

Il rispetto del principio di proporzionalità della pena: il ruolo del legislatore, la funzione del giudice comune e il margine di intervento della Corte costituzionale (Osservazioni problematiche prendendo spunto dalle sentenze n. 284 del 2019 e n. 136 del 2020)

di **Andrea Bonomi** – *Ricercatore di diritto costituzionale di tipo b) nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro*

ABSTRACT: The paper takes its cue from two recent judgments of the Judge of the Laws - n. 284 of 2019 and n. 136 of 2020 - in order to investigate some developments in constitutional jurisprudence regarding the discretion of the legislator, the role of the common judge and the extent of the review carried out by the Constitutional Court on the *quantum* of the criminal sanction: if the most recent orientation of the Judge of the Laws, inaugurated at least starting from pronouncement n. 236 of 2016 and later confirmed in many judgments, is in the sense of making this syndicate more stringent and penetrating to the point of undermining the theory of obligatory rhymes and leading constitutional judges to adopt the theory of possible rhymes, these two sentences seem instead go against the tide albeit with specific reference to two particular hypotheses whose problems are the object of the study in the article; the underlying theme of the investigation is that of the questionable transformation of the principle of proportionality from a constitutional parameter into an interpretative canon.

· Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

SOMMARIO: 1. La discrezionalità del legislatore e il principio di proporzionalità della pena: incontro o scontro? – 2. Il più recente orientamento del Giudice delle leggi in materia di controllo sul *quantum* della pena: il principio di proporzionalità della pena e il controllo sulla ragionevolezza di tipo intrinseco. – 3. La sentenza n. 284 del 2019: la sproporzione del massimo edittale non è mai (o quasi mai) sindacabile in sede di giudizio di costituzionalità? – 4. La sentenza n. 136 del 2020: in quali termini è praticabile il sindacato di costituzionalità *sub specie* di proporzione in riferimento alla cosiddetta concorrenza delle pene detentive con quelle pecuniarie in rapporto di “proporzionalità inversa”?

1. La discrezionalità del legislatore e il principio di proporzionalità della pena: incontro o scontro?

Nel caso, deciso dalla *Supreme Court* statunitense nel 1986, *Thornburgh v. American College of Obstetricians*¹ il giudice White, nella sua opinione dissenziente, poteva osservare che “la Costituzione non è un documento che esprime confini e limiti precisi in ordine ai principi in essa sanciti; piuttosto è un documento che statuisce principi fondamentali in termini carichi di valori che lasciano un ampio campo d’azione ai fini dello svolgimento di valutazioni da parte di coloro ai quali sono affidate l’applicazione e l’interpretazione di quel documento”².

Nell’ordinamento costituzionale italiano questa affermazione può essere congruamente riferita sia all’“ampiezza” della discrezionalità del legislatore sulla scelta relativa al *quantum* della sanzione penale sia alla “latitudine” del sindacato svolto dalla Corte costituzionale sulla costituzionalità del *quantum* prescelto: questo si sostiene perché «sulla misura delle pene edittali la Costituzione non dà indicazioni dirette»³.

¹ 476 U.S. 747 (1986). È nostra la traduzione del passo citato nel testo di tale sentenza della *Supreme Court*.

² L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, I, New York, 2000, 248-249, osserva a tal proposito che «la Costituzione è una struttura, non un programma. È inevitabile che il giudizio della società relativamente ai suoi larghi principi... evolverà nel tempo» (traduzione nostra).

³ D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, (Riv. trim.), 13 febbraio 2017, 49.

Quel che è certo è che la disposizione da assumere come punto di riferimento è l'art. 25, comma 2 Cost. dalla cui lettura si inferisce che le scelte sulla misura della pena sono affidate alla discrezionalità politica del legislatore⁴.

Da questo principio possono essere desunti due corollari.

Il primo corollario è il seguente: se la scelta in ordine al *quantum* della sanzione penale è compito attribuito alla discrezionalità del legislatore, quest'ultimo non può delegare tale compito al giudice.

In primo luogo questo avverrebbe nel caso in cui fossero previsti reati a pena massima indeterminata, ovvero in cui venissero contemplate pene determinate nel minimo, ma indeterminate nel massimo: in assenza di qualsiasi limite legislativo la determinazione dell'ammontare della pena per le ipotesi più gravi riconducibili a quei tipi di reati verrebbe lasciata all'arbitrio del giudice⁵.

A dir la verità, l'ipotesi in cui i reati a pena massima indeterminata possono essere dichiarati incostituzionali è di rara eventualità: una disposizione che indichi soltanto il minimo della pena non può concretizzare un reato a pena massima indeterminata perché essa deve essere letta ed integrata con le disposizioni della parte generale del codice penale che individuano la misura massima per quel tipo di pena e quindi in modo particolare con l'art. 23 cod. pen. che fissa in ventiquattro anni il massimo della reclusione.

Tuttavia l'ipotesi in esame non è certo di impossibile verifica: qualora una disposizione, nel prevedere l'ammontare minimo della reclusione senza fissarne il massimo, al contempo contenesse una clausola che esclude espressamente l'applicabilità dell'art. 23 cod. pen., il massimo della pena sarebbe indeterminato ed indeterminabile.

In secondo luogo al giudice verrebbe delegata una funzione non sua – al punto tale, come è stato ben detto, da conferire allo stesso un «potere sovrano»⁶ – nel caso in cui fosse prevista una forbice edittale eccessivamente ampia.

⁴ Osserva A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2, 786, che «l'introduzione di un reato e della relativa sanzione nell'ordinamento... è sempre la risultante di un campo di forze mosse da una opzione discrezionale».

⁵ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, Bologna, 2019, 86; E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 1, 14.

⁶ Così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, 230, ai quali – cfr. p. 231 – si rimanda per alcuni esempi di cornici edittali eccessivamente divaricate; recentemente in tema cfr. altresì, volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più "inesistente"*, in *Rivista AIC*, 15 ottobre 2020, 140-141 nota 2.

È senz'altro vero che risulta molto difficile in pratica individuare la linea di confine fra un delta sanzionatorio molto dilatato e uno che non lo è se non rischiando di svolgere un vero e proprio giudizio di merito, ma questo non significa che, per quanto raramente riscontrabili, non siano presenti nell'ordinamento sanzioni caratterizzate da una distanza macroscopica fra minimo e massimo edittali: si pensi soltanto all'art. 122 cod. pen. mil. pace che sanzionava la violata consegna da parte di militare preposto di guardia a cosa determinata con la reclusione militare da due a ventiquattro anni e che proprio a causa dell'eccessiva divaricazione della cornice edittale è stato non a caso dichiarato costituzionalmente illegittimo nella sentenza n. 299 del 1992.

Il secondo corollario è il seguente: il compito di fissare la misura della sanzione penale è, sì, attribuito alla discrezionalità del legislatore dall'art. 25, comma 2 Cost., ma detta discrezionalità, lungi dall'essere assoluta, deve misurarsi con il principio di proporzionalità della pena che può essere tratto da altre disposizioni costituzionali.

La prima disposizione che a questo proposito è chiamata in causa è l'art. 27, comma 3 Cost. nella parte in cui prevede il principio della funzione rieducativa della pena⁷.

Tale principio obbliga il legislatore a formulare la disposizione penale nel rispetto della proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra perché, qualora la proporzione fra sanzione e offesa difettesse manifestamente essendo la sanzione di entità spropositata se rapportata alla carica di offensività della condotta incriminata, ne discenderebbe una compromissione *ab origine* del processo rieducativo: il reo percepirebbe di subire una condanna profondamente ingiusta in quanto del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espresso.

Del resto, è proprio l'esigenza che la pena inflitta al singolo condannato non risulti sproporzionata in relazione alla concreta gravità – oggettiva e soggettiva – del fatto dallo stesso commesso ad indurre il legislatore a stabilire normalmente che la pena debba essere commisurata dal giudice fra un minimo e un massimo al fine di assicurare che la stessa appaia una risposta non

⁷ A giudizio di S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 164, l'art. 27, comma 3 Cost. può essere chiamato in causa anche per il precetto secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità: l'opinione dell'A. è che tale precetto deve venire inteso non nel senso in cui lo intende – ad avviso di chi scrive correttamente – la quasi totalità della dottrina (per ragguagli in merito cfr., volendo, A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del Giudice delle leggi*, Bari, 2018, 36-37 e *ivi* note 51, 52 e 53) e anche la Corte costituzionale (cfr. la sent. n. 165 del 1996), ovvero restrittivamente quale divieto della tortura e di ogni altra forma di punizione *lato sensu* crudele nella fase esecutiva e non solo, bensì estensivamente come principio che contribuisce a fondare l'indefettibile esigenza di una proporzione fra pena e reato.

sproporzionata ed anche il più possibile “individualizzata”, ovvero calibrata sulla situazione del singolo condannato il quale può così percepire di subire una condanna ad una pena non ingiusta, bensì rieducativa.

Non a caso le previsioni sanzionatorie rigide o fisse possono essere ritenute compatibili con il “volto costituzionale” del sistema penale solo – lasciando la parola alla sentenza n. 222 del 2018 della Corte costituzionale – alla condizione che “per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista... quest’ultima appaia ragionevolmente ‘proporzionata’ rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato”: soltanto qualora ricorra questa condizione la pena fissa può assumere una funzione rieducativa nei confronti del soggetto al quale viene inflitta⁸.

