

QUESITI

MARIA GIOVANNA BRANCATI

La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire della sentenza C-205/20

Prendendo spunto dalla decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-205/20, che ha sancito il carattere della diretta applicabilità del principio di proporzionalità esplicitamente richiamato in una direttiva, il saggio si sofferma sul rapporto tra proporzionalità e legalità della risposta sanzionatoria, esplorando in particolare il profilo "contestuale" della pena proporzionata.

Proportionality and punishment: a journey between legality and fairness starting from the C-205/20 judgment

Taking its cue from the decision of the Court of Justice of the European Union C-205/20 that established the direct applicability of the principle of proportionality explicitly referred to in a directive, the essay dwells on the relationship between proportionality and the legality of the sanctioning response, exploring in particular the 'contextual' profile of proportionate punishment.

SOMMARIO: 1. Punto di partenza: il principio di diritto espresso dalla Corte di Giustizia. - 2. Possibili implicazioni sistemiche: a) (inter-)legalità; b) equità e proporzione. Tutte le strade della legalità sanzionatoria portano a Roma? - 3. Giudizi valutativi, apprezzamento e proporzionalità: dall'astratto al *contesto*. - 4. (Segue) Quando il fatto può essere *tenue*, ma non *modesto*. L'aporia dei minimi editali. - 5. Incursioni rapsodiche nel diritto penale francese. - 6. Un bilancio consuntivo. Colpevolezza, rieducazione e proporzionalità: paradossi del *self-executing* o interpretazione unionalmente orientata? - 7. Postilla.

1. *Punto di partenza: il principio di diritto espresso dalla Corte di Giustizia.* Sullo sfondo di queste brevi considerazioni in merito all'idea di proporzionalità sanzionatoria vi è la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea C-205/20 dell'8 marzo 2022¹.

Nel giudizio *a quo*, il giudice rimettente aveva richiamato l'attenzione della Corte sul requisito della proporzionalità delle sanzioni espresso nell'art. 20 della Direttiva 2014/67/UE, riguardante il distacco di lavoratori², denunciando

¹ Il caso, sebbene recente, è già stato oggetto di puntuali ricostruzioni, sicché non ci si soffermerà qui sulla ricostruzione storico-sistemica delle tappe che hanno condotto all'ultimo approdo costituito dalla sentenza C-205/20, né tantomeno sul classico racconto della "vicenda sottesa": per questi contenuti si rinvia, in particolare, a VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in www.sistemapenale.it, 24 aprile 2022.

² Una simile disposizione è presente in molte analoghe fonti dell'Unione, ove venga disciplinata una materia di competenza concorrente.

la violazione del principio da parte della normativa nazionale che attua la direttiva citata. Così, la Corte di Giustizia si è pronunciata in merito alla ritenuta violazione del diritto eurolunitario da parte dell'ordinamento austriaco. Il principio di diritto espresso nella sua decisione si articola nei successivi passaggi:

(I) l'art. 20 della Direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, laddove esige che le sanzioni da esso previste siano proporzionate, è dotato di effetto diretto e può quindi essere invocato dai singoli dinanzi ai giudici nazionali nei confronti di uno Stato membro che l'abbia recepito in modo non corretto;

(II) il principio del primato del diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso impone alle autorità nazionali l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale, parte della quale è contraria al requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto all'art. 20 della Direttiva 2014/67/UE, nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate;

(III) l'art. 20 della Direttiva 2014/67/UE si limita a richiamare un principio generale del diritto dell'Unione avente carattere imperativo, che impone agli Stati membri di adottare pene che non siano sproporzionate rispetto al reato (art. 49, paragrafo 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

L'immediata considerazione che ha sollecitato l'attenzione dei commentatori riguarda il carattere oramai dichiaratamente *self-executing* della proporzionalità sanzionatoria europea³. Approfondendo questa considerazione, infatti, si ha che il diritto dell'Unione giunge a interferire con la legalità sanzionatoria, *sub specie* proporzionalità⁴.

Di là di queste immediate stime, però, la pronuncia può costituire l'*occasio* per aprire la riflessione a questioni di più ampio respiro, relative in particolare al contenuto che voglia assegnarsi alla discrezionalità giudiziale nel momento della decisione sulla conseguenza sanzionatoria, allorché il giudice - in-

³ Questo approdo non era per vero scontato. Si ricorda, infatti, che la questione era già stata presentata alla Corte di Giustizia e nelle precedenti occasioni le conclusioni cui questa era giunta erano state di segno del tutto opposto, per di più in presenza di argomentate considerazioni dell'Avvocato generale che esprimeva con piena convinzione la bontà dell'interpretazione contraria: in argomento, con dovizia di dettagli, v. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., 9 ss.

⁴ *Ibid.*, 16 ss.

somma – debba decidere se e quando far seguire una risposta sanzionatoria (e, eventualmente, di che tipo) al brano di vita ritenuto penalmente rilevante.

2. *Possibili implicazioni sistemiche: a) (inter-)legalità; b) equità e proporzione. Tutte le strade della legalità sanzionatoria portano a Roma?* Come appena accennato, i profili di interesse emergenti dalla pronuncia *de qua* concernono da un lato il rapporto tra la legalità europea e quella nazionale in materia penal-sanzionatoria, e, dall'altro, la declinazione giudiziale e – si direbbe, con formula oramai abusata – *in action* del principio di proporzionalità delle pene.

Il primo aspetto rappresenta un campo oramai da tempo battuto dalla dottrina, che ha sviscerato i rapporti intercorrenti tra diritto eurounitario e sistema penale domestico. Come è noto, l'intreccio di più legalità⁵ talora può comportare la necessità di individuare un punto di caduta tra modelli ordinamentali differenti⁶; talaltra, invece, potrebbe richiedere uno sforzo adattativo al sistema “ricevente”. L'ingresso del cd. diritto penale europeo nell'ordinamento domestico, infatti, segue altresì il canale dell'obbligo d'interpretazione conforme, nei limiti logici consentiti dall'enunciato scritto⁷. Della legalità di diritto penale sostanziale, nella sua declinazione formale quale riserva di legge, non si può davvero dubitare, specie ove si tratti di imporre effetti incriminanti o aggravanti⁸: ci si può, al più, interrogare sul valore che l'indicazione di precetto o l'interpretazione⁹ sovranazionali possiedono nella definizione delle garan-

⁵ Sul valore ermeneutico del concetto di “interlegalità” cfr. PALOMBELLA, *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, in *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di Klabbers-Palombella, Cambridge, 2019, 363 ss.; più di recente, cfr. anche CHITI-DI MARTINO-PALOMBELLA, *Nel mondo della legalità al plurale e dell'interconnessione*, in *L'era dell'interlegalità*, a cura di Chiti-di Martino-Palombella, Bologna, 2021, 9 ss.

⁶ In argomento DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 119 ss.

⁷ VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 285 ss., 309 ss.

⁸ Si veda, eloquentemente, VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2016, 3.

⁹ Come è noto, nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione, le sentenze della CGUE che precisano concetti contenuti nel precetto normativo sovranazionale e/o attribuiscono significati a quelle stesse norme concorrono con esse a costituire il formante legale con cui la norma domestica dovrà confrontarsi. In altre parole, il diritto dell'Unione è anche dato dall'interpretazione giudiziale della disposizione scritta, che dalla prima è integrata e completata; v. per es. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e*

zie individuali e dei margini di libertà domestici. È qui che si apre il dibattito relativo al dovuto contemperamento tra principi nazionali e proiezioni sovranazionali e/o alla vigenza di un sistema di legalità strutturalmente integrato, cui gli ordinamenti nazionali devono di necessità cedere il passo¹⁰.

Si tratta di un argomento che ha appassionato molti autori e stimolato altrettante riflessioni di sistema¹¹ e che opportunamente emerge in chiave problematica allorquando l'interpretazione giudiziale fornita dalla Corte di Giustizia instauri una "gerarchia" di prevalenza rispetto all'applicazione che di quella norma interpretata debba farsi a livello nazionale. L'architettura delle fonti di diritto interno pone la legalità penale al vertice di una pluriarticolata serie di diramazioni, da cui si irradiano gli altri principi cardine del sistema e, in particolare, per quel che è qui di interesse, la riserva di legge. Quest'ultima, come è noto, possiede una funzione garantistica individuale, che si sostanzia nel ben noto brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, e una funzione – potremmo dire – di salvaguardia delle prerogative istituzionali.

Il profilo da ultimo richiamato manca, viceversa, nella legalità unionale¹²; la tendenziale liquidità dei poteri nell'Unione, infatti, importa anche una maggiore flessibilità nella determinazione del precetto, talché esso risulta dalla

*dell'Unione europea*², Padova, 2006, 141 ss.; POCAR, *Diritto dell'Unione europea*¹¹, Milano, 2010, 276 ss.; TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*⁶, Padova, 2010, 146 ss., 174 ss. Peraltro, la Corte costituzionale, a più riprese, ha precisato che «i principi enunciati dalla Corte di giustizia, riguardo a norme oggetto di giudizio di legittimità costituzionale, si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno con il valore di *ius superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quelle norme conservano efficacia e devono essere applicate anche da parte del giudice *a quo*»: così Corte cost., 3 giugno 2022, n. 137, in *DeJure*; conf. Corte cost., 20 luglio 2016, n. 195; Corte cost., 7 luglio 2005, n. 268; Corte cost., 13 maggio 2015, n. 80; Corte cost., 10 maggio 2012, n. 124; Corte cost., 18 luglio 2011, n. 216; Corte cost., 23 giugno 1999, n. 255, tutte in *DeJure*.

