifica pena prevista dall'ordinamento; lo stato può limitare attraverso il diritto penale – e l'inflizione della pena – tali diritti fondamentali per il raggiungimento di determinati scopi legittimi; tale limitazione del diritto fondamentale del singolo è però sottoposta a sua

²² V. Relazione del Presidente Lattanzi sull'attività della Corte costituzionale nel 2018, 21 marzo 2019, 14, accessibile sul sito della Corte. Un passaggio significativamente ripreso, quasi *verbatim*, nella Relazione della Presidentessa Cartabia sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, 28 aprile 2020, 8.

²³ Cfr. approfonditamente Viganò (2021, 226 ss.).

volta a taluni limiti, quali, ad esempio, per quanto qui ci interessa il divieto di intervenire con pene sproporzionate (ma si pensi anche alla legalità o alla proporzionalità dell'intervento²⁴).

Descritto il divieto di pene sproporzionate come uno *Schranken-Schranke* o una garanzia, non ci pare che tale qualificazione debba essere necessariamente espressa in termini di secca alternativa tra declinazione oggettiva e soggettiva. Detto altrimenti, l'impostazione oggettiva o soggettiva di questa specifica garanzia altro non sarebbero se non un'esplicitazione della prospettiva visuale con la quale si osserva un medesimo referente; in questo senso, a un principio oggettivo ordinamentale che vieta l'inflizione di pene (manifestamente) sproporzionate fa da contraltare soggettivo un diritto a non vedersi inflitta una tale pena. La scelta di riferirsi alla declinazione oggettiva o soggettiva della garanzia ha quindi più a che fare con il contesto comunicativo che con una reale differenza di significati: così il professore impegnato a tracciare per gli studenti le coordinate costituzionali del diritto penale continuerà ad annoverare tra queste il principio di proporzione sanzionatoria ovvero il generale divieto di infliggere pene sproporzionate; dall'altro lato, non potrà che riferirsi al diritto soggettivo colui che si interroghi, ad esempio, sui meccanismi processuali (costituzionali) necessari per la sua implementazione, chiedendosi, ad esempio, quali siano i giusti limiti per un ricorso diretto di costituzionalità a salvaguardia di tale pretesa individuale.

Se si accede a questa ricostruzione, si ridimensiona di molto la stessa salienza della alternativa tra prospettiva oggettiva e soggettiva. Il sospetto, d'altronde, è che il dibattito sulla questione qualificatoria (principio, diritto fondamentale, garanzia) voglia spesso celare o quantomeno indirizzare la risoluzione di questioni tutt'affatto differenti quali la portata di questa garanzia, la sua bilanciabilità, la capacità di vagliarla da parte del giudice costituzionale, la concreta tutela offerta dall'ordinamento al singolo.

3.2. La portata della garanzia

Alla base forse di una lettura della proporzione sanzionatoria in termini più oggettivi come mero principio (informatore) dell'ordinamento, sottratto a uno stringente controllo su impulso del singolo consociato, vi è di fondo una predilezione per uno statuto più fluido e bilanciabile di questa garanzia.

Occorre però subito osservare come il dibattito sulla proporzione della pena tenda spesso a sovrapporre, talvolta non con la dovuta chiarezza, diversi tipi di *fluidità*.

²⁴ Quanto alla fondamentale distinzione tra proporzione sanzionatoria, qui in esame, e il più generale principio di proporzionalità valevole per qualsivoglia intervento pubblico limitativo di diritti fondamentali sia consentito rinviare a Recchia (2020, 233 ss.). Molto chiaro sul punto anche Viganò (2021, 239 ss.).

Anzitutto, si può negare in radice l'idea che esista ontologicamente la pena proporzionata per un dato reato, a prescindere dal soggetto (sia esso il legislatore o il giudice costituzionale) che debba fissarla²⁵. Al più sarebbe possibile ricostruire un *range* di valori all'interno dei quali la pena può dirsi ancora proporzionata. In alternativa, si può supporre che tale pena sia sì ontologicamente esistente, ma gnoseologicamente inattuabile, così che il soggetto deputato a fissare la pena debba accontentarsi di avvicinarsi il più possibile ad essa, restando per l'appunto, anche in questo caso, all'interno di un *range* di misure di pena ragionevolmente proporzionate²⁶.

Entrambe queste prospettive, pur in diversa guisa, non fanno altro che sottolineare la profonda discrezionalità e contingenza della continua ricerca della pena proporzionata. Sono proprio questi caratteri della proporzione sanzionatoria – a differenza delle cadenze binarie e secche (violazione/non violazione) tipiche di molte altre garanzie penalistiche –, a giustificare in questa materia il ricorso ben più frequente agli stilemi classici della deferenza nel *judicial review of legislation*. Così, posto il principio di proporzione sanzionatoria, non di rado si osserva però che il giudice costituzionale, in ossequio alla primazia da riconoscere all'apprezzamento del legislatore, sarebbe chiamato soltanto ad intervenire rispetto a pene manifestamente sproporzionate²⁷. Si tratta di una deferenza, di un *margin of appreciation*, non tipica della sola proporzione sanzionatoria, ma che qui trova, a differenza di altri ambiti, una più pregnante giustificazione teorica. Oltretutto, tale deferenza diviene a sua volta un utilissimo argomento per ribattere allo scetticismo gnoseologico o epistemico prima accennato; infatti, si osserva come tale obiezione varrebbe sì rispetto al compito di individuare la pena proporzionata, ma cesserebbe di essere decisiva qualora, al contrario, ciò che interessa sia meramente isolare i casi di pena manifestamente sproporzionata²⁸.

Dunque, a una garanzia già di per sé *fluida*, per la impossibilità ontologica o gnoseologica di applicarla in ogni caso con millimetrica precisione, si

²⁵ Sostiene questa prospettiva, da ultimo, anche con ampi riferimenti alla letteratura classica sul punto, Donini (2013, 1174 ss.).

²⁶ Si badi bene che questa distinzione è egualmente applicabile sia in una cornice teorica di proporzione ordinale sia in una cornice teorica di proporzione cardinale. Cfr., su questa ulteriore importante distinzione, Viganò (2021, 160 ss.). Anzi, spesso, è proprio un profondo scetticismo sulla possibilità ontologica o gnoseologica di una pena proporzionata in senso cardinale, a giustificare l'esclusivo riferimento ad una prospettiva ordinale di proporzione, cfr., per tutti, Palazzo (1998, 374 s.). Si badi bene però che anche tale prospettiva presenta una serie di problemi teorici che ben giustificano un pessimismo ontologico o gnoseologico del tipo descritto. Cfr. ancora Viganò (2021, 164 ss.).

²⁷ Sul punto approfonditamente ancora Viganò (2021, 230 ss.).

²⁸ Cfr. Viganò (2021, 310 ss.), che giustamente osserva come «riconoscere ciò che è (evidentemente) *ingiusto* è sempre un compito meno complesso – ancorché non meno importante – che non mettersi d'accordo su che cosa sia *giusto*».

aggiunge la *fluidità* data dal generoso metro di giudizio con il quale il giudice costituzionale è chiamato ad operare.

È evidente, allora, come tale rilevante spazio di discrezionalità risultante per il legislatore nella fissazione della pena, sottratto al vaglio del giudice delle leggi, renda meno necessario e vivace il dibattito sul vero e proprio bilanciamento esterno della garanzia con altre esigenze di tutela. Infatti, i fautori di una commisurazione edittale più ritagliata sulle finalità preventive della pena ben possono tentare di iscrivere comunque ancora nel *range* delle pene proporzionate o, quantomeno, di quelle non manifestamente sproporzionate la pena cui ambiscono.

Risulta dunque semplice, all'atto pratico, respingere qualsiasi bilanciabilità della proporzione sanzionatoria²⁹; caratteristica questa, lo si dica per inciso, che pare confermarne a valle il carattere più di garanzia (di *Schranken-Schranke*) che di diritto fondamentale.