A giudizio di alcuni studiosi il principio della funzione rieducativa della pena potrebbe fondare senza il concorso di altri principi costituzionali una dichiarazione di incostituzionalità di quelle pene che risultassero manifestamente sproporzionate rispetto al perseguimento della finalità rieducativa: la tesi sostenuta è quella secondo la quale dal principio statuito dall’art. 27, comma 3 Cost. «discende che il dosaggio della sanzione dovrà da un lato non pregiudicare già al livello della previsione astratta il conseguimento della finalità rieducativa della pena; dall’altro rispecchiare la “differenza di colpevolezza” che contrassegna dolo e colpa: a parità di nocimento oggettivo, i fatti colposi devono essere puniti in misura inferiore rispetto ai fatti dolosi»⁹.

⁸ Un’opinione diversa è quella sostenuta da G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 226, secondo i quali si deve escludere che vi possano essere tipi di reato che abbracciano situazioni così omogenee fra loro da autorizzare – sia pure in via di eccezione – la comminatoria di pene fisse perché, posto che le esigenze di individualizzazione della pena si radicano anche sui principi di personalità della responsabilità penale e della rieducazione del condannato, tali principi «per definizione possono essere valorizzati solo in quanto la legge consenta al giudice di adeguare la pena alla colpevolezza del singolo agente e ai suoi personali bisogni di rieducazione».

⁹ Così S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 166, il quale osserva altresì che, se il principio della funzione rieducativa della pena non avesse questo “tipo di incidenza” sul *quantum* della pena, allora lo stesso sarebbe ridotto solo ad «un criterio di politica criminale» (p. 156).

Al di là di quanto in senso critico si osserverà sulla tesi dell’A. appena oltre sopra nel testo, deve essere precisato che l’affermazione secondo cui «a parità di nocimento oggettivo, i fatti colposi devono essere puniti in misura inferiore rispetto ai fatti dolosi» è già di per se stessa suscettibile di fondate obiezioni: come è stato autorevolmente e con ottime ragioni sottolineato, «nel reato colposo, se minore è la colpevolezza rispetto al reato doloso, non è necessariamente minore la pericolosità sociale dell’autore: spesso – si pensi al delinquente stradale... – si tratta di una specie di bomba sempre innescata, che può esplodere contro chiunque» (così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte Generale, Padova, 1992, 336).

Che però la misura della sanzione penale possa essere sindacata esclusivamente per la violazione del principio della funzione rieducativa della pena è eventualità «remota»¹⁰.

Al di là del fatto che il concetto di “funzione rieducativa della pena” può assumere significati diversi a seconda delle visioni politico-criminali dei singoli interpreti¹¹ e che la stessa Corte costituzionale nella sua giurisprudenza ha stemperato il contenuto della rieducazione in un’ampia gamma di varianti linguistiche¹², in ogni caso, quand’anche si ritenga, con autorevole dottrina, che la funzione rieducativa della pena è finalizzata a far acquisire «la capacità di vivere nella società nel rispetto della legge penale»¹³, pare poco dubitabile come il principio che assegna alla pena questa funzione pur “non sacrificabil[e]... sull’altare di ogni altra... funzione della pena”¹⁴ non possa offrire – quanto meno in via esclusiva – un criterio certo in ordine alla corrispondenza della misura della sanzione penale con il disvalore complessivo della condotta.

Non è un caso, del resto, che il Giudice delle leggi non abbia mai ritenuto sufficiente tale principio al fine di fondare – da solo – un giudizio di manifesta sproporzione in relazione ad una pena.

Nella stessa sentenza n. 168 del 1994, che dichiara incostituzionali gli artt. 17 e 22 cod. pen. nella parte in cui non escludevano l’applicabilità della pena dell’ergastolo nei confronti dei minori imputabili e che pure viene sovente additata come quella in cui il principio della funzione rieducativa della pena è stato assunto «in un suo contenuto *immediatamente* incidente sulla misura della pena»¹⁵, è l’art. 31, comma 2 Cost. il parametro costituzionale che consente, in realtà, ai giudici costituzionali di pervenire alla declaratoria di illegittimità¹⁶: in altri termini, è questa

¹⁰ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 375.

¹¹ Proprio per questo motivo lo stesso S. CORBETTA, *op. e loc. ult. cit.*, definisce addirittura «equivoco» il termine “rieducazione”.

¹² ... quali, ad es., “reinserimento nella società” (sent. n. 450 del 1998), “ravvedimento” o “recupero sociale” (sent. n. 271 del 1998), “risocializzazione” (sent. n. 296 del 2005): per un ampio resoconto in materia cfr., volendo, A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., 60 nota 124.

¹³ Così E. DOLCINI, *La “rieducazione” del condannato tra mito e realtà*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 58, ma l’assegnazione di questo significato al termine “rieducazione” è condiviso da molti altri autori in dottrina.

¹⁴ Così si è espressa la Consulta nella sent. n. 149 del 2018.

¹⁵ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 375 e *ivi* nota 51 laddove l’A. sostiene, però, che in questa decisione il principio della funzione rieducativa della pena non passa per il tramite della proporzione essendo stato «colpito l’ambito soggettivo di applicazione della pena perpetua e non già la sua comminatoria rispetto ad un determinato reato o classe di reati».

¹⁶ È stato osservato come «da solo... il finalismo rieducativo *non basti* per soppiantare *in toto* le istanze di prevenzione generale che sovrintendono la previsione legale astratta dell’ergastolo per la *normalità dei consociati*»:

disposizione costituzionale, nella misura in cui prevede una speciale protezione per l'infanzia e per la gioventù, a far assumere alla funzione rieducativa della pena un significato del tutto particolare se riferita ai minori quali soggetti – prendendo a prestito una felice espressione del giudice Kagan della *Supreme Court* statunitense – “costituzionalmente diversi dagli adulti ai fini della condanna”¹⁷.

La seconda disposizione da cui può essere desunta l'esistenza nel nostro ordinamento del principio di proporzionalità della pena è l'art. 3 Cost.

La disposizione costituzionale che sancisce il principio di uguaglianza da questo punto di vista viene in considerazione sotto tre profili che sono, sì, tutti riconducibili al criterio della ragionevolezza¹⁸, ma, come si significherà, in “forme” molto diverse.

Sotto un primo profilo il principio di eguaglianza può essere chiamato in gioco *sub specie* di irragionevolezza della previsione di un medesimo trattamento sanzionatorio per condotte diverse.

In altri termini, la sanzione penale prevista nel caso in cui sia posta in essere una condotta connotata da un certo disvalore è sproporzionata perché è contemplata la stessa sanzione penale per un'altra condotta connotata da un disvalore molto più elevato: si consideri, ad esempio, una disposizione incriminatrice che equiparasse *quoad poenam* l'omicidio volontario, il tentato omicidio, l'omicidio preterintenzionale e le lesioni gravissime o gravi.

A questo proposito dev'essere rammentato che la Corte ha assunto un orientamento piuttosto ondivago.

In alcuni casi i giudici costituzionali non hanno ravvisato affatto l'incostituzionalità della disposizione incriminatrice per il solo fatto di prevedere un'identica pena per tipi di condotte

così P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO - L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 105.

¹⁷ Così Justice Elena Kagan estensore della sentenza *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012).

¹⁸ Che «non esist[ia] alcun valido motivo il quale consenta di affermare che il controllo della ragionevolezza debba avere... in relazione alla generalità delle norme penali... caratteristiche diverse da quelle che esso ha in relazione alla generalità delle norme di cui la Corte può sindacare la legittimità costituzionale» sosteneva A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 203, il quale proseguiva osservando quanto segue: «sarebbe veramente il colmo se, dopo avere allentato non poco... le maglie della riserva di legge stabilita per la materia penale dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, con l'ammissione delle norme penali in bianco, delle norme a fattispecie ampia, eccetera, la Corte volesse poi rifarsi alla esclusività della competenza del legislatore nella materia penale per dedurne una speciale limitazione del proprio potere di controllare la ragionevolezza delle norme da esso fissate» (p. 203); l'A. concludeva rilevando che l'autolimitazione della Corte nell'esercizio del sindacato sulla ragionevolezza del *quantum* della pena non si sarebbe dovuta tradurre di fatto «in una pura e semplice rinuncia ad esercitare quei poteri che la Costituzione ha ad essa affidati» (p. 207).

differenti¹⁹: ne è un tipico esempio la sentenza n. 144 del 1974 con cui la Corte “salva” dalla dichiarazione d’incostituzionalità la disposizione che prevedeva uguale sanzione penale tanto per il delitto tentato quanto per quello consumato di contrabbando in virtù dell’argomentazione secondo la quale “nel tentativo di contrabbando e nel contrabbando consumato risiedono elementi di pericolosità che richiedono uguali sanzioni”.

In altri casi il Giudice delle leggi in effetti ha censurato l’equiparazione *quoad poenam* di una serie di comportamenti diversissimi: si pensi alla sentenza n. 218 del 1974 con cui la Corte censura una disposizione che assoggettava alla stessa sanzione penale sia la condotta di chi caccia senza essere coperto da assicurazione sia la condotta di chi, pur essendo assicurato, è sorpreso a cacciare privo dei relativi documenti dimostrativi; la motivazione adottata dalla Consulta è quella in ragione della quale risulta assente “ogni elemento logico che possa spiegare il fondamento giuridico e razionale” della suddetta parificazione sanzionatoria.

