

La proporzionalità della sanzione nella prospettiva della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: riflessioni a partire da un'importante sentenza della Grande Sezione

di
Ornella Spataro*

Sommario: 1. Premessa. Un importante *revirement* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 2. Proporzione sanzionatoria e ruolo dei giudici nazionali tra legalità europea e legalità nazionale: una disapplicazione a geometria variabile? – 3. Proporzione sanzionatoria e ruolo dei giudici tra disapplicazione e interpretazione unionalmente orientata. – 4. Disapplicazione giudiziale e sindacato di legittimità costituzionale.

1. Premessa. Un importante revirement della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Recenti arresti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea hanno sancito l'efficacia diretta del principio di proporzionalità della pena di cui all'art. 49, par. 3, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea. In particolare, con la sentenza *NE*¹, la Grande Sezione ha mutato il proprio precedente orientamento, riconoscendo al divieto di pene sproporzionate una valenza assoluta ed incondizionata. Da tale presupposto deriva che le disposizioni che prevedano tale divieto sono suscettibili di avere effetto diretto, con la conseguenza che il giudice penale, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea, sarà tenuto a disapplicare norme interne incompatibili, nei limiti necessari a consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate.

* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Palermo

¹CGUE, sent. 8 marzo 2022, causa C-205/20.

Sono affermazioni foriere di conseguenze importanti sul piano dei rapporti tra i due ordinamenti relativamente alla determinazione della sanzione penale, materia su cui già si sono riscontrati, sul versante interno, incisivi interventi della giurisprudenza costituzionale². L'effetto diretto di norme dell'Unione, abilitando il potere-dovere dei giudici nazionali di disapplicare la norma interna contrastante, rischia, nel caso della dosimetria della pena, di porsi in tensione con il principio di legalità: la determinazione della sanzione da applicare nei singoli casi determina, infatti, un improprio ruolo da parte dei giudici, sostanzialmente chiamati ad occupare spazi che dovrebbero essere appannaggio tipico della discrezionalità legislativa. Inoltre, la disapplicazione può sfociare in decisioni che, assunte dai giudici del caso singolo, perdono di vista il sistema, introducendo disparità di trattamento. Il principio affermato dai giudici del Lussemburgo, peraltro, pur esprimendo i propri effetti solo nell'ambito di applicazione del diritto UE, potrebbe avere potenzialità particolarmente estensive, aprendo falle consistenti sul piano della certezza della pena. Le implicazioni problematiche poste dalla sentenza in commento, dunque, rilevano sotto plurimi profili: quello del fondamento normativo della sanzione penale, quello del rispetto del principio di uguaglianza, quello dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione Europea³ su un versante particolarmente sensibile, quale quello della determinazione della sanzione penale, nel quale ancora persistono importanti differenze legate alle scelte discrezionali dei legislatori interni.

²Nell'amplissima letteratura, v. F. VIGANO', *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2020; M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in Aa. Vv., *Il costituzionalista riluttante*, Torino, Giappichelli, 2016, 463 ss.; S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 4, 2017, 1 ss.; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss.; F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *Leg. pen.*, 14.12.2020, 1 ss.; A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 785 ss. Nella giurisprudenza costituzionale v., *ex multis*, le sentt. n. 236/2016; n. 233/2018; n. 40/2019; n. 73/2020; n. 190/2020; n. 73/2020.

³V. B. CARAVITA DI TORITTO, *Quanta Europa c'è in Europa? Lineamenti di diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2015, spec. cap. IV, e, Id., *Quanta Europa c'è in Europa? Percorsi e prospettive del federalizing process europeo*, 2a ed., Giappichelli, Torino, 2020.

Si tratta di un *revirement* significativo: nella precedente sentenza *Link Logistic*⁴ la Corte di Giustizia aveva negato l'effetto diretto del principio di proporzionalità della pena, affermando che, benché si trattasse di un principio generale del diritto dell'Unione basato sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, esso non fosse tale da elidere la discrezionalità dei legislatori interni nella determinazione delle sanzioni. Al riguardo la Corte faceva notare come il richiamato principio non offriva, di per sé, alcun criterio utile alla misurazione concreta della proporzionalità; ciò impediva di considerarlo come una norma incondizionata e sufficientemente precisa, tale da poter esprimere effetti diretti. Alla luce di questo, restava ai giudizi nazionali solo il ricorso all'interpretazione conforme, quale unico rimedio idoneo ad assicurare l'irrogazione di sanzioni rispondenti all'obbligo di proporzionalità posto da direttive UE.