¹⁰ In dottrina si è parlato di «legalità distinte, ma non "separate"» (cfr. DI MARTINO, *Una legalità per due*, cit., 91 ss.) rispetto al rapporto tra legalità nazionale e legalità di derivazione giurisprudenziale proveniente dalla Cedu, che – come è noto – rappresenta la fonte di ispirazione primaria della giurisprudenza euromunitaria: in argomento PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 46 ss.; v. anche VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., 3.

¹¹ Oltre ai contributi già citati, si vedano anche DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE. Euroscetticismo, euroentusiasmi e tutela dei diritti fondamentali, oggi*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 2, 167 ss.; PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 318 ss.

¹² VALENTINI, *La ricombinazione genica*, cit., 16.

combinazione della formula legale (il più possibile “elastica”) e l’interpretazione (evolutiva) giudiziale¹³. Sorge un dubbio di compatibilità, dunque, ove si consideri che il precetto eurounitario è per sua natura costruito sulla base di una integrazione di tipo interpretativo compiuta dal Giudice europeo, mentre il precetto penale nazionale è rigidamente imbrigliato nelle maglie della legge parlamentare¹⁴.

Il problema del potenziale contrasto con la legalità interna, però, è tale soltanto nell’ipotesi in cui ciò comporti un aggravamento della sanzione; viceversa, non dovrebbe esserlo se si tratta di un tipo di intervento che è di per sé guidato da criteri di giustizia ed equità¹⁵. Difatti, le osservazioni proposte dall’Avvocato generale e recepite dalla Corte nella sentenza richiamata¹⁶ hanno evidenziato come la legalità delle pene non operi quale limite a una attenuazione del trattamento sanzionatorio, giacché in tale ultimo caso prevale piuttosto il *favor rei*¹⁷.

Vi è tuttavia una questione di coerenza delle decisioni e di uguaglianza trattamentale. È stato obiettato, infatti, che le argomentazioni dell’Avvocato generale non sarebbero da sole sufficienti a fugare ogni dubbio di conflitto interno, prospettando come antidoto il meccanismo di controllo accentrato della proporzionalità delle sanzioni punitive da parte della Corte costituzionale¹⁸.

¹³ In generale, sulla costruzione della legalità sovranazionale, cfr. PULITANO, *Paradossi della legalità*, cit.; cfr. altresì DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1, 159 ss.; PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 gennaio 2016; con atteggiamento critico, invece, EUSEBI, *Neppure la Corte di giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 dicembre 2015.

¹⁴ Fatte salve le disposizioni relative alla normazione penale per decreto; in manualistica, per es., FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2014, 47 ss.

¹⁵ Per questa lettura dicotomica del concetto di proporzionalità, v. BRUNELLI, *Dall’equità commisurativa all’equità nella esenzione da pena per fatto tenue*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, Milano, 2018, 251 ss.

¹⁶ VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell’Unione europea*, cit., 16-17.

¹⁷ CGUE, Grande sez., 8 marzo 2022 C-205/20, *NE*, paragrafo 48. Rispetto a questo argomento, in dottrina, si veda, per es., VALENTINI, *Legalità penale convenzionale*, cit., 171, ove si afferma che «l’unico “giudice di scopo” che tollera il diritto penale costituzionale continentale è quello che diminuisce la sofferenza che la pena reca con sé, anziché accrescerla in nome della tutela dei beni e dei “cittadini onesti”».

¹⁸ VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell’Unione europea*, cit., 17 ss.

Ora, va da sé che tutte le volte in cui si ritengano violati parametri di rango costituzionale – legati o meno alla proporzionalità europea quale principio costituzionalmente vincolante nelle materie di applicazione del diritto dell’UE – potrà invocarsi l’intervento della Corte costituzionale. Ma il divieto di pene sproporzionate è prima di tutto un principio utile a fornire un criterio-guida al singolo giudice nazionale nel delicato momento della commisurazione giudiziale della pena¹⁹. All’interprete, dunque, è consegnata la responsabilità di adeguare l’astrattezza della norma al dinamismo del caso concreto, rimanendo ancorato al dato linguistico ma disponendo di una serie di strumenti di bilanciamento che gli permettono di compenetrare diritto nazionale e statuzioni sovranazionali. Così avviene quando egli si trovi a ricercare nella realtà delle cose gli elementi cd. “tipici” di un accadimento penalmente rilevante e – *mutatis mutandis* – così dovrebbe avvenire anche in fase di commisurazione dell’entità di pena²⁰.

L’aspetto dinamico-applicativo della proporzionalità sanzionatoria, però, impone di ampliare l’orizzonte della trattazione fino a ricomprendere un tema dal fascino indiscusso, che la Corte di Giustizia ha contribuito a risollevare nella sua pregnante attualità²¹, relativo al modo in cui opera il giudice del caso

¹⁹ Ai principi sono generalmente attribuite funzioni di indirizzo nella creazione e interpretazione delle norme: l’una è strumento della produzione normativa, l’altra guarda invece al momento applicativo del diritto, in argomento v. VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 373; BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 494 ss.

²⁰ Luigi Ferrajoli ha colto lucidamente le affinità e divergenze tra le due operazioni consentite al giudice, argomentando che «oltre al potere di denotazione e di verifica, la funzione giudiziaria include però un altro tipo di potere, necessario per concludere la terza inferenza – il sillogismo pratico – di cui si compone il ragionamento giudiziario. Per quanto anche questo potere sia legato ad un’attività conoscitiva, il suo esercizio non è peraltro suscettibile di verifica giuridica [...]. L’individuazione delle caratteristiche singolari del fatto e le conseguenti valutazioni configurano la cosiddetta equità del giudizio, nella quale si esprime un potere che chiamerò *potere di connotazione*» (corsivo nel testo): FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 135 ss.; v. anche CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra “tipicità classificatoria” e “tipologia ordinale”*, Padova, 2009, 190, il quale aggiunge che «nello Stato di diritto, né la legalità-tipicità è concepibile senza l’equità-discrezionalità, né quest’ultima è ipotizzabile al di fuori della prima» e che «il solo apparente paradosso del carattere insieme uguale e diverso degli infiniti casi concreti ascritti al medesimo *Tatbestand* qualificatorio svanisce sol che si consideri, da un canto, che mentre l’uguaglianza dei casi riguarda la loro denotazione, la differenza ne coinvolge la connotazione, e, da un altro canto, che non si dà denotazione senza connotazione, né connotazione senza denotazione» (*ibid.*, 192).

²¹ Si veda, da ultimo, Corte cost., 21 ottobre 2021, n. 197 sul rapporto tra proporzionalità “in concreto” e misure di sicurezza.

singolo e al margine di apprezzamento discrezionale della realtà a questi consegnato.

3. *Giudizi valutativi, apprezzamento e proporzionalità: dall'astratto al contesto.* Come è noto, il procedimento che segue alla sussunzione del fatto concreto nel tipo legale assume i caratteri del giudizio valutativo²², in cui il giudice deve adoperarsi per avvicinare la singolarità dell'avvenimento verificatosi in concreto alla statica dell'enunciato normativo astratto, in modo da attuare sino in fondo lo spirito della legge. Questi, si sa, non è privo di indicazioni nel compiere la propria opera: ponendosi nella prospettiva del reo, deve guardare al fatto commesso da questa precisa angolazione e da qui individuare l'entità della pena che meglio si attagli alle circostanze particolari del caso. Non - beninteso - un apprezzamento *personologico*, bensì *personalizzato*²³. I parametri per la sua valutazione sono offerti dall'art. 133 c.p.: fra di essi figurano elementi relativi al fatto ed elementi relativi a "qualità" proprie della persona che lo ha commesso. Perché la pena inflitta sia realmente in grado di esprimere le conseguenze della violazione volute dal legislatore, infatti, essa deve potersi coordinare con le personali responsabilità e attitudini dell'autore del fatto e con le esigenze di risposta che l'ordinamento abbia ritenuto opportuno far conseguire²⁴.

Se la pena astratta, quella ricompresa nella cornice edittale fissata dal legislatore, è suscettibile di essere ritenuta sproporzionata già a un primo vaglio

²² Sulle caratteristiche di questo giudizio v. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 135 ss. e *passim*.

²³ Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 2965.

²⁴ VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 122 ss. sottolinea come la proporzionalità della pena sia in grado di funzionare come strumento limitativo della potestà punitiva solo ove intesa quale criterio volto ad assicurare un rapporto di adeguatezza tra la pena e la gravità del fatto commesso. Del resto, la Corte costituzionale, in tema di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, già nel 1980 scriveva: «l'«individualizzazione» della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale. Lo stesso principio di «legalità delle pene», sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., dà forma ad un sistema che trae contenuti ed orientamenti da altri principi sostanziali - come quelli indicati dall'art. 27, primo e terzo comma, Cost. - ed in cui «l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità»»: Corte cost., 12 aprile 1980, n. 50, in *DeJure*. Sul valore che i principi assumono nel plasmare la sostanza di un ordinamento giuridico cfr. VASSALLI, *I principi generali di diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 699 ss.

commisurativo tra sé e l'offesa di cui è portavoce la fattispecie²⁵, vi è però una diversa declinazione della proporzionalità sanzionatoria, che può essere apprezzata solo nel momento applicativo. A questo proposito, è già stato tematizzato²⁶ il carattere equitativo del potere di cui il giudice penale dispone, allorché egli sia chiamato a esprimersi sulla misura della pena o sulla eventuale esenzione da pena per fatto tenue²⁷. Questi è per legge tenuto a scandagliare le peculiarità dell'accaduto, tentando di coprire con il proprio discrezionale apprezzamento la distanza che corre tra la fattispecie legale e il brano di vita in essa sussunto.

