

## Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale.

di *Ilaria Grimaldi*

**Sommario.** **1.** La dinamica triadica del controllo di proporzione: nell'ombra del canone di uguaglianza-ragionevolezza. – **2.** Prime emancipazioni dal modello del *tertium comparationis*: l'incidenza del principio di rieducazione della pena e lo specchio del principio di offensività. – **3.** Verso l'affermazione dell'autonomia del principio di proporzionalità della pena in una dimensione diadica. – **4.** La proporzionalità come spinta manipolativa sui margini edittali della pena: la Corte costituzionale sulle pene fisse. – **5.** Considerazioni conclusive.

### **1. La dinamica triadica del controllo di proporzione: nell'ombra del canone di uguaglianza-ragionevolezza.**

Il percorso del principio di proporzionalità della pena può essere visivamente descritto come una parabola ascendente, che vede la proporzione rivestire una posizione inizialmente piuttosto marginale nel sindacato di costituzionalità delle norme incriminatrici, per poi assumere tutt'altra rilevanza, quale baricentro essenziale dell'adeguatezza del trattamento sanzionatorio legislativamente previsto<sup>1</sup>.

La materia penale, difatti, da sempre appartiene al novero delle delicate decisioni politico-criminali, baluardo della primaria ed esclusiva competenza del Legislatore<sup>2</sup>: onde evitare, tuttavia, che tale piena discrezionalità trasmodi

---

<sup>1</sup> «Nella giurisprudenza costituzionale più recente gli interventi di questa Corte sulle disposizioni sanzionatorie sono divenuti più frequenti, con una serie di decisioni ispirate ad una sempre maggiore garanzia della libertà personale e dei principi costituzionali che delineano "il volto costituzionale del sistema penale"», così le parole dei giudici della Consulta in C. Cost., 13 luglio 2017, n. 179. Precedentemente, ed in merito alle scelte legislative portatrici di ricadute più che incisive, il profilo rappresentato dalla privazione della libertà personale compiuta dalla pena, la Corte si era pronunciata sul riscontro di costituzionalità, tarato sulla ragionevolezza, il quale «deve essere compiuto con particolare rigore, per le conseguenze che ne discendono sia per la libertà dei singoli, che per la tutela della collettività», in C. Cost., 9 aprile 1998, n. 114.

<sup>2</sup> La *ratio* di questa attribuzione è ben esplicita nella sentenza C. Cost., 19 marzo 1986, n. 62, ove «le opzioni legislative, in sede di configurazione delle fattispecie criminose tipiche, devono tener conto non soltanto del bene o dei beni giuridici tutelati attraverso l'incriminazione delle fattispecie stesse, ma anche delle finalità immediate che, nel contesto storico in cui le opzioni in parola vengono operate, il legislatore persegue, nonché degli effetti indiretti che i fatti incriminati vanno a produrre nell'ambiente sociale in cui si realizzano». In merito, e più recente,

in vero e proprio arbitrio, la Corte costituzionale ha progressivamente costruito una serie di argini, da imporre dinanzi eventuali irrazionalità o sperequazioni sanzionatorie.

Stante l'assenza di un fondamento costituzionale espresso, il principio di proporzionalità ha in origine nascosto la propria dirompenza ed è stato per lo più assorbito in due ulteriori canoni ermeneutici di valutazione della legittimità costituzionale della misura punitiva: uguaglianza e ragionevolezza<sup>3</sup>.

La non così definita autonomia concettuale della proporzione è testimoniata anche dalla frequente sovrapposizione e, a tratti, nebulosità terminologica degli interventi costituzionali in materia<sup>4</sup>: pur centrale, dunque, il principio di proporzionalità opera, in questa fase, solo in forma implicita e desunta<sup>5</sup>.

Le norme sulla misura della pena subiscono, così, un vaglio di costituzionalità incentrato sul criterio della «manifesta irragionevolezza»<sup>6</sup>, parametro utilizzato dal potere legislativo nel ponderare la materia oggetto di

---

cfr. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 317-318; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, n. 4, 2016; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, p. 21 ss.

<sup>3</sup> Sullo scrutinio di ragionevolezza si veda in dottrina AGRÒ, *L'eguaglianza in transizione, in Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale – Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, p. 199; LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, pp. 639-640.

<sup>4</sup> Emblematico in questo senso è un passaggio tratto dalla pronuncia C. Cost., 18 gennaio 1999, n. 2, relativa all'automatica radiazione di diritto dall'albo dei ragionieri e periti commerciali degli iscritti che abbiano riportato condanna penale per alcuni tipi di reato: «L'automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole, contrastando con il principio di proporzione, che è alla base della razionalità che informa il principio di eguaglianza». Inoltre, ad evidenziare il nesso tra ragionevolezza e proporzionalità, si menziona la sentenza C. Cost., 29 maggio 1995, n. 220, in cui il principio di proporzione viene definito come «diretta espressione del generale canone di ragionevolezza».

<sup>5</sup> In effetti, il principio di proporzionalità si è, nel tempo, prestato ad essere utilizzato quale «complemento ed in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte», così M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Aa. Vv., Il costituzionalista riluttante*, Torino, 2016, p. 463.

<sup>6</sup> Precedente emblematico di tale orientamento è la sentenza C. Cost., 27 giugno 1974, n. 218, con cui è stata dichiarata illegittima la norma parificante le conseguenze della contravvenzione in cui incorre il cacciatore che si fa cogliere sprovvisto, pur essendone in possesso, dei documenti di assicurazione, a quella che colpisce chi caccia senza essere effettivamente assicurato. La Corte ha accolto la questione incentrata sulla ingiustificata parificazione dei due trattamenti sanzionatori, affermando in chiusura di motivazione che resta nella discrezionalità del legislatore «con il limite di una ragionevole differenziazione rispetto alla fattispecie di chi caccia senza essere assicurato – lo stabilire con quale sanzione debba essere punito chi, pur essendo assicurato, è sorpreso a cacciare privo dei documenti dimostrativi». Sui seguiti della pronuncia v. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di uguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2163 ss.

normazione. Attraverso la direttrice del principio di uguaglianza, la sanzione penale, a partire dagli anni '70, viene scrutinata dai giudici della Consulta in quanto marcatamente diseguale, in termini di differenziazione sanzionatoria, rispetto un'ulteriore fattispecie incriminatrice.

In questa prima fase della giurisprudenza costituzionale, quindi, la struttura del giudizio della Corte assume una natura triadica e pone a raffronto la norma oggetto di impugnazione di costituzionalità con un c.d. *tertium comparationis*, il quale possa far luce sull'arbitrarietà ovvero sulla ragionevolezza del dettato normativo apparentemente discriminatorio.

L'anello di congiunzione di tale giudizio ternario si rinveniva unicamente nell'art. 3 Cost., esprimente un generale principio di eguaglianza sanzionatoria, a fronte di analoghe e somiglianti fattispecie incriminatrici: sulla base di questo meccanismo, la Corte costituzionale riteneva costituzionalmente obbligata la sostituzione del trattamento punitivo ritenuto irragionevole, stante il confronto posto con il *tertium comparationis*, con la sanzione penale prevista, viceversa, per quest'ultimo, giungendo così, conclusivamente, ad un riequilibrio, ad una ristabilita coerenza delle scelte sanzionatorie operate a monte dal Legislatore.

Ed in effetti, la primaria ragione giustificatrice del controllo ternario di legittimità costituzionale risiedeva nella possibilità della Consulta di legittimare il proprio intervento ablativo, attraverso la sovrapposizione della pena ritenuta incongrua con una risposta punitiva già presente nell'ordinamento, già pensata dallo stesso Legislatore, evitando così di eccedere la piena competenza penale delegata al solo potere legislativo<sup>7</sup>.

Non poche criticità sono state evidenziate in riferimento al controllo triadico di costituzionalità delle norme incriminatrici: in primo luogo, sorge a monte un problema relativo allo stesso termine di paragone, da cui può irradiarsi un circolo vizioso, potenzialmente infinito, di accertamento della sua adeguatezza, ponendo in incertezza, conseguentemente, l'intero giudizio di ragionevolezza-uguaglianza<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> In merito, v. O. DI GIOVINE, *Sul c.c. controllo di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 171 ss., la quale si mostra critica nell'evidenziare come il *tertium comparationis* venga utilizzato per lo più quale rassicurazione ed oscuramento di giudizi a schema binario, fondati su un bilanciamento diretto dei beni a confronto, e che rischiano di sconfinare in «pronunce arbitrariamente creative del diritto».

<sup>8</sup> Critico nei confronti di tale modello è ad esempio F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 376 ss.; inoltre, per una visione comparatistica, cfr. PATRONI GRIFFI, *Il Conseil constitutionnel e il controllo della "ragionevolezza": peculiarità e tecniche di intervento del giudice costituzionale francese*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 79, il quale evidenzia come il Consiglio costituzionale francese, nell'analisi dell'accertamento della violazione del principio di uguaglianza, non adotti l'ausilio del *tertium comparationis*.

Inoltre, l'obiettivo così perseguito dalla Consulta è sembrato piuttosto ripristinare una coerenza intrasistemica dell'ordinamento penale, che non invece colpire l'*an* della sanzione punitiva e quindi, a monte, la stessa decisione del legislatore di introdurre una ingiustificata risposta sanzionatoria per un determinato fatto di reato.

Un riscontro solo orizzontale di congruità tra le due sanzioni penali poste a raffronto, di conseguenza, si dimostra uno scarso terreno di incisività del principio di proporzione, il quale, viceversa, irradia la sua portata verso tutti i fattori che influiscono sull'*an*, sulla *species* e sul *quantum* della punibilità<sup>9</sup>.

Ne consegue che, pur ammettendo la forza di fondamento insita nell'art. 3 Cost., quale ago della bilancia della delicata operazione di equilibrio delle risposte sanzionatorie di reati posti a confronto, il solo parametro dell'eguaglianza-ragionevolezza non è ancora sufficiente a pervenire ad una perfetta *proporzionalità* della pena concretamente da irrogare.

In primo luogo, come poc'anzi evidenziato, alla Consulta sarebbe attribuita un'eccessiva preminenza nel decidere quali effetti punitivi riconnettere alle determinazioni penali: anzi, la costruzione trilaterale delle valutazioni di costituzionalità permetteva alla Corte di ricondurle non tanto alle considerazioni soggettive della stessa, bensì ad ipotesi di incoerenza normativa realizzate a monte da parte del legislatore.

Inoltre, e soprattutto, si rischia così di condurre il consociato non tanto ad un effetto deterrente dal reato, quanto piuttosto ad una individuale valutazione sul commettere quello potenzialmente più grave, ma che presenta eguale risposta sanzionatoria rispetto il reato utilizzato a termine di paragone<sup>10</sup>.

Il completo assorbimento del giudizio di proporzione nel più ampio canone della ragionevolezza, alla stregua di un ricercato rispetto dell'art. 3 Cost. in termini di non discriminazione, appare perciò se non scorretto, per lo meno incompleto o lacunoso: obiettivo dell'attento vaglio di costituzionalità dei giudici della Consulta non può essere unicamente riequilibrare, dal punto di vista meramente numerico, le eventuali *storture* nel *quantum* di pena che il legislatore ha pensato per determinati fatti di reato, posti a confronto con altri. Il carattere puramente formale della dinamica trilaterale di intervento di legittimità costituzionale verrà così colmato progressivamente da un

<sup>9</sup> Così ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 165-166.

<sup>10</sup> Eloquente sotto questo punto di vista, il riferimento di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. curata da F. Venturini, 1994, pp. 22-60, ove l'Autore afferma che «se una pena è destinata a due delitti che disegualmente offendono la società, gli uomini non troveranno più un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio». Più recente espressione di questo assunto, G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 468, prendendo in esempio la possibilità di inasprire la risposta sanzionatoria per il reato di rapina, osservava «quando (...) si minaccia a quel tipo di rapinatore la pena di vent'anni – una pena che per effetto delle aggravanti comuni (...) sale al livello sanzionatorio dell'omicidio – è fatale che lo si induca a trasformarsi da rapinatore ad omicida, visto che, a conti fatti, il rischio penale delle due imprese criminose si equivale».

sindacato più marcatamente sostanziale, volto ad incidere sulla sanzione penale in quanto intrinsecamente sproporzionata.

**2. Prime emancipazioni dal modello del *tertium comparationis*: l'incidenza del principio di rieducazione della pena e lo specchio del principio di offensività.**

È la razionalità intrinseca alla fattispecie incriminatrice, dunque, il punto focale dell'analisi di costituzionalità man mano costruita dalla Consulta: un'attenzione maggiore alla sanzione penale in sé considerata, da un punto di vista esonormativo, ha condotto così all'emancipazione del principio di proporzionalità dalla dinamica trilaterale ex art. 3 Cost., in particolar modo attraverso la compenetrazione della proporzione con il nuovo tessuto costituzionale, *rectius*, con la finalità rieducativa della pena.