In altri casi ancora la Consulta ha incentrato la dichiarazione d’incostituzionalità non semplicemente sul principio di eguaglianza, bensì su una valutazione in chiave costituzionale della significatività dell’interesse protetto dalla disposizione penale: lo dimostra ampiamente l’emblematica sentenza n. 26 del 1979 in cui oggetto di sindacato era l’art. 186 cod. pen. mil. pace nella parte in cui puniva con l’ergastolo sia la condotta di omicidio volontariamente commesso sia quella di tentato omicidio come modalità commissive del delitto di insubordinazione con violenza nei confronti del superiore ufficiale; la Corte ravvisa, sì, nell’equiparazione sanzionatoria contemplata da tale disposizione “una deroga così ingiustificata rispetto ai principi del diritto penale vigente... da ledere l’eguaglianza dei cittadini davanti alla legge”, ma, al contempo, fonda l’incostituzionalità della parificazione di condotte di diverso disvalore sulla base soprattutto dello stravolgimento “dell’ordine dei valori messi in gioco” operato dal legislatore al quale viene imputato di aver anteposto la disciplina militare in tempo di pace al diritto alla vita²⁰.

Quando il principio di eguaglianza è chiamato in causa sotto questo primo profilo si pone un problema di difficile risoluzione.

¹⁹ Lo nota anche M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 732 nota 21.

²⁰ Per un’opinione pressoché identica a quella sostenuta sopra nel testo cfr. anche M. ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 205-206.

Se annulla la sanzione relativa ad una condotta che presenta un certo disvalore in quanto un'altra condotta, che è connotata, rispetto alla prima, da un disvalore ben più grave, è punita con la medesima sanzione, come può la Corte, se non in modo "creativo", decidere quale sia la sanzione da sostituire a quella censurata?

In ipotesi del genere la Consulta si è orientata in diverse direzioni: in alcuni – i più numerosi – casi la questione è stata dichiarata inammissibile sulla base dell'argomentazione secondo cui al Giudice delle leggi non è consentito "in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge... senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore"²¹; in altri – molto rari – casi la Corte ha annullato non semplicemente la sanzione, bensì il precetto o comunque parte di esso²²; in altri casi ancora la stessa Corte ha annullato la sola sanzione, ma in sede di motivazione ha chiarito come non "rimanesse in piedi" un precetto sfornito di sanzione dal momento che fino all'intervento del legislatore avrebbe trovato applicazione, in sostituzione di quella annullata, la sanzione prevista da altra disposizione incriminatrice²³.

Sotto un secondo profilo il principio di eguaglianza può venire in considerazione *sub specie* di irragionevolezza della previsione di un diverso trattamento sanzionatorio per condotte del tutto identiche, ovvero nel sindacato sulla ragionevolezza in forma cosiddetta estrinseca: in altri termini, la sanzione penale prevista nel caso in cui sia posta in essere una condotta connotata da un certo

²¹ Così la sent. n. 81 del 2014.

²² È il caso – oltre che della sent. n. 299 del 1992 in precedenza citata nel testo in cui però il parametro di riferimento, come ben si ricorderà, è rappresentato non dall'art. 3 Cost., bensì dall'art. 25, comma 2 Cost. – della già citata sent. n. 218 del 1974 in cui la Consulta annulla anche quella parte del precetto che "si riferisce al soggetto che, pur avendo l'assicurazione, è sorpreso a cacciare privo dei soli documenti dimostrativi". Ad avviso di chi scrive questa soluzione non solo è percorribile, ma è addirittura anche auspicabile per le ragioni da noi esplicitate in altra sede a cui, volendo, si rimanda: cfr. A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali alla luce del più recente orientamento del Giudice delle leggi: fondamento, estensione, limiti e una proposta di soluzione*, in *Consulta on line (Numeri Speciali – Liber Amicorum per Pasquale Costanzo)*, 1° aprile 2020, partic. 51-54.

²³ È il caso della sent. n. 26 del 1979 già citata in precedenza: la Corte, dopo aver annullato l'art. 186, comma 1 cod. pen. mil. pace nella parte riguardante il tentato omicidio del superiore, non avrebbe potuto – se non in modo palesemente "creativo" – trarre dal sistema la sanzione penale da sostituire a quella censurata ed allora esce dal "vicolo cieco" attraverso l'argomentazione, esplicitata in motivazione, secondo la quale fino all'intervento del legislatore trova applicazione, in sostituzione di quella annullata, la sanzione prevista dalla legge penale comune, ovvero dal codice penale. A dir la verità, questa argomentazione espressa nella parte motivazione della sentenza è stata ritenuta dai giudici comuni nulla di più se non che un suggerimento nient'affatto vincolante: secondo un certo orientamento assunto in modo particolare dalla Corte di Cassazione, tale decisione avrebbe fatto rimanere "in vita" un precetto mancante di sanzione col pratico effetto di determinare l'illegittimità totale della disposizione incriminatrice; secondo un altro indirizzo adottato nella giurisprudenza soprattutto di merito, invece, il precetto, pur se privo dell'indicazione della pena, sarebbe dovuto però essere ritenuto ugualmente punibile sulla base di altro titolo delittuoso tratto dal codice penale (su questo caos giurisprudenziale foriero di grande confusione cfr. M. D'AMICO, *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 262-263 e *ivi* note 19, 20, 21 e 22).

disvalore è sproporzionata perché è contemplata una sanzione penale meno grave per un'altra condotta connotata dal medesimo disvalore.

Ed è proprio questo il profilo in relazione al quale il principio di eguaglianza è stato, pur se dopo un iniziale atteggiamento di sostanziale chiusura²⁴, massimamente impiegato dal Giudice delle leggi in sede di controllo sul rapporto fra il disvalore della condotta, da una parte, e l'entità della sanzione, dall'altra.

Il sindacato sulla ragionevolezza in forma estrinseca si incentra fundamentalmente sul *tertium comparationis*: questo da un lato risulta indispensabile perché al fine di assodare se quel dato rapporto reato/pena sia, o meno, proporzionato non è possibile fare a meno di un altro rapporto reato/pena; dall'altro lato il *tertium* può rappresentare un «crocevia decisivo»²⁵ per l'accoglimento della questione soltanto qualora fra esso e la fattispecie censurata nei confronti della quale è posto a raffronto sussista un rapporto di omogeneità il cui riscontro, come ha sostenuto più volte la Consulta²⁶, deve basarsi su valutazioni che attraversano il bene protetto, la condotta tipica, l'elemento soggettivo, l'oggetto materiale o l'ambito applicativo, la tipologia e il grado dell'offesa (oggettiva o soggettiva) ed altri elementi ancora.

È altresì di palmare evidenza che la questione di costituzionalità sollevata dal giudice *a quo* in riferimento alla presunta irragionevolezza della misura della pena non deve essere aperta a possibilità di intervento normativo molteplice o plurivoco, ma deve presentare quale esito dell'eliminazione del profilo di irragionevolezza una soluzione a rime costituzionalmente «obbligate»²⁷ se non addirittura «obbligatissime»²⁸: a queste condizioni – e adducendo anche la motivazione che si trattava comunque di modificazioni favorevoli al reo – la Corte ha emesso decisioni manipolative di tipo sostitutivo nei cui dispositivi si è occupata di indicare il trattamento

²⁴ Parla in proposito di «lunga astinenza di interventi ablativi da parte della Corte costituzionale» S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 136.

²⁵ Così V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 361.

²⁶ Cfr., per es., le decc. n. 68 del 2012, n. 143 del 2014, n. 223 del 2015 e n. 35 del 2018.

²⁷ Così, ovviamente, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, 408.

²⁸ Così L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 – luglio 85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 323, il quale però al contempo osservava che, per quanto le rime possano essere «obbligatissime», senza dubbio «resta l'an. È qui che si concentra il maggior potenziale di scelta, specialmente quando la Corte si confronta con opzioni politiche attuali».

sanzionatorio che subentrava a quello della fattispecie incriminatrice sottoposta al suo vaglio e che essa ha tratto dal trattamento sanzionatorio del *tertium*²⁹.

La presenza di un *tertium comparationis* omogeneo nel sindacato di ragionevolezza in forma estrinseca riduce sensibilmente il rischio di interventi “creativi” da parte della Corte, ma la possibilità di instaurare il giudizio di ragionevolezza viene a dipendere dalla scelta «più o meno felice» dello stesso *tertium* e dunque in definitiva «dall’abilità del giudice *a quo* nel saper individuare il termine di comparazione più adatto a far risaltare i difetti della norma impugnata»³⁰.

Sotto un terzo profilo il principio di eguaglianza può essere chiamato in causa nei termini di proporzionalità fra la pena e il disvalore del fatto illecito non però in comparazione con un altro fatto illecito, bensì in senso assoluto: si tratta di quello che viene usualmente definito il controllo sulla ragionevolezza di tipo intrinseco.

Questo controllo risulta circoscritto all’analisi di un determinato reato in sé e per sé, ovvero si esplica in una valutazione di manifesta eccessività e dunque di oggettiva sproporzione della pena rispetto alla gravità del fatto di reato: esso si basa sul postulato in virtù del quale il giudizio relativo alla proporzione fra la sanzione penale ed il fatto di reato può essere impostato non solo sul rapporto di gravità stabilito fra i reati previsti nell’ordinamento, ma anche su una valutazione del tutto sganciata dal *tertium comparationis* in chiave comparativa.