3.3. I rimedi processuali per il singolo

Un altro è, però, l'aspetto più immediatamente in rilievo nel dibattito tra prospettiva oggettiva o soggettiva della proporzione sanzionatoria; quest'ultima, infatti, pare preludere ad un indifferenziato profluvio di azioni del singolo a tutela del suo diritto fondamentale ad una pena non sproporzionata e non appunto al saggio controllo offerto *ex officio* dai magistrati sull'attuazione nei gangli dell'ordinamento di un principio (informatore).

Eppure, le tipologie e la percorribilità di rimedi per il singolo dinanzi alla violazione di questo, o qualsivoglia altro diritto fondamentale o garanzia, non dipendono dalla sua qualificazione ma, a monte, dal sistema di giustizia costituzionale adottato in ciascun ordinamento.

A noi pare, al contrario, che proprio la variabile indipendente del sistema di giustizia costituzionale abbia influenzato e influenzi in profondità la lettura della proporzione sanzionatoria.

La fondamentale linea di *discrimen* è tra i giudici costituzionali che operano soltanto sulla base di un rinvio pregiudiziale e Corti raggiungibili attraverso un ricorso diretto di costituzionalità o attraverso il normale regime di ricorribilità delle decisioni di organi giudiziari di livello inferiore.

Rispetto alle prime – si pensi proprio alla nostra Corte costituzionale o alla Corte di giustizia – non dovrebbe tecnicamente riconoscersi una competenza costituzionale sul rispetto del principio di proporzione sanzionatoria in concreto. In tali ordinamenti è infatti un altro giudice – *in primis* la Corte di cassazione nel nostro ordinamento – ad essere nella posizione istituzionale di

²⁹ Cfr. Viganò (2021, 302 ss.).

verificare, in ogni singolo caso, il rispetto del principio di proporzione nella risposta sanzionatoria statale.

La nostra Corte costituzionale o la Corte di giustizia sono invero istituzionalmente competenti soltanto rispetto al ben più limitato ambito del diritto fondamentale del singolo a che norme astratte di commisurazione della pena non impongano al giudice comune di irrogare una pena sproporzionata³⁰. Anche a voler qualificare il principio di proporzione sanzionatoria come un diritto fondamentale non vi è, invero, nessun mezzo in capo al consociato per farne valere la violazione dinanzi a queste Corti, rispetto alla pena in concreto a lui irrogata sulla base di previsioni astratte tutte legittime.

Diverso è il caso di altri ordinamenti, nei quali i giudici costituzionali o supremi – si pensi alla Corte Edu o alla Corte suprema degli Stati Uniti – sommano entrambe queste competenze istituzionali di controllo in astratto delle norme sulla commisurazione edittale e di vaglio in concreto delle pene effettivamente irrogate.

Paradossalmente – questa la nostra intuizione – a una protezione sulla carta più estesa del diritto fondamentale alla proporzione sanzionatoria, fa da contraltare in questi ordinamenti una lettura molto più restrittiva di questa garanzia, poiché, crediamo, il giudice costituzionale, nella difficoltà di distinguere con chiarezza le due tipologie di vaglio, tende a restringere la portata del diritto fondamentale, temendo, comprensibilmente, di essere altrimenti inondato di ricorsi attinenti alla proporzionalità in concreto di qualsivoglia pena irrogata³¹. Tutto al contrario, giudici costituzionali ben protetti dal filtro, molto selettivo, del rinvio pregiudiziale, possono essere più generosi e attivisti nel definire i contorni della garanzia della proporzione sanzionatoria.

4. IL CONTROLLO GIUDIZIALE SULLA PROPORZIONE DELLE PREVISIONI ASTRATTE DI PENA

Il controllo giudiziale sul rispetto della garanzia della proporzione sanzionatoria si compone di due distinte fasi: in una prima fase, il giudice è chiamato ad accertare o meno la violazione della garanzia, a decidere dunque se la pena comminata in astratto o irrogata in concreto sia sproporzionata; in una seconda fase, in caso di accertata violazione il giudice deve dunque procedere ad individuare il rimedio esperibile per eliderla.

³⁰ Anche Viganò (2021, 254), riconosce che «nell'ordinamento italiano, il custode naturale del divieto è la *Corte costituzionale*, il cui intervento è tuttavia confinato alla via incidentale, nella quale oggetto del giudizio non è mai la pena *inflitta* concretamente a un condannato, ma sempre e soltanto la *legge* che, secondo il giudice rimettente, lo vincolerebbe poi nel caso concreto a infliggere o a confermare una pena incompatibile con quel divieto».

³¹ Cfr. già volendo Recchia (2020, 235). In questo senso ora anche Viganò (2021, 254).

Se le due fasi si presentano tecnicamente identiche sia nel caso del controllo sulle previsioni astratte di pena sia in quello del controllo in concreto della pena irrogata, è pur vero che dal punto di vista sostanziale la problematicità di ciascuna fase si presenta in maniera opposta nei due giudizi.

Quanto alla fase di accertamento, è molto complesso per il giudice costituzionale appurare la sproporzione della pena concretamente irrogata, pur in presenza di un quadro normativo che consente in astratto di addivenire a una pena proporzionata. Difficile, infatti, per un giudice meno vicino al caso concreto, scalfire la decisione altamente discrezionale di commisurazione della pena offerta dal giudice di merito. Al contrario, quasi nessun problema pone la fase successiva di individuazione di un rimedio: in questi casi, infatti, è sufficiente, in un quadro normativo inalterato, che il giudice di merito proceda nuovamente all'opera di commisurazione in concreto della pena, facendosi guidare dal giudizio espresso dal giudice costituzionale.

Molto diversa è la situazione rispetto al controllo giudiziale sulla proporzione delle previsioni astratte di pena. Qui la fase di accertamento è pur sempre confinata, per i motivi di deferenza prima richiamati, a pochi casi preclari, ma tale accertamento finisce per divenire, proprio in questi rari casi, meno controverso. Profili di grande complessità presenta invece in questo ambito la successiva fase di individuazione dei rimedi, poiché lungi dall'essere sufficiente un nuovo intervento in concreto di commisurazione, è necessario provvedere a modificare la disciplina normativa astratta.

4.1. La fase di accertamento

La recente riflessione dottrinale si è molto interrogata in Italia, a seguito dei recenti sviluppi descritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale, sul ruolo che il *tertium comparationis* ancora riveste (o dovrebbe rivestire) nel controllo giudiziale sulla proporzione delle previsioni astratte di pena. Anche e proprio con riferimento a tale dibattito risulta molto utile la differenza tracciata tra fase di accertamento e fase successiva di individuazione dei rimedi.

Infatti, la giurisprudenza più recente della Corte costituzionale pare chiaramente congedarsi dal *tertium comparationis* soprattutto nella seconda delle fasi ora richiamate, mentre permane il dubbio sulla sua necessità quantomeno nella prima fase³².

Tale discussione potrebbe senza dubbio giovare – per meglio comprendere le posizioni in campo – di una più netta distinzione tra il mero riferi-

³² Cauti sulla possibilità di rinunciare completamente al *tertium comparationis* anche nella fase di accertamento Pulitanò (2017, 53); Bartoli (2018b, 1556); Bartoli (2019, 975, 978); Manes (2016, 2111); Dodaro (2019, 1407). Ben prima della recente evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, per tutti, Palazzo (1998, 374 s.). Convinti di tale possibilità invece Silvestri (2020, 33); Viganò (2021, 272 ss.).

mento alla proporzione ordinale, con la sua ontologica natura comparativa, e quello al *tertium comparationis* in senso stretto.

Il riferimento al *tertium comparationis* nella giurisprudenza della Corte costituzionale in questa materia non è mai stato da intendersi a una generica necessità di comparare la pena comminata per un determinato reato a quella comminata per altri reati; bensì alla molto più specifica esigenza di individuare un reato fortemente analogo a quello in esame che potesse offrire un ancoraggio non solo nella fase di accertamento, ma anche in quella successiva di individuazione della nuova cornice di pena proporzionata.