Se, invero, l'idea di proporzione ha da sempre rinvio ad un rapporto di gravità tra diversi reati, una irragionevole asimmetria tra il grado dell'offesa espresso dal comportamento illecito e la reazione punitiva dell'ordinamento può condurre alla completa inibizione del principio per cui la pena debba tendere alla rieducazione del condannato: qualora la sanzione penale sia abnorme rispetto il fatto di reato posto in essere, il condannato si renderà indisponibile ai propositi recuperativi offerti dall'ordinamento mediante l'apposito apparato penitenziario, in quanto profondamente consapevole dell'ingiustizia arrecatogli da una risposta sanzionatoria eccessiva<sup>11</sup>.

Ne consegue che il sindacato di proporzionalità improntato dalla Consulta, seguendo questa seconda direttrice costituzionale, non investe unicamente la ricaduta sanzionatoria di un determinato illecito punito concretamente, bensì si irradia in un controllo a monte, già al momento della determinazione da parte del legislatore della conseguenza punitiva applicata alle condotte penalmente rilevanti<sup>12</sup>.

A partire dal rispetto del principio costituzionale di rieducazione del reo<sup>13</sup> si postula, così, un rapporto di misura tra la quantità della pena comminata dal legislatore ed il conseguimento della finalità risocializzante, «non potendosi

---

<sup>11</sup> Così G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI convegno della Facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008, a cura di M. Cartabia, T. Vettor, Milano 2009, pp. 144-145.

<sup>12</sup> In merito, NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in *Aa.Vv., Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano-Stella, 1980, p. 49 ss., il quale puntualizza su tale generale limite alle decisioni di politica criminale, affinché siano bilanciati i possibili effetti «positivi» dell'incriminazione con i sacrifici che, attraverso la pena, gravano sui diritti fondamentali dell'individuo (ecco la naturale dinamica del principio di proporzionalità).

<sup>13</sup> Per un'analisi dei casi in cui la Corte ha valorizzato (o mancato di valorizzare) il principio rieducativo, cfr. G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca-Pizzorusso, 1991, p. 330 ss.

perseguire alcuna azione rieducativa mediante un trattamento sanzionatorio sproporzionato alla gravità del fatto»<sup>14</sup>.

Al contrario, si procederebbe verso una strumentalizzazione del singolo soggetto, ad esempio per la comunità dei consociati, e, conseguentemente, verso un totale offuscamento delle esigenze, altrettanto importanti, di prevenzione speciale<sup>15</sup>.

È proprio tramite questo innovativo schema di intervento costituzionale che la Corte ha attribuito maggiore nitidezza al principio di proporzionalità, che diviene peculiarità interna alla fattispecie considerata, ora valutata nella propria stessa *ratio*: disancorando il giudizio di proporzione dallo schema triadico del *tertium comparationis*, l'attenzione del giudice costituzionale si focalizza, quindi, sulla conformità della disposizione normativa alla sua causa interna<sup>16</sup>.

Lo specchio di riconoscimento della corretta operazione di proporzionalità affidata al legislatore, nonché *fil rouge* del percorso che il principio di proporzione segna nel contesto giurisprudenziale, diviene, per l'appunto, il principio di offensività.

Se, invero, l'idea di proporzione ha da sempre rinvio ad un rapporto di gravità tra diversi reati, ponendosi, in ottica costituzionale, quale criterio di ragionevole moderazione delle risposte sanzionatorie disegnate dal legislatore, l'assenza tuttavia di meccanismi esatti di connessione tra gravità del reato ed individuazione dell'ipotetica pena "giusta" ha comportato la necessità di costruire un sistema quanto più coerente di risposte al reato, in una scala decrescente, a partire dai delitti più gravi<sup>17</sup>. Qualora la pena risulti sproporzionata per eccesso, allora, la Consulta può intervenire al fine di sindacare l'irragionevolezza del trattamento punitivo: in particolare, il minimo editale della pena, espressione della reale politicizia della scelta criminale del legislatore, subisce il sindacato di costituzionalità qualora la fattispecie incriminatrice risulti astrattamente idonea a ricomprendere anche condotte

---

<sup>14</sup> Così la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983, elaborata da una commissione ministeriale presieduta da Padovani, con il fine di determinare alcuni criteri di riparto nella scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, pubblicata in *Leg. pen.*, 1984, p. 281 ss.

<sup>15</sup> Approfondisce il punto S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 4, 2017.

<sup>16</sup> Per un richiamo approfondito, si veda C. Cost., 7 marzo 2017, n. 86.

<sup>17</sup> Cfr. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in AA. Vv., *Giustizia riparativa*, a cura di G. Mannozi e G.A. Lodigiani, Bologna, 2015, p. 138; nonché PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, secondo il quale la risposta punitiva che segua un canone di sostenibilità etica non potrà eguagliare la gravità dei massimi delitti: è dunque ragionevole, secondo tale sistema, accettare che la risposta sanzionatoria al fatto di reato possa potenzialmente essere sproporzionata per difetto.

che manifestino un disvalore minore, o comunque un disvalore non commisurato alla gravità della minima sanzione irrogabile.

E difatti un primo iniziale affinamento degli strumenti attraverso i quali la Consulta ha progressivamente sviluppato, in questa direzione, il proprio controllo sulla misura delle pene edittali si registra già con la sentenza n. 26 del 1979<sup>18</sup>, ove i giudici costituzionali hanno rilevato l'incoerenza della scala di severità comparativa dei titoli di reato coinvolti nella censura, alla luce di differenti livelli di carica offensiva.

Combinandosi con il parametro dell'uguaglianza, in cui ragionevolezza e proporzione sono inglobati, il principio di offensività assume il ruolo di criterio di conformazione interna delle norme penali: è lo strumento di *qualificazione* della proporzionalità, ed il loro combinato disposto costruisce un parametro più saldo di invalidazione delle norme non conformi al volto costituzionale del sistema penale<sup>19</sup>.

In questa direzione, la misura astratta della pena risulta condizionata dalla significatività costituzionale del valore giuridicamente tutelato<sup>20</sup>: alla stregua di una ideale classificazione dei beni giuridici tutelati dall'ordinamento, il principio di proporzionalità dovrà modulare la scelta della adeguata risposta sanzionatoria impressa dalle fattispecie incriminatrici, a seconda del concreto comportamento lesivo posto in essere<sup>21</sup>.

Nonostante, dunque, l'apparente allontanamento dalla dinamica ternaria del giudizio ragionevolezza-proporzione, in realtà il richiamo al termine di comparazione è stato dalla Consulta ancora ritenuto necessario. In particolare per due ordini di ragioni: anzitutto, la gravità della risposta sanzionatoria appare inevitabilmente evidente attraverso un confronto, una

---

<sup>18</sup> C. Cost., 7 maggio 1979, n. 26, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 200 ss., con nota di ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, ove la proporzionalità emerge, pur in via marginale: il caso di specie vedeva proposta un'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale, ai fini di rilevare l'illegittimità costituzionale dell'art. 186 c.p.m.p., per contrasto con l'art. 3, comma 1, Cost., nella parte in cui equiparava ai fini sanzionatori, con la pena dell'ergastolo, sotto la medesima fattispecie di insubordinazione con violenza verso il superiore, fatti di diversissima gravità, come l'omicidio consumato, preterintenzionale, tentato, e le lesioni gravi o gravissime, comportando, dunque, una sanzione «sproporzionata al fatto di reato». Importante successivo giurisprudenziale è stata poi la sentenza C. Cost., 20 maggio 1982, n. 103.

<sup>19</sup> Così D. PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2, 2017, p. 50.

<sup>20</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, X edizione, Padova, Cedam, 2017, p. 193 ss., in cui l'Autore ritiene che la protezione dei beni costituzionalmente rilevanti costituisce la direttiva fondamentale per il legislatore penale, sia nella scelta delle condotte da sanzionare con pena criminale, sia nella determinazione dei limiti edittali, i quali dovrebbero essere proporzionati alla diversa importanza dei valori.

<sup>21</sup> Sull'argomento, v. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983; T.E. EPIDENDIO, *Eguaglianza, offensività e proporzione della pena*, in *Libro dell'anno di diritto 2015*, Treccani, § 1.

relazione, che possa, appunto, dimostrare in concreto il carattere spropositato della sanzione prevista dalla norma oggetto di censura.

D'altra parte, pur ammettendo un giudizio intrinseco alla norma in esame, individuare un parametro di riferimento è essenziale affinché si possa giustificare una decisione costituzionalmente obbligata da parte del giudice<sup>22</sup>.

In altre parole, la risposta sanzionatoria di una determinata fattispecie incriminatrice può, in astratto, palesare una intrinseca sproporzione rispetto la gravità del fatto commesso, rispetto la carica offensiva arrecata all'ordinamento<sup>23</sup>: la Corte costituzionale, tuttavia, affinché possa, in concreto, pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale, per violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., necessita di una risposta sanzionatoria di raffronto, a cui riferire il proprio intervento, ed onde evitare un'emenda giurisprudenziale della scelta punitiva del legislatore, che ad egli e solo ad egli è riservata<sup>24</sup>.

Particolarmente significativa in questo senso è la pronuncia n. 409 del 1989<sup>25</sup>, con cui la Consulta ha rilevato l'asimmetria sanzionatoria evidenziata dalla fattispecie in esame<sup>26</sup> alla luce della logica incompatibilità con il termine di

---

<sup>22</sup> In tema di dosaggio sanzionatorio e ragionevolezza, il riferimento al *tertium comparationis* è difatti sempre stata la regola: v. A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1442 ss., ove l'Autore sottolinea «l'oggettiva difficoltà, per la Consulta, di utilizzare la verifica di proporzionalità nei termini di un giudizio 'verticale' sul rapporto di congruenza tra reato e pena in sé considerato (a prescindere, cioè, dalla comparazione 'orizzontale' tra più fattispecie poste a raffronto)».

<sup>23</sup> In merito v. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 751, il quale evidenzia come il controllo di ragionevolezza si sia sovente innestato su ulteriori canoni di matrice penalistica, quali l'offensività, il carattere eccezionale della risposta penale, il principio di colpevolezza, il principio di orientamento alla rieducazione del reo.

<sup>24</sup> Attuali le riflessioni di A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in Aa.Vv., *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, secondo il quale, per fronteggiare il rischio che il giudizio di proporzionalità trasmodi in valutazioni di merito, l'unica soluzione è una particolare cura nella redazione della motivazione della sentenza da parte dei giudici costituzionali. Inoltre, per arginare il problema, la Corte ha voluto, in più occasioni, sottolineare la differenza tra giudizio di ragionevolezza e scelte di opportunità politica del legislatore: si veda, per tutte, C. Cost., 14 dicembre 1988, n. 1130, in cui «Le censure di merito non comportano valutazioni strutturalmente diverse, sotto il profilo logico, dal procedimento argomentativo proprio dei giudizi valutativi implicati dal sindacato di legittimità, differenziandosene, piuttosto, per il fatto che, in quest'ultimo, le regole o gli interessi che debbono essere assunti come parametro del giudizio sono formalmente sanciti in norme di legge o della Costituzione».

<sup>25</sup> C. Cost., 13 giugno 1989, n. 409, ove la pena individuata per il titolo di reato in argomento risultava *irragionevolmente* diversa rispetto quella per un diverso titolo di reato, ma in presenza di identità dell'oggetto di tutela.

<sup>26</sup> All'attenzione della Corte i giudici rimettenti conducono l'art. 8, comma 2, della Legge n. 772 del 1972, nella parte in cui puniva il militare che rifiuta il servizio militare, adducendo



comparazione: il lessico della Corte si dimostra già audace, pur non costruendo la declaratoria di incostituzionalità espressamente sul principio di proporzionalità<sup>27</sup>.

È però attraverso questo criterio di controllo di coerenza e di congruità delle cornici edittali, che la Corte costituzionale inizia ad attribuire maggior rilievo all'esigenza di garantire proporzione, in primo luogo all'interno del rapporto di corrispondenza tra gravità del reato ed entità della pena<sup>28</sup>, e, dunque, nei termini di un giudizio *verticale*, a prescindere dalla comparazione, invece, *orizzontale* tra più fattispecie<sup>29</sup>.

Il definitivo affinamento di tale verticalità sarà poi enfatizzato con la sentenza n. 313 del 1990<sup>30</sup>: l'attenzione della Consulta viene diretta verso la *giustizia*

motivi di coscienza, con la reclusione da due a quattro anni; la pena è stata ritenuta dalla Consulta illegittimamente sproporzionata, *rispetto a quella* da sei mesi a due anni comminata nella similare fattispecie di "Mancanza alla chiamata", prevista all'art. 151 c.p.m.p., applicata al militare che rifiuta il servizio militare senza motivo alcuno ovvero per futili motivi. Sul punto v. S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 154.

<sup>27</sup> «Osserva la Corte che, in tema di sanzioni penali, il principio di eguaglianza, quale specifica applicazione della regola generale sancita nell'art. 3 Costituzione, esige che la pena sia proporzionata al fatto commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale e a quella di tutela delle posizioni individuali», così il § 6 della sentenza n. 409; nonché, al § 2 del *Considerato in diritto*, ove «il principio di proporzionalità, nel campo del diritto penale, (...) equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società, sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle (...) incriminazioni».