La ragione sottesa alla necessaria discrezionalità in capo al giudicante si avverte, al fondo, nella stessa funzione *lato sensu* regolatoria svolta dal processo penale rispetto all'applicazione della pena, che si snoda in ambo le direzioni: garantire la conformità della vicenda punita al tipo legale e delle conseguenze che ne discendono a quelle già previste dalla legge. Questo processo richiede di necessità che il giudice possa muoversi con una certa elasticità tra i *verba iuris*, senza rimanere inchiodato al «limite intrinseco di ogni previsione normativa di fronte all'infinita varietà delle situazioni»²⁸. Al pari della fase di accertamento del fatto, quando il giudice deve stabilire la conformità di quanto verificatosi a quanto punito dalla legge penale, anche la fase commisurativa, richiede a questi di compiere un'operazione di adeguamento del concreto all'astratto. Qui, però, il mero meccanismo di sussunzione logico-deduttiva non è sufficiente: si richiede l'utilizzo di un potere equitativo-discrezionale, che, al contrario, parrebbe escluso dalla antecedente fase di accertamento dei presupposti di responsabilità²⁹.

²⁵ È questo il tipo di controllo che è in definitiva demandato alla Corte costituzionale: in argomento VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 286 ss.; cfr. anche ADDANTE, *Il principio di proporzionalità in materia penale*, Pisa, 2020, cui si rimanda in particolare per la ricca bibliografia di riferimento.

²⁶ Si vedano FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit.; TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010; BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa*, cit.

²⁷ Sul punto in particolare si tornerà *infra*, par. 4.

²⁸ LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967, 71.

²⁹ In senso critico, BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa*, cit., 259, *passim*; l'Autore mette in luce l'incongruenza di questo forzato sdoppiamento, evidenziando come, in ossequio a una proporzionalità effettiva, il giudice dovrebbe potersi dire libero di intervenire altresì sulla stessa meritevolezza di pena alla luce delle peculiarità del singolo caso; sul punto, tuttavia, nel senso di una prospettiva di apertura verso margini di apprezzamento *lato sensu* equitativi perlomeno nella fase di accertamento dei requisiti

A ben guardare, però, le maglie del potere (se non equitativo, perlomeno) valutativo del giudice sono destinate ad allargarsi allorché, per esempio, si tratti di assegnare un significato penalmente rilevante a taluni concetti che dalla fattispecie criminosa vengono soltanto “operazionalizzati”³⁰. La necessità di tradurre in fattispecie legali la molteplicità degli accadimenti di vita ha incontrato con sempre maggiore evidenza il limite della astrattezza dell’enunciato linguistico-normativo. La stessa tecnica di descrizione del precetto penale, se da un lato appare vincolata dai principi che regolano la materia, dall’altro dipende dalla natura dell’accadimento che occorre rappresentare, sicché «il significato del tipo [...] può venire stabilito soltanto in correlazione con la realtà»³¹: come questa realtà possa poi ritornare a essere coerente con il tipo legale è operazione demandata al giudice, cosicché già in questa fase la fattispecie legale è consegnata al processo e all’interpretazione giudiziale³².

Da questa precisa angolazione, ci si accorge di come l’apprezzamento giudiziale abbia una portata – diremmo – garantistica rispetto alla *fedeltà* del caso concreto al tipo, nel senso che esso rappresenta l’unico mezzo per il tramite del quale le antinomie tra reale e previsto³³ possano essere superate³⁴. Anche

tipici si veda quanto si dirà *infra* nel testo.

³⁰ Il campo giuridico dispone di propri referenti concettuali che orientano verso l’attribuzione di significato al segno linguistico utilizzato nell’enunciato normativo: tali strumenti, però, non vivono unicamente nell’universo astratto del diritto, ma ineriscono a una dimensione empirico-materiale che ne è sostrato. Si abbiano a mente, per esempio, i termini “reato” o “pena”: essi trovano il loro immediato – e diremmo, “fisiologico” – luogo di espressione all’interno di uno specifico contesto semantico (ossia il campo del diritto penale), il cui referente o substrato “oggettivo”, però, si trova compreso nel livello *lato sensu* “sociale” della realtà: essi svolgono dunque un ruolo “operazionale” in relazione a detto substrato, giacché sono generalmente utilizzati – all’interno di particolari enunciati proposizionali – per organizzare, categorizzare ed eventualmente modificare quel segmento di realtà sociale. Così, dalla pronuncia dell’enunciato “Tizio è condannato alla pena detentiva di anni X”, capiamo che Tizio ha commesso un reato per il quale è prevista la reclusione come pena e, allo stesso tempo, che la realtà sociale si modificherà da uno stato in cui Tizio è libero a uno in cui questi diventerà detenuto.

³¹ GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969, 172.

³² Questo è tanto più vero quanto più stratificata e complessa è la realtà naturalistica che la fattispecie legale intende fotografare; afferma lucidamente Michele Papa: «[...] la questione del credo epistemologico [...] riguarda i nostri rapporti con la realtà, in particolare con la realtà della giustizia penale. Impone diagnosi lucide circa il funzionamento quotidiano della macchina e circa le effettive possibilità di modificarne il tasso di arbitrarietà, dominazione, disumanità. Impone realismo, come diremo, nella scrittura delle norme e nella loro interpretazione»: PAPA, *La tipicità iconografica della fattispecie e l’interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le slide del presente*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, I, a cura di Conte-Landini, Mantova, 2017, 333.

³³ Infatti, come acutamente ricorda David Brunelli, richiamando le parole di Natalino Irti: «La norma di

la fase di accertamento dei requisiti tipici – in certa misura – può offrire uno spazio di discrezionalità valutativa che supera il processo sussuntivo: è il caso delle fattispecie a “tipicità dinamica”, in cui il requisito tipico, per essere restituito alla *voluntas legislatoris*, necessita di passare attraverso un doppio vaglio valutativo da parte del giudice: sussunzione + apprezzamento valutativo³⁵.

Se è lecito che il giudice disponga di un ragionevole spazio di manovra che gli consenta di attribuire significato al caso sottoposto al suo giudizio, valorizzando «concretezza, differenziazione dei diversi e contestualità»³⁶ in una fase per antonomasia riservata al procedimento sussuntivo puro, *a fortiori* dovrà essergli consentito di valutare quelle o analoghe circostanze ai fini del giudizio di meritevolezza della pena.

Per esempio, il meccanismo di operatività che copre la clausola espressa all’art. 131-*bis* c.p. sembrerebbe dar corpo a questa naturale tendenza: posta l’offesa, vi possono però essere casi in cui essa non meriti punizione in concreto, poiché qualunque esito sanzionatorio sarebbe qualitativamente e quan-

legge dettaglia sì una fattispecie contenente la “visione” del fatto concreto, ma, trattandosi di una “previsione” («la legge prevede il fatto come reato»), al controllo postumo, per quanto quella “precognizione” sia accurata, il riscontro di margini di errore costituisce un dato ineliminabile»: BRUNELLI, *Dall’equità commisurativa*, cit., 266; v. anche *ibid.*, riferimenti in nota.

³⁴ È noto, ad esempio, che al prudente apprezzamento del giudice è affidato l’istituto della disapplicazione di un atto normativo quale criterio di risoluzione delle antinomie nell’ordinamento giuridico.

³⁵ Non sarebbe possibile qui trattare della materia, che pure merita approfondimento e alla quale già sono state dedicate importanti riflessioni; per il momento, sia consentito offrire pochi cenni riassuntivi nei termini che seguono: nell’ambito del dibattito relativo alla categoria dogmatica della tipicità, da ormai qualche decennio destinata a confrontarsi con una ritenuta “crisi” o, forse, con terminologia più *soft*, con il mutamento della tecnica descrittiva del fatto tipico, emerge la necessità di guardare con rinnovato realismo alle vicende del diritto penale *in action*. La portata dirompente di questi accadimenti si può apprezzare soprattutto in riferimento a fattispecie criminose che tentano di catturare nella “statica” normativa del tipo fenomeni sociali o socioeconomici fortemente complessi e “dinamici”: solo per fare alcuni esempi e senza pretesa di entrare nel dibattito relativo alla possibilità di accostare tra loro (anche solo da un punto di vista meramente linguistico) simili delitti, si pensi alla bancarotta fraudolenta, all’associazione per delinquere di stampo mafioso, ad alcune tipologie di “disastro”, allo sfruttamento del lavoro; si tratta di ipotesi criminose in cui il disvalore o la cui crimosità della condotta non sono naturalisticamente dati, ma dipendono dal particolare atteggiarsi delle modalità concrete in cui la stessa è realizzata. Ebbene, in simili casi, la distanza che esiste tra accadimento concreto ed enunciato linguistico-normativo astratto può essere ancora più estesa, talché il processo di adeguamento necessita di passare attraverso un doppio livello di astrazione, fatto dalle circostanze che indiziano l’esistenza di un elemento tipico (per esempio, le «condizioni di sfruttamento» ex art. 603-*bis* c.p.) e l’apprezzamento di quelle circostanze “oggettive” rispetto al tipo di disvalore che la norma vuole esprimere. Per un primo affresco, si può rinviare a DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell’art. 603-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2018, 3.