Un esempio può forse contribuire a rendere più intelligibile la differenza. Ipotizziamo che il legislatore intervenga solo e soltanto sulla pena della fattispecie di furto, portandola alla reclusione minima di anni ventuno. Il giudice costituzionale avrebbe a disposizione moltissimi reati di maggiore gravità puniti con pena meno severa, i quali, in un'ottica di proporzione ordinale, ben dimostrerebbero l'incoerenza della pena prevista per la fattispecie in esame, la sua sproporzione. Questi reati sarebbero sì elementi per una comparazione tra i diversi livelli di pena, ma non sarebbero *stricto sensu tertium comparationis*. La ricerca di un *tertium comparationis* implicherebbe infatti che il giudice riuscisse ad individuare non tanto una qualsiasi fattispecie più grave punita meno severamente, quanto una fattispecie di gravità analoga a quella di furto, che consenta non solo di far accertare la mancata proporzione della pena, ma che fornisca istantaneamente anche la nuova cornice di pena importabile nel furto a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della parte sanzionatoria della norma.

Dunque – sempre con riferimento ora alla fase di accertamento – può escludersi che questa richieda in ogni caso l'individuazione di un *tertium comparationis* in senso stretto e non semplicemente una struttura più generalmente comparativa³³.

Ancora diverso, tuttavia, è dire che il giudice costituzionale possa accertare la sproporzione della norma sanzionatoria senza fare ricorso ad alcuna comparazione, riferendosi dunque alla proporzione in senso cardinale³⁴. Se è vero che talvolta affiora nelle argomentazioni delle Corti il riferimento a una

³³ Anche Viganò (2021, 272) concede «che, in talune ipotesi, il giudizio sulla sproporzionalità “intrinseco” – pur non ruotando attorno a un formale *tertium comparationis*, rappresentato da una specifica disposizione sanzionatoria di una fattispecie raffrontabile – si muova ancora all'interno di una logica comparativa, mediante il raffronto tra l'entità della pena comminata dalla singola disposizione censurata e i livelli sanzionatori medi previsti in un determinato settore dell'ordinamento per reati omogenei, o comunque con i livelli sanzionatori complessivi previsti nell'ordinamento stesso». Cfr. nello stesso senso Leone (2017, 30). V. anche Dodaro (2019, 1407) che distingue appunto un *tertium comparationis* in senso stretto – «fattispecie normative sostanzialmente identiche per struttura e ratio» –, da quello invece sufficiente per il giudizio di proporzionalità – «qualsiasi fattispecie normativa omogenea».

³⁴ In questo senso Silvestri (2020, 33); Viganò (2021, 266 ss.).

sproporzione intrinseca (*rectius* cardinale) della previsione astratta di pena, non è da escludere che questo più netto giudizio nasconda anche un intento retorico di *blindare* la decisione assunta, manifestando per questa via quella esigenza di manifesta sproporzione richiesta dalla più elevata deferenza da riconoscere in questo campo al legislatore, e soprattutto sia figlio della necessità di distinguere il tipo di giudizio effettuato da quello legato ad un *tertium comparationis* in senso stretto, che per lungo tempo ha dominato la giurisprudenza costituzionale, soprattutto italiana. Invero, anche negli esempi solitamente presentati a questo proposito, pare difficile escludere che la proporzione ordinale non abbia fatto parte dei motivi (*Gründe*) della decisione, pur non facendo parte della relativa motivazione (*Begründung*).

4.2. La fase di individuazione dei rimedi

È in relazione alla fase di individuazione dei rimedi, degli strumenti decisori adoperabili, che si sono di recente avuti, come si è visto, gli sviluppi più interessanti e che si è acceso il dibattito dottrinale.

Infatti, una volta accertata la sproporzione della previsione astratta di pena, occorre ancora modificare la disciplina normativa così da assicurare pene proporzionate non solo nel caso in esame ma in qualsiasi futuro caso simile.

Anzitutto, in prima approssimazione, potremmo dire che si contendono il campo – andando in ordine di impatto sul sistema normativo – rimedi caducatori, manipolatori o meramente monitori.

Dinanzi ad una fattispecie incriminatrice dotata di una pena sproporzionata il giudice costituzionale può anzitutto decidere di dichiararne *tout court* l'illegittimità costituzionale, poiché il precetto in essa contenuto non potrebbe continuare a sopravvivere utilmente nell'ordinamento in mancanza della parte sanzionatoria. Tale alternativa, pur utilizzata dalla Corte costituzionale proprio agli albori della sua giurisprudenza in questa materia³⁵, si espone fatalmente alla criticità, qualora non vi sia una norma più generale pronta a riespandersi³⁶, di creare un vuoto di tutela nell'ordinamento – oltretutto in virtù del principio della *lex mitior*, di recente ampliato anche alle sanzioni amministrative di carattere punitivo³⁷, anche con riguardo ai fatti già giudicati con sentenza definitiva – rispetto a una norma di condotta pur ritenuta dalla Corte costituzionale non illegittima e certamente meritevole di essere presidiata da una sanzione penale o amministrativa³⁸.

³⁵ Cfr. Corte cost., sentt. n. 218/1974 e n. 176/1976.

³⁶ Cfr. Corte cost., sentt. n. 26/1979, n. 103/1982 e n. 49/1989.

³⁷ Corte cost., sent. n. 68/2021.

³⁸ Cfr. Viganò (2021, 283 s.).

Ben si comprende, allora, come il ricorso alla dichiarazione *tout court* di illegittimità costituzionale sia stato possibile in passato – e resti possibile ora – soltanto nelle (rare) ipotesi nelle quali il vuoto di tutela originato dalla pronuncia, per le caratteristiche della fattispecie in esame, possa ritenersi di non particolare rilievo per l'ordinamento. Nello specifico laddove non debba assistersi a «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»³⁹.

È pur vero, tuttavia, che la semplice dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione è stata di recente inquadrata dalla Corte costituzionale come tecnica decisoria principe in questi contesti, cosicché il passaggio a più creative pronunce manipolative da parte del giudice costituzionale – a rime obbligate o, addirittura, a rime adeguate – sarebbe precluso ogni qual volta essa possa operare⁴⁰.

Occorre tuttavia esprimere cautela, dinanzi a questo che può *prima facie* apparire un notevole mutamento di paradigma della giurisprudenza costituzionale in questa materia, circa le possibilità concrete di ricorso a questa tecnica, se non forse, come nel caso nel quale tale principio è stato espresso, proprio nell'ambito delle sanzioni amministrative⁴¹.

In altri termini, il rapporto regola/eccezione di recente stabilito tra interventi demolitori e manipolativi o per così dire il *beneficio di previa escusione* della tecnica decisoria più *limpida* da parte del giudice costituzionale, potrebbe essere un omaggio rivolto alla sistematizzazione dogmatica dell'armamentario concettuale e decisorio della Corte costituzionale, anziché un segnale di svolta nella giurisprudenza della Corte in materia di proporzione sanzionatoria.

Sul fronte opposto, vi è la possibilità per la Corte costituzionale, evitando di creare vuoti di tutela e non volendo in alcun modo invadere la discrezionalità legislativa con interventi manipolatori sulle cornici edittali, di limitarsi ad accertare la violazione della garanzia della proporzione sanzionatoria demandando al legislatore, attraverso una sentenza-monito, la soluzione dell'accertato profilo di incostituzionalità della disciplina normativa⁴².

³⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 185/2021, cit., par. 3.

⁴⁰ Cfr. ancora Corte cost., sent. n. 185/202, cit., par. 3.

⁴¹ Più ottimista in proposito pare Tomasi (2021, par. 5.2), che configura l'ipotesi di impossibilità di dichiarazione totale di illegittimità costituzionale per come descritta nella decisione della Corte costituzionale come «situazione-limite» e prevede – pur stemperando la previsione con un «sembra» – «un “nuovo corso” della giurisprudenza costituzionale, nel segno della residualità del ricorso alle sentenze manipolative del trattamento sanzionatorio».