<sup>28</sup> Secondo questo modello di giudizio, l'irragionevolezza va valutata guardando al trattamento sanzionatorio complessivo, non unicamente legato alla mera misura della sanzione: così A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, cit., p. 1431.

<sup>29</sup> In proposito, davvero emblematica è già la sentenza C. Cost., 16 novembre 1979, n. 131, in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 1046, con nota di G. CONSO, *Sintomi di crisi per la pena pecuniaria*, e di F. AMEDEO, *Una singolare dichiarazione di incostituzionalità «conseguenziale»*, dichiarativa della incostituzionalità della conversione automatica della pena pecuniaria in pena detentiva, in caso di insolvenza del condannato: ciò avrebbe alterato «il rapporto di proporzionalità tra la gravità del reato e la capacità a delinquere del reo, da un lato, e la specie e quantità della pena irrogata, dall'altro (...) Con il risultato di far derivare (...) diseguali conseguenze sanzionatorie da responsabilità ritenute di pari intensità, nella violazione della medesima norma incriminatrice, sino a far scontare al condannato insolubile, quando i fatti di reato siano punibili con la sola pena pecuniaria, una pena di specie diversa e più grave di quella comminata nella previsione generale ed astratta del legislatore».

<sup>30</sup> C. Cost., 26 giugno 1990, n. 313, con nota di G. LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1600 ss., dichiarativa della incostituzionalità dell'art. 444, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che, ai fini e nei limiti dell'art. 27, comma 3, Cost., il giudice potesse valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole determinazione; la sentenza è altresì pubblicata in *Foro it.*, 1990, I, p. 2385, con nota di G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo*:

dell'intervento punitivo, da necessariamente calibrare con l'adeguatezza e la proporzione del trattamento sanzionatorio inflitto, condizione rispettata unicamente qualora il reo non percepisca la pena come reazione, viceversa, *ingiusta* all'illecito commesso.

Questa seconda direttrice costituzionale della proporzionalità della pena, dunque, pone il divieto di prescrivere una sanzione di entità del tutto slegata rispetto la gravità del fatto imputato. Inizialmente, tuttavia, il nucleo centrale delle argomentazioni dei giudici costituzionali riteneva che l'efficacia rieducativa della pena dipendesse unicamente dal trattamento penitenziario in senso stretto considerato, che non invece dal tipo o dalla quantità della pena.

A partire dalla richiamata decisione n. 409 del 1989, ove la questione di legittimità costituzionale è sì ancora incentrata sull'art. 3, comma 1, Cost., tale orientamento vede però un primo rovesciamento: sia pure incidentalmente, la Corte riconosce come la finalità rieducativa venga in considerazione non soltanto nella fase della commisurazione e dell'esecuzione della pena, quanto piuttosto anche nello stadio della minaccia legislativa<sup>31</sup>.

In questo modo, il principio di risocializzazione della pena diviene la bussola principale nella scelta del tipo e dell'entità della sanzione, rendendo il sindacato della Corte costituzionale pienamente lecito, qualora la norma incriminatrice palesi un trattamento sanzionatorio abnorme rispetto il fine rieducativo.

Un più significativo riconoscimento di questo precipitato del principio di proporzionalità è contenuto, poi, nella successiva sentenza n. 343 del 1993<sup>32</sup>,

---

*un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in cui «La Corte sembra implicitamente cogliere il nesso intercorrente tra prevenzione speciale rieducatrice, e proporzione tra fatto e sanzione: nel senso cioè che la proporzione fra trattamento punitivo e gravità dell'offesa, avvertita come tale dal reo, costituisce presupposto essenziale della potenziale accettazione psicologica di una punizione volta a favorire al condannato il recupero della capacità di apprezzare i valori tutelati dall'ordinamento». La pronuncia, tuttavia, non è risultata indenne da critiche, alla luce del fatto che la questione riguardasse, in realtà, non già l'astratta previsione normativa della misura edittale di una pena, ma la disciplina del patteggiamento, laddove non consentiva al giudice di sindacare la pena indicata dalle parti, qualora la ritenesse incongrua per difetto. La Corte accolse la questione, proprio alla luce della circostanza che la norma non avrebbe dato al giudice la possibilità di commisurare l'entità della pena pattuita alle esigenze rieducative del reo: qui la critica di coloro che hanno letto, dietro le intenzioni della Corte, la volontà di affermare la preminenza degli interessi di prevenzione generale (L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 440).

<sup>31</sup> La sentenza è altresì pubblicata in *Giur. cost.*, 1989, p. 1906 ss. (anche qui, peraltro, permane il meccanismo triadico del *tertium comparationis*). Su questa operatività del principio rieducativo cfr. G. FIANDACA, *Nota a sent. n. 341/94*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2586.

<sup>32</sup> C. Cost., 20 luglio 1993, n. 343, in *Foro it.*, I, p. 2585, ove si evidenzia l'allineamento con le considerazioni introdotte nel 1990 con la sentenza n. 313: anche in questo caso, difatti, i giudici costituzionali hanno posto quale termine di raffronto per far emergere l'incostituzionalità della norma scrutinata non solo l'art. 3, Cost., bensì altresì l'art. 27, comma 3, Cost. («il rispetto del

ove la Corte ha ritenuto che «la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale», determinata dalla mancanza, nella norma impugnata, di una specifica di clausola di esonero dall'incriminazione<sup>33</sup> (intendendola come «una sorta di clausola di garanzia della proporzionalità della pena»), avrebbe prodotto una «vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, comma 3, Cost., che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione».

Si coglie così l'importanza di congiungere il controllo sul dosaggio della sanzione con il precetto costituzionale con cui la Carta descrive la finalità della pena, posto che il sindacato sulla quantità della pena non può prescindere dal perseguimento dello scopo che il legislatore raggiunge con la minaccia punitiva.

Questo duplice fondamento costituzionale del giudizio di proporzionalità delinea dunque l'oggetto, in concreto, del sindacato di legittimità: da un lato la *qualità* del bilanciamento tra beni giuridici costituzionalmente tutelati, operato dal legislatore, dall'altro l'adeguatezza del provvedimento impugnato a rispondere allo scopo di tutela ad esso assegnato.

Una perfetta crasi di queste due dimensioni è offerta nella di poco successiva sentenza n. 341 del 1994, con la quale i giudici costituzionali hanno inciso sul minimo edittale<sup>34</sup> del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale (di cui all'art. 341, comma 1, c.p., ove il minimo della pena sono sei mesi di reclusione<sup>35</sup>), proprio facendo riferimento al principio di proporzionalità.

Chiave di volta del percorso evolutivo della proporzione è l'*iter* argomentativo con cui la Consulta giunge alla declaratoria di incostituzionalità: il punto di partenza dei giudici costituzionali volge lo sguardo alle tradizioni sanzionatorie di tale delitto in altri Paesi europei,

---

principio di eguaglianza (...) comporta che la regola della proporzionalità in esso implicita debba essere valutata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita», così il § 5 del *Considerato in diritto*).

<sup>33</sup> La denuncia del giudice *a quo*, difatti, si indirizzava sulla mancanza di una clausola di esonero dall'obbligo di leva, se già espiata una pena per un precedente rifiuto di prestazione del servizio militare, alla luce della l. 15 dicembre 1972, n. 772 (Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza): tale omissione legislativa, secondo il Giudice delle Leggi, evidenziava una «palese irragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore, in sede di trattamento sanzionatorio (...) tra il valore costituzionale di prestare il servizio militare (art. 52 Cost.) ed il valore della libertà personale (art. 13 Cost.)».

<sup>34</sup> C. Cost., 22 luglio 1994, n. 341, pubblicata altresì in *Foro it.*, 1994, I, p. 2585; cfr. anche E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3202, nonché G. ARIOLLI, *Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 25 ss.

<sup>35</sup> *Rectius*, erano: la figura delittuosa è stata difatti inizialmente abrogata con la l. n. 205/1999, intervento sollecitato d'altronde proprio dalla giurisprudenza della Corte costituzionale; in un secondo momento, il legislatore, con la l. n. 94/2009 (uno dei c.d. "pacchetti sicurezza") ha provveduto a reintrodurre, all'art. 341-bis c.p. il reato di oltraggio a p.u., prevedendo, però, una comminatoria edittale sprovvista del minimo, e con un massimo di tre anni di reclusione.

rilevando come, in tal sede, «non solo non esistono, per le ipotesi corrispondenti, pene così severe, ma è quasi sempre ignorato lo stesso reato di oltraggio»; nonché, d'altra parte, si rileva che «nello stesso ordinamento italiano, la sanzione per l'oltraggio prevista nel codice penale del 1889 era assai più lieve di quella odierna, essendo limitata alla reclusione *sino* a sei mesi, o alla multa».

Si osserva, dunque, come l'irrogazione dei sei mesi minimi di pena detentiva, inevitabile anche per le più modeste infrazioni, non risulti congrua, già e prioritariamente da un punto di vista *qualitativo*, alle tradizioni liberali italiana ed europea, il cui orizzonte assiologico deve costituire la linea guida per l'operato del legislatore, «per compiere il necessario e ragionevole bilanciamento di interessi che presiede alla determinazione della misura della pena».

La proporzionalità, invero, viene calata in un rapporto non più di ripristino di una mera asimmetria legislativa, osservata da un punto di vista squisitamente quantitativo, bensì in una dimensione puramente diadica e verticale, dove i due poli nevralgici diventano il reato, osservato dalla lente della concreta carica offensiva espressa dalla condotta tipizzata, e la reazione punitiva apprestata dall'ordinamento.

Solo conclusivamente, in effetti, la Corte si preoccupa di rinvenire, nella disciplina interna, un elemento di raffronto, il *tertium comparationis*, sul quale misurare da un punto di vista, invece, *quantitativo* la «palese incongruenza» della previsione sanzionatoria.

All'art. 594 c.p. è disciplinato il delitto di ingiuria: pur ammettendo che il bene giuridico, oggetto della tutela apprestata dall'art. 341 c.p., risente della plurioffensività espressa dal particolare fatto di reato, e di conseguenza, richiede un trattamento sanzionatorio più incisivo di quello predisposto all'art. 594 c.p., ciò che la Consulta ritiene irragionevole è la *sproporzione* della *maggiore* afflittività espressa dalla sanzione irrogata anche nei casi più lievi di oltraggio.

Si innesta così l'incidenza del finalismo rieducativo, secondo il quale una prospettiva teleologicamente orientata della pena può plasmare le corrispondenti valutazioni di congruità di un determinato arco edittale, in una lente *intrinseca*, disancorata dal riferimento ad un termine di raffronto: il risultato sarà allora una comparazione meramente diadica tra fine repressivo perseguito dalla norma, bene giuridico protetto e sacrificio della libertà personale, giudicato palesemente eccessivo, alla luce, soprattutto, della mutata coscienza sociale, non più percipiente il disvalore arrecato dalla lesione all'onore e al prestigio dei pubblici ufficiali<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Nei termini che avevano fatto da retroterra alla codificazione del 1930: così P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, n. 1, 2017, p. 191.

L'eterogeneità delle grandezze poste a confronto, tuttavia, da un lato l'an dell'opzione sanzionatoria, dall'altro il piano del *quantum* numerico della misura di pena ottimale, sembra rendere indispensabile il ricorrere al meccanismo triadico, nell'ottica che vede il giudizio di proporzione come necessariamente relativo<sup>37</sup>.

La funzionalità del meccanismo triadico risiede però, come può osservarsi, in un momento logicamente successivo al vaglio di costituzionalità: precisamente quando la Corte deve rinvenire, all'interno del sistema, un trattamento sanzionatorio cui sostituire quello censurato, evitando di sconfinare nelle prerogative legislative<sup>38</sup>.

Da ciò consegue, tuttavia, il completo affidamento del giudice sulla logica sanzionatoria utilizzata dal legislatore per il *tertium comparationis*<sup>39</sup>, ponendo non pochi problemi quando si tratti di dosimetrie legislative molto risalenti nel tempo, ovvero ispirate ad ideologie repressive o autoritarie<sup>40</sup>. A ben vedere, dunque, l'irrinunciabilità<sup>41</sup> del *tertium comparationis* diviene piuttosto fattore di incertezza nel giudizio di costituzionalità della Corte: due fattispecie sanzionatorie poste a confronto non saranno mai perfettamente eguagliabili ovvero perfettamente eterogenee; ciò si traduce, in realtà, in una mancanza di rigore di un siffatto registro di controllo.

Vale la pena aver presente, ad ogni modo, che vi sono casi in cui l'utilità del *tertium comparationis* appare evidente, qualora la comparazione muova sulle cornici edittali specificatamente previste per le due incriminazioni: il loro divario potrebbe risultare talmente inadeguato da far apparire necessario un intervento manipolativo.

---

<sup>37</sup> In questo modo è possibile così verificare se il rapporto tra un certo fatto criminoso e la corrispettiva sanzione penale, nella sua misura, sia proporzionato, a confronto di un'altra corrispondenza tra reato e pena irrogata che si assume implicitamente «bilanciata», «giusta».