La sentenza *NE* capovolge completamente questa impostazione: le sanzioni previste dall'ordinamento austriaco in caso di inosservanza di taluni obblighi societari a carattere documentale appaiono eccessive rispetto alla gravità dei fatti contestati, e, dunque, contrastanti con gli obiettivi posti dalla Direttiva n. 2014/67, che, all'art. 20, impone agli Stati di prevedere «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive». La questione è stata oggetto di due successivi rinvii⁵, esercitati dalla Corte austriaca⁶; in particolare, il secondo rinvio pregiudiziale originava dalla circostanza che il legislatore austriaco, dopo la prima pronuncia della Corte di Giustizia (che aveva riconosciuto l'effetto diretto dell'art. 20 della Direttiva, ma non dell'art. 49, par. 3, della Carta dei diritti), non avesse provveduto a modificare la normativa dichiarata incompatibile con il diritto UE, dando luogo ad esiti applicativi divergenti da parte dei giudici nazionali: mentre in alcuni casi, infatti, le sanzioni erano state annullate, in altri erano state ridotte di importo. Col secondo rinvio pregiudiziale la Corte di Giustizia viene interrogata, oltre che sulla diretta

⁴Causa C-384/17 del 4 ottobre 2018.

⁵Per una ricostruzione storico-sistematica del percorso che ha condotto alla sentenza C-205/20, e della vicenda sottesa, v. F. 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 *sistemapenale.it*, 24 aprile 2022.

⁶Sulla Corte costituzionale austriaca v. B. CARAVITA DI TORITTO, *Corte «Giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte costituzionale austriaca*, Padova, Cedam, 1985.

applicabilità dell'art. 20 della Direttiva del 2014, sul fatto che il diritto UE consenta ai giudici nazionali di integrare le disposizioni di diritto interno, determinando l'entità delle sanzioni secondo il criterio della proporzionalità. La Grande Sezione risponde affermativamente, dando luogo ad un clamoroso *overruling* della sentenza *Link Logistic*, che, riguardando il principio di cui all'art. 49, par. 3, della Carta, può avere effetti di sistema, ben al di là dei confini del giudizio principale. Circa l'art. 20 della direttiva 2014/67 la Corte di Giustizia ribadisce che esso pone il divieto incondizionato, preciso e assoluto di imporre sanzioni sproporzionate, e, in quanto tale, si pone come limite alla discrezionalità dei legislatori nazionali e può costituire oggetto di controllo giurisdizionale. Dunque, il requisito di proporzionalità della sanzione ha effetto diretto, e può essere invocato dall'imputato nel processo penale che lo riguarda. I giudici del Lussemburgo precisano però che il predetto art. 20 richiama il principio dell'art. 49, par. 3, della Carta⁷, il quale è un principio generale di diritto dell'Unione, che «si impone agli Stati membri nell'attuazione...anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili», e che «presenta carattere imperativo».⁸ Di qui la possibilità per i giudici nazionali di «disapplicare la parte della normativa nazionale da cui deriva il carattere sproporzionato delle sanzioni, in modo da giungere all'irrogazione di sanzioni proporzionate, che permangano, nel contempo, effettive e dissuasive»⁹. Tale prospettazione, per la Corte, non è distonica rispetto ai principi di certezza del diritto e di legalità, poiché il risultato pratico che ne può conseguire sfocia in un'applicazione di pene più lievi; inoltre, esso non impedisce, a monte, che i singoli possano conoscere i loro diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza. Ancora, secondo la Corte di giustizia, la possibilità che siano irrogate sanzioni proporzionate alla gravità dell'illecito appare pienamente rispondente all'esigenza superiore di parità di trattamento, che «esige che situazioni comparabili non siano

⁷Cfr. R. SICURELLA, *Art. 49*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2016, 998 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il primato del diritto dell'Unione Europea e la Carta dei diritti fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria*, in *Cass. pen.*, 2021, 26 ss.

⁸Sent. NE, par. 31.

⁹Sent. NE, par. 42.

trattate in modo diverso e situazioni diverse non siano trattate allo stesso modo, a meno che una differenziazione non sia obiettivamente giustificata»¹⁰.

Si tratta di affermazioni suscettibili di avere una portata amplissima, relativa all'intera "materia punitiva", poiché la clausola, ormai presente in moltissime direttive, che impone agli Stati membri di adottare sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» per l'ipotesi di violazione delle norme stabilite dalle medesime direttive, può essere soddisfatta mediante la previsione di sanzioni penali come di sanzioni amministrative (a meno che non sia la direttiva stessa a prevedere, come spesso accade sanzioni penali, anche detentive). Inoltre, secondo la sentenza *NE*, tali clausole richiamano il principio di cui all'art. 49, par. 3, della Carta, che, pur riferendo espressamente il principio di proporzionalità della pena ai reati, viene applicato anche con riguardo alla previsione di sanzioni amministrative, conformemente all'accezione estensiva della materia punitiva ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte sovranazionale.¹¹ Anche se i suesposti principi varranno soltanto nella sfera di applicazione del diritto UE, non si può fare a meno di considerare che l'ambito interessato da regolamenti o direttive che prevedano espressamente l'obbligo di sanzioni proporzionate è ormai vastissimo. Alla luce di un simile potenziale l'impatto che la sentenza *NE* potrebbe assumere ha una valenza sistemica, tale da interrogare circa la compatibilità tra i principi affermati dalla Corte di Giustizia e i principi costituzionali su cui è edificato il diritto penale nel nostro ordinamento. Sul piano dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione Europea la sentenza *NE* potrebbe dunque segnare una tappa ulteriore nel percorso già compiuto dalla Corte di

¹⁰Sent. *NE*, parr. 53-56.