L’assunto di fondo del controllo sulla ragionevolezza di tipo intrinseco è in buona sostanza il seguente: non è vera – perlomeno nella sua categoricità – la tesi secondo la quale «da un punto di vista assoluto, nessuno può stabilire quale sia, o possa essere, la pena “proporzionata” del furto, e della rapina, e della violenza carnale, e così via dicendo»³¹ e secondo la quale dunque è «sostanzialmente impossibile... instaurare una corrispondenza biunivocamente necessaria (“giusta”, “esatta”, “costituzionalmente obbligata”) tra un certo fatto criminoso ed una determinata misura di pena»³².

²⁹ Sul punto cfr. S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 12 ottobre 2017, 3-4.

³⁰ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 378, il quale osserva inoltre che in alcune circostanze la Corte non si è sottratta «ad un giudizio condotto interamente anche sul piano valutativo per negare la somiglianza o addirittura la confrontabilità tra le due fattispecie poste in comparazione dal giudice remittente» (p. 377).

³¹ La frase è tratta da T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 446.

³² Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 374, il quale sottolinea la difficoltà di «razionalizzare il passaggio dal piano qualitativo delle valutazioni sull’*an* e sull’ampiezza della tutela al piano quantitativo della misura

È possibile, invece, svolgere uno scrutinio di costituzionalità imperniato sulla sproporzione – in sé e per sé – fra severità della cornice edittale e disvalore della condotta il cui esito può essere la dichiarazione di incostituzionalità della previsione sanzionatoria qualora la sproporzione sia valutata come «manifesta, abnorme, crassa»³³: dopotutto, come è stato magistralmente osservato, l'elevata componente di “discrezionalità” che apparentemente caratterizza il controllo di ragionevolezza privo del riferimento al *tertium comparationis* è più apparente che non reale perché, considerando che «tra le due fattispecie messe a confronto dal giudice *a quo* non vi sarà mai né un'eguaglianza perfetta né un'eterogeneità assoluta, ne viene che – a ben vedere – l'irrinunciabilità del *tertium comparationis* finisce per essere un elemento che introduce un fattore di incertezza più che di rigore nel giudizio»³⁴.

A dir la verità, il *tertium* non scompare completamente nel controllo di ragionevolezza di tipo intrinseco, ma viene recuperato in un secondo momento sia pure non nel ruolo ricoperto nel sindacato in forma estrinseca, bensì assumendo la funzione di «*terminus ad quem*»³⁵.

Si pensi emblematicamente alla sentenza n. 341 del 1994.

In quell'occasione viene dichiarata incostituzionale la previsione della pena minima di sei mesi di reclusione per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale di cui all'art. 341 cod. pen. sulla base di un percorso argomentativo in forma intrinseca basato anche su un giudizio di irragionevolezza sopravvenuta della disposizione incriminatrice³⁶, ma la Corte argomenta la manifesta irragionevolezza del minimo edittale *anche* in ragione del raffronto – operato a sua volta dal giudice *a quo* nell'atto introduttivo – con il minimo edittale previsto dall'art. 594 cod. pen. in riferimento al reato di ingiuria: una volta rilevato che la plurioffensività che connota il reato di oltraggio non è sufficiente a giustificare che la pena minima per lo stesso prevista “debba necessariamente essere

della pena ottimale alla realizzazione di quella tutela» sulla base dell'argomentazione secondo cui «la Corte può individuare tutti i fattori che hanno concorso all'opzione legislativa sulla misura della pena, e può altresì ridisegnare il loro intreccio e la ponderazione della loro diversa e reciproca incidenza, ma non potrà mai razionalizzare in termini rigidi la loro “traduzione normativa”, l'espressione numerica che essi assumono nel *quantum* di pena comminata».

³³ L'espressione è presa a prestito da F. PALAZZO, *op. e loc. ult. cit.*

³⁴ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 377.

³⁵ L'espressione è tratta da V. MANES, *Proporzioni senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2110; discorre della necessità del *tertium* «non... per appurare il vizio di incostituzionalità, ma per porvi rimedio» anche A. NISCO, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, (Riv. trim.), 22 dicembre 2017, 169. Deve essere precisato che, nonostante le citazioni tratte dagli scritti di entrambi gli autori siano riferite, in verità, al più recente orientamento della Consulta (su cui cfr. il paragrafo successivo), esse possono essere ritenute valedoli pure in merito alla sent. n. 341 del 1994.

³⁶ Su questo aspetto specifico cfr. M. RUOTOLO, *Un caso di «irragionevole» ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1997, 855 e *ivi* nota 18.

dodici volte superiore a quella prevista per il reato di ingiuria”, la comparazione col minimo edittale previsto per quest’ultimo reato diventa funzionale al subentro, in sostituzione della pena minima fissata in sei mesi dall’art. 341 cod. pen., della soglia minima pari a quindici giorni di detenzione previsti in via generale dall’art. 23 cod. pen., ovvero di quella valevole anche per le condotte ascrivibili al reato di ingiuria.

Questa sentenza dimostra come il recupero del *tertium comparationis* avvenga all’esclusivo fine di individuare il trattamento sanzionatorio sostitutivo.

2. Il più recente orientamento del Giudice delle leggi in materia di controllo sul *quantum* della pena: il principio di proporzionalità della pena e il controllo sulla ragionevolezza di tipo intrinseco

L’impostazione fatta propria dal Giudice delle leggi nella decisione n. 341 del 1994 è stata ripresa e portata a compimento in alcune recenti sentenze che hanno dato origine ad un orientamento oramai consolidatosi: a titolo esemplificativo si ricordano le pronunce n. 236 del 2016, n. 222 del 2018, n. 40 del 2019 e n. 73 del 2020.

In queste decisioni la Consulta svolge un sindacato sulla ragionevolezza in forma intrinseca che si fonda sul postulato secondo il quale una pena non proporzionata alla gravità del fatto “(oggettivamente) offensivo e (soggettivamente) rimproverabile al suo autore”³⁷ è percepita dal soggetto come ingiusta, come inutilmente vessatoria e di conseguenza come non rieducativa.

In seguito la stessa Corte recupera, sì, il *tertium comparationis*³⁸, ma solo come punto di riferimento al fine di individuare il sostituto sanzionatorio del quadro edittale dichiarato

³⁷ Così la sent. n. 73 del 2020 in cui la Corte chiarisce *expressis verbis* che la pena deve essere “adeguatamente calibrata non solo al concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo.... *E il quantum di disvalore soggettivo dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della colpa, ma anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell’autore, rendendolo più o meno rimproverabile*” (corsivo nostro).

³⁸ Come ben rileva, da ultimo, F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7 dicembre 2020, 8, «anche nella giurisprudenza costituzionale più recente il giudizio di proporzione non sembra avere smarrito del tutto la sua dimensione “comparativa”, per quanto non necessariamente secondo “rime obbligate”, specialmente laddove siano in discussione i limiti della cornice edittale».

incostituzionale: si assiste così al superamento della teoria delle rime obbligate o obbligatissime per adottare la teoria delle rime possibili dal momento che il sostituto sanzionatorio viene tratto da una soluzione non costituzionalmente necessaria in quanto obbligata, bensì solo adeguata³⁹.

Che questo recente orientamento in materia di sindacato sul *quantum* della pena sia, o meno, condivisibile è *quaestio* che ha visto la dottrina dividersi profondamente⁴⁰, ma che in questa sede non sarà oggetto di approfondimento; né si indagherà il tema, pure ricco di suggestioni, inerente i problematici rapporti che a seguito di tale nuovo orientamento potrebbero venire ad instaurarsi in punto di *quantum* sanzionatorio fra la Corte e il legislatore⁴¹ e soprattutto fra la stessa Corte e i giudici comuni⁴².

Si intende, invece, focalizzare l'attenzione su alcuni sviluppi che sono riscontrabili nella recentissima giurisprudenza costituzionale e che sembrano orientarsi verso un restringimento della "latitudine" del controllo volto ad assodare il rispetto del principio di proporzionalità della pena.

La Corte costituzionale in due recenti decisioni "esalta" l'ampia discrezionalità del legislatore nella determinazione del trattamento sanzionatorio a discapito del sindacato di ragionevolezza di tipo intrinseco: più in particolare, nella sentenza n. 284 del 2019 questa "esaltazione" passa attraverso il freno significativo posto dal Giudice delle leggi al sindacato relativo al massimo edittale; nella pronuncia n. 136 del 2020 la medesima "esaltazione" passa attraverso il freno

³⁹ Sul punto cfr., *inter alios*, A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 794-795; A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 26 novembre 2019, 165; M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle"*, in *Giur. cost.*, 2019, 1110; da ultimo, R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino, 2020, 108, il quale rileva però che anche prima di questo *revirement* ad opera del Giudice delle leggi «in molte occasioni il riferimento alle "rime obbligate" risultava palesemente una foglia di fico e frutto di una qualche ipocrisia... essendo chiara la natura non solo creativa ma anche non obbligata della soluzione adottata».

⁴⁰ Alcuni si esprimono in senso nettamente critico (cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 2, partic. 264, 265 e 268), altri commentatori, tutt'al contrario, manifestano un'opinione opposta (cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 176) e altri ancora rimproverano al Giudice delle leggi di non aver «giustizia[to] sino in fondo il principio di proporzionalità della pena» [così F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, (Riv. trim.), 2017, n. 2, 66].