<sup>38</sup> L'insormontabilità del muro di discrezionalità del legislatore in materia penale ha portato in effetti la Corte costituzionale ad ammettere che non esista una soluzione legislativa «a rime obbligate», così l'espressione di CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, p. 402 ss., per descrivere le ipotesi in cui la Consulta in sostanza non "crea" qualcosa di nuovo, bensì rende semplicemente palese ciò che deriva direttamente ed inequivocabilmente dai principi costituzionali. Di fronte a statuizioni normative, tutte potenzialmente compatibili con il dettato costituzionale, il potere di intervento della Corte appare legittimato solo a fronte di «manifeste ragioni di irrazionalità o discriminazioni prive di fondamento giuridico» (così il § 2.3 del *Considerato in diritto*, nella sentenza C. Cost., 5 giugno 1997, n. 175).

<sup>39</sup> Che, talvolta, è stato espressamente richiesto dalla Corte, v. la sentenza n. 497/1991, con cui i giudici costituzionali hanno dichiarato manifestamente inammissibile una questione di legittimità costituzionale «per non aver individuato il giudice *a quo* un preciso e pertinente *tertium comparationis*».

<sup>40</sup> Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., p. 375.

<sup>41</sup> Talvolta, invero, il *tertium comparationis* è stato espressamente richiesto dalla Corte al giudice rimettente: v. la sentenza n. 497/1991, ove la Consulta ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione di legittimità costituzionale «per non aver individuato, il giudice *a quo*, un preciso e pertinente *tertium comparationis*».

Testimonianza evidente di questo orientamento è offerta dalla sentenza n. 22 del 2007<sup>42</sup>, ove la Corte rileva un difetto di proporzionalità nella configurazione del trattamento sanzionatorio di un tipico «reato ostacolo», finalizzato a rimuovere il mero pericolo della lesione di beni giuridici sostanziali, per il quale sono previste sanzioni più elevate di quelle conseguenti alle condotte direttamente lesive di tali beni giuridici. Nonostante l'evidente difetto di costituzionalità, la conclusione della Consulta nel caso di specie è nel senso della inammissibilità delle questioni sollevate, stante l'impossibilità per i giudici costituzionali di ricalibrare la dosimetria normativa dell'illecito contestato.

I parametri normativi assunti a *tertia comparationis* dai giudici rimettenti<sup>43</sup> non sono stati invero ritenuti idonei a legittimare un intervento riparativo

---

<sup>42</sup> C. Cost., 22 gennaio 2007, n. 22, in *Giur. cost.*, 2007, p. 151 ss.: le ordinanze di rimessione ponevano al centro della denuncia di incostituzionalità i parametri di cui agli artt. 2, 3, 16, 27 Cost. Sulla pronuncia v. diffusamente D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 181 ss.; G. RICCARDI, *Il 'pendolarismo' della Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza: a proposito dell'irrazionale, ma ragionevole, disciplina sanzionatoria dell'immigrazione*, nota a sentenza, in *Critica del Diritto*, ESI, 2007, p. 48 ss.; L. DELLI PRISCOLI – F. FIORENTIN, *Trattamento sanzionatorio eccessivo e principio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3910 ss.; M. MALENA, *L'incoerenza delle sanzioni penali per la permanenza illegittima dello straniero: il monito della Corte*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007; F. BAILE, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, pp. 153-154, 252-256.

<sup>43</sup> Le disposizioni presentate di giudici *a quibus* avevano anch'esse ad oggetto condotte di inottemperanza a provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa, per ragioni di sicurezza ed ordine pubblico, e prevedevano un trattamento sanzionatorio del minimo edittale più lieve di quello previsto invece dalla norma oggetto di scrutinio. Quest'ultima inoltre viene analizzata nelle ordinanze di rimessione alla luce di incoerenze ed irrazionalità intrasistematiche: la pena originariamente prevista era stata introdotta in forma contravvenzionale, nel 2002; successivamente, nel 2004, il trattamento sanzionatorio è stato notevolmente inasprito, sia per specie, pena detentiva, sia per quantità; e ciò «sarebbe avvenuto, ad avviso di parte dei rimettenti, senza alcuna sostanziale modifica del fenomeno criminoso sottostante, e dunque in violazione del principio di proporzionalità. Con il descritto innalzamento della pena, il legislatore avrebbe perseguito una finalità di carattere esclusivamente processuale (...) Senonché la manipolazione del diritto sostanziale, in assenza di finalità collegate a variazioni effettive del fenomeno disciplinato (...) darebbe luogo (...) ad una violazione del principio di ragionevolezza» (così i §§ 2.1, 2.2 del *Considerato in diritto*, della sentenza n. 22/2007).

della Corte costituzionale<sup>44</sup>, che al contempo preservi l'intangibile discrezionalità politica del legislatore<sup>45</sup>.

Il ruolo del *tertium comparationis*, in conclusione, è soprattutto di semplificare il giudizio di congruità-proporzionalità di una sanzione penale scrutinata in seno alla Consulta, soffermandosi però in un ragionamento meramente schematico, più che realmente argomentativo<sup>46</sup>: la sua rilevanza si pone, più che altro, in una scala variabile, crescendo progressivamente di importanza a seconda che la questione normativa posta dinanzi la Corte costituzionale sia di mera correttezza logica e sistematico ovvero di valutazione sostanziale della decisione legislativa.

### **3. Verso l'affermazione dell'autonomia del principio di proporzionalità della pena in una dimensione diadica.**

Così evolvendosi, la valutazione di congruità della sanzione penale comincia a sganciarsi dallo schema a geometria ternaria, tipico del sindacato di ragionevolezza-uguaglianza, per focalizzarsi, invece, sulla razionalità *intrinseca* della fattispecie: la posizione del bene giuridico, nel quadro rinnovato di valori costituzionali, diviene più o meno definitivamente, il modulo definitorio della proporzionalità.

Si percepisce allora come l'elemento chiave del sindacato della Corte costituzionale sulla ragionevolezza o meno della scelta punitiva operata dal Parlamento, non si radichi *in toto* nello schema dell'asimmetria sistematica: la mancata proporzionalità si rinviene *internamente* al giudizio di meritevolezza della pena, che conclusivamente conduce alla determinazione del *quantum* della sanzione.

Pragmatica in questo senso era già stata la sentenza n. 341 del 1994, ove veniva valorizzata la sproporzione tra offesa tipica e sanzione penale

---

<sup>44</sup> Le ragioni addotte dalla Consulta fanno luce sulla *ratio* dei termini di confronto presentati dai giudici *a quibus*, rinvenuta dalla Corte «nell'esigenza di approntare una sanzione di carattere generale e residuale, per qualsiasi tipo di inottemperanza ad ordini legalmente dati dall'autorità (...) o di fronteggiare specifiche situazioni di pericolo per la sicurezza pubblica (...) In tutti i casi richiamati non è rinvenibile la finalità che il legislatore intende perseguire con la norma oggetto delle questioni sollevate» (§ 7.2 del *Considerato in diritto*). Tale inidoneità viene altresì definita «sbarramento metodologico» da D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può"*, cit., p. 184.

<sup>45</sup> Al quale viene comunque rivolto un monito, al § 7.2 del *Considerato in diritto*, ove «ciò che può costituire materia di utile riflessione per il legislatore non può rendere ammissibile una pronuncia di questa Corte, cui non è consentito trasporre sanzioni penali da una fattispecie all'altra, in esito ad una altrettanto inammissibile scelta tra quelle che potrebbero presentare una qualche affinità».

<sup>46</sup> Sul punto cfr. O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006 sui "falsi elettorali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 120, in cui si avverte come lo schema «tricuspidale» del giudizio sia, a ben vedere, un semplice *mascheramento* di valutazioni ancora più arbitrarie di quelle fondate sulla logica binaria, costruita sul confronto tra disposizione oggetto di sindacato e norma costituzionale.

corrispondente: muovendo i passi dalla posizione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, l'eccessiva severità del minimo edittale era stata tacciata di incostituzionalità già a monte, nella decisione legislativa di punire una fattispecie esprimente un tenue grado di offensività con una sanzione penale, viceversa, afflittiva.

Solo a diversi anni di distanza il principio di proporzionalità della pena è stato invece affrontato in maniera decisamente più coraggiosa: nella recente pronuncia n. 236 del 2016, concernente il quadro edittale previsto per il reato di alterazione di stato civile, mediante false dichiarazioni o certificazioni (da cinque a quindici anni)<sup>47</sup>, si registra una sensibile variazione del rapporto tra logica di proporzionalità *ex se* e logica della comparazione tra fattispecie assimilabili.

Il modello di rilevazione della incostituzionalità della fattispecie fondato sul *tertium comparationis*, invero, si pone non già quale modulo decisorio della Corte, la quale, piuttosto, struttura il cuore della motivazione attorno alla irragionevolezza intrinseca del trattamento punitivo previsto all'art. 567 c.p., alla luce dell'esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali, cagionato dalla pena, rispetto all'importanza del fine perseguito con l'incriminazione<sup>48</sup>.

L'ordinanza di rimessione alla Consulta riteneva, difatti, che ci fosse un eccessivo divario della comminatoria edittale rispetto alla gravità della condotta incriminata: non potendo, il giudice *a quo*, modulare il trattamento sanzionatorio alle circostanze concrete del fatto (conducendo la presunta illegittimità costituzionale nelle fila del principio della funzione rieducativa della pena), nonché non potendo pervenire alla determinazione di una pena suscettibile dell'applicazione della sospensione condizionale, il Tribunale di Varese tenta la strada dell'incostituzionalità della norma, nella parte in cui dimostra tale straordinario rigore nel minimo edittale.

Il fluido argomentare che conduce alla conclusione prospettata dalla Corte costituzionale si incentra sullo specifico disvalore del comportamento illecito<sup>49</sup>: l'offesa cagionata a seguito del perfezionarsi della fattispecie

---

<sup>47</sup> C. Cost., 10 novembre 2016, n. 236, che ha dichiarato illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., il trattamento sanzionatorio (reclusione da cinque a quindici anni) previsto per il delitto di cui all'art. 567, comma 2, c.p. (alterazione dello stato civile di un neonato, realizzato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità); per effetto della sentenza in esame, e quindi dell'intervento manipolativo della Corte, il quadro edittale dovrà in futuro essere sostituito con quello più mite previsto dallo stesso art. 567, al comma 1, c.p. (reclusione da tre a dieci anni).

<sup>48</sup> Sul punto, e come fondamentale commento a sentenza, v. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2, 2017, p. 65 ss.

<sup>49</sup> Cominciano dunque ad intervenire nello "strumentario argomentativo della Consulta, anche criteri sostanziali-contenutistici e valoriali, che fino ad ora non avevano intaccato l'impianto collaudato dallo schema triadico del giudizio di eguaglianza logico-formale: così P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità*, cit., p. 178.



punitiva si dirige nei confronti del diritto del soggetto ad una corretta attribuzione della propria discendenza.

Le ragioni addotte dal giudice *a quo* muovono anzitutto sull'attuale possibilità di controlli e verifiche scientifiche che possono accertare celermente e molto più facilmente la paternità e la maternità di un individuo: il progresso scientifico sul patrimonio generico assottiglierebbe notevolmente la sfera di offensività espressa dalla condotta di cui all'art. 567 c.p.<sup>50</sup>.

Non solo, ma in molti casi riconducibili alla fattispecie astratta, la condotta sarebbe «commessa nell'interesse del neonato (magari privo di padre o che il genitore naturale non vuole riconoscere), al quale l'agente intende attribuire comunque dei legami familiari»: anche tale considerazione addotta dal rimettente condurrebbe ad un ridotto disvalore della condotta, anzi posta in essere in virtù di finalità altruistiche.

Le risposte della Corte costituzionale sono di segno positivo: in riferimento ad entrambi i parametri normativi menzionati nel dispositivo, gli artt. 3 e 27 Cost., considerati congiuntamente, si rileva un contrasto della norma oggetto di sindacato; l'audacia dei giudici costituzionali si rinviene, inoltre, nell'aver così superato un precedente contrario, in cui la Corte aveva addirittura ritenuto manifestamente infondata l'analogia questione di costituzionalità<sup>51</sup>. In realtà, la riflessione dei giudici della Consulta si distacca da alcune considerazioni mosse dal Tribunale rimettente: in particolare, le argomentazioni addotte in merito all'anacronismo legislativo della severità

---

<sup>50</sup> Si rileva altresì, un progressivo mutamento della funzione del certificato di nascita, notevolmente ridimensionata rispetto al passato, e dunque giustificando la minore gravità della lesione ed il minore disvalore della condotta: a sostegno di tale tesi C. Cost., 21 giugno 2006, n. 266; C. Cost., 20 novembre 2002, n. 494.