⁴² Cfr., solo di recente, *ex multis*, Corte cost., sentt. n. 179/2017, n. 81/2015, n. 240/2011, n. 163/2007 e n. 22/2007.

Anche in questo caso, tuttavia, ben evidenti sono i costi per il giudice costituzionale di una tale decisione, che trasla sui consociati il rischio dell'inerzia del legislatore, con il risultato di una potenziale perdurante applicazione di una disciplina di cui è accertata l'incostituzionalità⁴³. Se nel passato, anche recente, tale tecnica decisoria è stata utilizzata in questo campo, pare che ora il giudice costituzionale escluda di farvi ricorso, proprio al fine di una accresciuta tutela del singolo, non chiamato ad attendere (spesso invano) che il legislatore si faccia carico di riportare alla legalità costituzionale la disciplina normativa⁴⁴.

Saggiata la scarsa portata pratica dei rimedi caducatori o monitori, è inevitabilmente sui rimedi manipolatori che si è soprattutto concentrata l'attività giurisprudenziale e la riflessione dottrinale.

Infatti, all'interno di questo *genus*, emergono *species* diverse di tecnica decisoria, anche queste idealmente collocabili su una scala di discrezionalità dell'intervento del giudice costituzionale.

Anzitutto, vi è la possibilità per quest'ultimo di dichiarare l'illegittimità costituzionale parziale della disposizione normativa con riferimento esclusivo alla norma sanzionatoria, o meglio al valore della pena minima fissato dal legislatore. Tale decisione è quella che più si avvicina ad un intervento meramente caducatorio, poiché la disciplina di risulta emerge automaticamente dalla riespansione della norma generale sul valore minimo ordinamentale di ciascuna pena.

Si tratta di una tecnica decisoria adoperata con grandissima parsimonia dal giudice costituzionale italiano⁴⁵, mentre pare che essa possa ora tornare in auge sulla spinta della giurisprudenza più recente della Corte di giustizia, la quale invita – come si vedrà – già il giudice comune a disapplicare le cornici di pena legislativamente previste allorquando queste si pongano in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Non arduo comprendere i motivi di un uso così infrequente – quanto meno finora – di tale tecnica, in grado potenzialmente di scardinare la stessa caratteristica ordinamentale di prevedere una soglia inferiore di pena per le fattispecie criminose. Infatti, eccetto per reati dalla gravità del tutto modesta, riportare il minimo editale a quello previsto dalla parte generale del codice penale per ciascuna tipologia di pena, se certamente consente di irrogare nel caso di specie una pena proporzionata, rischia in astratto di stravolgere i rapporti di coerenza normativa all'interno dell'ordinamento con numerose fattispecie incriminatrici di minore gravità, ma che, in conseguenza dell'inter-

⁴³ Cfr. Viganò (2021, 285).

⁴⁴ Cfr. Pugiotto (2019, 804 ss.).

⁴⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 341/1994.

vento del giudice costituzionale, si ritrovano con un minimo di pena superiore al reato ben più grave che era oggetto della decisione costituzionale⁴⁶. In altri termini, ad esempio, difficilmente si riuscirebbe a giustificare il riportare il minimo della pena a quindici giorni di reclusione per un reato di rapina, in ipotesi punito in maniera sproporzionata, mentre la fattispecie di furto resta collegata ad un minimo di pena di sei mesi di reclusione. Oltretutto, a prescindere dagli effetti di coerenza ordinamentale, un tale intervento amplia a dismisura la discrezionalità del giudice comune nella comminatoria di pena, modificando nel profondo il riparto di *responsabilità istituzionale* in questa materia tra giudice e legislatore⁴⁷.

È per tutti i motivi qui ripercorsi, dunque, che gli sforzi della Corte costituzionale alla ricerca di un rimedio per le violazioni della proporzione sanzionatoria si sono piuttosto concentrati sulla possibilità di individuare una fattispecie incriminatrice analoga a quella per la quale il legislatore abbia previsto una pena non proporzionata (appunto il già accennato *tertium comparationis*), così da poterne trapiantare la cornice edittale. Si è quindi a lungo fatto ricorso alla già accennata tecnica delle c.d. rime obbligate, utilizzata invero dalla Corte costituzionale anche al di fuori di questo ambito di materia. La rilevante discrezionalità dell'intervento del giudice delle leggi è qui messa in ombra dal carattere «obbligato» non tanto della concreta previsione di pena, quanto del referente esistente nell'ordinamento per il procedimento analogico prescelto. In altri termini, il riferimento all'obbligo non è rivolto al legislatore, che ben potrà intervenire, volendo, a rimodulare la pena prevista dall'intervento del giudice costituzionale, che quindi non è in alcun modo individuata in una misura costituzionalmente obbligata; l'obbligo è per certi versi interno e rivolto alla Corte costituzionale, che sola potrà indicare come nuova cornice edittale l'unica pre-data nell'ordinamento per la fattispecie incriminatrice (fortemente) analoga⁴⁸.

È proprio in questa delicata attività di trapianto normativo, come rimedio alle violazioni della garanzia della proporzione sanzionatoria, che si è avuto da ultimo, come si è visto, il più interessante sviluppo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha dapprima più timidamente e poi in maniera esplicita e «programmatica» sancito l'abbandono delle rime obbligate, o meglio il suo superamento nel senso di una tecnica c.d. a mere rime adeguate.

Alla base di questa evoluzione vi è la constatazione dell'impossibilità di individuare, in ciascun caso, un idoneo *tertium comparationis* che possa fornire una soluzione «obbligata». È in questi casi, dunque, che la Corte

⁴⁶ V. Pugiotto (2019, 802).

⁴⁷ Cfr. ancora Pugiotto (2019, 802); Viganò (2021, 288); Manes (2016, 2111).

⁴⁸ Cfr. Viganò (2021, 287).

costituzionale si mostra ora disposta ad accrescere la sua discrezionalità decisoria, operando il trapianto normativo anche sulla base di mere alternative adeguate di disciplina rinvenibili nell'ordinamento.

Si è trattato, indubitabilmente, come da tutti registrato, di un importante cambiamento nelle tecniche decisorie della Corte costituzionale. Eppure, molto diverso è il giudizio sul grado, modesto o quasi rivoluzionario, di tale cambiamento.

È soprattutto chi riteneva e continua a ritenere il *tertium comparationis* idoneo e imprescindibile nel limitare la discrezionalità del giudice costituzionale e dunque nel salvaguardare lo spazio politico del Parlamento, a vedere nel nuovo corso impresso dalla Corte un autentico momento di svolta⁴⁹.

D'altro canto, chi già fortemente dubitava delle potenzialità del *tertium comparationis* come argine al potere del giudice costituzionale, soffrendone meno l'assenza, ha visto nella più recente giurisprudenza soltanto uno sviluppo, un affinamento di una direttrice di intervento, che conserva comunque inalterati i connotati strutturali, reggendosi pur sempre sulla tecnica della sostituzione mediante trapianto di una cornice edittale altrove prelevata⁵⁰.

Invero, già precedenti interventi della Corte costituzionale, pur impostati secondo lo schema delle rime obbligate, avevano mostrato come le critiche in punto di eccessiva compressione della discrezionalità legislativa potessero comunque sempre appuntarsi sull'individuazione, tutt'altro che scontata, del *tertium comparationis*⁵¹. Esempio a questo proposito pare la vicenda giurisprudenziale della fattispecie incriminatrice di sequestro di persona a scopo di estorsione. Qui, dopo ben due occasioni nelle quali la Corte costituzionale aveva respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata sulla base dell'errata individuazione di un *tertium comparationis* da parte del giudice comune⁵², la Corte si era infine mostrata soddisfatta dell'utilizzo in tal senso

⁴⁹ Per un giudizio critico di questa svolta cfr. Morrone (2019, 266 ss.): «una ragionevolezza ridotta a *proporzionalità a rime libere* mina in radice la legittimazione della Corte costituzionale [...] in materia penale la Corte costituzionale si sostituisce ormai al legislatore»; Spadaro (2019, 166): «ci troviamo di fronte al più temerario tentativo di espansione del sindacato, e quindi delle competenze, della Corte costituzionale»; Bartoli (2018a, 2571, 2575), che intravede il rischio che la Corte si trasformi in «una sorta di “terza camera”», e ancora Id. (2019a, 976): «l'individuazione della pena finisce per essere nella sostanza non argomentabile»; pur sulla base di argomenti più specifici alle singole decisioni, Macchia (2020, 40). Cauto anche Consulich (2019, 1243), che mette in guardia circa il fatto che sia «possibile lo sconfinamento nel campo di competenza del legislatore». Per un giudizio positivo invece cfr. Silvestri (2020, 33); Palazzo (2019, 2399 s.); Pugiotto (2019, 796 ss.); Tega (2020, 176 ss.); Dodaro (2019, 1408); Giubilei (2019, 112).