⁴¹ Per più ampi approfondimenti su questo aspetto – che all'evidenza chiama in causa la tematica del giudicato costituzionale (su cui cfr., da ultimo, E. FURNO, *Giudicato costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. VIII, a cura di R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, Torino, 2021, partic. 216 ss.) – vedasi, volendo, A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali*, cit., 39-41.

⁴² Per maggiori ragguagli su questo profilo cfr., volendo, A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali*, cit., 41-47.

significativo posto dalla Consulta al sindacato relativo all'ipotesi della concorrenza delle pene detentive con quelle pecuniarie che si trovino in un rapporto di "proporzionalità inversa".

3. La sentenza n. 284 del 2019: la sproporzione del massimo edittale non è mai (o quasi mai) sindacabile in sede di giudizio di costituzionalità?

Nella sentenza n. 284 del 2019 l'oggetto del vaglio della Corte è la fattispecie di reato dell'oltraggio a pubblico ufficiale di cui all'art. 341-*bis* cod. pen. in relazione alla quale il giudice *a quo* aveva rilevato una sostanziale omogeneità di tutela rispetto alla fattispecie criminosa di cui all'art. 342 cod. pen. inerente l'oltraggio a un Corpo amministrativo, politico o giudiziario.

Entrambe sarebbero lesive dell'onore e del prestigio di soggetti che rivestono la qualifica di pubblici ufficiali e in tutti e due i casi dovrebbe valere la condizione che l'offesa venga proferita in presenza dei soggetti passivi del reato: sulla base di questo assunto l'autorità giudiziaria rimettente lamentava una disparità di trattamento sanzionatorio in considerazione del fatto che la sanzione prevista dall'art. 342 cod. pen. risulta meno grave rispetto a quella contemplata dall'art. 341-*bis* cod. pen.

Inoltre lo stesso giudice *a quo* riteneva sussistente una lesione del principio della finalità rieducativa della pena nella parte in cui il reato previsto dall'art. 341-*bis* cod. pen. comporta una pena detentiva con un massimo edittale di tre anni di reclusione trattandosi di "una sanzione inadeguata nella specie e nella quantità, non in armonia con l'attuale contesto storico".

A tali vizi di legittimità costituzionale il rimettente chiedeva di porre rimedio attraverso la sostituzione della cornice edittale prevista per il delitto di cui all'art. 341-*bis* cod. pen. con quella stabilita per il delitto di cui all'art. 342 cod. pen.: tale cornice costituirebbe una "grandezza già rinvenibile nell'ordinamento" a cui attingere per colmare la lacuna che si creerebbe in seguito alla pronuncia di illegittimità costituzionale.

In poche parole il giudice *a quo* chiedeva alla Corte di svolgere un controllo di ragionevolezza in forma sia estrinseca sia intrinseca.

Quanto al controllo di tipo estrinseco, la Consulta rileva che a dieci anni di distanza dall'avvenuta abrogazione del reato di oltraggio a pubblico ufficiale di cui all'art. 341 cod. pen.⁴³ il legislatore ha, sì, introdotto nuovamente il reato di oltraggio a pubblico ufficiale attraverso l'art. 341-*bis* cod. pen., ma ne ha modificato in maniera non marginale gli elementi costitutivi rispetto all'originaria formulazione del vecchio art. 341 cod. pen.⁴⁴.

L'introduzione di un requisito di stretta contestualità tra la condotta del reo e il compimento di uno specifico atto dell'ufficio da parte del pubblico ufficiale espresso dalla locuzione "mentre compie un atto d'ufficio" rende chiaro – secondo la Corte – che il nuovo oltraggio si configura come delitto offensivo anche del buon andamento della pubblica amministrazione "sub specie di concreto svolgimento della (legittima) attività del pubblico ufficiale"; tale specifica dimensione offensiva – a giudizio della Consulta – "non è... presente... nel delitto di oltraggio a corpo politico, amministrativo o giudiziario" che non esige "alcun nesso con il compimento di uno specifico atto dell'ufficio da parte dell'istituzione offesa".

In altri termini, la Corte nega la similitudine di disvalore tra le due fattispecie assunte a raffronto e dunque valuta assente un *tertium comparationis* omogeneo e conseguentemente una soluzione costituzionalmente obbligata.

Quanto, invece, al sindacato in forma intrinseca, la Consulta ribadisce, sì, di poter valutare direttamente – in virtù non, come erroneamente ritenuto dal giudice *a quo*, del solo art. 27, comma 3 Cost., bensì del congiunto operare sia di tale disposizione costituzionale sia anche dell'art. 3 Cost. – se la pena comminata debba considerarsi manifestamente eccessiva rispetto al fatto sanzionato, ma impianta tutto il percorso argomentativo della decisione sull'implicito assunto secondo il quale il giudice *a quo* non è stato chiaro nella richiesta del tipo di intervento che la Corte dovrebbe sviluppare.

⁴³ Più in particolare, l'art. 341 cod. pen., che era stato dichiarato incostituzionale, come in precedenza si è già detto, con la sent. n. 341 del 1994 nella parte in cui prevedeva la pena minima di sei mesi anziché quella di quindici giorni di reclusione, fu abrogato con la l. n. 205/1999.

⁴⁴ È stata infatti la l. n. 94/2009 a ripristinare il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale modificandone però sensibilmente gli elementi strutturali rispetto all'originaria formulazione di cui all'art. 341 cod. pen. e prevedendo nella reclusione fino a tre anni – e dunque con un minimo edittale di quindici giorni ai sensi dell'art. 23 cod. pen. – la cornice edittale.

Il supposto carattere quanto meno oscuro e assai poco preciso del *petitum* non induce tuttavia la Consulta a pronunciarsi nel senso dell'inammissibilità⁴⁵, ma la muove a formulare due ipotesi delle quali l'una viene posta in alternativa all'altra.

In questa sede non desta particolare interesse la seconda ipotesi prospettata dalla Corte, ovvero quella in virtù della quale il rimettente avrebbe inteso denunciare – mediante il riferimento testuale alla previsione di una “pena detentiva con massimo edittale di tre anni” – il difetto di proporzionalità intrinseca del *complessivo quadro edittale* previsto dall'art. 341-*bis* cod. pen.: ci si limita solo a ricordare che la Corte rileva come una tale censura non possa essere accolta perché la pena minima di quindici giorni è già stata ritenuta implicitamente proporzionata dalla sentenza n. 341 del 1994 in relazione ad una fattispecie di reato connotata da minor gravidanza offensiva rispetto a quella che ora caratterizza il delitto di cui all'art. 341-*bis* cod. pen.

Sulla prima ipotesi individuata dalla Corte si intende invece soffermare maggiormente l'attenzione.

L'ipotesi è che il rimettente abbia incentrato la propria censura sull'asserita sproporzione del *solo massimo edittale* di tre anni di reclusione previsto per il delitto di oltraggio: la Corte ritiene questa ipotesi la meno plausibile, ma ritiene altresì che essa apparentemente sia comunque desumibile dall'ordinanza di rinvio.

A questo proposito il Giudice delle leggi rileva che il sindacato sulla proporzionalità intrinseca della pena ha sempre avuto come oggetto – eccezion fatta per le pene fisse nel loro ammontare⁴⁶ – il minimo edittale.

In rapporto al massimo edittale, invece, una doglianza di manifesta sproporzione della sanzione penale secondo la Corte già in astratto “appare... poco plausibile” e in ogni caso in concreto, ovvero in riferimento alla questione sollevata sull'art. 341-*bis* cod. pen. in esame, questa doglianza dovrebbe condurre ad adottare una decisione di inammissibilità per irrilevanza: ammesso che il giudice *a quo* abbia inteso effettivamente denunciare la sproporzione del massimo edittale, non è dato rinvenire alcuna motivazione in merito alle ragioni per le quali lo stesso “abbia ritenuto di non

⁴⁵ ... come il Giudice delle leggi fa – nonostante la contrarietà di quella parte della dottrina che, in luogo della pronuncia di inammissibilità, preferirebbe la decisione di restituzione degli atti al giudice *a quo* (cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 171) – pressoché abitualmente: cfr., per molti esempi in tal senso, V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale*, cit., 378 ss., partic. 382 ss.

⁴⁶ ... e per il divieto di prevalenza o di equivalenza delle circostanze attenuanti rispetto alle circostanze aggravanti.

poter infliggere all'imputata una pena più contenuta e in concreto proporzionata al disvalore del fatto, purché non inferiore al minimo legale di quindici giorni di reclusione".

Secondo la Corte il minimo edittale rappresenta un limite imposto dalla disposizione incriminatrice alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena: qualora ritenga di essere vincolato "a infliggere pene ritenute manifestamente eccessive rispetto a classi di ipotesi situate ai gradini più bassi della scala di disvalore idealmente tracciabile all'interno del perimetro disegnato dalla fattispecie astratta"⁴⁷, il giudice può "chiamare in causa" la Consulta la quale dovrà assodare la proporzionalità intrinseca di quel minimo edittale; per il massimo edittale non vale il medesimo presupposto perché è "*normalmente* possibile per il giudice utilizzare i propri poteri discrezionali ex art. 133 cod. pen. per commisurare – all'interno della cornice edittale – una pena inferiore, proporzionata al disvalore del fatto concreto"⁴⁸.

L'impianto argomentativo che sorregge la sentenza della Corte si incentra tutto sull'avverbio "normalmente", che rappresenta la "chiave di volta" dell'intera decisione.