¹¹V. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018; G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. e Soc.*, 4, 2019, 691 ss.; V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *federalismi*, n. 7/2018, 1 ss.; Ead., *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2, 2021, 1 ss.; A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021, 262 ss.

Giustizia, che, con la c.d. sentenza “Taricco 2” aveva affermato che il principio del primato dovesse intendersi come recessivo rispetto al principio di legalità penale, sostenendo che il rispetto da parte dei giudici nazionali del principio di legalità dei reati e delle pene dovesse prevalere sull’obbligo di disapplicazione del diritto interno incompatibile.¹²

2. Proporzione sanzionatoria e ruolo dei giudici nazionali tra legalità europea e legalità nazionale: una disapplicazione a geometria variabile?

La vicenda Taricco si era conclusa con l’affermazione del principio per cui compete al legislatore nazionale di intervenire per adottare tutte le misure necessarie ad adattare la disciplina italiana al diritto dell’Unione. Ciò sulla base del presupposto dell’intrinseca diversità del modello italiano di legalità penale rispetto a quello eurounitario e convenzionale: la configurazione costituzionale della legalità penale, sulla scorta dell’art. 25, co. 2, Cost., è tale da ricomprendere nella relativa garanzia ogni aspetto della punizione, come ad esempio la prescrizione, mentre la garanzia sovranazionale della legalità penale si riferisce alla sola fattispecie e alla sanzione. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 115 del 2018, aveva fatto valere un’accezione particolarmente forte del principio di legalità *sub specie* determinatezza; dal canto suo la Grande Sezione della Corte di Giustizia, con la sentenza “Taricco 2”, aveva riconosciuto che il primato del diritto UE fosse recessivo rispetto all’osservanza del principio di legalità penale. In un contesto siffatto il mutamento di orientamento della Corte di Giustizia ha suscitato da subito l’attenzione dei commentatori¹³, poiché suscettibile di avere effetti inattesi.

¹²Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.* In proposito v. E. LUPO, *La sentenza europea Taricco bis: risolti i problemi per il passato rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. cont.*, n. 12/2017, 110 ss.; F. VIGANÒ, *Legalità nazionale e legalità europea in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. Taricco II*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1281 ss.

¹³V. F. VIGANO’, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell’Unione Europea*, cit.; N. RECCHIA, *La proporzione sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, n. 4/2022, 871 ss.; ivi P. F. BRESCIANI, *Contro le pene eccessive: al rimedio costituzionale si aggiunge la disapplicazione europea*, 637 ss.; M. G.

L'orientamento precedente dei giudici di Lussemburgo sembrava invero consolidato nell'attribuire la configurazione dell'apparato sanzionatorio ai legislatori nazionali, identificati come i destinatari naturali dell'obbligo di prevedere pene non sproporzionate. La materia rimaneva dunque affidata all'esercizio della discrezionalità legislativa, laddove, secondo la Corte di Giustizia, una diversa soluzione rischiava di «imporre al giudice nazionale di sostituirsi al legislatore nazionale».¹⁴

Tale prospettiva viene completamente ribaltata nella sentenza *NE*: in essa si afferma, infatti, che il margine di discrezionalità degli Stati membri nella definizione del regime sanzionatorio, in caso di violazione delle disposizioni adottate nel recepimento delle direttive UE, «trova i propri limiti nel divieto, enunciato in termini generali ed inequivocabili...di prevedere sanzioni sproporzionate».¹⁵ Inoltre, per la Corte, è possibile esercitare un controllo giurisdizionale volto a «verificare se lo Stato membro interessato abbia ecceduto i limiti fissati a tale margine di discrezionalità».¹⁶

L'effetto diretto della Direttiva 2014/67/UE, sul punto, comporta che il divieto di pene sproporzionate possa essere «invocato dal singolo e applicato dalle autorità amministrative e giudiziarie nazionali»¹⁷; ma le affermazioni della Corte di Giustizia guardano ben oltre la disposizione oggetto della controversia. Essa giunge, infatti, a dare una qualificazione precisa al principio di proporzionalità, così come codificato dall'art. 49, par. 3, della Carta dei Diritti, come principio generale del diritto dell'UE, valevole, in quanto tale, in ogni ambito in cui gli ordinamenti interni diano attuazione al diritto europeo, anche a prescindere dalla sussistenza di specifiche normative di armonizzazione delle sanzioni applicabili. L'art. 20 della Direttiva 2014/67/UE, infatti, si limita a richiamare il principio generale dell'art. 49, par. 3, della Carta dei Diritti, avente carattere imperativo: la

BRANCATI, *La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire dalla sentenza C-205/2020*, in *Arch. pen.*, 2022, 1 ss.