³⁶ TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 52.

titativamente irragionevole rispetto all'offesa medesima³⁷. Viene qui in rilievo un particolare aspetto del processo valutativo affidato al giudice, che gli consente di superare la logica deduttiva e proiettarsi in una dimensione "umana" del giudizio: valutando le circostanze occorse, potrà ritenere, alla luce di queste, che, pur essendo in presenza di un reato perfetto nei suoi elementi costitutivi, non è opportuno farvi discendere una qualsivoglia risposta punitiva in ragione della esiguità dell'offesa prodottasi. In questa valutazione rientrano certamente anche ragioni di natura sistematica, che impongono un giudizio che non conduca a esiti paradossali o, comunque, sproporzionati³⁸.

Tale operazione è demandata al giudice del merito proprio perché prossimo alle circostanze occorse e al fatto concreto. Ciò che gli è richiesto è di completare l'opera cominciata dal legislatore, integrando con il proprio apprezzamento gli spazi rimasti necessariamente scoperti dalla vaghezza dell'enunciato generale e astratto, rimanendo però nel perimetro da questo offerto³⁹. Questa è una dimensione che potremmo definire "contestuale" della proporzionalità, tale perché non dipende dal raffronto tra gravità dell'offesa e misura della conseguenza sanzionatoria astratte; essa bensì discende dall'accostamento tra la previsione legislativa e l'accadimento naturalistico: non può essere afferrata attraverso i parametri del giudizio di costituzionalità, poiché sta - appunto - nei contesti e nelle declinazioni *reali* dell'enunciato normativo.

4. (*Segue*) *Quando il fatto può essere tenue, ma non modesto. L'aporìa dei minimi edittali.* Se così stanno le cose e, quindi, se si ammette che vi è un profilo di meritevolezza della pena (tanto nell'*an* che nel *quantum*) che impone al giudice di indossare le vesti del reo, è curioso osservare come, di là del potere-dovere di quantificare la pena nell'ambito dei minimi-massimi imposti dalla legge per ciascuna fattispecie, il «potere equitativo» del giudice rispetto all'opportunità della sanzione penale dinanzi al dato positivo parrebbe operare alla stregua di un interruttore:

³⁷ In argomento BRUNELLI, *Il fatto tenue tra offensività ed equità*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, 258 ss.

³⁸ Cfr. Corte cost., 21 ottobre 2021, cit., dove si mette in relazione il buon funzionamento del finalismo rieducativo con l'effettiva proporzionalità della conseguenza sanzionatoria.

³⁹ BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa*, cit., 259 ss.

- *off*: in presenza dei presupposti di cui all'art. 131-*bis* c.p.

- *on*: in assenza dei presupposti di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Tutte le sfumature naturalistiche intermedie esistenti tra l'esenzione da pena per fatto tenue (ove applicabile) e la pena minima gli sono precluse, nel senso che l'organo giudicante non è ammesso a ritenere equa, opportuna una misura della sanzione inferiore al minimo, magari anche laddove la cornice edittale gli consentirebbe di applicare la particolare tenuità.

Eppure, ove si parli di proporzionalità "contestuale" della conseguenza sanzionatoria, non è difficile notare come profili di sproporzione tra accadimento reale ed esito sanzionatorio potrebbero già affiorare nella valutazione delle circostanze del caso. Si pensi, per esempio, alle due ipotesi: a) taluno sottrae pochi generi alimentari (due confezioni di biscotti e un wurstel) in un supermercato e si dà alla fuga, in questo frangente l'addetto al servizio di sicurezza che aveva tentato di bloccarlo rimane ferito⁴⁰; b) taluno, a volto coperto e armato, sottrae denaro dalle casse di un ufficio postale minacciando gli astanti con una pistola⁴¹. Entrambe le situazioni sono riconducibili alla fattispecie criminosa di rapina (e, con essa, alla cornice edittale prevista dalla norma), pur risultando profondamente diverse da un punto di vista situazionale.

Ora, stante il massimo di pena previsto dall'art. 628 c.p., l'art. 131-*bis* non sarebbe applicabile: saremmo, insomma, nell'eventualità *off*. Di là delle strategie difensive eventualmente volte alla decostruzione del fatto tipico, ciò che emerge a un primo sguardo - diremmo - *empatico*⁴² è l'incolmabile distanza esistente tra i due episodi richiamati: distanza - si badi - che non attiene solo alla difformità già *in astratto* ravvisabile tra tutte le possibili condotte di impossessamento di cosa mobile altrui connotate da violenza o minaccia, ma riguarda più da vicino le circostanze e i contesti di ciascuna di essi, per cui però la legge *prevede* una gravità tale da meritare sempre e comunque *almeno* cinque anni⁴³ di carcere⁴⁴.

⁴⁰ Il caso è inedito ed è tratto dalla prassi giudiziaria.

⁴¹ Trib. Torino, 14 marzo 2022, n. 196, in *DeJure*.

⁴² Sull'utilizzo dell'empatia in sede di giudizio si veda il bel saggio di CALLEGARI, *Il giudice tra empatia, biases ed emozioni*, Roma, 2017.

⁴³ Secondo le successive modifiche edittali previste prima dall'art. 1, co. 8, lett. a) legge 23 giugno 2017 n. 103 e poi dall'art. 6, co. 1, lett. a) legge 26 aprile 2019 n. 36.

⁴⁴ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 147 e 397, il quale propone l'abolizione dei minimi edittali, quan-

La pena minima stabilita per legge, dunque, è troppo alta o è irragionevole prevedere una pena minima, tanto più ove esistano dei meccanismi che permettano di “aggirare” un rigoroso rispetto dei minimi⁴⁵?

La ragione sottesa alla presenza di un minimo di pena risiede essenzialmente nella necessità di tutelare l’uguaglianza dei cittadini dinnanzi all’arbitrio del giudice⁴⁶. Per altro verso, è stato riconosciuto come essi incidano negativamente sul processo di individualizzazione della pena dal punto di vista quantitativo⁴⁷. In effetti, il massimo previsto della cornice edittale è funzionale all’espressione del maggior grado di sacrificio che l’ordinamento può richiedere a taluno, in ragione della più alta gravità (astratta) che si assegna alla tipologia di comportamento censurato⁴⁸.

to meno con riferimento alla pena detentiva.

⁴⁵ Non è solo il caso dell’art. 131-*bis*; si pensi, ad esempio, all’operatività extraedittale delle circostanze attenuanti cd. generiche, grazie alle quali, è stato osservato, il giudice vanta un «potere di correggere» la «previsione sanzionatoria sancita per la tipologia astratta del reato» per legge: BRUNELLI, *Dall’equità commisurativa*, cit., 257; v. anche MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 216 e 223.

⁴⁶ Si vedano le suggestive pagine di FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, I, a cura di Frosini, Roma, 1984, 614, in cui si legge: «[...] vero che questa proporzione non potrà in molti casi aver un’esattezza geometrica; ma ne avrà sempre una tale, da poter ottenere il morale ed il politico effetto che si desidera, vale a dire, di non punire ugualmente due rei che, violando l’istesso patto, hanno mostrata una notevole disuguaglianza di malvagità nel violarlo, e di non lasciare nell’arbitrio del giudice il destinare la quantità e la natura della pena»; v. anche CARUSO, *La discrezionalità penale*, cit., 200, dove si parla di «protezione del giudice da se stesso».

⁴⁷ Di questa problematica si è lungamente interessata la dottrina francese, che ha visto nelle pene fisse in generale (cd. *peines planchers*) un rigido ostacolo all’autentica individualizzazione della risposta punitiva: v. *infra*, par. 5; nella dottrina italiana si veda per es. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 221 ss. Per altro verso, va ricordato che un’eccessiva discrezionalità consegnata all’organo giudicante può fungere da viatico per l’ingresso nel processo penale di istanze generalpreventive patrociniate dall’opinione politico-comunicativa (LE GALL, *Le juge et la peine*, in *L’individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd’hui*, a cura di Ottenhof, Ramonville Saint-Agne, 2001, 252 ss.; del resto, questo è argomento già autorevolmente evidenziato: v. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. a cura di Tarchetti, Torino, 2014, 20 ss.; in argomento e con specifico riferimento all’esperienza francese si veda VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L’esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, 407 ss.), valorizzando un modello securitario, in cui la pena sentita come “giusta” è la pena più severa: in argomento AMATI, *L’utopia della decenza. La giustizia penale ai tempi del populismo*, in *www.discrimen.it*, 16 aprile 2020, 13 ss.

⁴⁸ DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Padova, 2004, 275; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 437 ss., spec. 445 ss. ritiene invece che anche il minimo sia espressione del valore del bene in relazione alle modalità della sua offesa; *contra*, TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 223 ss.

Il minimo, invece, dovrebbe guardare al valore della persona che ha commesso il fatto⁴⁹, nella prospettiva di una prevenzione speciale il cui limite risiede però nella stessa capacità della sanzione inflitta di assurgere alla propria funzione risocializzante. Minimi edittali troppo alti, quindi, sono destinati a vanificare questa funzione, precludendo *ab origine* un adattamento della risposta sanzionatoria in senso individualizzato ed equo⁵⁰.

Nella dottrina italiana, il tema è stato più volte intrapreso, con l'ambizione ultima di restituire dignità e coerenza sistematica all'*iter* minaccia-inflizione-esecuzione della pena. Per esempio, è stato suggerito di puntare a una riforma sistemica che espunga i minimi di pena dalla singola fattispecie o «comunque non preveda limiti agli abbattimenti equitativi della pena in concreto»⁵¹, considerando illogico che il giudice possa determinarsi per nessuna pena ma non per una misura non necessariamente alta di questa (tale da raggiungere *almeno* il minimo)⁵².

Sul tema di tornerà nelle battute conclusive di questo lavoro.