⁵⁰ In questo senso Viganò (2021, 288 ss.).

⁵¹ Cfr. Viganò (2021, 264), che da ciò trae la conclusione che «la stessa neutralità valorativa, che costituisce la ragione del successo della *proporzionalità ordinale* quale criterio per il *judicial review* delle scelte legislative in materia di pena, è soltanto apparente».

⁵² Corte cost., sentt. n. 163/2007 e n. 240/2011, cit. Nella prima in realtà difettava più a monte un chiaro *petitum*, mentre nella seconda la Corte respinge l'idoneità come *tertium comparationis* della fattispecie incriminatrice del sequestro di ostaggi prevista dall'art. 3 l. n. 718/1985.

della fattispecie di sequestro terroristico o eversivo⁵³, temperando il rigore sanzionatorio della prima fattispecie – la quale fissa il minimo edittale in venticinque anni di reclusione – attraverso il trapianto della circostanza attenuante per i fatti di lieve entità prevista dalla seconda. Ebbene, nonostante la ricca argomentazione svolta dalla Corte, non sono mancate in dottrina profonde critiche sull’impianto complessivo dell’intervento della Corte e anche, nello specifico, sull’adeguatezza della norma individuata per fungere da riferimento comparativo⁵⁴.

5. UN *EXCURSUS* NECESSARIO: I RECENTI SVILUPPI A LIVELLO EUROPEO

In questo frangente di estrema *dinamicità* della costruzione dello statuto della proporzione sanzionatoria da parte della Corte costituzionale si è poi di recente registrata una sorprendente evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea⁵⁵, la quale ha ribaltato, a distanza davvero di breve tempo, la precedente sentenza nel caso *Link Logistic N&N*⁵⁶.

In quella occasione, la Quinta Sezione della Corte era stata chiamata ad interpretare la direttiva n. 1999/62/CE relativa alla tassazione a carico di autoveicoli pesanti adibiti al trasporto di merci su strada per l’uso di alcune infrastrutture; ma, a prescindere da questo specifico campo di materia, l’attenzione della Corte era rivolta soprattutto all’articolo 9-*bis* della direttiva, il cui dettato è presente, pressoché identico, in moltissimi atti normativi dell’Unione europea. Tale articolo si limita infatti a sancire che «gli Stati membri pongono in essere gli adeguati controlli e determinano il regime sanzionatorio applicabile alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva; adottano tutte le misure necessarie per garantirne l’attuazione. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

Ebbene, già in un caso di poco precedente il giudice europeo, interpretando proprio tale norma, aveva stigmatizzato la disciplina sanzionatoria prevista in questa materia dall’ordinamento ungherese, sottolineandone la rigidità, legata ad un’applicazione forfettaria generalizzata delle sanzioni, e l’impatto talvolta sproporzionato rispetto ad alcune fattispecie concrete meno gravi⁵⁷.

⁵³ Corte cost. 23 marzo 2012, n. 68.

⁵⁴ Cfr. Seminara (2012, spec. 2403 ss.); Sotis (2012b, 909 ss.).

⁵⁵ CGUE, 8 marzo 2022, C-205/20, *NE*, la quale è stata subito oggetto di attenzione in dottrina, cfr. Viganò (2022), Brancati (2022) e Bresciani (2022). Sorprendente, inoltre, anche più in generale rispetto ai dubbi in dottrina circa il fatto che la Corte di giustizia potesse giocare un ruolo di rilievo in materia di proporzione sanzionatoria rispetto al diritto nazionale derivato, cfr. Sotis (2012a, 119 s.). Cautio circa un possibile effetto diretto della garanzia prevista dalla Carta di Nizza anche Gambardella (2021, 35).

⁵⁶ CGUE, 4 ottobre 2018, C-384/17, *Link Logistic N&N*.

⁵⁷ CGUE, 22 marzo 2017, C-497/15 e C-498/15, *Euro Team e Spirál Gép*.

La decisione della Corte, cristallina nel merito, aveva però generato nell'ordinamento ungherese un serrato dibattito circa gli strumenti con i quali porre rimedio ai vizi della disciplina normativa evidenziati nella stessa⁵⁸.

La questione era dunque tornata a Lussemburgo, questa volta al più specifico fine di comprendere se l'articolo della direttiva in esame potesse ritenersi avere efficacia diretta e dunque se alla sproporzione dell'apparato sanzionatorio previsto dall'ordinamento nazionale potesse porre rimedio direttamente il giudice, sempre in attesa evidentemente di un intervento del legislatore.

Anche in questo caso la risposta della Corte di giustizia era stata di esemplare chiarezza. Nel demandare la costruzione dell'intero sistema sanzionatorio agli Stati membri, l'obbligo di prevedere pene non sproporzionate sarebbe *in re ipsa* solo rivolto ai soli legislatori nazionali, chiamati appunto a tenerne conto in questa attività sommamente discrezionale; addirittura qualunque diversa interpretazione porterebbe ad «imporre al giudice nazionale di sostituirsi al legislatore nazionale»⁵⁹.

Mancando il fondamentale requisito del carattere incondizionato della norma, non può essere riconosciuto all'articolo 9-*bis* della direttiva in esame alcun effetto diretto e quindi esso non conferisce ai singoli il diritto di invocarlo dinanzi alle autorità nazionali⁶⁰.

Di fronte a una presa di posizione così chiara, il giudice europeo, volendo mutare il proprio indirizzo, non ha potuto far altro che operare, questa volta nella composizione più autorevole della Grande Sezione, un manifesto *overruling*⁶¹.

L'occasione è giunta da un rinvio pregiudiziale proposto da un giudice austriaco in relazione all'articolo 20 della direttiva n. 2014/67/UE concernente l'applicazione della direttiva n. 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Anche questo articolo, infatti, similmente a quello appena considerato, sancisce che «gli Stati membri stabiliscono le sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali

⁵⁸ Invero, possibili violazioni della garanzia della proporzione sanzionatoria da parte dell'ordinamento ungherese erano emerse, seppur in una diversa materia, anche nella precedente decisione CGUE, 9 febbraio 2012, C-210/10, *Úrbán*.

⁵⁹ CGUE, *Link Logistic N&N*, cit., par. 51 ss. In senso diametralmente opposto si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek del 26 giugno 2018, nel caso *Link Logistic N&N*, cit., par. 73 ss.

⁶⁰ CGUE, *Link Logistic N&N*, cit., par. 56.

⁶¹ Molto esplicite sulla necessità di un *overruling*, escludendo la fattibilità di un ricorso al *distinguishing*, anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek del 23 settembre 2021, *NE*, cit., par. 129 ss.; «a mio avviso, la Grande Sezione della Corte dovrebbe discostarsi espressamente e apertamente dalla sentenza *Link Logistik*» che pur sottolinea quanto rari siano i casi in cui ciò avvenga nella giurisprudenza della Corte. Sottolinea l'eccezionalità di tale scelta della Corte anche Viganò (2022, 2).

adottate in attuazione della presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'osservanza. Le sanzioni previste sono effettive, proporzionate e dissuasive».