¹⁴CGUE, sent. *Link Logistic*, par. 51.

¹⁵Sentenza *NE*, par. 27.

¹⁶Sentenza *NE*, par. 28.

¹⁷Sentenza *NE*, par. 29.

proporzionalità della sanzione di matrice europea assume dichiaratamente valenza di norma *self-executing*.

Per la Corte di giustizia il fine di rispettare la proporzione sanzionatoria vincola i giudici degli Stati membri, i quali saranno chiamati a disapplicare le norme interne contrastanti nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate: la disapplicazione, infatti, potrà riguardare i soli frammenti normativi che impediscano che l'applicazione della sanzione risponda al principio di cui al predetto art. 49, par. 3.

Così facendo la Corte di giustizia ammette espressamente che il diritto dell'Unione interferisce con la legalità sanzionatoria, *sub specie* proporzionalità. Ciò presenta importanti risvolti: l'orientamento considerato, infatti, si offre ad approfondimenti di valenza strutturale, che coinvolgono la dimensione multilivello della legalità penale, in un sistema sovranazionale che si spinge sempre più avanti nell'integrazione degli ordinamenti statuali anche in settori, come quello penale, maggiormente sensibili alle singole tradizioni giuridiche. Inoltre, si evidenziano questioni relative al rapporto tra discrezionalità legislativa e discrezionalità giudiziale, e al ruolo del sindacato di legittimità costituzionale.

Sul primo versante la dottrina si è da tempo impegnata nella ricostruzione della relazione tra diritto dell'Unione Europea e sistema penale domestico, andando alla ricerca delle modalità che consentono di conciliare paradigmi ordinamentali differenti, e modellando l'adattamento del sistema penale secondo canoni che non rinuncino ai principi costituzionali¹⁸.

In tale sforzo di adeguamento potrebbe avere una valenza risolutiva l'obbligo di interpretazione conforme¹⁹, nei limiti in cui il tenore dell'enunciato normativo si

¹⁸V., nell'amplissima letteratura, G. PALOMBELLA, *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, in *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di J. Klabbers, G. Palombella, Cambridge, 2019, 363 ss.; E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *Nel mondo della legalità al plurale e dell'interconnessione*, in *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. Chiti, di A. Di Martino, G. Palombella, Bologna, 2021; A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 119 ss.; V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 285 ss.

¹⁹O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013, 160 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e*

presti ad una simile operazione. La legalità penale *sub specie* riserva di legge riemerge invece, ogniqualvolta entrino in gioco effetti incriminanti o aggravanti: in questi casi si dovrà andare alla ricerca del modo in cui le norme sovranazionali definiscono le garanzie individuali e dei margini di apprezzamento utilizzabili a livello interno. Emerge così la problematicità di un sistema in cui si sovrappongono due modelli diversi di legalità penale, ed in cui il principio del primato può costringere gli ordinamenti nazionali a cedere il passo,²⁰ mettendo in crisi i fondamenti del diritto interno, che fa della riserva di legge una delle articolazioni principali della legalità penale, ponendola al crocevia tra le garanzie individuali e quelle di sistema, sottese all'assetto costituzionale dei poteri.

Questa ambivalenza è del tutto sconosciuta alla legalità di matrice europea, che è meno condizionata dai profili istituzionali: i sistemi di produzione delle norme dell'Unione appaiono connotati da una certa promiscuità, in un contesto in cui l'interpretazione giudiziale gioca un ruolo decisivo di co-determinazione dei precetti²¹. Il canone costituzionale della riserva di legge, al contrario, postula la determinazione delle norme penali ad opera della legge parlamentare; anche laddove a stemperare il conflitto tra i due livelli della legalità intervenisse l'esito *in bonam partem* del primato delle norme europee, ciò non basterebbe a fugare tutti i restanti dubbi: se il *favor rei* è destinato a prevalere sulla riserva di legge, rimangono aperte le questioni relative al rispetto del principio di uguaglianza,

scienza penale. *Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, spec. p. 53 ss. e p. 101 ss.

²⁰V., per tutti, R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, ESI, 2016, 294 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; V. 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.*, 2, 2012, 167 ss.; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni I*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, 318 ss.; V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo, Fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, Torino, 2020.

²¹D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e disegni di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2015, 1 ss., cit.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit.; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, 4 ss.

legate alla coerenza interna della risposta ordinamentale ai comportamenti penalmente rilevanti e all'uguaglianza trattamentale.