In quell'avverbio a prima vista si può scorgere un'"esaltazione" dei poteri discrezionali del giudice in sede di commisurazione della pena, ma in buona sostanza, ad avviso di chi scrive, si deve ravvisare un'implicita ed indiretta "esaltazione" della discrezionalità legislativa nella fissazione del massimo edittale: il legislatore può, nella sua amplissima discrezionalità, fissare il massimo della pena anche molto "in alto" perché tanto il giudice, qualora valuti che quel massimo sia eccessivo in rapporto al disvalore assunto dalla condotta nello specifico caso alla sua "attenzione", può normalmente applicare una pena inferiore al massimo edittale – purché non inferiore anche al minimo edittale – e proporzionata a quel disvalore.

Questo impianto argomentativo non lascia persuasi in nessuna delle due ipotesi – di cui l'una alternativa all'altra – che di seguito saranno distinte.

La prima ipotesi – che, a giudicare dall'avverbio "normalmente" utilizzato dalla Consulta, dovrebbe essere quella che ricorre nella stragrande maggioranza dei casi – è che il giudice valuti il disvalore della condotta tale per cui è possibile comminare una pena inferiore al massimo edittale e proporzionata a quel disvalore.

⁴⁷ Così, appunto, la dec. n. 284 del 2019.

⁴⁸ Corsivo nostro.

In questa ipotesi il principio di proporzione assume il ruolo di un criterio valutativo: il giudice svolge propriamente un'attività valutativa nella misura in cui appura che la condotta posta in essere concretamente dal soggetto "merita", in virtù del suo disvalore, una pena inferiore al massimo edittale⁴⁹.

Che il principio di proporzione possa assumere il ruolo di un criterio valutativo è affermazione senz'altro condivisibile⁵⁰, ma a non convincere è la motivazione addotta dal Giudice delle leggi secondo cui è "poco plausibile" sollevare la questione lamentando il difetto di proporzione in riferimento al massimo edittale perché comunque il giudice ha potuto in concreto comminare una pena ad esso inferiore e proporzionata al disvalore della specifica condotta: che il giudice, attraverso l'utilizzo dei poteri discrezionali di cui lo stesso può disporre, sia riuscito in questa operazione non significa affatto che quel massimo edittale, in quanto parametro che il giudice deve assumere come punto di riferimento nell'infliggere la pena, non sia di per se stesso sproporzionato; insomma, è ben vero che il giudice ha potuto "graduare" la pena in relazione al disvalore della condotta, ma lo stesso nel compiere questa operazione è dovuto partire da un massimo edittale la cui sproporzione – qualora sia effettivamente accertata – non può che avere inciso sul "calcolo" della pena concretamente inflitta.

La seconda ipotesi è ancor più problematica perché essa ricorre nei casi in cui il giudice valuti il disvalore della condotta tale per cui è possibile comminare solamente il massimo edittale: unicamente quest'ultimo risulta infatti proporzionato a quel disvalore.

⁴⁹ Anche la Corte costituzionale implicitamente e correttamente ricorda che il principio di proporzione assume anche il ruolo di un criterio valutativo: cfr. la sent. n. 47 del 2010 in cui la stessa Corte osserva che "la disposizione impugnata, prevedendo un significativo divario tra il minimo ed il massimo edittale della pena, consente al giudice di graduare quest'ultima in relazione alla gravità del fatto e, quindi, di adeguare il trattamento punitivo al diverso disvalore delle singole violazioni rientranti nella previsione della norma", nonché l'ord. n. 224 del 2011 in cui la Corte evidenzia che nel caso di inclusione "in uno stesso paradigma punitivo [di] una pluralità di fattispecie diverse per struttura e disvalore" spetta "al giudice far emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale". Non sembra condivisibile – sulla base di quanto appena osservato sia in questa nota sia sopra nel testo – quanto sostenuto da V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale*, cit., 371 nota 663, il quale nel poc' anzi riportato passo dell'ord. n. 224 del 2011 intravede «un (timido) utilizzo ermeneutico del principio di proporzione».

⁵⁰ In riferimento ad altri principi costituzionali in materia penale sostanziale, invece, fare assumere il ruolo di criterio valutativo ad un principio costituzionale è operazione che desta molte perplessità. È il caso del principio costituzionale di offensività del reato che in sede di giurisprudenza costituzionale ha subito uno sdoppiamento in una "componente" astratta, ovvero in un principio costituzionale utilizzabile, come tale, quale parametro di costituzionalità, e in una "versione" concreta, ovvero in un criterio non – se non in alcune particolari ipotesi – interpretativo, bensì applicativo/valutativo: per maggiori approfondimenti in tema cfr., volendo, un nostro scritto, ovvero A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, di prossima pubblicazione in *Dir. pubbl.*, 2021, n. 1.

A giudicare dall'avverbio "normalmente" utilizzato dalla Consulta questi casi devono essere ritenuti di difficile o addirittura di difficilissima verifica.

È certamente vero che quell'avverbio lascia aperto uno spiraglio tale da consentire di non escludere in linea di principio che nell'ordinanza di remissione il giudice possa argomentare in modo sufficiente e non palesemente erroneo né contraddittorio di aver fatto, sì, uso dei propri poteri discrezionali ai sensi dell'art. 133 cod. pen., ma di non poter far altro che applicare il massimo della pena al soggetto la cui responsabilità penale è stata accertata: in questo caso la Corte ben potrebbe svolgere un sindacato intrinseco sul massimo edittale.

Tuttavia è evidente che da quel "normalmente" si può desumere come in pratica sia una *probatio diabolica* quella che è richiesta al giudice mediante la motivazione in punto di rilevanza: qualora si orienti – come in qualche caso ha ritenuto di dover fare⁵¹ – nel senso di operare un vaglio in punto di rilevanza molto incisivo e penetrante, il Giudice delle leggi può agevolmente arrivare a "contestare" la valutazione del giudice *a quo* relativa all'impossibilità di infliggere una pena più contenuta rispetto a quella indicata dal massimo edittale; qualora la Corte si orienti – come in linea di massima fa⁵² – nel senso di limitarsi ad assodare l'esistenza di una motivazione sufficiente e non palesemente erronea o contraddittoria in punto di rilevanza, la latitudine dell'avverbio "normalmente" lascia presumere che la stessa Corte sarà portata a giudicare in un buon numero di casi o perfino con una certa sistematicità insufficiente o contraddittoria la motivazione addotta dall'autorità giudiziaria rimettente in ordine all'impossibilità di comminare una pena più bassa del massimo edittale.

Le osservazioni da ultimo esplicitate fanno ritenere presumibile che, qualora maturi la convinzione che la condotta posta in essere dal soggetto agente è suscettibile di essere sanzionata soltanto col massimo edittale in quanto solo quest'ultimo è ritenuto proporzionato al disvalore di quella condotta e qualora, al contempo, nutra un dubbio sull'intrinseca sproporzione di quel massimo, il giudice non solleva la questione di costituzionalità basata sul difetto di proporzione del massimo edittale: è evidente infatti che, per i motivi già esplicitati in precedenza, questa strada

⁵¹ Per ragguagli ed esempi in merito cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 119.

⁵² Cfr., fra le tante e fra le più recenti, la sent. n. 208 del 2019 in cui la Corte rileva di poter intervenire, ai fini dell'apprezzamento della rilevanza, sulla valutazione effettuata dal giudice *a quo* solo qualora "essa, a prima vista, appaia assolutamente priva di fondamento" e la sent. n. 15 del 2021 in cui la Corte si autoattribuisce solo "un controllo meramente esterno, di non implausibilità, sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale" e "sulla motivazione offerta dal giudice a quo".

appare come “in salita”, ovvero come molto probabilmente destinata a ricevere una pronuncia nel senso dell’inammissibilità.

Quel giudice sarà, invece, indotto a far ricorso al principio di proporzione quale criterio interpretativo: più in particolare, il giudice sarà portato ad operare una lettura selettiva o, meglio ancora, riduttiva della fattispecie di reato al fine di espungere dalla fattispecie stessa la condotta posta in essere dal soggetto agente la quale è suscettibile di essere sanzionata col massimo edittale.

Siffatta trasformazione da parametro costituzionale in criterio interpretativo che subisce il principio di proporzione lascia assai perplessi.

Questo si sostiene perché le letture di tipo selettivo/riduttivo della fattispecie criminosa comportano una riscrittura di quest’ultima che ne determina una parziale *interpretatio abrogans*: è ben vero che, trattandosi di espungere dalla fattispecie di reato alcune condotte sulla base della motivazione che, in virtù del loro disvalore, esse dovrebbero essere punite col massimo edittale ritenuto, però, sproporzionato, queste letture hanno senz’altro effetti *in bonam partem*, ma rimane il fatto che tali effetti consistono in una pratica “cancellazione” di una parte della fattispecie senza che la Corte costituzionale sia intervenuta in materia⁵³.