Anche in questa circostanza, già in alcune precedenti decisioni, oltretutto anche nel medesimo caso concreto, il giudice europeo si era trovato a stigmatizzare la disciplina normativa austriaca, soprattutto in relazione all'assenza di un limite massimo in caso di applicazione concorrente di più ammende, alla luce del principio di proporzione sanzionatoria⁶²; e, ancora una volta, la discussione giurisprudenziale e dottrinale in Austria, in assenza di un pronto intervento legislativo, si era subito spostata sul ruolo del giudice nel rimediare a tale violazione della garanzia prevista dal giudice di Lussemburgo, con alcune decisioni della Corte costituzionale austriaca che avevano sancito l'assoluta impossibilità di irrogare una qualsivoglia sanzione in attesa che il legislatore offrisse al giudice comminatorie edittali proporzionate ed altre prese di posizione della Corte suprema amministrativa volte invece ad irrogare direttamente una sanzione proporzionata ai fatti, sulla base di una interpretazione correttiva, per quanto altamente creativa, della disciplina nazionale⁶³.

Le conclusioni alle quali giunge questa volta la Corte di giustizia sono diametralmente opposte a quelle cui era addivenuta nel caso precedente e ricalcano la prospettiva già allora tracciata dall'Avvocato Generale⁶⁴. Essa anzitutto evidenzia il carattere incondizionato dell'obbligo di prevedere pene proporzionate, poiché se è vero che la disposizione della direttiva «concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nel definire il regime sanzionatorio applicabile in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della citata direttiva, un siffatto margine di discrezionalità trova i propri limiti nel divieto, enunciato in termini generali e inequivocabili da detta disposizione, di prevedere sanzioni sproporzionate»⁶⁵. Inoltre, la sussistenza di un margine di discrezionalità in capo ai legislatori nazionali «non esclude, di per sé, che possa esercitarsi un controllo giurisdizionale al fine di verificare se lo Stato membro interessato abbia ecceduto i limiti fissati a tale margine di discrezionalità»⁶⁶.

Dato dunque il carattere incondizionato della norma, nulla osta, in questa rilettura da parte del giudice lussemburghese, a riconoscerne l'effetto diretto

⁶² Si vedano le ordinanze motivate non pubblicate CGUE, 19 dicembre 2019, C-645/18, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* e 19 dicembre 2019, C-140/19 *et al.*, *EX e a.* e la precedente sentenza CGUE, 12 settembre 2019, C-64/18 *et al.*, *Maskimovic*.

⁶³ Per una più puntuale ricostruzione del conflitto giurisprudenziale all'interno dell'ordinamento austriaco cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale, *NE*, cit., parr. 75 ss.

⁶⁴ Una prospettiva oltretutto ribadita e arricchita di nuovi appigli argomentativi anche in questo caso, cfr. ancora le Conclusioni dell'Avvocato Generale, *NE*, cit., parr. 31 ss.

⁶⁵ CGUE, *NE*, cit., par. 27.

⁶⁶ *Ivi*, par. 28.

e dunque la possibilità che possa «essere invocato da un singolo e applicato dalle autorità amministrative nonché dai giudici nazionali»⁶⁷.

Oltretutto, in un passaggio molto conciso ma di grande rilevanza, la Corte di giustizia si impegna subito ad estendere la portata di quanto appena sancito ben al di là della specifica disposizione oggetto della causa, riconoscendo come il principio di proporzionalità sia un principio generale del diritto dell'Unione e trovi consacrazione anche nell'articolo 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e dunque esso debba estendersi a tutto il diritto nazionale attuativo del diritto europeo, anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili⁶⁸.

Riconosciuto l'effetto diretto al principio di proporzionalità sanzionatoria, diviene allora ancor più essenziale per la Corte di giustizia interrogarsi *funditus* sul ruolo del giudice nazionale dinanzi al quale il singolo consociato invochi la protezione derivantegli da questo principio sovranazionale.

Sempre con grande chiarezza, il giudice europeo afferma che la necessità di dare piena applicazione al diritto dell'Unione europea, qualora non appagabile attraverso il ricorso all'interpretazione conforme della disciplina nazionale, deve essere perseguita per mezzo della disapplicazione del diritto interno in contrasto con l'ordinamento sovranazionale. Tale disapplicazione, lungi dal rivolgersi indistintamente all'intera disposizione normativa, deve limitarsi a soli e soltanto quei profili di disciplina che impediscono da parte del giudice nazionale l'irrogazione di una sanzione proporzionata⁶⁹.

Rispetto alle due opzioni presentate dallo stesso ordinamento nazionale austriaco, la Corte quindi aderisce all'approccio, molto più riccamente argomentato dall'Avvocato Generale⁷⁰, secondo il quale non avrebbe alcun senso una disapplicazione *tout court* delle sanzioni, che anzi si porrebbe in contrasto con il chiaro obbligo in capo agli Stati membri di prevedere sanzioni per le violazioni del diritto europolitano, ma sarebbe al contrario necessario operare – nelle parole dell'Avvocato Generale (par. 117) – in guisa di «intervento chirurgico piuttosto che» di «bombardamento a tappeto». Si tratta dunque di una disapplicazione selettiva o parziale del diritto nazionale, se non addirittura di integrarlo – non senza creatività da parte del giudice – per raggiungere l'obiettivo finale di poter irrogare una sanzione proporzionata.

Naturalmente, la Corte di giustizia non può ignorare le veementi critiche, proposte anche da alcuni Stati membri intervenuti nel giudizio, verso l'ap-

⁶⁷ *Ivi*, par. 29.

⁶⁸ *Ivi*, par. 31. Sulla portata generale della questione da affrontare per la Corte di giustizia, ben al di là della singola direttiva, cfr. già le Conclusioni dell'Avvocato Generale, *Link Logistic N&N*, cit., parr. 35 ss.

⁶⁹ CGUE, *NE*, cit., parr. 39 ss.

⁷⁰ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, *NE*, cit., parr. 86 ss.

proccio adottato, per le sue possibili frizioni con il principio di legalità dei reati e delle pene, con la certezza del diritto nonché con la parità di trattamento.

L'attenzione del giudice europeo non può che essere rivolta al versante individual-garantistico di questi principi, così che esso ha buon gioco nell'affermare l'assoluta liceità di una manovra disapplicativa del giudice nazionale che è tesa – in ogni caso – a ridurre la sanzione concretamente irrogata al consociato. Di fronte, quindi, a garanzie lette solo in chiave individuale, nessuna tra queste può ostare ad un intervento schiettamente *in bonam partem*⁷¹.

Certo, resta in ombra in questa prospettiva metodologica – da sempre cara alle istituzioni sovranazionali che spesso operano con la figura unitaria di Stato, non scisso nelle sue diverse articolazioni – il versante ordinamentale del principio di legalità penale, come norma fondamentale sul riparto della potestà normativa in tale materia tra legislatore e giudice. Si tratta di una prospettiva, evidentemente, di cui dovranno farsi carico, in un dialogo non sempre semplice col giudice europeo, i giudici costituzionali che sono chiamati a presidiare questa garanzia in ciascun ordinamento⁷².

6. EPILOGO

Non è possibile svolgere alcuna riflessione critica o anche soltanto avventurarsi in un'anticipazione delle traiettorie future del controllo giudiziale sulla proporzionalità sanzionatoria senza chiarire alcuni fondamentali elementi di contesto, istituzionali e politici⁷³.

La Corte costituzionale si trova ormai da tempo a operare, ben al di là di questo ambito, all'interno di un ordinamento multilivello, che ha stravolto equilibri consolidati nel rapporto sempre delicato col giudice comune.

Proprio l'ambito della proporzione sanzionatoria, però, offre uno splendido osservatorio sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno, e, al suo interno, tra giudice costituzionale e giudice comune.

La svolta compiuta dalla Corte costituzionale in questo contesto pare davvero poca cosa rispetto all'approccio *disruptive* che la Corte di giustizia ha impresso nello stesso ambito.