<sup>51</sup> Il riferimento è all'ordinanza 23 marzo 2007, n. 106, con nota di P. PITTARO, *Non arbitraria per la Consulta la pena prevista per il delitto di alterazione di stato civile del neonato*, in *Famiglia e dir.*, 2007, p. 763 ss.: la dottrina sottostante ha evidenziato il disfavore delle Corti superiori per soluzioni argomentative che, quando non strettamente necessario, confutino in modo diretto e radicale le affermazioni compiute nei propri precedenti provvedimenti (sul punto v. PULITANÒ, *La misura delle pene fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2, 2017, p. 49 ss., il quale, inoltre, rileva come l'anacronismo e l'irrazionalità del trattamento sanzionatorio dell'alterazione di stato fossero già emersi precedentemente, in occasione di alcune sentenze manipolative che hanno inciso sulla pena accessoria della privazione della responsabilità genitoriale – C. Cost., 15 febbraio 2012, n. 31, e C. Cost., 16 gennaio 2013, n. 7 – determinando un contesto particolarmente favorevole all'intervento censorio sulla risposta sanzionatoria di cui al secondo comma dell'art. 567 c.p.). In occasione dell'ordinanza suddetta, la Corte ritenne difatti che il proprio sindacato sulle comminatorie edittali potesse esercitarsi solo in relazione a «scelte normative palesemente arbitrarie o radicalmente ingiustificate, tali da evidenziare un uso distorto di tale discrezionalità»; e tale carattere di irragionevolezza può essere rilevato dalla Consulta solo in relazione a «fattispecie sostanzialmente identiche»: la comparazione tra l'art. 567 primo e secondo comma non integrava, secondo i giudici costituzionali, un'omogeneità sostanziale, alla luce dell'oggettiva diversità delle condotte.

della sanzione, alla luce dei progressi tecnologici che ridurrebbero la soglia di offensività della condotta, non attenuano, secondo la Corte, la gravità del fatto (posto che il discendente potrebbe non avere, in futuro, alcuna occasione di dubitare della propria discendenza genetica e dunque di compiere le indagini scientifiche rivelatrici)<sup>52</sup>.

Si registra, invece, una piena corrispondenza tra le rimostranze del giudice rimettente e le affermazioni della Corte costituzionale nel ritenere il delta edittale manifestamente sproporzionato, rispetto al reale disvalore della condotta incriminata, senza che abbia rilevanza il confronto con il trattamento sanzionatorio previsto per altre fattispecie di analogo disvalore. In questa direzione, il principio di proporzionalità della pena opera come limite alla potestà punitiva statale, richiedendo, in altre parole, una pena *adeguata* all'effettiva responsabilità del colpevole, nonché *percepibile* dall'autore come giusta reazione all'illecito commesso<sup>53</sup>.

Dal momento che l'art. 567 c.p. comprende condotte che complessivamente non comportano pregiudizi od offese agli interessi morali e materiali del neonato, potendo difatti il reato essere commesso altresì con intenti positivi<sup>54</sup>, allo scopo di favorire e non pregiudicare l'interesse del neonato a non rimanere privo di concreti legami familiari<sup>55</sup>, l'inflizione di una pena così

---

<sup>52</sup> Anche se, ed è focalizzato in punto di decisione, resta fermo l'auspicio di un intervento legislativo, con l'invito ad una riconsiderazione del disvalore dei delitti oggetto della pronuncia: il che lascia intendere un giudizio complessivo di non adeguatezza della disciplina rispetto alla società odierna (così E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena*, cit., p. 1964).

<sup>53</sup> Questo il cuore della decisione, cristallizzato anche nel § 4.2 del *Considerato in diritto*, «Laddove la proporzione tra sanzione ed offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta, del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espresso». In questo modo, la Consulta aggancia l'incostituzionalità dell'art. 567, comma 2, c.p. all'art. 27, comma 3, Cost. (che, difatti, nell'ordinanza del 2007 non era stato posto quale parametro costituzionale, e dunque il sindacato sull'art. 567 era stato condotto unicamente alla luce dell'art. 3 Cost., invocando necessariamente lo schema di uguaglianza formale tipica di tale sindacato).

<sup>54</sup> La pluralità delle condotte alla base della fattispecie incriminatrice vengono altresì definite c.d. «sottofattispecie», rientranti pienamente nella cornice di tipicità dell'art. 567 c.p., ma differenziandosene per modalità esecutive: così P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità*, cit., p. 183.

<sup>55</sup> A tal proposito, è opportuno ricordare la sentenza C. Cost., 15 febbraio 2012, n. 31, in *Dir. pen. cont.*, con nota di G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita di potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato*, 2012, con la quale la Corte ha osservato che sono sussumibili nella cornice di tipicità dell'art. 567 c.p. anche concrete condotte non in grado di pregiudicare gli interessi del neonato, potendosi invece configurare come comportamenti atti a favorirli, per attribuire al neonato un legame familiare.

elevata, superiore al limite entro cui sarebbe, tra l'altro, prospettabile la sospensione condizionale della pena, viola il principio di proporzionalità della sanzione punitiva<sup>56</sup>.

Ad ogni modo, la Corte non ha del tutto rinunciato al metodo comparativo, nel caso di specie utile alla determinazione, a questo punto, della sanzione *proporzionata*: si è difatti evidenziato come *anche* nel giudizio di ragionevolezza intrinseca della sanzione penale, nel precipitato della proporzionalità, «è essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee ad eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata».

È importante puntualizzare, tuttavia, che nella pronuncia in esame la comparazione non ha funzionato da presupposto per la rilevazione del vizio di incostituzionalità della fattispecie incriminatrice: «Non più fondante, il ruolo del *tertium comparationis* (...) Esso serve "solo" a fornire "rime obbligate" ed a declinare così l'intervento di "ortopedia giuridica" secondo grandezze già rinvenibili nell'ordinamento (...) La fattispecie di comparazione diviene mero *terminus ad quem* e non più *starting point* del giudizio di proporzionalità»<sup>57</sup>.

Viceversa, dunque, il meccanismo triadico ha senso solo *a seguito* dell'individuazione di un contrasto costituzionale della norma: ed inoltre, si legge tra le righe della sentenza, la Corte si cimenta nell'individuare una soluzione alternativa pur senza elaborare, però, un paragone eccessivamente stringente. Il nesso sistematico fondante la manipolazione edittale, invero, si rinviene nelle più tenui sanzioni previste al primo comma dello stesso art. 567 c.p.<sup>58</sup>.

Il coraggio della Consulta in questa sentenza è testimoniato anche dal fatto che la *ratio* della decisione risiede non tanto nella irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio, chiara nella comparazione tra i due commi

---

<sup>56</sup> La manifesta eccessività non può neppure essere mitigata con l'applicazione dell'attenuante ex art. 62, n. 1, c.p., dato che sarebbe comunque precluso, per il minimo edittale di cinque anni, il beneficio della sospensione condizionale; sull'applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 1, c.p. (motivi di particolare valore morale o sociale), allorché l'agente sia animato dall'intenzione di favorire il neonato, mediante l'attribuzione di un genitore diverso da quello naturale, cfr. Cass., Sez. VI, 30 ottobre 2014, n. 51662, in *CED Cassazione*, n. 261448.

<sup>57</sup> Queste le parole di MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2016, p. 2210.

<sup>58</sup> Si veda E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2016, p. 1959, ove l'Autore mette in luce come la Corte abbia verificato «un rapporto "interno" di proporzione, che prescinde dalla ricerca di un *tertium comparationis*». Il primo comma dell'art. 567 c.p., difatti, prevede un quadro edittale da tre a dieci anni di reclusione, applicabile alla fattispecie di alterazione di stato civile mediante sostituzione (materiale) di neonato: la Consulta, nella pronuncia n. 236, ha senz'altro riconosciuto che le due fattispecie non mostrano alcuna identità, né possiedono il medesimo disvalore, potendo, al contrario, argomentare che i fatti previsti al primo comma sono addirittura più gravi, coinvolgendo non solo uno, bensì due neonati (sul punto v. F. BRICOLA, *Delitti contro lo stato di famiglia*, voce in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, p. 61, ove «L'art. 567, comma 1, c.p., rende (...), per finzione, unitaria un'offesa che, in realtà, è duplice»).

dell'art. 567, bensì, piuttosto, nell'intrinseca sproporzione della sanzione, rispetto alla gravità dei fatti sottesi al secondo comma.

Il circuito su cui muove l'andamento motivazionale della Corte costituzionale si compone allora di tre scansioni fondamentali: anzitutto, punto di partenza è individuare, all'interno del perimetro disegnato dalla fattispecie astratta, classi di condotte, definite altresì «sottofattispecie», espressive di un tasso di gravità particolarmente tenue, tale da comportarne la sussunzione alla generale norma incriminatrice, ma allo stesso tempo, la collocazione nel livello più basso di offensività.

In secondo luogo, la Consulta si concentra sulla pena minima delineata dal legislatore per la fattispecie astratta, osservando come, nel caso di specie, il giudice *a quo* sarebbe in ogni caso obbligato ad irrogare una sanzione manifestamente eccessiva rispetto la gravità espressa dalla condotta concreta.

Solo a questo punto ricompare la funzionalità del *tertium comparationis*, fornendo così alla Corte lo strumento edittale necessario a sostituire la pena applicabile ai sensi della fattispecie dichiarata incostituzionale<sup>59</sup>.

Entrambe le fattispecie si ritengono senz'altro a tutela del medesimo bene giuridico<sup>60</sup>, ponendosi in distinguo unicamente per le modalità esecutive della condotta: nel primo comma si tratta di sostituzione materiale del neonato, mentre al secondo comma il reato contestato è il falso ideologico. È così che la Corte costruisce le proprie «rime obbligate»: l'unica soluzione praticabile è l'equiparazione del trattamento sanzionatorio per le condotte di cui al primo e al secondo comma dell'art. 567, così da garantire al giudice comune la possibilità di calibrare la sanzione penale e di correggere, dunque, la sproporzione per eccesso (muovendo, cioè, dal "nuovo" minimo edittale: tre anni di reclusione) rispetto al concreto disvalore della condotta.

Il *tertium comparationis*, in definitiva, finisce per rivestire il ruolo di mero «sostitutivo sanzionatorio»<sup>61</sup>: ruolo comunque ritenuto necessario,

---

<sup>59</sup> Vale la pena evidenziare che un tentativo ancora più audace avrebbe visto la Corte dichiarare, *semplicemente*, incostituzionale l'intera fattispecie, sulla scorta del principio di proporzionalità della pena *in sé per sé*, "obbligando" così il legislatore ad intervenire tempestivamente per introdurre un nuovo quadro sanzionatorio, in linea con l'imperativo costituzionale («*al di qua* del limite della non manifesta sproporzione disegnato dalla Corte»: così le parole di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., p. 69).

<sup>60</sup> Ossia, la veridicità dello stato di filiazione, o più specificatamente, l'interesse del minore a vedersi riconosciuto un rapporto familiare effettivamente corrispondente alla propria ascendenza: la tesi è altresì condivisa dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. ad esempio Cass. Sez. VI, 8 febbraio 1994, n. 4633, in *CED Cassazione*, n. 198284; inoltre, per una panoramica dei diversi orientamenti giurisprudenziali sul punto v. P. MAGRI, *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G.L. Gatta, IV edizione, 2015, vol. II, *sub art.* 567, pp. 2704-2706).

<sup>61</sup> Lo rilevava già F.P. CASAVOLA, in *La giustizia costituzionale nel 1994*, Roma, Palazzo della Consulta, 6 febbraio 1995, p. 10 ss., in cui affermava che «La ragionevolezza intrinseca

presupposto indefettibile di rilevazione della patologia, posto che la presenza della fattispecie comparativamente pregnante, che offra la disciplina di risulta, permette e fonda la declaratoria di illegittimità, altrimenti complicata dalla *lacuna legis* e dall'esito spiccatamente creativo della pronuncia<sup>62</sup>.

Già a monte, in ogni caso, l'operato della Consulta soffrirebbe delle difficoltà e degli ostacoli posti da parametri decisori più sfumati, quali il canone di razionalità materiale o il meccanismo del bilanciamento della congruità tra disvalore della condotta e pena, registri ponderativi rimessi *in toto* al giudice costituzionale, in vece di legislatore.

Il limite di cui la Corte si "arma" nell'intervento sulla discrezionalità legislativa in materia di determinazione delle sanzioni è, quindi, di carattere negativo<sup>63</sup>, di controllo della *non* manifesta sproporzione: l'ideale positivo di una pena in sé proporzionata rispetto al fatto non è compito del sindacato di costituzionalità dei giudici costituzionali, bensì è (*rectius*, deve essere) pensiero primario del legislatore, nella definizione del quadro edittale, nonché, *in secundis*, del giudice *a quo*, nella concreta individuazione della qualità e della quantità di pena, in seno al meccanismo di commisurazione disegnato nel Codice penale.

Ad ogni modo notevole l'approdo giurisprudenziale cui si perviene nella sentenza in esame: nucleo argomentativo centrale è la tematica dell'offensività, dunque la dimensione in merito al rango del bene giuridico tutelato, la sua gerarchizzazione costituzionale, l'offesa e la sua graduazione, la sanzione minacciata in astratto ed in concreto. Offensività che si pone, di

---

prescinde da raffronti con termini di paragone (i quali, al più, assumono solo un valore sintomatico) per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla tavola costituzionale o al bilanciamento tra gli stessi, inferendo una contrarietà a Costituzione solo quando (...) vi sia un'evidente sproporzione tra i mezzi approntati e il fine asseritamente perseguito».