A suffragare le letture di tipo selettivo/riduttivo poc’anzi esplicitate e dunque anche il ricorso al principio di proporzione quale criterio interpretativo non potrebbe neppure essere sostenuto che si tratta di un’applicazione giudiziale di quell’onere di interpretazione conforme a Costituzione che, pur avendo subito un «depotenziamento»⁵⁴, è comunque confermato anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale⁵⁵: poiché il giudice, prima di sollevare la questione di costituzionalità della disposizione incriminatrice lamentando che il massimo edittale, in quanto sproporzionato, lede il principio costituzionale di proporzione della pena, deve sperimentare la possibilità di superare questo dubbio di costituzionalità attraverso l’interpretazione costituzionalmente conforme, si

⁵³ Che – come sostiene V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale*, cit., 372 – il principio di proporzione si affermi «come garanzia che chiama il giudice comune, ben prima della Corte, ad un impegno massimamente collaborativo, in una prospettiva rispettosa degli imperativi della sussidiarietà e della *extrema ratio*, ed al contempo chirurgicamente attenta ai diritti fondamentali sottostanti» non può implicare che la Corte debba nei fatti essere estromessa dall’operazione volta a garantire i diritti fondamentali.

⁵⁴ Così V. NAPOLEONI, *L’onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 126, al quale si rinvia – cfr., *op. cit.*, 49 ss., spec. 123 ss. – per ulteriori approfondimenti in merito a questo «alleggerimento dell’onere di interpretazione conforme» (p. 126) che a partire perlomeno dalla sent. n. 221 del 2015 e in modo consolidato soprattutto con la sent. n. 42 del 2017 si deve registrare in sede di giurisprudenza costituzionale: l’A. configura tale onere «come un obbligo “di mezzi”, e non già “di risultato”» (p. 126).

⁵⁵ Cfr., da ultima, la sent. n. 17 del 2021.

potrebbe sostenere che le letture di tipo selettivo/riduttivo della fattispecie di reato altro non sono se non il tentativo di conferire ad essa un significato che renda il massimo edittale compatibile col principio di proporzione della pena.

Questa tesi non convince perché l'interpretazione conforme a Costituzione non è autorizzata a spingersi al di là dei limiti in cui il dato normativo lo consente.

Con quanto appena osservato non si intende prendere posizione sull'interrogativo la cui risoluzione – che ha visto la dottrina spaccarsi profondamente⁵⁶ – consentirebbe di chiarire se fra i limiti dell'interpretazione costituzionalmente conforme possa, o meno, essere invocato il limite testuale, ovvero l'interpretazione letterale, e se dunque al fine di rendere la disposizione conforme a Costituzione sia possibile, o meno, leggere – attraverso una lettura estensiva o anche correttiva – quello che nella stessa disposizione non c'è.

È intenzione di chi scrive sostenere con forza, invece, che mediante il tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme – operato, nella fattispecie concreta, attraverso le letture di tipo selettivo/riduttivo intese nei termini in precedenza esposti – non è mai possibile offrire una lettura della disposizione in virtù della quale viene ad essere “eliminato” di fatto quello che nella disposizione incriminatrice c'è⁵⁷: se gli enunciati linguistici presenti nella disposizione che contempla quella fattispecie di reato impongono di ritenere le condotte che vengono espunte dalla sua sfera di applicazione come in realtà sussumibili sotto la stessa fattispecie⁵⁸, non pare residuare alcun margine per un'interpretazione conforme a Costituzione e più specificamente al principio costituzionale di proporzione della pena⁵⁹.

⁵⁶ Basti pensare alle posizioni antitetiche assunte da F. MODUGNO, *Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme alla Costituzione”*, in *Dir. soc.*, 2015, 470, secondo cui «non ha... alcun senso sostenere che l'interpretazione conforme sia, in generale, limitata dalla c.d. interpretazione letterale», e da A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 84, secondo cui «il testo... traccia il recinto entro il quale svolgere la ricerca di un'interpretazione conforme».

⁵⁷ Il punto è stato da noi approfondito altrove a cui, volendo, si rimanda: cfr. A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante quale species del genus interpretazione conforme a Costituzione: spunti di riflessione*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2021, partic. 527-528.

⁵⁸ Dopotutto analoghe problematiche si riscontrano nel caso della discutibilissima conversione che anche il principio di determinatezza ha subito – con l'avallo della Corte costituzionale – da principio e dunque da parametro costituzionale in criterio ermeneutico, ovvero nella comunemente definita interpretazione tassativizzante: cfr., volendo, per maggiori lumi A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, cit., 140 ss.

⁵⁹ A sommo avviso di chi scrive è forse la stessa “natura” dell'interpretazione conforme a Costituzione a creare il rischio di addivenire a risultati interpretativi non solo che leggono nella disposizione quello che non c'è, ma anche – cosa, per quanto sopra detto nel testo, molto più grave – che “eliminano” di fatto dalla disposizione quello che c'è. A questo proposito coglie perfettamente nel vero F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 18 marzo 2020, 9, quando sostiene che l'interpretazione

Si potrebbe allora concludere osservando come la circostanza che, in riferimento al sindacato in sede di giudizio di costituzionalità *sub specie* di sproporzione, nella sentenza n. 284 del 2019 il massimo edittale rimane, riprendendo una celebre espressione di Dante, “fra color che son sospesi” non lasci affatto persuasi.

4. La sentenza n. 136 del 2020: in quali termini è praticabile il sindacato di costituzionalità *sub specie* di proporzione in riferimento alla cosiddetta concorrenza delle pene detentive con quelle pecuniarie in rapporto di “proporzionalità inversa”?

Nella sentenza n. 136 del 2020 la Corte è chiamata ad affrontare una questione di costituzionalità, sollevata dal Tribunale ordinario di Siracusa in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., inerente ad un caso di cosiddetta concorrenza di pene detentive con pene pecuniarie in rapporto di “proporzionalità inversa”.

La disposizione portata al vaglio della Consulta è l’art. 625, comma 1 cod. pen. che incrimina il furto monoaggravato nella parte in cui stabilisce il minimo edittale della multa in Euro 927 ritenuto “irragionevolmente eccessivo e sproporzionato” se posto in comparazione con il minimo edittale della multa di Euro 206 previsto dall’art. 625, comma 2 cod. pen. per una condotta ben più grave, ovvero per il furto pluriaggravato: la tesi sostenuta dal giudice *a quo* è incentrata sull’irragionevole differenziazione di trattamento in relazione alla diversa gravità delle condotte sanzionate nelle due fattispecie di reato le quali sono, sì, entrambe punite con la pena congiunta della reclusione e della multa, ma, mentre la reclusione, sia nel minimo sia nel massimo, è prevista in misura più elevata per la fattispecie più grave, quanto alla pena pecuniaria il minimo della multa è stabilito,

conforme, pur dovendo teoricamente rimanere ingabbiata nella trama invalicabile del testo legislativo rappresentando una sottospecie dell’interpretazione sistematica, rispetto a quest’ultima presenta, però, la sostanziale differenza che «il parametro costituzionale ha caratteristiche tali da spingere ineluttabilmente l’interprete verso forzature del testo linguistico, verso cioè operazioni ermeneutiche più proprie del giudizio di costituzionalità»: l’A. osserva che «a parte la congenita indeterminatezza (ed eccedenza assiologica) del parametro costituzionale di riferimento, che amplia già in partenza il campo in cui l’interprete potrà operare con lo strumento ermeneutico, decisivo è il valore gerarchicamente superiore di tale parametro rispetto alla disposizione da sottoporre alla interpretazione conforme. Ciò comporta che il giudice sarà necessariamente portato a cercare la prevalenza del parametro costituzionale rispetto a qualunque altra opzione interpretativa della disposizione in questione. In buona sostanza, l’interpretazione conforme tende a non porsi quale neutrale metodo interpretativo ma quale strada per raggiungere un certo risultato interpretativo a priori privilegiato».

all'opposto, in misura notevolmente più elevata – in modo particolare più del quadruplo – per la fattispecie meno grave; la conclusione dell'autorità giudiziaria rimettente è che al prospettato vizio di legittimità costituzionale può essere posto rimedio attraverso il ripristino del minimo edittale della multa di Euro 103 così come previsto dall'art. 625, comma 1 cod. pen. prima che intervenisse la modifica operata dall'art. 1, comma 7 l. n. 103/2017 che ha, appunto, alzato il minimo alla multa di Euro 927.

La Consulta si pronuncia nel senso dell'inammissibilità in riferimento ad entrambi i parametri evocati dal giudice rimettente.

Il percorso motivazionale seguito dal Giudice delle leggi muove dalla premessa secondo la quale nel sistema sanzionatorio la pena pecuniaria, anche quando sia comminata congiuntamente alla pena detentiva, conserva una sua autonomia non solo per la specifica funzione a cui mira, ma anche per la necessaria proporzionalità alla gravità del fatto: più in particolare, la pena pecuniaria ha una funzione complementare del trattamento sanzionatorio quando concorre con la pena detentiva della reclusione in ragione dell'effetto miratamente dissuasivo intrinseco nella decurtazione del patrimonio in favore dello Stato e partecipa alla funzione rieducativa di cui all'art. 27, comma 3 Cost.; questo tanto più in considerazione del fatto che la misura della pena pecuniaria, che deve essere, al pari della misura della pena detentiva, proporzionata alla gravità del fatto secondo i criteri di cui all'art. 133 cod. pen., è la “sola specificamente parametrata alle condizioni economiche del reo, ai sensi dell'art. 133-bis cod. pen., applicabile per la determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda”.

Tuttavia, la complessiva cornice edittale prevista dal legislatore in ordine al delitto di furto aggravato di cui all'art. 625 cod. pen. mostra – precisa la Consulta – come la pena pecuniaria non sia alternativa alla pena detentiva, ma con quella concorra congiuntamente: a questo proposito la Corte ribadisce che la ragionevolezza della pena deve essere giudicata secondo una valutazione globale del trattamento sanzionatorio predisposto dal legislatore e dunque, insieme, della pena pecuniaria e della pena detentiva “in quanto in tal modo si consente al giudice, attraverso la graduabilità della pena detentiva comminata congiuntamente a quella pecuniaria, un consistente margine di adeguamento del trattamento sanzionatorio alle particolarità del caso concreto”.