⁷¹ CGUE, *NE*, cit., parr. 45 ss. In questo senso anche Bresciani (2022, 638 s.).

⁷² Non intravede particolari scogli in proposito Bresciani (2022, 639), in considerazione proprio del vaglio sempre più stringente a cui la discrezionalità legislativa in materia di cornice edittali è già sottoposta da parte della Corte costituzionale, cosicché questa difficilmente potrebbe negare alla Corte di giustizia, oltretutto attraverso lo strumento molto delicato dei controllimiti, interventi da essa spesso compiuti. Al contrario per Viganò (2022, 17 ss.) il rispetto anche del versante ordinamentale del principio di legalità sarebbe assicurato soltanto laddove la complessa opera di adeguamento delle cornici edittali nazionali alla garanzia della proporzione sanzionatoria, come interpretata dalla Corte di giustizia, venga riservata al controllo accentrato della Corte costituzionale.

⁷³ Per la centralità di tale lettura nell'analisi della giustizia costituzionale cfr. Tega (2020, *passim*).

Dapprima nel più limitato confine della compensazione sanzionatoria in materia di doppi binari e *ne bis in idem*⁷⁴, e ora in maniera generalizzata rispetto a qualsiasi sanzione di fonte eurounitaria (v. *supra* 5.), la Corte di giustizia sembra farsi pochi scrupoli nel picconare alle fondamenta la stessa costruzione della commisurazione edittale su un sistema di minimi e massimi sanzionatori all'interno dei quali si trovi a operare la discrezionalità del giudice.

Da un lato, molto ci si interroga criticamente sugli spazi di discrezionalità legislativa che la Corte costituzionale – puntualmente, rispetto a singole fattispecie incriminatrici – sottrae al Parlamento democraticamente legittimato, dall'altro, però, il giudice comune si appropria di ben più ampi spazi di discrezionalità legislativa già ora, con riferimento al *ne bis in idem*⁷⁵, e, ancor più, in prospettiva rispetto alla più recente presa di posizione della Corte di giustizia.

Tale descrizione degli elementi di contesto, non mira in alcun modo a schermare la Corte costituzionale dalle critiche – per così dire connaturate a tale istituzione – di tracciare in maniera errata l'equilibrio, sempre complesso, tra tutela contro-maggioritaria dei diritti fondamentali e regola democratica; si vuole meramente sottolineare che è difficile analizzare il *modus operandi* più recente della Corte costituzionale senza comprendere le tensioni istituzionali alle quali è sottoposta in virtù della presenza di un sistema concorrente di tutela diffusa dei diritti fondamentali, che corre senza mediazioni sul filo che collega il giudice comune con le Corti sovranazionali.

Si può, quindi, senz'altro sottolineare la sempre maggior «disinvoltura» del giudice costituzionale, ma senza ricollegarne le cause a meri mutamenti interni o addirittura soggettivi dei singoli giudici, quanto a un cambiamento strutturale del ruolo della Corte costituzionale, in un sistema nel quale essa è chiamata anzitutto a giustificare e difendere un proprio ruolo istituzionale.

In altri termini, è forse la stessa architettura istituzionale ad essere in larga parte strutturalmente avversa a filosofie giudiziali più inclini al *judicial minimalism*, poiché ciascun circuito giudiziario teme che il suo minimalismo nel merito si trasformi sempre più in un isolamento istituzionale su quella singola questione o addirittura più in generale rispetto alla complessiva attività di tutela dei diritti fondamentali⁷⁶.

Volendo lanciarsi, in conclusione, in presagi sulle direttrici future della giurisprudenza della Corte costituzionale, tante e tali sono sempre le variabili

⁷⁴ Con il trittico di pronunce dello stesso giorno CGUE, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; C-596/16 e 597/16, *Di Puma e Consob*; C-537/16, *Garlsson*.

⁷⁵ Cfr., per tutte, Corte di cassazione, Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869.

⁷⁶ Cfr. le simili riflessioni di Ruotolo (2019, 663), secondo il quale «occorrerebbe riflettere sul fatto che il maggiore interventismo della Corte di oggi [...] trova in parte giustificazione nella necessità di recuperare il ruolo di giudice dei diritti, messo in discussione dalla compresenza di diverse Corti che, a diversi livelli, finiscono per occuparsi di una materia *lato sensu* costituzionale».

da considerare. Eppure, un pezzo del futuro in materia di proporzione sanzionatoria pare già scovabile nel presente, se si guarda alla recentissima decisione del nostro giudice costituzionale in materia di *ne bis in idem*⁷⁷.

Di fronte ad un'altra garanzia per la quale la Corte di giustizia – in quel caso in tandem con la Corte Edu – aveva offerto una lettura molto flessibilizzante e tutta sbilanciata sul ruolo del giudice comune, la Corte costituzionale ha tentato da un lato di riportare a un livello di maggiore generalità e astrattezza la questione, così da poter fornire una risposta *erga omnes*, che di fatto esautorasse nuovamente il giudice comune da un qualsiasi compito di accertamento in concreto, caso per caso, della violazione della garanzia; dall'altro, ha sfruttato nuovamente l'occasione per tornare sul tema della doppia pregiudizialità, rimarcando ancora una volta i vantaggi di un rinvio al giudice costituzionale rispetto al mero intervento del giudice comune.

Anche il tema della proporzione sanzionatoria passerà verosimilmente – almeno negli auspici della Corte costituzionale – per un tentativo di quest'ultima di ri-accentrare il controllo giudiziale⁷⁸, evitando un'applicazione a macchia di leopardo della garanzia, attraverso una episodica disapplicazione del minimo editale della singola fattispecie.

Certo, in linea con la direzione di marcia già intrapresa dal nostro giudice costituzionale, un ri-accentramento nella tutela dei diritti fondamentali non potrà mai essere imposto autoritativamente al giudice comune, ma dovrà essere guadagnato ogni giorno con l'autorevolezza del proprio operare⁷⁹. In quest'ottica va letto lo slancio manifestato nel dialogo con la Corte di giustizia attraverso un efficace uso del rinvio pregiudiziale interpretativo da parte della stessa Corte costituzionale⁸⁰; essa si mostra così in grado di rappresentare al massimo livello di autorevolezza istituzionale e argomentativa le istanze provenienti dai giudici comuni; di agire quale miglior possibile veicolo di senso per la tradizione giuridica e per i principi costituzionali dell'ordinamento nazionale nel dibattito sovranazionale.

Fondamentale per accreditarsi come sede privilegiata per la risoluzione dell'antinomia sarà, infine, la capacità della Corte costituzionale di offrire un rimedio. È in quest'ottica che forse può pronosticarsi il perdurante ricorso, in futuro, alla recente tecnica delle rime adeguate (o in altri contesti alla tecnica c.d. Cappato), poiché queste tecniche consentono al giudice costituzionale di

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 149/2022.

⁷⁸ Su tale stagione di «ri-accentramento», cfr., per tutti, Tega (2020, 23 ss.). Per una differente lettura cfr. Guazzarotti (2020, 78 ss.).

⁷⁹ Cfr. in tal senso anche Viganò (2019, 489).

⁸⁰ Cfr. *supra* note 2 e 3.

conservare un ruolo protagonista nella dialettica col giudice comune e con le Corti sovranazionali⁸¹.

D'altronde, se è vero che la più recente giurisprudenza costituzionale all'insegna delle rime adeguate ha scatenato, come si è visto⁸², non poche critiche dottrinali, è pur vero che difficilmente tali temi – estremamente tecnici – espongono la Corte al rischio di contraccolpi istituzionali o crisi di fiducia dei consociati, come avviene al contrario per temi fortemente polarizzanti e di sicura comprensione collettiva quali da ultimo proprio il suicidio medicalmente assistito o la coltivazione di marijuana⁸³.