Gli argomenti spesi dalla Corte di giustizia nella sentenza *NE*²², dunque, imperniati sulla considerazione che la disapplicazione imposta ai giudici interni opera nel senso di determinare un'attenuazione e non un aggravamento del trattamento sanzionatorio, non appaiono del tutto risolutivi, ed è per questo motivo che autorevole dottrina ha prospettato la perdurante necessità del giudizio accentrato sulla proporzionalità delle sanzioni svolto dalla Corte costituzionale,²³ onde superare le possibili spinte disgregatrici conseguenti ad un eccesso di discrezionalità giudiziale.

Una simile prospettiva non si presenta però con carattere di immediatezza, né di obbligatorietà: nelle ipotesi in cui appaia violata la proporzionalità della sanzione ex art. 49, par. 3, della Carta dei diritti, quale principio costituzionalmente vincolante nelle materie di applicazione del diritto UE, i giudici comuni non sono tenuti a percorrere la strada della rimessione alla Corte costituzionale. Essi, infatti, disapplicando i livelli edittali incompatibili con il suddetto principio possono addivenire ad una commisurazione della sanzione che appaia perfettamente coerente con le caratteristiche del caso concreto²⁴, realizzando così, nelle dinamiche applicative del diritto penale, l'integrazione tra diritto interno e legalità di matrice europea. La prospettiva fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento sposta dunque l'attenzione su uno snodo che è di particolare attualità²⁵, e che riguarda il ruolo della discrezionalità giudiziale rispetto alla legalità penale.

3. Proporzione sanzionatoria e ruolo dei giudici tra disapplicazione e interpretazione unionalmente orientata.

²²Sentenza *NE*, par. 48.

²³F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., 17 ss., N. RECCHIA, *La proporzione sanzionatoria*, cit., 891 ss.

²⁴Per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989, 135 ss.

²⁵V. Corte cost., sent. 21 ottobre 2021, n. 197, sul rapporto tra proporzionalità "in concreto" e misure di sicurezza.

Il rapporto tra legalità europea e legalità nazionale in materia penal-sanzionatoria, incrocia, dunque, la declinazione giudiziale del principio di proporzionalità. È in sede di applicazione, infatti, che i giudici procedono a valutare il fatto penalmente rilevante, ponendolo in relazione alle qualità proprie della persona che lo ha commesso, secondo i parametri indicati dall'art. 133 c.p., in modo da raggiungere la realizzazione della volontà legislativa sul piano delle risposte ordinamentali alle violazioni di legge. Il ruolo della proporzionalità della pena è cruciale nel limitare la potestà punitiva, assicurando sempre l'adeguatezza tra la pena e la gravità del fatto commesso.

Tale rapporto di coerenza deve sussistere in astratto, per quanto concerne la cornice edittale legislativamente posta: le scelte di politica criminale sono rimesse alla responsabilità del legislatore, e ogni eventuale dubbio sulla loro conformità alla proporzione sanzionatoria sarà vagliato dalla Corte costituzionale, che non ha mancato di insistere sulla necessità di una individualizzazione della pena, come «naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale»²⁶, oltre che sul rapporto necessario tra il buon funzionamento del finalismo rieducativo e l'effettiva proporzionalità della conseguenza sanzionatoria.²⁷

La proporzione sanzionatoria però, oltre che come coefficiente di congruità astratta tra la gravità del fatto e la sanzione normativamente previsti, vale come criterio che deve essere utilizzato nella fase applicativa, ovvero nel momento in cui il giudice determini in concreto la misura della pena, compiendo un apprezzamento discrezionale nella valutazione del caso.²⁸ Tale operazione, in effetti, va nel senso di

²⁶Per la Corte costituzionale, sent. n. 50/1980, «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». V. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.

²⁷Corte cost., sent. n. 197/2021.

²⁸L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, Giuffrè, 2010; D. BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione da pena per fatto*

colmare la distanza che intercorre tra la fattispecie legale e i fatti oggetto del giudizio, tenendo conto delle loro caratteristiche e delle circostanze occorse.

In questa sua dimensione concreta la proporzionalità non si presta ad essere valutata nell'ambito del giudizio di costituzionalità, ma rimane interamente affidata ai giudici ordinari, che, in ragione della loro prossimità al fatto, sono chiamati ad adattare in concreto la misura della pena stabilita per legge, sfruttando i margini di elasticità offerti dalla previsione generale ed astratta. Essi si muoveranno tra i minimi edittali, che sono funzionali a tutelare l'uguaglianza dei soggetti dinanzi al rischio di decisioni giudiziali arbitrarie, e i massimi, che stabiliscono il limite del sacrificio che l'ordinamento può imporre ai soggetti in ragione della gravità del comportamento commesso. Legalità e proporzionalità, dunque, richiedono un «doppio giudizio commisurativo tra entità giuridiche astratte (principi e norme) e tra la risultante del primo e il profilo di contestualità dell'accadimento concreto».²⁹