<sup>62</sup> Sul punto si richiama nuovamente MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., p. 2212, il quale sottolinea che in tal caso vi sarebbe «l'alternativa tra l'ablazione secca della fattispecie o la riconduzione al minimo edittale codicistico»: quest'ultima ipotesi confliggente con un ulteriore principio generale di diritto penale, il principio di legalità della pena, che vieta forbici edittali eccessivamente ampie (in questo caso il risultato sarebbe un arco edittale del minimo di 15 giorni, la fattispecie sanzionatoria "base" del codice penale, e del massimo di 15 anni di reclusione).

<sup>63</sup> Esattamente speculare è, invero, l'art. 49, comma 3, CDFUE, anch'esso formulato in termini negativi di divieto di pene sproporzionate: la norma segue le direttive di specie della protezione dei diritti umani, che non pretende mai di imporre al legislatore democraticamente legittimato un *unico* bilanciamento corretto tra diversi interessi in gioco, disegnando piuttosto una cornice, pur sempre irremovibile, entro cui compiere la scelta della soluzione più appropriata. Sul punto si segnala R. SICURELLA, *Art. 49*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano, 2016, p. 998, ove si evidenziano già le potenzialità del principio di proporzione del reato e della pena, nella direzione di incentivarne la "progressiva autonomizzazione" quale canone di ragionevolezza intrinseca della fattispecie.

conseguenza, quale calibro di ogni giudizio di sproporzione del *quantum* sanzionatorio<sup>64</sup>.

In realtà, il percorso ermeneutico che conduce all'affermazione dell'offensività quale specchio del giudizio di proporzionalità della pena, era stato posto in risalto già precedentemente: nelle decisioni ancora sottese al modello triadico di ragionevolezza-uguaglianza, non si escludeva che il riscontro delle diverse oggettività giuridiche nelle due norme fosse necessario a condurre alla declaratoria di illegittimità della norma scrutinata<sup>65</sup>. Nonostante, dunque, la costruzione di un sindacato di costituzionalità fortemente formalistico, la sentenza n. 68 del 2012<sup>66</sup>, ad esempio, già testimoniava che il controllo di ragionevolezza-proporzione non può prescindere da valutazioni più fortemente sostanzialistiche, guardando all'oggetto della tutela apprestata dalla disposizione normativa e poi, conseguentemente, alla sua collocazione nella gerarchia costituzionale: è tale posizione a divenire orientamento essenziale per la misurazione delle sproporzioni sanzionatorie, delle sperequazioni edittali, e in conclusione, della coerenza dell'ordinamento penale nel suo complesso<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Sui nessi tra offensività e proporzione della pena, si veda, per tutti, PULITANÒ, voce *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 665 ss., p. 679 ss.

<sup>65</sup> Rileva a tal proposito la sentenza di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di estorsione: reclusione da 25 a 30 anni), C. Cost., 19 marzo 2012, n. 68, in cui la fattispecie oggetto di sindacato era stata posta a raffronto con l'art. 289-bis c.p. (sequestro di persona a scopo di eversione o terrorismo: reclusione da 25 a 30 anni): occorre sottolineare l'attenzione della Corte nell'individuazione della diversa finalità perseguita dalle condotte, presupposto della gerarchizzazione costituzionale dei beni giuridici in rilievo. Focalizzando l'analisi sulla irragionevolezza, se si ammette un'analogia tra le modalità di offesa delle due fattispecie incriminatrici, e la sovraordinazione concettuale dell'ordine costituzionale rispetto al patrimonio, la risposta sanzionatoria non può risultare inversamente proporzionale (il minimo edittale dell'art. 630 c.p., parificato con quello di cui all'art. 289-bis esprime una sproporzione sanzionatoria). Così ancora MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., in cui l'Autore richiama un altro importante precedente, la pronuncia C. Cost., 8 novembre 2006, n. 394, che aveva preso le mosse proprio dalla ricognizione degli interessi protetti e dalla loro fisionomia costituzionale, per giungere poi alla irragionevolezza del trattamento differenziato dei falsi elettorali rispetto la fattispecie "comune" codicistica di falso; si confermava, così, già allora, l'incisività del bagaglio metodologico della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico nelle valutazioni sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

<sup>66</sup> Pubblicata altresì in *Cass. pen.*, 2012, p. 2384 ss.; diffusamente sulla pronuncia v. i commenti di S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2393 ss.; MANES, *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante analoga al reato gemello*, in *Guida dir.*, 2012, p. 67 ss.

<sup>67</sup> Al riguardo cfr. E. COTTU, *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza e controllo di proporzionalità delle pene (riflessioni in margine a Corte Cost., sent. n. 68 del 2012)*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 383 ss., in particolare p. 395 ss. Sull'imprescindibilità delle valutazioni contenutistico-sostanziali, si richiama altresì F. PALAZZO, *Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 1316, secondo cui la comparazione

La nuova prospettiva, derivante dalle successive riflessioni costituzionali, delinea una proporzione libera da «geometrie ravvicinate», concretizzandosi non più unicamente sulla coerenza delle opzioni legislative, sistematicamente considerate, bensì sul più generale «ordine dei valori messi in gioco».

Gli auspici su cui si assesta questo percorso di valorizzazione del principio di proporzione tendono però verso una maggiore autonomia ermeneutica<sup>68</sup> dello stesso, così da maggiormente responsabilizzare il giudice comune, in sede di interpretazione adeguatrice: l'obiettivo è, dunque, profilare un controllo più selettivo sulla fattispecie, alla luce della gravosità della pena ovvero della corposità degli interessi da essa sacrificati. La direttrice di tale controllo è proprio il principio di proporzionalità sanzionatoria, volto ad espungere dalla fattispecie, nei limiti normativi consentiti<sup>69</sup>, condotte non esprimenti quel grado di disvalore rientrante nel compasso editale della norma.

---

“formale” tra fattispecie, se considerato isolatamente, rimane «un dato muto, neutrale, (...) che ovviamente nulla dice sulla diversità o identità sostanziale e di contenuto significativo delle medesime»; non offre quindi un criterio rilevante, per lo meno da solo, per valutazione il contenuto di disvalore e la proporzionalità dei trattamenti sanzionatori a confronto; infine v. anche PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, p. 117.

<sup>68</sup> Ad un (timido) utilizzo ermeneutico del principio di proporzione fa accenno la Corte nell'ordinanza n. 224 del 2011, evidenziando che in caso di fattispecie connotate da diverso disvalore della condotta, entro una medesima norma, è il giudice che «(deve) fare emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo editale».

<sup>69</sup> Va invero rilevato che la Corte si è successivamente (e nuovamente) arrestata di fronte al muro della discrezionalità legislativa, pur essendo pervenuta ad un giudizio molto incisivo sulla razionalità e severità della disciplina sanzionatoria vigente in materia di narcotraffico: C. Cost., 6 giugno 2017, n. 179, in merito all'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990 (sull'argomento cfr. G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, 2014; nonché ID., *Un nuovo colpo agli automatismi fondati sulla recidiva: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico*, in *Dir. pen. cont.*, 2016; G. Oss, *Situazioni analoghe, pene differenti: le Sezioni Unite chiedono l'intervento della Corte costituzionale. Qualche riflessione sulle discrasie dell'ordinamento penale e sul principio di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, pp. 23-25). Nello specifico, i giudici costituzionali hanno messo in luce lo iato esistente tra le pene minime per la condotta ordinaria e quelle massime per le ipotesi lievi, stabilendo che «le rilevate differenze tra i due reati non giustificano salti sanzionatori di entità così rilevante come quello attualmente presente nei diversi commi dell'art. 73 (...) tali da determinare un'anomalia sanzionatoria rimediabile con plurime opzioni legislative» (così il § 8 del *Considerato in diritto*). Non essendosi tuttavia rinvenute «una univoca indicazione legislativa già disponibile nel sistema giuridico», la questione è stata congruamente ritenuta inammissibile: il *non liquet* della Consulta ha comunque ruolo evidentemente di monito, volto a “smuovere” l'inerzia del legislatore («quasi una pronuncia di illegittimità ad efficacia differita», così le parole di G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 14.

Si può quindi concludere che la sentenza n. 236 costituisce un apprezzabile innalzamento della tutela dei diritti fondamentali, nonché un'importante riaffermazione del ruolo di garante della Consulta, in materia penal-sanzioantoria<sup>70</sup>, materia particolarmente bisognosa di un controllo più stringente: nel solco di tale ampliamento, si assiste ad un potenziamento della «capacità dimostrativa» del principio di proporzionalità della pena.

#### **4. La proporzionalità come spinta manipolativa sui margini edittali della pena: la Corte costituzionale sulle pene fisse.**

Non ha atteso molto tempo, in effetti, la proporzione, prima di investire più da vicino anche la dimensione strutturale delle cornici edittali, qualora presentino, da un lato, un'eccessiva dilatazione, ovvero, dall'altro, natura fissa.

Già a partire dagli anni Novanta<sup>71</sup>, difatti, la Consulta aveva evidenziato il nesso concettuale intercorrente tra il principio di legalità della pena e il tema delle forbici edittali, sottolineando come, a questo scopo, sia richiesto che l'ampiezza di tali cornici, costruite su un minimo e massimo di pena, non debba risultare eccessivamente elastica, tanto da inibire la funzione propria dell'art. 133 c.p., nell'ottica di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, in riferimento sia «alla variabilità delle fattispecie concrete» sia anche alle «tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta».

La regola della predeterminazione legislativa dell'estensione punitiva risulta, in questi casi, solo *apparente*, posto che, nel caso contrario, si rinvia ad una decisione ampiamente arbitraria del giudice *a quo*, gettando confusione sui ruoli, distinti, del potere giudiziario e del potere legislativo.

Come si è ampiamente evidenziato, è a quest'ultimo, non al giudice, che si rimette il compito di definire il grado di offensività del reato, e conseguentemente, il trattamento sanzionatorio corrispondentemente adeguato. Solo nel momento successivo, il giudice comune è chiamato a

---

<sup>70</sup> Materia, tra le altre cose, spesso acuita da pulsioni irrazionali nonché strumentalizzazioni politiche: v. in tal senso le osservazioni di PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, pp. 22-24, in cui «Sul versante delle pene – la spada della giustizia – il sistema penale mostra il suo volto oscuro, meno razionale (...) I cataloghi delle pene, i livelli di gravità, le modalità applicative, variano grandemente»; a tal proposito v. anche ID., *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, n. 4, p. 1613 ss.

<sup>71</sup> Il riferimento è a C. Cost., 15 giugno 1992, n. 299, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1468, con nota di C.F. GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, p. 1474 ss.: con tale pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 122 c.p.m.p., che prevedeva, per una figura speciale del delitto di "violata consegna", la pena della reclusione da 2 a 24 anni. Come appare chiaro, il divario edittale del trattamento sanzionatorio predisposto dalla norma scrutinata risulta enorme, e costruisce dunque massimi edittali sproporzionati rispetto qualsiasi forma esecutiva del delitto. Sulla pronuncia v. anche V. MAZZI, *Limiti edittali e principio di legalità: a proposito dell'illegittimità costituzionale dell'art. 122 c.p.m.p.*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 4434.



parametrare la sanzione in riferimento a tutti gli elementi caratterizzanti la fattispecie concreta.

Si giunge così all'intersecarsi delle molteplici direttive costituzionali raggiunte in materia sanzionatoria, proprio per il tramite del principio di proporzionalità: la possibilità della proporzione di incunarsi quale principio riparatorio di decisioni punitive irragionevoli, in particolar modo riguardo minimi edittali ritenuti eccessivamente afflittivi rispetto la concreta offensività del reato, incontra essa stessa l'eventualità di condurre così ad una disciplina sanzionatoria anch'essa viziata.

Gli esiti talvolta discontinui delle doglianze di costituzionalità, in queste direzioni, sembrano giustificati in ragione di queste preoccupazioni: le soluzioni prospettate conducono ora alla inammissibilità o al rigetto della questione, ora all'irradiarsi dell'intervento della Consulta anche sull'asprezza della sanzione massima.

Un diverso approccio manipolativo è stato invece adottato nei confronti della pena fissa, detentiva e pecuniaria<sup>72</sup>, la quale priva completamente, ai danni dell'organo giudicante, del potere di modulare e calibrare la pena in considerazione della responsabilità dell'autore del reato nonché delle caratteristiche concrete del fatto commesso. Il pregiudizio così prodotto sarebbe esteso alla funzione rieducativa e di emenda del reo, al principio di responsabilità personale, nonché conseguentemente al canone dell'eguaglianza. Il tentativo del Giudice delle leggi è stato dunque, progressivamente, far valere l'illegittimità costituzionale di tali scelte punitive, in virtù degli artt. 3 e 27, commi 1 e 3, Cost.