In altri termini, a giudizio della Consulta è proprio la valutazione complessiva della cornice edittale definita dal legislatore quale pena detentiva congiunta alla pena pecuniaria a consentire, in ipotesi, al giudice, il quale sia chiamato a quantificare la multa, di “operare un sostanziale

riequilibrio dell'asimmetria denunciata": da questo passo della motivazione sembra di potersi inferire che tale "sostanziale riequilibrio" passi attraverso un orientamento al ribasso nella determinazione della pena detentiva riguardo al furto monoaggravato⁶⁰.

Nel caso di specie i giudici costituzionali muovono al giudice *a quo* due rimproveri, ovvero i seguenti: innanzitutto quello di aver argomentato le sue censure considerando soltanto la pena della multa e omettendo di tener conto anche del divario del minimo della pena detentiva prevista per le fattispecie del furto monoaggravato e di quello pluriaggravato, divario che risulta pari ad un anno di reclusione in più per il furto pluriaggravato; in secondo luogo quello di avere omesso di considerare se, in ipotesi, tale divario, ove ritenuto particolarmente marcato, sia, o meno, idoneo a "ridimensionare l'asimmetria denunciata, relegandola nell'ambito di meri difetti di tecnica normativa, che questa Corte – soprattutto nella materia penale quanto alla dosimetria della pena – non è chiamata per ciò solo a correggere, ove non ridondino in un trattamento sanzionatorio manifestamente irragionevole e sproporzionato".

La conclusione della Corte è, sì, nel senso di auspicare che il legislatore corregga quel difetto di tecnica normativa e dunque lo squilibrio denunciato dal giudice rimettente, ma, sulla base delle argomentazioni dalla Corte stessa spese nella parte motivazionale della decisione, non può che indirizzarsi verso una pronuncia di inammissibilità per la rilevata insufficienza della motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza: tale pronuncia non può essere classificata fra quelle decisioni che in dottrina sono state definite di «inammissibilità vestita»⁶¹, ovvero tra quelle pronunce che indicano al legislatore la cornice costituzionale entro la quale dovrebbe muoversi una futura disciplina legislativa per essere conforme a Costituzione, dal momento che la Consulta, pur auspicando l'intervento del legislatore, lo ritiene idoneo non a sanare un vizio d'incostituzionalità, bensì soltanto a correggere quello che la Corte stessa ritiene un mero e semplice difetto di tecnica normativa.

La decisione n. 136 del 2020 apparentemente è molto diversa rispetto alla sentenza n. 284 del 2019: mentre nell'ordinanza di rimessione che ha dato origine a quest'ultima pronuncia il giudice *a quo* lamentava che la fattispecie di reato dell'oltraggio a pubblico ufficiale fosse più gravemente

⁶⁰ La conclusione è raggiunta anche da G. LEO, *Valori edittali di pena e sindacato di costituzionalità: la Consulta dichiara inammissibile una questione concernente la sanzione pecuniaria per il furto monoaggravato*, in www.sistemapenale.it, 13 luglio 2020, 1 ss.

⁶¹ Così F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, cit., 10.

sanzionata rispetto a quella dell'oltraggio a un Corpo amministrativo, politico o giudiziario nonostante la sostanziale *omogeneità* di tutela che – ad avviso dell'autorità giudiziaria rimettente – connotava le due fattispecie, nell'ordinanza di rinvio che ha dato origine alla sentenza n. 136 del 2020 il giudice *a quo* lamentava che la pena pecuniaria prevista per la fattispecie del furto monoaggravato fosse più elevata rispetto a quella contemplata per il furto pluriaggravato nonostante la sostanziale *diversità* di tutela fra le due fattispecie criminose e più in particolare nonostante il maggiore disvalore del furto pluriaggravato rispetto a quello monoaggravato.

Tuttavia, può essere ravvisato un minimo comun denominatore fra le due decisioni: questo si sostiene perché anche la sentenza n. 136 del 2020 si incentra formalmente su un'"esaltazione" della discrezionalità attribuita ai poteri decisorio del giudice nella misura in cui lo stesso è chiamato dalla Corte a valutare se il divario fra le pene detentive è così marcato da ridimensionare l'asimmetria fra le pene pecuniarie, ma ancora una volta in buona sostanza oggetto di "esaltazione" è l'ampia discrezionalità del legislatore in materia di determinazione del *quantum* delle sanzioni penali e più in particolare di determinazione della cosiddetta concorrenza di pene detentive con quelle pecuniarie in rapporto di "proporzionalità inversa".

Se la formula decisoria adottata nella sentenza n. 136 del 2020 è quella dell'inammissibilità giustificata sulla base della ritenuta insufficiente motivazione in merito alla non manifesta infondatezza e se dunque la questione di costituzionalità teoricamente è suscettibile di costituire l'oggetto di uno scrutinio di merito da parte della Corte ove correttamente prospettata⁶², in realtà, a ben guardare, è molto improbabile o comunque estremamente difficile che lo stesso giudice *a quo* o altro giudice in futuro in un caso analogo possa fornire una motivazione sufficiente in punto di non manifesta infondatezza.

Sulla base di quali parametri certi ed obiettivi può il giudice valutare se il divario fra il minimo della pena detentiva prevista per la fattispecie del furto monoaggravato e il minimo della pena detentiva prevista per la fattispecie del furto pluriaggravato sia così marcato da ridimensionare l'asimmetria esistente fra le pene pecuniarie stabilite – congiuntamente alla pena detentiva – per quelle stesse fattispecie criminose?

Eccezion fatta forse per i casi macroscopici in cui quel divario risulta essere minimo, negli altri casi non si riesce a comprendere come la motivazione che fosse addotta dall'autorità giudiziaria

⁶² Cfr. in tal senso, per tutti, G. AMOROSO - G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2015, 341.

rimettente in merito al dubbio relativo alla violazione ad opera di quella stessa asimmetria dei principi di uguaglianza e di proporzionalità nonché della finalità rieducativa della pena potrebbe “reggere” al vaglio del Giudice delle leggi: quest’ultimo molto probabilmente si orienterebbe verso una pronuncia di inammissibilità fondata sull’insufficienza e/o sull’inadeguatezza della motivazione in punto di non manifesta infondatezza⁶³.

Nella consapevolezza del probabile esito della questione di costituzionalità i giudici comuni saranno allora portati ad utilizzare il principio di proporzionalità non quale parametro di costituzionalità, bensì in chiave ermeneutica, ovvero ad “operare un sostanziale riequilibrio dell’asimmetria” attraverso, come già detto, un ribasso nella determinazione della pena detentiva riguardo al furto monoaggravato.

Che cosa accadrebbe però se la condotta posta in essere dal soggetto agente in virtù del suo disvalore non consentisse al giudice di orientarsi al ribasso nella determinazione della pena detentiva, ma imponesse di applicare il massimo edittale previsto per il furto monoaggravato? L’unica possibilità per il giudice sarebbe anche in questo caso quella di operare una lettura di tipo selettivo/riduttivo che possa permettere allo stesso di ritenere quella condotta tale da non concretare la fattispecie di reato in esame: questo comporterebbe tutti quei deprecabili effetti ai quali si è già fatto riferimento in sede di commento della sentenza n. 284 del 2019.

In conclusione, qualora l’orientamento assunto dalla Corte in queste due decisioni fosse in seguito confermato anche in merito ad altri “profili” inerenti alla scelta del *quantum* sanzionatorio, ne risulterebbe un quadro individuabile metaforicamente in una medaglia dotata eccezionalmente di ben tre facce: l’una rappresentata dall’ampia discrezionalità del giudice nel far ricorso al principio di proporzionalità quale criterio ermeneutico finalizzato a non sollevare la questione di costituzionalità; l’altra costituita dall’amplissima discrezionalità del legislatore nella fissazione del complessivo trattamento sanzionatorio delle fattispecie di reato; l’ultima identificabile in una

⁶³ In senso diverso – ma per quanto sopra nel testo esposto ad avviso di chi scrive non condivisibile – si esprime C. PAGELLA, *Sindacato di legittimità costituzionale sul quantum di pena: la Consulta dichiara inammissibile una questione relativa alla pena pecuniaria per il furto monoaggravato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, n. 3, 1572-1577, secondo la quale, orientandosi nel senso non dell’infondatezza, bensì dell’inammissibilità, la Corte «sembra quasi voler lasciare aperta, per un futuro e ipotetico giudice, che si trovi a sollevare un’analoga questione, la possibilità di far valere l’impossibilità di bilanciare le due sanzioni... In definitiva, di fronte a un trattamento sanzionatorio squilibrato quanto alla componente pecuniaria, ma complessivamente bilanciabile ad opera del giudice attraverso la modulazione della pena detentiva, la Corte non accorda una patente di legittimità costituzionale (come sembrerebbe aver fatto nella sentenza [n. 233] del 2018), bensì chiede al giudice rimettente di meglio motivare in ordine al suo diniego».

“*deminutio*” della Corte costituzionale il cui ruolo quale organo di garanzia costituzionale verrebbe ridotto a quello di un “protagonista di secondo piano”.