5. Incursioni rapsodiche nel diritto penale francese. Quella dei minimi edittali è una formula da sempre utilizzata in modo flessibile in Francia⁵³. Si tratta di

⁴⁹ TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 224; in termini parzialmente analoghi, DONINI, *Il volto attuale*, cit., 275, il quale rileva che (che il fondamento del minimo edittale risiede «nella prevenzione speciale, delimitata verso il basso dal valore della persona umana: non certo dalla prevenzione generale che da sola non avrebbe confini, ma neppure dal valore del bene, che potrebbe suggerire minimi incompatibili con la rieducazione e la risocializzazione».

⁵⁰ Così anche TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 226; v. altresì FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 328, 392, per cui il minimo edittale ha una funzione di prevenzione generale dei delitti, a cui però fa da contraltare la funzione di «prevenzione generale delle pene arbitrarie o sproporzionate» (*ibid.*, 328) assegnata al massimo edittale.

⁵¹ BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa*, cit., 284.

⁵² *Ibid.*, 283; l'Autore stesso richiama la suggestione già presente in FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 147, ove si osserva che in tal modo si «mortifica la funzione del giudice, non consentendogli di valutare pienamente la possibile mancanza di qualunque gravità del caso concreto tipico rispetto alla gravità del tipo di reato astrattamente valutata dalla legge». Ciò è ancora più vero nell'ottica della prevista riforma in materia di particolare tenuità, in virtù della quale il legislatore delegato sarà chiamato a costruire l'operatività della clausola non più carandola sui massimi bensì sui minimi di pena: in argomento, cfr. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in www.sistemapenale.it, 13 gennaio 2022.

⁵³ Per una ricostruzione delle diverse interpretazioni v. DRÉAN-RIVETTE, *La personalisation de la peine dans le code pénal*, Paris, 2005, 61 ss.; PONSEILLE, *Trois petits tours et puis s'en vont ? De l'histoire mouvementée et inachevée des peines minimales dans le Code pénal*, in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de Ch. Lazerges*, Paris, 2014, 769 ss.

un argomento che nel corso degli anni ha trovato differenti punti di caduta, nel bilanciamento tra principio di legalità e principio di individualizzazione della pena. Alla luce del primo, il trattamento sanzionatorio deve poter rispondere a canoni di certezza e prevedibilità, talché si immagina che la pena debba tendere verso una certa *fixité*; in ossequio al secondo, viceversa, essa deve potersi adeguare con il maggior grado di precisione possibile alle caratteristiche personali del reo e alla vicenda concreta.

Come reazione al carattere arbitrario del potere giudiziario sotto l'*Ancien Régime*, il Codice penale del 1791 prevedeva delle sanzioni predeterminate, rendendo il giudice penale «*un simple distributeur mécanique de peines fixes*»⁵⁴. Questo sistema, che proibiva qualsiasi individualizzazione della punizione, rivelò rapidamente i suoi limiti e fu messo in discussione sotto il Primo Impero.

Il Codice penale del 1810 sostituì le pene fisse con pene flessibili che andavano da un massimo a un minimo per ogni reato, dando così al giudice il potere di adattare la pena al profilo del reo. Erano inoltre previste delle circostanze in presenza delle quali era possibile attenuare o aggravare la pena, proprio come nel codice penale italiano. Da allora, le riforme che si sono succedute si sono mosse nel senso di ampliare il potere discrezionale del giudice, per esempio attraverso la generalizzazione delle circostanze attenuanti che avrebbero a questi consentito di imporre una pena inferiore al minimo previsto dalla legge⁵⁵. La legge del 2 febbraio 1981, nota come legge «Sicurezza e Libertà», fu un'eccezione in questo senso. Veniva previsto, infatti, che l'effetto delle circostanze attenuanti fosse ancorato a una pena minima per l'autore di reati violenti, se questi era stato precedentemente condannato per un altro reato (senza limiti di tempo o di pena) o se era stato condannato nei cinque anni precedenti per un reato della stessa indole o a una pena detentiva non sospesa di più di sei mesi o a due pene detentive non sospese, ciascuna

⁵⁴ MERLE-VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, 2000.

⁵⁵ Il *code général* del 1810 limitava la portata delle circostanze attenuanti ai misfatti; la *loi* del 28 aprile 1832 generalizzava l'applicazione della regola a tutti i crimini e misfatti previsti dal Codice penale; la *loi* del 21 dicembre 1928 e l'*ordonnance* del 4 ottobre 1945 rendevano le circostanze attenuanti applicabili ai reati previsti da tutte le leggi speciali. Infine, la *loi* dell'11 febbraio 1951 ha abolito le ultime disposizioni speciali che ancora limitavano la portata delle circostanze attenuanti.

delle quali era più lunga di tre mesi. In questi casi, la pena minima non poteva essere inferiore a un anno a fronte di una pena già inflitta inferiore a dieci anni, o a due anni nel caso di una pena superiore a dieci anni, tenendo conto dello stato di recidiva. Le disposizioni da ultimo citate vennero abrogate nel 1983 (con la *loi* del 10 giugno 1983) e il legislatore ritornò ad assegnare al giudice notevole discrezionalità in sede di comminatoria.

Nella prassi, la presenza di un minimo edittale stabilito *ex lege* aveva assunto un valore meramente simbolico, giacché i giudici, facendo un uso piuttosto disinvolto delle circostanze attenuanti, erano di fatto liberi di scendere anche al di sotto di essi⁵⁶.

Prendendo atto di questa evoluzione, a partire dalla riforma del Codice penale del 1994⁵⁷, quasi tutte le successive modifiche in tema di quantificazione della pena hanno costantemente esteso i poteri discrezionali del giudice, fino all'abolizione dei minimi edittali⁵⁸. Oggi in Francia, le fattispecie criminose fissano quindi solo il massimo della pena, lasciando al giudice la facoltà di ritenere opportuna una pena inferiore a questo massimo senza essere tenuto a giustificare la sua scelta concedendo delle circostanze attenuanti⁵⁹, che vengono di conseguenza abolite. L'intento della riforma è stato quello di «consentire al magistrato di commisurare la pena nel modo più preciso possibile alla luce delle circostanze del caso concreto»⁶⁰.

In questo percorso, un ruolo di rilievo è stato assunto dal principio di individualizzazione giudiziaria della pena, diventato uno dei cardini del diritto penale francese⁶¹. Ai sensi dell'articolo 132-24 del Codice penale, infatti, «nei

⁵⁶ Analogamente a quanto di norma avviene nel nostro ordinamento: su questo punto, con amaro realismo, v. BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa*, cit., 285 ss.

⁵⁷ Per una panoramica sulle caratteristiche del Codice penale del 1994, per es., AA.VV., *Réflexions sur le nouveau Code Pénal*, a cura di Lazerges, Paris, 1995; LECLERC, *Le nouveau Code Pénal*, Paris, 1994; PRADEL, *Il nuovo codice penale francese. Alcune note sulla sua parte generale*, in *Ind. pen.*, 1994, 5 ss.; VINCIGUERRA, *Francia: il nuovo codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 260 ss.

⁵⁸ Fatto salvo un minimo di due anni comunque previsto per i reati punibili con la reclusione o la detenzione a vita, e di un anno per i restanti crimini.

⁵⁹ In argomento PAPTAEODORU, *La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français*, in *Rev. sc. crim.*, 1997, 1, 15 ss.

⁶⁰ VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione*, cit., 353.

⁶¹ In argomento v., per es., SYR, *Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale*, in *Rev. sc. crim.*, 1994, 2, 217 ss.; PAPTAEODORU, *La personnalisation des peines*, cit., p. 15 ss.; sulla dimensione del principio in oggetto prima del varo del codice del 1994 v. PRADEL, *L'individualisation de la sanc-*

limiti fissati dalla legge, il tribunale pronuncia le pene e determina il loro regime secondo le circostanze del reato e la personalità del colpevole. Quando il tribunale impone una multa, ne determina l'ammontare, tenendo conto anche delle risorse e delle spese del trasgressore».

Tanto nella giurisprudenza francese⁶² quanto nelle posizioni espresse in via istituzionale, l'individualizzazione della pena era diventata una condizione imprescindibile per il rispetto del principio di rango costituzionale della proporzionalità delle pene. Questo argomento, infatti, aveva portato in passato a frizioni rispetto all'applicazione di pene fisse o comunque non del tutto modulabili dal giudice.

Benché non vi fossero oramai dubbi sul valore costituzionale del principio di individualizzazione della pena, sembrava tuttavia, alla luce delle decisioni prese dal Consiglio costituzionale, che esso non avesse un valore assoluto ma dovesse, al contrario, essere conciliato con altre esigenze, in particolare quella della «punizione effettiva dei reati». Il Consiglio nella decisione relativa alla citata legge «Sicurezza e Libertà» ha osservato che l'art. 8 della Dichiarazione del 1789 «non implica che la necessità delle pene debba essere valutata unicamente dal punto di vista della personalità del condannato, e ancor meno che, a tal fine, il giudice debba essere investito di un potere arbitrario che l'articolo 8 intendeva proscrivere». Ha altresì affermato che «il principio dell'individualizzazione delle pene (...) non può impedire al legislatore, pur lasciando al giudice o alle autorità incaricate di determinare le modalità di esecuzione delle pene un ampio potere discrezionale, di stabilire norme che garantiscano l'effettiva punizione dei reati».

Il nodo del dibattito francese risiedeva proprio qui. Se da un lato l'abolizione dei minimi consentiva di adattare all'estremo la conseguenza sanzionatoria al caso concreto, senza che il giudice dovesse sentirsi “incatenato” a degli standard legislativi troppo astratti, dall'altro l'effettività della punizione, quale de-

tion: essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal, in *Rev. sc. crim.*, 1977, 4, 723 ss.; LEVASSEUR, *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, in *Rev. sc. crim.*, 1972, 352 ss.