Già con la risalente pronuncia n. 63 del 1963<sup>73</sup>, che pure aveva rigettato la questione, la Consulta aveva affermato la preferibilità delle pene mobili, nel meccanismo sanzionatorio predisposto dal legislatore, in quanto più *idonee* ad adeguare la risposta punitiva dell'ordinamento alle particolari circostanze oggettive e soggettive del caso concreto<sup>74</sup>.

Si dovrà attendere, tuttavia, la dirompenza della sentenza n. 50 del 1980, con cui la Corte costituzionale ha messo in dubbio la legittimità del trattamento sanzionatorio in misura fissa (che prevede sia la pena pecuniaria sia la pena detentiva) applicato ad una contravvenzione<sup>75</sup>: coerentemente con il

<sup>72</sup> Cfr. per un quadro completo sul tema TURNATURI, *Aspetti problematici della costituzionalità delle pene pecuniarie fisse e proporzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1412 ss.

<sup>73</sup> C. Cost., 7 maggio 1963, n. 63: la disciplina scrutinata fu "salvata" dall'applicazione di talune circostanze che resero comunque possibile una graduazione giurisdizionale della pena.

<sup>74</sup> Cfr. in particolare anche la sentenza C. Cost., 28 febbraio 1967, n. 25, in cui, in modo ancor più netto, i giudici costituzionali hanno affermato che un'adeguata corrispondenza tra sanzione e fatto illecito si ha proprio quando essa consente una valutazione concreta dello specifico caso, tramite l'esercizio di una «regolata discrezionalità» da parte del giudice.

<sup>75</sup> C. Cost., 2 aprile 1980, n. 50, in merito all'art. 5 della L. n. 313/1976 (nuove norme sugli autoveicoli industriali, che hanno modificato l'art. 121, comma 3, d.P.R. n. 393/1969) nella parte in cui, per la contravvenzione considerata, prevede una pena fissa (ammenda di lire 800 mila

principio di uguaglianza, sia formale sia sostanziale, che esige dunque di differenziare situazioni tra loro diverse, l'uguaglianza di fronte alla pena significa, tuttavia, anche «proporzione rispetto alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia ed anche di tutela delle posizioni individuali e di limite alla potestà punitiva»<sup>76</sup>.

Ferma restando la pacifica opinione in dottrina<sup>77</sup> che non esclude, in particolari ipotesi, la congruità di una pena al contempo priva di elasticità, il limite è rappresentato dalla particolare struttura della fattispecie, la quale deve prevedere una pena *proporzionata* all'intera gamma delle condotte in essa tipizzate: solo qualora, dunque, l'illecito, per sua conformazione, non sia graduabile, si ritiene legittima la scelta di una risposta sanzionatoria rigida. È dunque questo l'interrogativo cui la sentenza in esame vuole rispondere: la natura spiccatamente preventiva e cautelare del divieto, posto dalla norma tacciata di incostituzionalità, sollecita ad una scrupolosa attenzione dei consociati al limite oggettivo predeterminato dal legislatore; la pena rigida, dunque, risulta in ogni caso proporzionata al disvalore oggettivo del fatto, il quale disvalore viene espresso, normativamente, da un valore di rischio numericamente fisso.

Ne consegue l'impossibilità di graduare, in termini sanzionatori, la contravvenzione oggetto della pronuncia, e di conseguenza l'impossibilità di denunciarne l'illegittimità costituzionale.

Pur tenendo a mente lo slancio avviato dalla sentenza del 1980, nuove questioni sorte in materia di pene accessorie hanno registrato, tuttavia, ulteriori arresti da parte della Corte costituzionale<sup>78</sup>, primariamente a causa

---

e 15 giorni d'arresto), con nota di C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 726 ss.; inoltre, parla di conclusione elusa dalla Corte nel caso sottoposto P. PITTARO, *Art. 27 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Torino, 2006, p. 284. Il precedente più significativamente citato è la sentenza C. Cost., 8 maggio 1963, n. 67, in *Giur. cost.*, 1963, p. 575 ss., nella quale il meccanismo sanzionatorio fisso si riteneva ad ogni modo "bilanciato" dalla possibilità di applicare le attenuanti generiche, intese quest'ultime come strumento di commisurazione complementare ed aggiuntivo rispetto quello offerto dallo spazio edittale (in questo modo si consideravano in concreto elastiche anche comminatorie in astratto rigide); per alcune criticità su tale asserto, cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Jovene, 1959, p. 55 ss.; LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, 1967, p. 111 ss.

<sup>76</sup> Così il § 3 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 50; ne è derivato un sospetto di costituzionalità della pena fissa, valutabile nel complesso strutturale della fattispecie.

<sup>77</sup> Per tutti E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, pp. 354-356.

<sup>78</sup> Si fa riferimento all'ordinanza della Corte costituzionale, n. 91 del 2008, sull'aumento di pena in misura fissa per la recidiva reiterata aggravata, nonché all'ordinanza n. 475 del 2002, in un caso di reato punito con pena pecuniaria fissa e pena detentiva dotata di forbice edittale.

della mancanza delle «rime costituzionalmente obbligate»<sup>79</sup>. Così ad esempio, il tenore della sentenza n. 134 del 2012<sup>80</sup>, con la quale la Corte ha dichiarato inammissibile la questione relativa alla pena accessoria del reato di bancarotta fraudolenta, consistente nell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e nell'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, per la durata, fissa, di dieci anni.

Nonostante, difatti, il giudice costituzionale avesse ravvisato delle alterazioni di proporzionalità nell'intero sistema delle pene accessorie, rivolgendo tale monito direttamente al legislatore, la soluzione proposta dal giudice rimettente non era stata ritenuta «costituzionalmente obbligatoria» bensì «una tra quelle astrattamente ipotizzabili»<sup>81</sup>, asserendo dunque che l'addizione normativa richiesta avrebbe ecceduto il compito della Consulta nel suo controllo in merito alla costituzionalità delle norme, implicando scelte che, in realtà, sono affidate in radice alla discrezionalità del legislatore.

---

<sup>79</sup> Si è difatti ammesso che, in casi eccezionali, le pene fisse possano rispettare il dettato costituzionale e i suoi limiti nei confronti dell'autorità legislativa, in funzione di tutela individuale e di giustizia proporzionale: ciò spiega l'emersione, nelle questioni successive alla sentenza n. 50/1980, dell'eccezione in parola, sulla base di argomentazioni giuridiche fondate su una maggiore centralità della proporzione. Così T.E. EPIDENDIO, *Eguaglianza, offensività e proporzione della pena*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, 2015, Treccani.

<sup>80</sup> C. Cost., 21 maggio 2012, n. 134, in merito al trattamento sanzionatorio previsto dagli artt. 216 ultimo comma e 223 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, con nota di L. VARRONE, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, in un caso concernente le pene accessorie interdittive per il reato di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 2012; nonché di MANES, *Nei casi di condanna per bancarotta fraudolenta resta l'inabilitazione «fissa» dall'esercizio dell'impresa*, in *Guida al diritto*, 2012, p. 62 ss.

<sup>81</sup> Nell'ordinanza di rimessione si legge difatti che il giudice *a quo* aveva tentato la strada della sostituzione della norma oggetto («per la durata di dieci anni») con la previsione che l'inabilitazione potesse durare «fino a dieci anni», mentre la Corte ha evidenziato come «infatti sarebbe anche possibile prevedere una pena accessoria predeterminata ma non in misura fissa (ad esempio da cinque a dieci anni) ovvero una diversa articolazione delle pene accessorie in rapporto all'entità della pena detentiva»: così il § 2 del *Considerato in diritto*. Le difficoltà derivanti dall'assenza di un termine di raffronto valido per ricostruire la disciplina sanzionatoria demolita in sede di sindacato di costituzionalità, in realtà ed in effetti, non sono l'unico motivo di *arresto* degli interventi della Corte: ha difatti elaborato, man mano, indici capaci di neutralizzare il sospetto di incostituzionalità delle pene fisse, a monte. Dapprima ha restituito al giudice *a quo* lo spazio valutativo del trattamento sanzionatorio da irrogare, accostando alla sanzione pecuniaria fissa una sanzione detentiva graduata (v. in merito C. Cost., 8 novembre 1982, n. 188). In seguito, ha tutelato eventuali altre censure di illegittimità in merito alle sanzioni fisse che siano però correlate, in misura frazionaria, alla pena base, che di per sé è un'entità variabile (sull'argomento, C. Cost., 31 marzo 2008, n. 91, in materia di recidiva reiterata, per la quale sono stabiliti aumenti di pena «a scatto fisso»: il regime sanzionatorio così impostato è stato ritenuto costituzionalmente legittimo alla luce del fatto che, anzitutto, a fronte della rigidità legislativa sul *quantum* di pena il giudice recupera la funzione di individualizzazione sull'*an*, potendo difatti non irrogare necessariamente l'aumento di pena prescritto; in secondo luogo, anche qualora dovesse optare per l'applicazione dell'aggravante, il giudice può modularne l'afflittività, potendo calibrare, entro la cornice edittale, la pena base da cui comporre il calcolo di aumento).

A distanza di qualche anno, ed in assenza dell'invocato intervento legislativo, la questione è nuovamente rimessa all'attenzione della Consulta<sup>82</sup>: sulla scorta dell'invano tentativo del 2012, i giudici *a quibus* richiedono allora un diverso intervento manipolativo sul testo dell'art. 216 L. f., ossia l'eliminazione, *tout court*, della espressione «per la durata di dieci anni».

L'effetto prodotto condurrebbe all'applicazione, per la pena accessoria al reato base, della regola generale di cui all'art. 37 c.p.<sup>83</sup>, e, di conseguenza, ad un allineamento di durata tra la pena accessoria e la pena principale (la quale, difatti, viceversa, potrebbe essere significativamente minore rispetto l'arco temporale disegnato dall'art. 216).

Le ragioni addotte dalla Corte di Cassazione muovono dagli orientamenti giurisprudenziali precedenti, della stessa Corte costituzionale, nei quali la predeterminazione della pena all'interno di un compasso edittale mobile è stata concettualmente connessa alle garanzie costituzionali di cui agli artt. 3 e 27, commi 1 e 3 della Costituzione<sup>84</sup>, nonché al «volto costituzionale della pena».

Si illumina, in particolar modo, come le pene fisse, in generale, e con un più specifico *focus*, le sanzioni di cui all'ultimo comma dell'art. 216 L.f., si dimostrano sproporzionatamente lunghe, rispetto alla durata della pena principale.

Il testimone è passato così nelle mani della Corte costituzionale, che con la sentenza n. 222 del 2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione sanzionatoria accessoria *ex art. 216*, ultimo comma, L.f.<sup>85</sup>, stabilendo che una equilibrata proporzionalità, nel bilanciamento sanzionatorio degli interessi venuti in rilievo con l'ordinanza di rimessione, nonché una necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio, si

---

<sup>82</sup> Sollecitata, questa volta, dalla Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, con ordinanza 6 luglio 2017, n. 52613, in *Dir. pen. cont.*, n. 1, 2018, p. 268 ss.

<sup>83</sup> A norma della quale «quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria temporanea, e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria ha una durata uguale a quella della pena principale inflitta».

<sup>84</sup> Solo mediante una forbice edittale elastica è possibile pervenire ad un'adeguata differenziazione di trattamento sanzionatorio tra fattispecie esprimenti di diversa gravità; nonché è possibile così tutelare una risposta sanzionatoria effettivamente tendente alla rieducazione del singolo; inoltre, la denuncia di incostituzionalità condurrebbe ad un riequilibrio della dimensione lavorativa del condannato, di cui agli artt. 4 e 41 Cost., ingiustificatamente compressa, invece, dall'assenza di flessibilità delle pene accessorie in questione. Infine, le disposizioni censurate si porrebbero in contrasto altresì con l'art. 117, comma 1, Cost., per il cui tramite opera la garanzia convenzionale dell'art. 8 CEDU, a tutela della vita privata degli individui, in cui sono ricomprese anche le attività professionali, i diritti e gli interessi patrimoniali, le cui limitazioni devono essere *proporzionate* rispetto allo scopo perseguito dalla normativa. Importante ricognizione del contrasto costituzionale di A. GALLUCCIO, *Pene accessorie "fisse" per la bancarotta fraudolenta: la Cassazione solleva una questione di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

<sup>85</sup> C. Cost., 25 settembre 2018, n. 222.

otterrebbero solo<sup>86</sup> prevedendo una pena accessoria non più fissa, bensì elastica («fino a dieci anni»).

La visibile sproporzione che le comminatorie edittali accessorie manifestano, rispetto la gravità del fatto previsto come reato, è testimoniata anzitutto dall'inibizione della funzione rieducativa della pena (integrando *ab origine* un contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost.), essendo essa percepita dall'autore dell'illecito come ingiusta reazione rispetto al disvalore espresso dalla propria condotta, che nel caso di specie risulta «graduabile»<sup>87</sup> e dunque presuppone l'applicazione di una sanzione elastica, *proporzionabile* al fatto concreto.