L'applicazione di una sanzione proporzionata è imprescindibile per la realizzazione del principio di colpevolezza, visto nelle sue componenti di unitarietà, personalità, rieducazione, secondo l'interpretazione che la Corte costituzionale ha offerto dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost.³⁰: personalità e rieducazione compongono il volto costituzionale della sanzione penale, non solo nel senso del divieto di responsabilità per fatto altrui, ma anche come responsabilità per il fatto proprio colpevole, nel senso che solo colui che poteva controllare consapevolmente le conseguenze materiali delle proprie azioni o omissioni è suscettibile di rieducazione. Il profilo di personalità della sanzione ne presuppone la individualizzazione: il giudice dovrà tenere conto delle specificità relative alle qualità personali del soggetto e delle circostanze del fatto; ciò anche al fine delle esigenze di prevenzione generale e di tutela collettiva che le sanzioni penali, solo se effettivamente proporzionate, possono soddisfare.

tenue, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE. G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, Giuffrè, 2018, 247 ss.

²⁹Così M.G. BRANCATI, *La pena proporzionata*, cit., p. 20.

³⁰Il riferimento è alla storica sentenza Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364.

Tutti questi profili sono evocati dalla sentenza C-205/20, che, però, rispetto allo *status quo ante* valorizza ulteriormente il ruolo della discrezionalità giudiziale: il principio di proporzionalità, oltre a valere come parametro per valutare la coerenza della cornice edittale rispetto alla gravità del fatto³¹, viene posto come strumento concreto di adeguamento della sanzione in senso favorevole al reo, attraverso la disapplicazione della norma interna quando il minimo edittale appaia sproporzionato in eccesso.

I giudici interni, dinanzi alla violazione del principio di proporzionalità hanno a disposizione il rinvio pregiudiziale e la questione di costituzionalità, relativamente al profilo astratto delle previsioni normative; a questi strumenti si aggiunge il rimedio della disapplicazione, che riguarda la proporzionalità in concreto delle sanzioni. D'altronde, l'art. 49, par. 3 della Carta dei diritti si riferisce testualmente alle «pene inflitte», che «non devono essere sproporzionate rispetto al reato»; esso sembrerebbe, pertanto, avere riguardo al profilo applicativo-concreto della sanzione irrogata dai giudici più che a quello delle previsioni normative³²: in quest'ottica, il principio di proporzionalità unionale impone di calibrare esattamente la risposta sanzionatoria in relazione al fatto commesso.

Dal carattere *self executing* del principio la Corte di giustizia fa discendere, per la prima volta, il potere-dovere dei giudici interni di disapplicare le norme che prevedano sanzioni sproporzionate, nei limiti che consentano di ripristinare l'aderenza della pena inflitta al reato, prescindendo dal ricorso alle giurisdizioni superiori.

Non v'è chi non veda che una simile prospettazione può avere conseguenze pratiche di non poco momento, con una problematicità ancora maggiore nel caso in cui il giudice ritenga di dover procedere ad una disapplicazione non solo parziale della previsione sanzionatoria, ove non riesca a rintracciare nella cornice edittale una misura adeguata della risposta sanzionatoria. Si finirebbe, in tal modo, per

³¹Cfr., da ultimo, CGUE, sent. 15 aprile 2021 C- 935/19, *Grupa Warzywna*.

³²Sulla doppia dimensione della proporzionalità europea cfr. V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 739 ss.; E. MEZZETTI, *L'internazionalizzazione della legge penale*, in *Commentario sistematico al Codice penale. La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli, 2006, 101 ss.

avallare operazioni fortemente manipolative di adeguamento delle norme interne alla legalità penale, *sub specie* proporzione, di matrice europea: la disapplicazione totale delle disposizioni sanzionatorie, infatti, potrebbe indurre a sostituire la cornice edittale formalmente prevista con la sanzione ritenuta dal giudice proporzionata, sul presupposto che l'addizione riguarda elementi impliciti nella disposizione, considerati tali perché il principio di cui all'art. 49, par. 3, della Carta dei diritti vorrebbe che vi fossero. Lo stesso potrebbe dirsi riguardo alla sostanziale addizione di elementi ritenuti necessari ai fini di un'interpretazione/applicazione costituzionalmente orientata³³. Resta da chiarire, infatti, qual è limite oltre cui l'operazione ermeneutica non può spingersi senza che il giudice si sostituisca alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia: si rischia, in sostanza, di consentire l'introduzione di una sorta di controllo diffuso di costituzionalità o di compatibilità europea, con tutti gli immaginabili esiti in termini di disomogeneità applicativa delle cornici edittali. Tale esito tanto più appare indesiderabile se si pone mente al substrato assiologico che connota la sanzione penale anche nel momento applicativo, e che risulta dai principi posti dagli artt. 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost., che sarebbero irrimediabilmente compromessi se le disomogeneità applicative, derivanti da un fuorviante concetto di legalità penale alla stregua dei principi della Costituzione o della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, avessero l'esito di punire, in casi singoli, con pene più severe fatti di minor disvalore rispetto ad altri sanzionati, da giudici diversi, con minore severità. Si perderebbe di vista, in tale ipotesi, il fatto che la responsabilità affidata ai giudici come interpreti è quella di operare guardando sempre alla tenuta del sistema, evitando che i valori su cui è fondata la materia penale siano pretermessi, e assicurando che la discrezionalità valutativa connessa alla coscienza del caso pratico rimanga sempre dentro il perimetro dei principi costituzionali.