⁶² Sull'orientamento della giurisprudenza costituzionale francese in materia di individualizzazione della pena si può vedere DANTI-JUAN, *Réflexion sur l'individualisation de l'exécution des peines*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, 2012, 145 ss.; LETURMY, *Constitutionnalité des peines accessoires et des peine complémentaires obligatoires. Une conception à repenser du principe d'individualisation*, in *Act. jur. pén.*, 2011, 280 ss.

clinazione della certezza della pena intesa come certezza delle conseguenze sanzionatorie riconducibili a un dato schema comportamentale sanzionato dalla legge penale – espressione, quest’ultima, della stessa legalità penale – si poneva come limite a tale discrezionalità. Il bilanciamento da ultimo raggiunto nell’ordinamento francese è stato quello di abolire i minimi edittali di ogni singola fattispecie, stabilendo però delle clausole generali in cui tali minimi permangono, in ragione delle particolari circostanze che esse richiamano (reati particolarmente gravi in quanto puniti con l’ergastolo o comunque la reclusione; recidiva)⁶³. Così, la possibilità per il giudice di derogare al principio del minimo della pena ha permesso di considerare rispettati i principi di necessità e di individualizzazione della pena, entrambi ritenuti di valore costituzionale⁶⁴. Il dibattito sulle pene minime è riemerso con la presentazione di un progetto di legge⁶⁵ all’Assemblea nazionale il 4 febbraio 2004, che prevedeva in particolare la definizione di pene minime per i reati commessi in stato di recidiva legale. In questi casi, la pena minima sarebbe stata fissata a cinque anni di reclusione per un reato punibile con l’ergastolo e a tre anni di reclusione per un reato punibile con la detenzione. Il minimo della pena sarebbe dipeso dal numero di recidive: veniva fissato a un terzo della pena per la prima recidiva, a due terzi della pena per la seconda recidiva e, infine, al massimo della pena dalla terza recidiva. Queste pene minime venivano previste come automatiche e il giudice poteva decidere di imporre una sospensione della pena solo se l’imputato avesse prestato «serie garanzie di integrazione». La legge sul trattamento della recidiva nei reati del 12 dicembre 2005, frutto di un progetto di legge elaborato sulla base di una commissione d’inchiesta voluta dall’Assemblea nazionale, ha però escluso l’uso di pene minime, pur fornendo nuove risposte alle preoccupazioni suscitate dal fenomeno della recidiva, in particolare con l’introduzione del cd. “bracciale mobile”.

⁶³ Si veda VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione*, cit., 347 ss.

⁶⁴ Il Consiglio costituzionale, nella sua decisione del 22 luglio 2005 sulla legge relativa alla comparizione sul riconoscimento preventivo della colpa, ha rilevato che questo testo non ignorava «né il principio di individualizzazione delle pene che deriva dall’articolo 8 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, né qualsiasi altro principio costituzionale», riconoscendo così il pieno valore costituzionale del principio di individualizzazione della pena.

⁶⁵ Proposta di legge tendente ad instaurare dei limiti minimi in materia di recidiva presentata dagli On. Christian Estrosi, Gérard Léonard e altri membri del gruppo UMP, n° 1399, AN, 12esima legislatura.

In un tempo successivo, modificando l'articolo 132-1 del Codice penale, la legge del 15 agosto 2014 ha abrogato definitivamente il sistema di pene minime, introducendo un meccanismo di individualizzazione delle sentenze penali e fissando dei criteri molto specifici. Ivi si sancisce che: «*Lorsque la loi ou le règlement réprime une infraction, le régime des peines qui peuvent être prononcées obéit, sauf dispositions législatives contraires, aux règles du présent chapitre.*

Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée.

Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1».

Per determinare la pena applicabile, il giudice è ora obbligato a prendere in considerazione diversi criteri, tra cui le circostanze del reato, la personalità del reo e la sua situazione familiare, materiale e sociale. Si prevede anche la possibilità di decidere sulla colpevolezza dell'imputato e di rinviare la sentenza per un massimo di quattro mesi. La *ratio* è quella di consentire all'imputato di disporre del tempo necessario a organizzare la propria difesa e fornire tutte le informazioni utili a circostanziare la sua situazione personale, cosicché il giudice possa imporre una pena realmente individualizzata e personalizzata.

6. *Un bilancio consuntivo. Colpevolezza, rieducazione e proporzionalità: paradossi del self-executing o interpretazione unionalmente orientata?* La sfida consegnata all'interprete è infine quella di adoperarsi per ricucire la tenuta del sistema, senza che i principi che reggono la materia ne escano frustrati.

Come si è visto, il giudizio valutativo improntato a giustizia ed equità si muove dentro la cornice offerta dal principio di legalità⁶⁶ che, a sua volta, in quanto principio generale, necessita di essere ricondotto nella dinamica della coscienza pratica dal giudice⁶⁷. La proporzionalità sanzionatoria, d'altronde, ove caratterizzata da un rapporto di adeguatezza tra fatto e conseguenza giuridica,

⁶⁶ TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 58 ss.

⁶⁷ CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 180 ss. e 200-201.

si articola nel doppio giudizio commisurativo, tra entità giuridiche astratte (principi e norme) e tra la risultante del primo e il profilo di contestualità dell'accadimento concreto; a ragionare diversamente, uguaglianza e proporzione soccomberebbero nell'incontro con la realtà concreta, giacché situazioni fortemente diseguali finirebbero per essere trattate in modo identico. Legalità e proporzionalità, quindi, rappresentano due aspetti di un procedimento ermeneutico complessivo e complesso, che, sia pure governato dalla responsabilità legislativa che ha individuato le linee guida di una precisa scelta politico-criminale, necessita dell'intervento giudiziario per concretizzarle⁶⁸ e per avvicinare la norma al fatto.

Per altro verso, la pena o sanzione proporzionata è la sola in grado di rendere effettivo il principio di colpevolezza nella sua unitarietà personalità-rieducazione. Per la Corte costituzionale⁶⁹, il combinato disposto dei commi primo e terzo dell'art. 27 Cost. cristallizza il principio di colpevolezza da intendersi come attributo tipico del rimprovero penale. Personalità e rieducazione, infatti, non possono essere scisse e insieme costruiscono il volto della sanzione penale⁷⁰. La connotazione personalistica, peraltro, non va intesa solo come divieto di responsabilità per fatto altrui, ma anche come responsabilità per fatto proprio colpevole, nel senso che l'agente si trovava nelle condizioni di esercitare un consapevole controllo sulle conseguenze materiali delle proprie azioni od omissioni. Solo da questa prospettiva, difatti, è possibile compiere un percorso rieducativo, giacché «non avrebbe senso la rieducazione di

⁶⁸ TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 52.

⁶⁹ Il riferimento è alla storica sentenza Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, disponibile in *Riv. ir dir. proc. pen.*, 1988, 1, 686 ss., con nota di PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*.

⁷⁰ Il principio personalistico merita peraltro di essere ulteriormente attualizzato: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui non ricorrano i presupposti di cui all'art. 131-bis c.p., il giudice non potrebbe dare rilievo a un percorso di autentica rieducazione e risocializzazione compiuto dal reo condannato per un fatto A e chiamato, in un tempo successivo alla sua "riabilitazione", a rispondere di un fatto B, se non nei risicati termini previsti dall'art. 133 c.p. ai fini della mitigazione di un trattamento sanzionatorio che comunque *dovrà* esserci; invero, questo stato di cose parrebbe destinato a mutare alla luce della prossima riforma che vedrà, tra le altre cose, una vistosa ristrutturazione dell'art. 131-bis c.p., tanto rispetto al rilievo che potranno assumere le condotte *lato sensu* riparatorie tenute dal reo, quanto più propriamente con la modifica del criterio limitativo di accesso, che dal massimo passa al minimo edittale: in argomento, ancora, BRUNELLI, *La tenuità del fatto*, cit.

chi, non essendo almeno in colpa (rispetto al fatto) non ha, certo, bisogno di essere rieducato»⁷¹.

Personalità implica, però, personalizzazione, nei termini sopra espressi: l'esito sanzionatorio per un fatto colpevole deve risultare quanto più possibile individualizzato⁷² e deve tenere conto delle specificità del reo e del contesto in cui questi ha agito⁷³. L'adeguamento della risposta punitiva al paradigma personalistico richiede un'attività che va oltre la sussunzione sillogistica: in ciò si annida il significato più profondo della discrezionalità e dell'apprezzamento giudiziari⁷⁴.

Anche guardando a un obiettivo di sicurezza collettiva, del resto, la pena proporzionata parrebbe la sola in grado di soddisfare le esigenze di tutela diffuse e condivise. Si è sottolineato, infatti, che il principio di proporzionalità, oltre a caratterizzare l'idea generale di giustizia, costituisce uno dei criteri-guida che presiedono il funzionamento dello Stato di diritto⁷⁵, indispensabile per attuare la stessa finalità di prevenzione generale: la minaccia di una pena eccessivamente severa, o comunque sentita come "sproporzionata", può suscitare sen-

⁷¹ Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, cit., 706; in argomento si vedano anche CATERINI, *La proporzionalità nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, a cura di Caterini-Amisano, Napoli, 2012, 49 ss.; VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 246-250.

⁷² TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 67.