Oltretutto, la dottrina prevalente, pur sottolineando gli elementi di criticità di questo approccio, ha finito per apprezzare comunque gli interventi del giudice costituzionale, quantomeno quale «male necessario» in un'epoca di populismo penale nella quale è difficile ipotizzare che la tutela della garanzia costituzionale della proporzione sanzionatoria possa inverarsi per via legislativa⁸⁴. Anche qui, con tutti i limiti di affidabilità che qualsiasi previsione comporta, pare purtroppo difficile azzardare che, in costanza di tutti i fattori che questo populismo penale hanno generato, il fenomeno sia destinato a eclissarsi a breve.

Più a fondo, in una sfida intellettuale che interpella – questa sì – più la scienza penalistica che il giudice costituzionale, occorrerà tornare ad interrogarsi, anche alla luce di questi ultimi sviluppi, sulla perdurante utilità di difendere un sistema sanzionatorio caratterizzato da elevati minimi edittali o sulla possibilità piuttosto di cercare forme altre di imbrigliamento della discrezionalità giudiziale nell'attività di commisurazione della pena⁸⁵, in un contesto comparato nel quale gli ordinamenti anglo-americani hanno da tempo intrapreso la diversa strada della standardizzazione per mezzo di *sentencing guidelines*⁸⁶.

Occorre, infine, rimarcare una prospettiva spesso sottaciuta in questo ambito e che invece potrebbe e dovrebbe giocare un ruolo ben più protago-

⁸¹ Si veda come Viganò (2022, 17 s.) non a caso riconnetta le evoluzioni della giurisprudenza della Corte costituzionale sul vaglio della proporzione sanzionatoria e la flessibilizzazione da ultimo apportata con la dottrina delle c.d. rime adeguate ad un'accresciuta potenziale capacità della Corte di risolvere eventuali problemi di proporzionalità dei compassi sanzionatori nazionali riscontrati dalla Corte di giustizia.

⁸² V. *supra* nota 49.

⁸³ *Contra* Bartoli (2019, 983), che pure in questo ambito paventa il rischio che «la Corte si esponga a critiche delegittimanti che taccino di politicità il suo operato». Anche Spadaro (2019, 166) si dice sorpreso dal fatto che queste decisioni in materia penale siano «passate invece quasi in silenzio al vaglio dell'opinione pubblica».

⁸⁴ Cfr. Palazzo (2019, 2399 s.); Ambrosetti (2019, 9 s.); Manes (2020, 168 s.); Consulich (2019, 1244).

⁸⁵ Per una prima riflessione, proprio partendo dalla recente decisione della Corte di giustizia, Brancati (2022, 11 ss., 25 ss.).

⁸⁶ Cfr., ad esempio, quanto all'ordinamento inglese e gallese, Ashworth e Roberts (2013).

nistico. Come osservato da tempo dalla dottrina penalistica⁸⁷, imprescindibile è anche la portata ermeneutica del principio di proporzione sanzionatoria. Molte delle ipotesi nelle quali il giudice costituzionale è costretto, con movimenti acrobatici all'interno dell'ordinamento, a trovare una nuova cornice edittale con un minimo che consenta una pena proporzionata rispetto al fatto concreto, potrebbero essere del tutto evitate qualora il giudice comune si facesse guidare maggiormente, nel tracciare il perimetro di applicazione della fattispecie incriminatrice, dal minimo di pena previsto dal legislatore, così da escludere *ab initio* che fatti connotati da un disvalore molto meno marcato rispetto a quanto pare indicare il più severo minimo edittale possano essere considerati fatti tipici. Sarebbe dunque auspicabile che il giudice comune, prima di avventurarsi sui sentieri impervi della disapplicazione delle cornici edittali dettate dal legislatore, riscopra invece la via maestra – nel campo suo proprio dell'attività ermeneutica – dell'interpretazione costituzionalmente orientata, rispetto al principio di proporzione sanzionatoria, della fattispecie incriminatrice.

BIBLIOGRAFIA

Ambrosetti, E.M. (2019), *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?*, in *disCrimen*, pp. 3 ss.

Ashworth, A. e Roberts, J.V. (a cura di) (2013), *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford, Oxford University Press.

Bartoli, R. (2018a), *Dalle «rime obbligate» alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2566 ss.

Bartoli, R. (2018b), *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1540 ss.

Bartoli, R. (2019), *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato «intrinseco» sul quantum di pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 967 ss.

Brancati, M.G. (2022), *La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire dalla sentenza C-205/20*, in *Archivio penale*, pp. 1 ss.

Bresciani, P.F. (2022), *Contro le pene eccessive: al rimedio costituzionale si aggiunge la disapplicazione europea*, in *questa Rivista*, pp. 637 ss.

Consulich, F. (2019), *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1231 ss.

⁸⁷ Cfr. Manes (2005, 264 ss.); più di recente di nuovo Manes (2021, 1245 ss., spec. 1250). Nello stesso senso ora Viganò (2021, 257); Santangelo (2022, 320).

D'Amico, M. (2016), *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, pp. 1 ss.

Dodaro, G. (2012), *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè.

Dodaro, G. (2019), *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Diritto penale e processo*, pp. 1403 ss.

Dolcini, E. (2016), *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1956 ss.

Donini, M. (2013), *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1162 ss.

Gambardella, M. (2021), *Il primato del diritto dell'Unione europea e la Carta dei diritti fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria*, in *Cassazione penale*, pp. 26 ss.

Giubilei, A. (2019), *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*, pp. 91 ss.

Guazzarotti, A. (2020), *Le contropunte centrifughe nel sindacato di costituzionalità*, in *Questione giustizia*, pp. 78 ss.

Insolera, P. (2017), *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Indice penale*, pp. 176 ss.

Leone, S. (2017), *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, pp. 1 ss.

Macchia, A. (2020), *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cassazione penale*, pp. 19 ss.

Manes, V. (2016), *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2105 ss.

Manes, V. e Napoleoni, V. (2019), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli.

Manes, V. (2020), *Il controllo di costituzionalità e il congedo dalle «rime obbligate»: il difficile equilibrio tra legalità e proporzionalità*, in AA.VV., *Studi in onore di Alessio Lanzi*, Roma, Dike, pp. 153 ss.

Manes, V. (2021), *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1233 ss.

Merlo, A. (2016), *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1427 ss.

Morrone, A. (2019), *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in questa Rivista, pp. 251 ss.

Palazzo, F. (1998), *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 350 ss.

Palazzo, F. (2019), *Un «nuovo corso» della Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, pp. 2398 ss.

Pugiotto, A. (2019), *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 785 ss.

Pulitanò, D. (2017), *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, pp. 48 ss.

Recchia, N. (2020), *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli.

Ruotolo, M. (2019), *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*, pp. 644 ss.

Santangelo, A. (2022), *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli.

Seminara, S. (2012), *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cassazione penale*, pp. 2393 ss.

Sotis, C. (2012a), *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, pp. 111 ss.

Sotis, C. (2012b), *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso – troppo? – sul serio»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 906 ss.

Spadaro, A. (2019), *I limiti «strutturali» del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, pp. 145 ss.

Tega, D. (2020), *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press.

Tomasi, L. (2021), *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistema penale*, 4 ottobre 2021.

Viganò, F. (2017), *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, pp. 61 ss.

Viganò, F. (2019), *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in questa Rivista, pp. 481 ss.

Viganò, F. (2021), *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli.

Viganò, F. (2022), *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 *Sistema penale*, pp. 1 ss.

The Proportionality of Punishment in the Triangulation Among Ordinary Courts, Constitutional Court, and Court of Justice of the Eu. The paper traces recent developments on the safeguard of proportionality of punishment in the case law of the Italian Constitutional Court and of the Court of Justice of the European Union, also from the very perspective of the relationship between these two Courts and between them and ordinary courts. Highlighted in this contribution are above all the constitutional aspects of this safeguard: from its legal qualification to its scope; from the constitutional remedies available to the individual to the stages of the constitutional adjudication on proportionality of punishment.

Keywords: Proportionality; Punishment; *rime obbligate*; *tertium comparationis*.

NICOLA RECCHIA è ricercatore di Diritto penale nell'Università degli Studi di Trieste.