³³V., in senso critico, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *federalismi.it*, 6 agosto 2007; Id., *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, n. 12/2019, 345 ss. V. anche G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *federalismi*, n. 3/2021, 161 ss.

4. Disapplicazione giudiziale e ruolo del sindacato di legittimità costituzionale.

Le questioni evocate dal nuovo orientamento della Corte di giustizia rimandano, al fondamento, all'intreccio tra due nozioni distinte della legalità penale, quella nazionale e quella europea.

Sul versante interno, infatti, il contenuto composito dell'art. 25 Cost. ha delle conseguenze ben precise, per cui la disapplicazione della cornice edittale legislativamente prevista rileva, oltre che sul piano del complesso dei principi garantistici che fondano il diritto penale costituzionale, sul piano del principio di eguaglianza, e, per il tramite della riserva di legge, su quello della separazione dei poteri. Sul versante dell'Unione Europea, invece, i giudici della Corte di giustizia si concentrano solo sulle ricadute individuali della legalità penale, e, dunque della proporzione sanzionatoria, avendo cura di massimizzare le garanzie soggettive attraverso correttivi *in bonam partem*: rimane in ombra, nella dimensione europea, la valenza istituzionale del principio di legalità, imperniata sul riparto di funzioni tra legislatore e giudice.

In questo delicato crinale si era invero già inserita, proprio in materia di proporzione sanzionatoria, la Corte costituzionale, che, attraverso pronunce fortemente manipolative del dettato normativo, ha sostanzialmente occupato spazi tipici della discrezionalità legislativa. Ciò, peraltro, aveva suscitato un vivace dibattito,³⁴ che si è soffermato sul rapporto tra la tutela contromaggioritaria dei diritti fondamentali e la regola democratica.

Su questo filone della giurisprudenza costituzionale viene ora ad innestarsi l'orientamento inaugurato dalla Corte di giustizia, che, come si è visto, autorizza i

³⁴V. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss.; Id., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi*, n. 12/2021, 1 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University press, 2020; sia consentito rinviare anche a O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale*, Palermo, Palermo University press, 2022. Sul rapporto tra discrezionalità legislativa e materia penale v. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, 2016, 1 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315 ss.; Id., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi*, n. 3/2021, 86 ss.

giudici a disapplicare il disposto normativo, e ad esprimere una funzione in qualche modo creatrice nella definizione della sanzione proporzionata alla gravità del fatto commesso.

La dimensione multilivello della tutela del singolo apre così la strada a nuovi equilibri nel delicato rapporto tra discrezionalità legislativa e discrezionalità giudiziaria. Inoltre, introducendosi momenti di raccordo diretto tra i giudici comuni e la Corte di giustizia, viene in gioco anche il ruolo della Corte costituzionale, rispetto alla quale si profila l'alternativa tra l'acquiescenza all'espansione dell'intervento della giurisprudenza sovranazionale, o la rivendicazione di un ruolo di filtro ineludibile sul piano della doppia pregiudizialità. Nel primo caso la Corte costituzionale, in sostanza, accetterebbe il ruolo crescente della Corte di giustizia, che, in nome della proporzionalità delle sanzioni, lascia ampi spazi all'espressione, nei singoli casi, della discrezionalità giudiziaria. Nel secondo caso, invece, la Corte costituzionale dovrebbe rivendicare la perdurante necessità del controllo accentratore di legittimità costituzionale come unico rimedio per assicurare la conformità delle cornici edittali al principio di proporzionalità: solo in questo modo si potrebbe riuscire ad assicurare il rispetto dei profili sistemici e ordinamentali del principio di legalità penale. Si tratta di dinamiche complesse, che hanno valenze strutturali, poiché, per il tramite del dialogo diretto tra giurisprudenza sovranazionale e giudici interni, si veicolano elementi di diffusione nel giudizio di legittimità. Se la Corte di giustizia demolisce, nel nome della proporzionalità sanzionatoria, le determinazioni legislative che collocano la dosimetria della pena tra limiti minimi e massimi, è chiaro che il giudice nazionale del caso singolo, autorizzato a sganciarsi dalla commisurazione edittale, vede espandersi notevolmente lo spazio della propria discrezionalità. A maggior ragione ciò si evidenzia se si pone mente che l'orientamento della Corte di Lussemburgo sul principio di proporzionalità giunge dopo altri significativi

interventi in tema di compensazione sanzionatoria, in materia di doppio binario e di *ne bis in idem*.³⁵