⁷³ Secondo Giovanni Caruso, l'essenza del principio espresso dal primo comma dell'art. 27 Cost. consiste proprio «nel riconoscimento del potere discrezionale del giudice quale strumento di specifica apprensione intellettuale e pratica della tipologia ordinale nel diritto penale, e in definitiva, nell'esigenza di rendere pienamente individualizzato e autenticamente personale il rimprovero sanzionato in capo al reo 'in carne e ossa'»: CARUSO, *La discrezionalità penale*, cit., 400.

⁷⁴ In generale cfr. DE RUGGIERO, *Il giudice e la legge: un problema aperto. Sul concetto di precomprensione*, in *Polit. dir.*, 1984, 4, 577 ss.; con specifico riferimento al diritto penale v. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 313 e 159 ss.; ID., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 34 ss., spec. 36-37; RONCO, *Precomprensione, ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I*, Milano, 2006, 693 ss., 699, ove si sottolinea il carattere "vitale" dell'applicazione, la quale non implica semplicemente una sussunzione del caso particolare nella norma generale; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006, spec. 253 ss. e 295 ss.; v. anche KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa"*. *Un Contributo alla dottrina del tipo*, trad. it., Napoli, 2003, 53, il quale afferma che la sussunzione del fatto sotto la norma non può avvenire tramite un semplice sillogismo visto che norma e fatto non sono uguali.

⁷⁵ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 164 ss. A questi si rimanda anche per ricchezza delle fonti citate.

timenti di insofferenza e inviare messaggi distorti rispetto alla scala di valori che presiede la formulazione dei reati⁷⁶.

Volgendo lo sguardo al contesto sovranazionale, quand'anche il principio di proporzionalità sanzionatoria non fosse già stato patrimonio della cultura giuridica di ciascuno Stato Membro, questi ultimi sarebbero stati comunque tenuti a rispettarlo in forza del dettato di cui all'art. 49 paragrafo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ricorda la Corte di Giustizia⁷⁷. Da questa prospettiva, la sentenza C-205/20 non sembra francamente aggiungere molto all'esistente: il giudice nazionale, ove avesse ritenuto violato il parametro della proporzionalità⁷⁸, poteva e può tutt'ora azionare il meccanismo del rinvio pregiudiziale (o, in alternativa, della questione di costituzionalità nei termini *ut supra* richiamati). Vi è però un volto inedito, che attiene alla modalità di intervento della Corte rispetto alla tematica considerata: se, infatti, la proporzionalità era stata tradizionalmente utilizzata quale parametro di compatibilità della cornice editale rispetto alla gravità del fatto censurato⁷⁹, stavolta, viceversa, la proporzionalità unionale viene messa in correlazione con la necessità di un adeguamento in senso favorevole al reo, considerando ammissibile la disapplicazione della norma interna quando la pena minima possibile risulti eccessiva⁸⁰. Ora, questo dato ci porta a concludere che la CGUE abbia inteso valutare come foriere di sproporzione non solo sanzioni troppo esigue e quindi incapaci di rispondere ai criteri di efficacia e deterrenza, ma anche,

⁷⁶ Sul punto PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 262.

⁷⁷ Tale assunto è naturalmente da intendersi nei limiti delle materie di competenza unionale: tanto dicasi per il principio generale contenuto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quanto per l'eventuale portata *self-executing* di cui si dirà nel testo.

⁷⁸ Parametro ritenuto vincolante, invero, anche prima della sua codificazione nella Carta di Nizza; sulla portata dei principi comunitari impliciti ancora attuali sono CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, 409 ss.; CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1986, 545 ss.; VACCA, *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1991, 339 ss.; ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 521 ss.

⁷⁹ Cfr., da ultimo, CGUE, Sez. nona, 15 aprile 2021 C-935/19, *Grupa Warzywna*.

⁸⁰ Questa circostanza può non costituire una novità *estrema* in un'ottica nazionalistica, e cioè volgendo lo sguardo all'ordinamento italiano e, in particolare, alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, che già da tempo aveva battuto questa strada (si veda l'ampia ricostruzione in VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 52 ss., spec. 69-72); lo è però in un'ottica unionale e di armonizzazione delle tendenze interpretative fra gli Stati Membri.

all'opposto, sanzioni ritenute eccessive e, per questo motivo, inique rispetto al reato.

Seguendo il percorso di riflessione sin qui tracciato, l'orizzonte interpretativo si affaccia a scenari applicativi quantomeno problematici, che qui vorremmo provare a sondare in via del tutto esplorativa, non tanto per ragioni puramente speculative, ma – semmai – a mo' di suggestivo spunto per interrogarsi sulla opportunità (o meno) di (ri)percorrere sentieri di riforma alternativi, in una prospettiva *de iure condendo*.

L'art. 49, paragrafo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea recita testualmente: «Le pene *inflitte* non devono essere sproporzionate rispetto al reato» (corsivo aggiunto). Guardando alla pena *inflitta*, esso sembrerebbe di per sé avere riguardo a un profilo applicativo-concreto della pena *in action*: non tanto o non solo al suo referente astratto⁸¹. Ciò significa che, per non violare il principio, non solo le cornici edittali astrattamente previste dal legislatore devono risultare adeguate rispetto al reato, ma altresì la pena di fatto irrogata deve rispondere a quel medesimo criterio di adeguatezza. In altri termini, conformarsi al principio di proporzionalità unionale vuol dire parametrare la risposta sanzionatoria *esattamente* al tipo di reato commesso.

Quest'ultimo aspetto avvicina il portato applicativo del principio *ex art. 49*, paragrafo 3 a quel sistema di discrezionalità equitativa richiamato nelle pagine precedenti, di cui solo il singolo giudice del merito è depositario e verso cui neppure l'Unione sembrerebbe indifferente.

La particolare declinazione “dinamica” della proporzionalità sanzionatoria unionale appena menzionata, per la verità, non è mai stata oggetto di scrupoloso approfondimento, poiché sino a questo momento non avrebbe potuto destare particolari preoccupazioni: dopotutto, la CGUE non si era ancora spinta a suggerire ai giudici nazionali la disapplicazione di norme sproporzionate, ritenute tali proprio sulla base del predetto parametro fondamentale. Al contrario, essa aveva strenuamente difeso la posizione opposta, con argomentazioni talvolta contraddittorie⁸². Ma l'argomento dell'effetto diretto, unita-

⁸¹ Sulla doppia dimensione della proporzionalità europea cfr. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 739 ss.; MEZZETTI, *L'internazionalizzazione della legge penale*, in *La legge penale*, diretta da Ronco, Bologna, 2006, 145 ss.

⁸² Sul punto VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto*

mente all'apertura verso una proporzionalità "*in melius*", sembrerebbe suggerire l'idea per cui il giudice del merito, avvicinando il singolo accadimento alla norma generale, è depositario di un potere-dovere di disapplicazione della norma ritenuta sproporzionata. La sua valutazione, del resto, non potrà che avvenire secondo il tipo di giudizio valutativo *ut supra*: così, agendo in conformità alla natura *self-executing* del principio eurounitario, dovrebbe disapplicare la norma nel limite in cui gli sia consentito di restituire proporzionalità alla risposta punitiva rispetto alle circostanze occorse. Il che - si badi - anche a prescindere da un'immediata rimessione della questione alle giurisdizioni superiori.

Quid est ove egli ritenesse inadeguata ogni risposta sanzionatoria ricompresa nella misura prevista *ex lege*? Se, insomma, l'operazione indotta dalla Corte di Giustizia richiedesse di disapplicare *in toto* la conseguenza sanzionatoria ritenuta sproporzionata?

Se, come detto, proporzionalità = aderenza della pena *inflitta* rispetto al reato, ci sembra che questo scenario non sia del tutto virtuale, poiché il giudice rimane pur sempre il *dominus* del processo di inflizione della sanzione.

Ora, si comprende che questa operazione, quand'anche ritenuta legittima perché intesa nei limiti di compatibilità con la legalità - tanto interna quanto integrata dal diritto sovranazionale - sopra specificati⁸³, non andrebbe per la verità esente da rilievi sotto il profilo dell'opportunità. Il tema è ricorrente e riguarda tutte quelle circostanze ove si intenderebbe adeguare la norma ai principi costituzionali - e, in tal caso, altresì al diritto dell'Unione Europea -, interpretandola e finendo per "aggiungere" in essa elementi impliciti, tali perché la Costituzione vorrebbe che vi fossero⁸⁴. Fino a che punto, ci si domanda, questa opzione ermeneutica non reca maggiori insidie di quante difficoltà intenderebbe superare?

Tra le maggiori preoccupazioni vi è che il giudice comune superi il limite interpretativo consentitogli e si sostituisca al giudice costituzionale, o unionale,

dell'Unione europea, cit., 2-6.

⁸³ Vale a dire in quanto frutto di un'attività adeguatrice che è precisa attuazione della legalità medesima, secondo il binomio legalità-equità: TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 39 ss.

⁸⁴ In senso critico si veda LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.federalismi.it*, 6 agosto 2007.

con il sacrificio del controllo accentrato in favore di un controllo di conformità para-diffuso e un conseguente “caos applicativo”. In verità, le due ipotesi andrebbero tenute distinte, giacché evocano distinti giudizi di adeguatezza – quello costituzionale e quello unionale; nell’un caso, infatti, ci si confronta con degli esiti applicativi che angustiano i più anche in ragione dell’assetto costituzionale proprio dell’ordinamento italiano: non si vede minato “solo” il principio di uguaglianza, ma anche – radicalmente – la separazione dei poteri costituzionali; nell’altro, lo spaccato da ultimo richiamato rappresenta una preoccupazione tutto sommato marginale, proprio in conseguenza della conformazione istituzionale dell’Unione. Si tratta, ancora una volta, di valutare le conseguenze dell’intreccio di legalità distinte.