Potendo dunque rinvenire, nella lettura sistematica del fatto di reato, in astratto, diversi gradi di gravità della condotta, integrabili, a loro volta, un trattamento sanzionatorio più o meno severo, l'indistinta applicazione della pena accessoria fissa<sup>88</sup>, nella durata di dieci anni, evidenzia una forte distonia della norma rispetto i parametri costituzionali che disegnano il principio di proporzionalità della pena, ancor più se si considera che la fissità della sanzione accessoria, oggetto della pronuncia, incide sui diritti fondamentali del condannato, limitandolo nella propria attività lavorativa *anche dopo aver scontato* la pena detentiva.

Il Giudice delle leggi non manca, infine, di misurarsi con la sua precedente giurisprudenza: appare evidente come, nel 2012<sup>89</sup>, in merito ad una

---

<sup>86</sup> Cfr. A. GALLUCCIO, *Pene accessorie "fisse" per la bancarotta fraudolenta*, cit., § 5.1, ove l'A. sottolinea l'*iter* argomentativo attraverso la quale la Corte costituzionale sopraggiunge alla declaratoria di incostituzionalità.

<sup>87</sup> Esistono cioè, anche nell'art. 216 L.f., plurime «sottofattispecie», cui tuttavia si applica indistintamente la previsione di cui all'ultimo comma: la riprova di tale pluralità è insita nei diversi trattamenti sanzionatori previsti dallo stesso legislatore, che differenzia difatti le fattispecie di cui al primo e al secondo comma (reclusione da tre a dieci anni) da quelle di cui al terzo comma, connotate da un disvalore più lieve (reclusione da uno a cinque anni). All'interno poi della gamma dei casi concreti sussumibili nelle fattispecie astratte disciplinate dal medesimo comma dell'art. 216 L.f. sono individuabili diversi livelli di gravità; nonché infine si deve tener conto del sistema di circostanze aggravanti ed attenuanti, applicabili al reato in esame *ex art.* 219 L.f., il quale può dunque incidere ulteriormente sul *quantum* di pena principale concretamente irrogabile dal giudice comune.

<sup>88</sup> È questo il punto focale della declaratoria di incostituzionalità, piuttosto che una carenza astratta di proporzionalità della durata decennale delle pene accessorie per tutte le ipotesi di bancarotta fraudolenta: cfr. S. FINOCCHIARO, *Le Sezioni Unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, § 2.

<sup>89</sup> La soluzione prospettata dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione del 2012 viene ritenuta, nel 2018, insoddisfacente: l'operatività dell'art. 37 c.p. e, di conseguenza, l'allineamento della durata della pena accessoria con la durata della pena principale rischierebbe di sostituire l'automatismo della pena fissa con un ulteriore automatismo. Nonché, tale intervento avrebbe distolto le pene accessorie interdittive dalla finalità propria ideata dal legislatore, la quale è invero distinta dalla finalità pensata per la pena principale. Precisamente si attribuisce alla pena accessoria del reato di bancarotta una funzione "marcatamente orientata alla prevenzione speciale negativa", di per sé costituzionalmente

questione quasi sovrapponibile a quella qui riportata, la Corte aveva mantenuto quell'attitudine di *self-restraint* osservata, più o meno fedelmente, durante le prime stagioni di intervento costituzionale, in materia di proporzionalità delle sanzioni penali.

L'operato della Consulta, pienamente rispettoso del principio di legalità, nei casi pur esprimenti un concreto *fumus boni iuris* di fondatezza della questione, si arrestava in mancanza di un *tertium comparationis* che dimostrasse cristallina la sproporzione, e forniva, conseguentemente, la risposta obbligata, sanante il difetto di costituzionalità.

Con la citata sentenza n. 236 del 2016 la Corte si è parzialmente emancipata da tale *modus operandi*, il quale le permetteva, in effetti, un limitatissimo intervento in materia sanzionatoria, ed ha invece registrato una palese sproporzione *ictu oculi* della fattispecie in esame.

È così che nel 2018 con la sentenza n. 222 la Corte costituzionale afferma: «Non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata, in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima (...); essenziale e sufficiente a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento"»<sup>90</sup>, intendendo, in questo senso, proprio il coraggioso orientamento registrato con la sentenza n. 236.

Perfettamente coerente con questa evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale, anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto un contrasto giurisprudenziale interno<sup>91</sup>, nascente proprio dalla pronuncia della Consulta del 2018.

Con la sentenza n. 28910 del 2019, la Suprema Corte ha avallato l'orientamento costituzionale, e conseguentemente rigettato il proprio precedente *dictum*, conducendo la questione alla non applicabilità dell'art.

---

legittima, purché si arresti al limite della proporzionalità: per questo motivo la Corte ritiene che anche la pena accessoria debba essere oggetto della commisurazione del giudice nel caso concreto (sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c.p.), senza che essa sia ancorata meccanicamente alla pena principale. Si richiama, nuovamente, sul punto, A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e "rime obbligate"*, cit., § 6.2.

<sup>90</sup> Così il § 8.1 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 222/2018.

<sup>91</sup> Scaturito da una tesi, in passato maggioritaria ed anche avallata dalle stesse Sezioni Unite: con sentenza Cass., SU, 27 novembre 2014, n. 6240, in *Dir. pen. cont.*, con nota di I. MANCA, *Le Sezioni Unite ammettono l'intervento in executivis sulla pena accessoria extra o contra legem, purché determinata per legge nella specie e nella durata*, 2015, secondo cui, qualora la pena accessoria indichi unicamente un limite massimo di durata («fino a...») o una cornice edittale («da...a...»), essa andrebbe automaticamente commisurata nella medesima entità della pena principale, inflitta ex art. 37 c.p. L'orientamento aderente a siffatta tesi giustificava la propria operatività sulla scorta di una vincolatività limitata della pronuncia n. 222 del 2018 della Corte costituzionale, una vincolatività cioè pregnante unicamente la durata fissa della pena accessoria di cui all'art. 216 L.f.

37 c.p. ai fini della determinazione della durata della pena accessoria in parallelo alla durata della pena principale.

Il giudice *a quo* deve procedere, viceversa, ad un'autonoma commisurazione in concreto della durata della pena accessoria, servendosi, dunque, dei parametri indicati all'art. 133 c.p.: l'orientamento prevalente, abbracciato dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite<sup>92</sup>, legge dunque in via additiva<sup>93</sup> la pronuncia della Corte costituzionale del 2018, integrante il dispositivo con quanto affermato in motivazione<sup>94</sup>.

La pena accessoria, in conclusione, viene salvata da censure di illegittimità costituzionale *unicamente* quando risulti effettivamente proporzionata ed individualizzata, obiettivo cui tende, invero, il meccanismo di commisurazione predisposto dal Codice penale all'art. 133 c.p.: solo così le peculiarità del caso di specie potranno essere calibrate, in punto di concreta risposta sanzionatoria, dagli indici soggettivi ed oggettivi incuneati nella predetta norma<sup>95</sup>.

Non solo, in quanto asse portante della pronuncia risiede altresì nel diverso finalismo cui tendono le pene accessorie rispetto le pene principali, ed alle quali, conseguentemente, devono corrispondere distinte operazioni di dosimetria sanzionatoria: l'individualizzazione del trattamento punitivo sarebbe precluso dall'indistinta applicazione della norma generale di cui all'art. 37 c.p., che non consente, difatti, al giudice comune, di esercitare il potere (*rectius*, dovere) di modulare, in concreto, la pena accessoria e la pena principale, avendo appunto contezza della diversa funzione che esse richiamano.

I principi di proporzionalità e di individualizzazione della risposta sanzionatoria si erigono quindi centrali in questa recentissima pronuncia,

---

<sup>92</sup> Il riferimento è a Cass. pen., Sez. V, ord. 14 dicembre 2018, n. 56458, in *Dir. pen. cont.*, con nota di A. GALLUCCIO, *Pene accessorie della bancarotta fraudolenta e applicazione dell'art. 133 c.p.: la palla passa alle Sezioni Unite, dopo l'intervento della Consulta*, 2019.

<sup>93</sup> In modo esplicito, al § 6 della sentenza del 2019, la Cassazione afferma «Queste Sezioni Unite, pur nella consapevolezza della non obbligatoria conformazione alle indicazioni del giudice costituzionale, perché non di matrice legislativa, tuttavia ritengono di doversi aderire in quanto conformi ai precetti costituzionali ed avvalorate dall'interpretazione letterale-logico-sistematica».

<sup>94</sup> Nelle motivazioni, infatti, si leggono precise indicazioni interpretative escludenti l'operatività della regola di cui all'art. 37 c.p. (v. nota n. 88, di cui *supra*).

<sup>95</sup> Si legge, difatti, al § 9.2 della sentenza n. 28910 del 2019, che l'appiattimento della durata della pena accessoria sulla durata della pena principale «non consente risposte individualizzate e graduate, in dipendenza delle peculiarità del caso, delle esigenze specifiche ad esso sottese, nonché delle caratteristiche di afflittività delle singole sanzioni accessorie, incidenti in senso fortemente limitativo sul diritto al lavoro e sul diritto di iniziativa economica, oltre che su altri aspetti della vita individuale e sociale, e finisce per estendervi i sospetti di incostituzionalità, insiti in tutti gli automatismi punitivi».

assumendo man mano maggior dirompenza<sup>96</sup>: non sembra azzardato affermare, difatti, che l'ostacolo ermeneutico di cui si è servita la Corte costituzionale, per intervenire in via additiva pur in assenza di «rime perfettamente obbligate», è stato proprio il principio di proporzionalità della pena, di cui l'art. 133 c.p. rappresenta l'ideale metronomo normativo.

### 5. Considerazioni conclusive.

Cercando di tirare le fila delle considerazioni svolte, il percorso evolutivo del principio di proporzionalità della pena nell'ordinamento italiano è descritto da una parabola ascendente: precisamente, la proporzione ha delineato talvolta una linea tratteggiata, talaltra un tratto più sfumato, sino a definire in via più decisa il volto costituzionale del diritto penale. Divenendo in parte l'ago della bilancia della dimensione delle sanzioni punitive, l'impronta del principio di proporzionalità si fa, invero, sempre più pesante e nitida nelle risposte argomentative della Corte costituzionale alle doglianze di illegittimità proposte.

Il *focus* su cui si concentra l'analisi della Consulta muove da iniziali valutazioni prettamente formalistiche, di raffronto sistematico della scala dei reati disegnati dal legislatore e delle rispettive corrispondenti reazioni sanzionatorie, al fine di rilevare incongruenze ed incoerenze: alla luce di un generale principio di eguaglianza sanzionatoria, la proporzionalità, pur in via implicita ed indiretta, richiede una uniformazione delle reazioni punitive dell'ordinamento nei confronti di reati posti a confronto sulla base di una non bene precisata analogia.

La mancata pregnanza ed incisività di tale tipologia di intervento costituzionale, nonché l'incertezza del meccanismo comparativo, tuttavia, hanno progressivamente richiesto una maggiore profondità di sindacato, che analizzasse più da vicino la distonia prodotta da alcune sanzioni penali previste nel Codice rispetto la stessa conformazione strutturale del reato di riferimento, rispetto la concreta e reale lesività manifestata dal comportamento posto in essere, piuttosto che guardando ad un raffronto con altre fattispecie incriminatrici.

---

<sup>96</sup> Lo testimonia *in nuce* la scelta della Corte costituzionale di intervenire, in materia, con una sentenza additiva (n. 222 del 2018), sostituendo la comminatoria fissa con la previsione di un limite massimo («fino a dieci anni»), la quale, pure, non era affatto l'unica soluzione astrattamente possibile (quasi allo stesso modo della precedente questione analizzata dalla sentenza n. 134 del 2012): la principale alternativa, ivi proposta, sarebbe stato eliminare *tout court* l'inciso «per la durata di dieci anni» dall'art. 216, ultimo comma, L.f., rendendo invece predeterminata dal legislatore la durata della pena accessoria temporanea. Conseguentemente ciò avrebbe comportato l'applicazione dell'art. 37 c.p. e quindi l'ancoraggio della durata della pena accessoria a quella della pena principale concretamente inflitta. Così S. FINOCCHIARO, *Le Sezioni Unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*, cit., § 9.





Ad ogni azione corrisponde una reazione: così anche nell'ordinamento penale è necessario che la risposta punitiva ad un determinato fatto di reato sia ad esso proporzionata, sia commisurata, già *ab origine*, al momento della predeterminazione normativa da parte del legislatore, non tanto alla sanzione disegnata per analoghi fatti di reato, quanto piuttosto all'effettiva lesione cagionata al bene giuridico oggetto della tutela.

Viceversa, l'effetto prodotto condurrebbe ad una completa inibizione del principio di rieducazione, cui la pena deve tendere per dettato costituzionale, nonché ad un disallineamento della dinamica punitiva rispetto il binario delle decisioni politico-criminali incuneate nel testo normativo. È così che il principio di offensività, quale primario criterio-guida, diviene il definitivo polo nevralgico delle operazioni di proporzionalità della pena: il reato disegnato dal legislatore deve manifestare una reale e concreta carica offensiva affinché l'ordinamento appresti ad esso una tutela sanzionatoria; di conseguenza, la risposta punitiva dovrà essere calibrata precisamente su tale lesività affinché possa dirsi effettivamente proporzionata.