La materia penale, invero, pone particolari esigenze ordinamentali di uniformità della tutela, che inducono all'affermazione di un ruolo forte delle Corti supreme: laddove per la Corte di giustizia la garanzia dei diritti non può essere lasciata alla diversa sensibilità dei legislatori nazionali, nella prospettiva della Corte costituzionale il giudizio accentrato di legittimità è l'unico rimedio che può evitare atteggiamenti condizionati dalla discrezionalità dei singoli giudici. Ciascun circuito giudiziario reagisce al timore di una frammentazione eccessiva nella tutela dei diritti fondamentali o al timore di una propria sostanziale estromissione dalla relativa garanzia, mentre rimane in ombra, in un simile contesto, il ruolo della discrezionalità legislativa.

Sintomatici della tendenza della Corte costituzionale a volere custodire la propria centralità su questioni così complesse sono la valorizzazione del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia³⁶, con cui il giudice delle leggi può sottoporre alla Corte UE le istanze promananti dai giudici comuni, veicolando al grado più elevato i dubbi che si ascrivono alla tradizione giuridica e costituzionale interna. Sempre alla volontà di mantenere la propria centralità nella tutela dei diritti fondamentali rispetto al legislatore è riconducibile la sperimentazione di nuove tecniche di giudizio, quali il ricorso alle rime solo suggerite o la decisione in due tempi³⁷, quali rimedi che consentono al giudice delle

³⁵V. CGUE, sentt. 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; 20 marzo 2018, C-596/16 e 597/16, *Di Puma e Consob*; C-537/16, *Garlsson*.

³⁶A. SCIORTINO, *Effetto diretto di alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e tutela integrata dei diritti*, in G. Corso, F. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde (a cura di) *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, ESI, 2022, 3227 ss.; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 1, 2018, 149 ss.; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2019, 167 ss.

³⁷M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2018, 644 ss.; A. SPADARO, *I limiti «strutturali» del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, ivi, 2019, 145 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit.; Sia consentito rinviare anche a O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale*, Palermo, Palermo University press, 2022, 65 ss.

leggi un'azione efficace dinanzi a scelte legislative non sempre adeguatamente calibrate, ascrivibili ad una riaffiorante tendenza ad indulgere al c.d. populismo legislativo³⁸.

Nel caso del *ne bis in idem* dinanzi alla lettura «flessibilizzante» e «tutta sbilanciata verso il giudice comune»³⁹ della Corte di giustizia, la Corte costituzionale⁴⁰ ha riaffermato con forza la centralità del giudizio di legittimità costituzionale, quale strumento che consente l'individuazione di soluzioni *erga omnes*, idonee a sollevare i giudici dall'accertamento caso per caso della violazione della garanzia. Lo stesso ragionamento potrebbe valere a proposito del principio di proporzionalità della sanzione, onde evitare gli effetti di disomogeneità che potrebbero derivare da un'episodica disapplicazione dei minimi edittali per singoli casi. Ciò lascerebbe aperta, però, la questione connessa alla duplice dimensione della proporzione sanzionatoria: se il giudizio accentrato di costituzionalità guarda, infatti, alla proporzionalità della pena in astratto, sul piano della congruità tra cornice edittale e fatto previsto, è solo il giudice del caso che può realizzare la proporzione sanzionatoria in concreto, modulando la misura della pena in base a tutte le caratteristiche del fatto. La Corte costituzionale, quale giudice delle leggi, anche quando ragiona in termini di rime adeguate opera un raffronto tra grandezze astratte, ovvero la cornice edittale prevista nella fattispecie legale e il principio costituzionale che dovrebbe guidare la determinazione legislativa. L'operato dei giudici ordinari, invece, assicura l'individualizzazione della sanzione, guardando ad eventi e comportamenti sociali al di là della mera astrazione giuridica. Questo, a ben vedere, sembra essere l'obiettivo a cui la Corte di giustizia ha guardato mutando in maniera radicale il proprio orientamento sul principio di proporzionalità delle sanzioni: incentivare la discrezionalità giudiziale non già per

³⁸F. PALAZZO, *Un nuovo corso della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2019, 2398 ss.; E. M. AMBROSETTI, *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative del diritto penale?*, in *DisCrimen*, 2019, 3 ss.; F. CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, 1231 ss.; V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019.

³⁹N. Recchia, *La proporzione sanzionatoria*, cit., p. 893.

⁴⁰Corte cost., sent. n. 149/2022.

disattendere la volontà del legislatore né per favorire l'arbitrio dei singoli giudici, ma, piuttosto, per consentire al massimo grado una risposta sanzionatoria commisurata all'accadimento concreto, in grado di sanare lo scarto tra l'ambito della legalità costituzionale⁴¹, le previsioni legislative e la dimensione della realtà empirica.

⁴¹F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in G. De Francesco- A. Gargani (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, Giuffrè, 2017, 14 ss.; D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, 11 ss.