Ad ogni buon conto, quali che siano le risposte che vogliono darsi a questi interrogativi, irriducibili *ad unicum* in questa sede, bisogna tenere a mente che il piano applicativo della sanzione risente tanto più di quello assiologico dell’eco prodotto dai principi cristallizzati negli artt. 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost., talché essi «sarebbero irrimediabilmente compromessi se il giudice, alla stregua di un fuorviante concetto di legalità e certezza del diritto, fosse costretto a punire con pene più severe fatti che denotano un chiaro minor disvalore rispetto ad altri sanzionati con minore severità»⁸⁵; ciò è tanto più vero quando il raffronto avviene non già tra ipotesi delittuose astratte, ma tra accadimenti concreti ricompresi sotto il manto applicativo di un’unica cornice edittale.

7. *Postilla.* Posti così i termini della questione, rimane aperta la *querelle* problematica dei minimi edittali: ci si chiede, in particolare, se l’operatività di un meccanismo che (non solo autorizza, ma) impone al giudice di disapplicare una norma quando ritenuta sproporzionata non interferisca – neppure in punto di coerenza logico-sistematica – con la presenza di minimi di fattispecie che possono essere espressamente investiti da un vaglio di legittimità (anche) unionale. Tanto per accennare a uno dei – si ritiene – possibili esiti, l’effetto diretto potrebbe divenire uno degli strumenti fruibili dal giudice per aggirare l’ostacolo dei minimi – similmente a quanto già avviene con circostanze attenuanti o 131-*bis* – e “sospendere” le conseguenze sanzionatorie ove, valutate

⁸⁵ CATERINI, *La proporzione nella dosimetria*, cit., 76.

le circostanze concrete, si persuade della non meritevolezza di pena *tout court* o di una pena che – stante il dato positivo – risulterebbe comunque sproporzionata. Un tale prospetto suggerisce forse l’opportunità di ripensare i confini della funzione propria del giudice del merito in un’ottica di discrezionalità “rafforzata”, volta a stabilire quale sia la pena in concreto proporzionata, proprio perché coperta da un doppio vaglio legalità-giustizia⁸⁶. Per la verità, il tema meriterebbe ben più profonda analisi, che non può darsi in questa sede; ci si limiterà qui ad abbozzare qualche considerazione generale.

Come accennato poco sopra, in dottrina erano già state avanzate proposte correttive, soprattutto a seguito dell’introduzione della previsione di particolare tenuità di cui all’art. 131-*bis* c.p.⁸⁷

Si è visto, inoltre, che l’ordinamento francese, nel tentativo di tenere insieme le due esigenze – quella dell’individualizzazione-equità e quella di garanzia nei confronti dei possibili arbitri giudiziari – ha ritenuto sufficiente prevedere delle soglie minime di sistema.

L’opzione da ultimo richiamata potrebbe dirsi ragionevole anche nel nostro sistema, bilanciando equamente tutti gli interessi in campo⁸⁸?

⁸⁶ Rifacendosi a un concetto di giustizia intesa come legalità costituzionale, la pena sentita come giusta è quella che risponde alle esigenze espresse dai principi che governano la materia penale e, allo stesso tempo, rimane all’interno del perimetro da questi consentito; sul tema della giustizia come legalità costituzionale si veda, tra i molti, PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di De Francesco-Gargani, Milano, 2017, 14 ss.; v. anche PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, 11 ss.

⁸⁷ *Supra*, par. 4.

⁸⁸ Favorevole è BRUNELLI, *Dall’equità commisurativa*, cit., 284; TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 226 propende invece per il mantenimento dei minimi, adottando però delle soglie molto basse. Si tratta di opzioni in astratto parimenti perseguibili e che porterebbero a esiti applicativi sostanzialmente analoghi; in generale, si ritiene che la scelta tra mantenimento o abolizione dei limiti minimi nella singola fattispecie dipenda dal valore assiologico che si attribuisce al minimo: se si crede che anche il minimo conservi una funzione rivelatrice del disvalore dell’offesa in relazione al bene protetto (come per es. la PADOVANI, *La disintegrazione attuale*, cit., 445 e 451), può considerarsi opportuno mantenere delle soglie minime nella singola fattispecie, perché la funzione della forbice – purché ragionevole – rimane legata al singolo fatto offensivo (sempre in astratto). Se, viceversa, si ammette che ogni considerazione relativa al disvalore commesso dall’ordinamento a quel determinato reato e all’importanza del bene giuridico protetto sia riservata al massimo (in questi termini espressamente BRUNELLI, *Dall’equità commisurativa*, cit., 284; ma in senso analogo parrebbe invero virare anche TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 223 ss.), e che dunque ogni funzione del minimo sembrerebbe essere limitata a questioni di legalità e contenimento del potere discrezionale del giudice, allora è forse più ragionevole orientarsi verso il mantenimento di soli minimi di sistema, che servano appunto da controlimiti all’arbitrio giudiziario e forniscano una copertura legale alla pena astratta.

Si può immaginare che consentire al giudice di incidere sui profili di meritevolezza, valutando il tipo e la misura della risposta sanzionatoria che risulti in specie più idonea, adeguata ed equa sia di fatto la sola via utile ad assicurare un'applicazione di pene sempre proporzionate rispetto all'accadimento concreto. In effetti, se è vero che il diritto di per sé vive fra «vincoli di realtà richiesti da esigenze normative» (ossia i “principi”) e «vincoli normativi in funzione di determinati profili di realtà, ritenuti rilevanti nel mondo dei valori»⁸⁹ (ossia i condizionamenti che la realtà empirico-materiale naturalisticamente pone), è lecito ritenere che lo scarto che sussiste tra i primi e i secondi necessiti di essere apprezzato e vagliato dall'interprete volta per volta.

Un'operazione, quest'ultima, che richiede un tipo di sensibilità differente dal controllo accentrato di costituzionalità sulla proporzionalità sanzionatoria, quand'anche lo si intenda nella sua forma “dilatata” delle «rime adeguate»⁹⁰. In quest'ultimo caso, la Corte interviene nella propria qualità di giudice delle leggi a garanzia del rispetto dell'architettura costituzionale. Si tratta pur sempre di un raffronto tra entità astratte, la cornice edittale inserita nella fattispecie legale e il principio che dovrebbe governarne la costruzione in sede legislativa. Nel contemperamento tra le due, la Corte costituzionale stabilisce quando un enunciato normativo debba essere rimodulato perché in contrasto con un principio di rango superiore. Diverso è valutare «gli eventi e i fenomeni sociali» con uno sguardo che «sappia andare anche oltre le astrazioni legali, che non rifugga il contatto con i corpi e il sangue», «per affermare le ragioni del diritto [...], per far fronte ai bisogni, valutarli e produrre giudizi rispetto ad essi»⁹¹. Non è escluso che questo obiettivo possa implicare il superamento dei

⁸⁹ Le felici espressioni virgolettate si devono a PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 795 ss., spec. 798; v. anche FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima. Il concetto del diritto*, Milano, 1992, 450.

⁹⁰ Va in questo senso il suggerimento offerto da VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., 17 ss.; sul meccanismo delle «rime adeguate» e sui suoi limiti ermeneutici si veda, in via ricognitiva, ADDANTE, *Il principio di proporzionalità*, cit., 49 ss.

⁹¹ CASADEI, *Diritti umani in contesto: forme della vulnerabilità e “diritto diseguale”*, in *Ragion pratica*, 31, 2018, 303. In tema di giudizio di proporzionalità “astratto” e “concreto”, possono suonare sorprendentemente attuali le suggestive parole di Gaetano Filangieri: «L'omicidio, per esempio, è senza dubbio un delitto maggiore del furto. Col primo si viola un patto molto più prezioso che col secondo. La pena dell'omicidio nell'istesso grado deve dunque esser maggiore della pena del furto nell'istesso grado. Ecco ciò che richiede la stabilità proporzionale: ma questa proporzione non viene alterata, se la pena del furto commesso col massimo grado di dolo è maggiore della pena dell'omicidio commesso, o con uno de'

minimi di pena inseriti in ogni fattispecie: quel che è certo è che l'operazione "chirurgica" richiesta a un legislatore accorto non dovrà aprire spazi all'arbitrio, ma solo incentivare la discrezionalità.

Una simile conclusione, del resto, sembrerebbe convergere con lo spirito del principio eurounitario espresso nella sentenza da cui questo breve viaggio tra i meandri della proporzionalità sanzionatoria si è originato, evitando al contempo il rischio di una sua strumentalizzazione.

tre gradi di colpa, o coll'infimo grado di dolo; perché *la pena*, come si è detto, *deve proporzionarsi alla qualità combinata col grado*» (corsivo aggiunto): FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., 614-165. Di là dell'utilizzo di categorie - come si sa - non perfettamente sovrapponibili ai criteri commisurativi di cui all'art. 133 c.p., ci pare che l'illustre Autore ben sintetizzi l'idea per cui, proprio perché la proporzionalità va valutata tanto in rapporto alla qualità dell'offesa quanto al grado, pur rimanendo corrette le proporzioni stabilite per legge tra il tipo di offesa e la risposta sanzionatoria, può però in concreto darsi il caso in cui un'offesa in astratto ritenuta più grave richieda in concreto una pena più lieve rispetto a quella che potrebbe darsi per un'offesa in astratto ritenuta minore, ma compiuta con maggiore effertezza. Certamente Filangieri non parla di contesti e "corpi vivi"; eppure, si coglie nelle sue parole l'irrinunciabilità del giudizio valutativo che avvicini le cose del mondo agli enunciati delle carte.