

DIRITTO

E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



1/2 2022 • ANNO X

Riflessioni sull'uso del canone di proporzionalità nelle scelte di criminalizzazione

PASQUALE TRONCONE

ABSTRACT

The study intends to propose a reflection on the canon of proportionality starting from the systematic appeal established in the jurisprudence of the Italian Constitutional Court to verify the appropriate provision of the penalty and its dosimetry. In reality the proportionality fee takes on a much broader function for the art. 49 and 52 of the Nice Charter, not only to verify the congruity and reasonableness of the choice of criminalization both in the planning phase of the incriminating law and as a canon of control of the legislation in force. In the "triadic" investigation model on proportionality, therefore, the entire regulatory spectrum of the punishable act ends up being included as prescriptively indicated by the art. 49 "Principles of legality and proportionality of crimes and penalties".

SOMMARIO: 1. Premessa: sui formanti della giurisprudenza normativa europea (rectius diritto giurisprudenziale). – 2. L'emersione del criterio di proporzionalità come presidio legislativo di governo e di controllo della materia penale. Oltre la proporzione della pena. – 2.1. La ricerca di nuovi approdi per il controllo di legittimità. – 3. La proporzionalità come canone di scrutinio dell'adeguatezza di un fatto incriminato rispetto al suo disvalore sociale. Prospettive di una nuova dimensione punitiva. – 4. Le coordinate ermeneutiche della nuova piattaforma normativa. – 4.1. La dignità umana come "valore tiranno"? – 5. Punto di partenza per analizzare la proporzionalità: simmetria sanzionatoria rispetto alla gravità del fatto. – 5.1. La nuova dimensione para-penal-punitiva del diritto civile (cenni). – 6. Il canone di proporzionalità nello specchio del vaglio triadico di una procedura argomentativa nella fase del progetto normativo (non solo legislativo). – 6.1. Legittimità ovvero razionalità della motivazione. – 6.2. Necessarietà (o, meglio, necessità). – 6.3. Idoneità. – 6.4. Adeguatezza sanzionatoria. – 6.5. Simmetria punitiva in fase comminatoria versus il rischio di asimmetria nella fase esecutiva. – 7. Verso un moderno liberalismo penale di stampo continentale.

1. Il sistema giuridico convenzionale e pattizio, intervenuto con autentico rigore a rafforzare la legalità nazionale, è stato chiamato in causa negli ultimi tempi a esercitare forme di controllo sulle norme della legislazione penale italiana e sulle scelte di criminalizzazione¹.

¹ Il caso pilota in questo ambito e soprattutto per i nuovi orizzonti normativi che si propongono è quello annoverato nella Sentenza c.d. Taricco resa dalla Corte di Giustizia di Lussemburgo, Grande Sezione, il giorno 8 settembre 2015 nella causa C-105/14, in materia di prescrizione dei reati tributari. Facendo ricorso all'applicazione dei principi dettati sia dalla Corte EDU che dalla Corte di Giustizia, si argomenta intorno alla richiesta di disapplicazione della legge ex-Cirielli sulla riduzione dei termini di prescrizione ordinari per i reati tributari. Per tutti i ricchi riferimenti bibliografici e gli effetti dei principi generali delle Carte Europee, si rinvia a AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, 24 febbraio 2017, a cura di A. BERNARDI E C. CUPELLI, Napoli 2017. L'epilogo si è registrato con la decisione a seguito del rinvio pregiudiziale, Corte cost., sent. n. 24

La razionalità normativa, dunque, non è più soltanto affidata al giudice interno e alla Corte costituzionale come vertice della piramide chiamata a scrutinare la conformità della legge ai principi nazionali, ma ormai anche la giurisdizione sovranazionale, attraverso la lente delle prescrizioni convenzionali e del diritto dei Trattati, esercita un immancabile e decisivo vaglio critico su tutta la legislazione continentale.

In questo modo, non è il gioco il rischio di ridimensionamento della sovranità parlamentare del singolo stato aderente, seppure essa risulta in qualche modo incisa nelle scelte, nelle stesse ragioni politico criminali che sono alla base delle decisioni legislative, ma accade in positivo che la griglia messa a punto per il controllo di conformità successivo può divenire anche lo strumento utile a prevenire decisioni legislative poco ponderate (o poco prevedibili) e leggi in contrasto con l'ordinamento giuridico continentale.

Secondo il modello tradizionale il controllo di conformità è quello effettuato a valle dell'esercizio del potere precettivo che investe la decisione legislativa, nella fase della concreta applicazione della legge, dove il cardine del controllo non è soltanto l'articolazione del fatto vietato, ma se le ragioni e la necessità del divieto sono congruamente motivate e adeguate, e non solo in punto di pena, al condizionamento dei diritti della persona che inevitabilmente consegue alla previsione di una limitazione del diritto di libertà².

La realtà della legalità europea apre nuovi fronti di indagine sulla legislazione continentale e, oltre che pesare preventivamente sulle intenzioni manifestate a monte dal legislatore nazionale, può spiegare la sua più significativa efficacia utilizzando una griglia di controllo di conformità che attinge direttamente alla Carta di Nizza e alla Convenzione EDU, due diversi ma determinanti livelli normativi di principio³ che si propongono come gli strumenti operativi dell'armonia legislativa nel sistema eurounitario e, allo stesso tempo, di controllo con effetti di abrogazione o di disapplicazione di norme nazionali non conformi⁴.

Il principio⁵ di proporzionalità nel diritto penale già da alcuni anni sta emergendo nella giurisprudenza italiana come un significativo parametro di controllo sul complesso delle scelte legislative, legate in primo luogo, e in realtà da sempre, alla verifica della simmetria quantitativa della risposta sanzionatoria, della pena, rispetto alla gravità del fatto illecito preveduto come reato. Ma vi è di più.

del 26 gennaio 2017, in www.cortecostituzionale.it, proposto dalla nostra Corte, in cui è stata riconosciuta la compatibilità della nostra legge sulla prescrizione al quadro dei principi fondamentali dell'Unione Europea, come analizzato da C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, proc.pen. a carico di M.A.S. e M.B.*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2017.

² A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997.

³ A questo proposito è quanto mai significativa l'espressione utilizzata da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2017, 156: "la Costituzione segna i confini dell'inclusione o dell'esclusione alla vita costituzionale, la legge l'espressione di questa vita;".

⁴ Molto interessante il caso risolto dalla Suprema Corte in ordine alla c.d. protezione sussidiaria, allorchè nel paese di provenienza, cui andrebbe applicata la misura di sicurezza dell'espulsione, vige la pena di morte. Costantemente ormai il giudice nazionale procede al procedimento di disapplicazione della norma interna che confligge con il diritto dell'Unione e in particolare invoca il ricorso all'efficacia congiunta della Convenzione EDU, della giurisprudenza della sua Corte e della Carta di Nizza per giustificarne come norme di principio, si veda Cass. pen., sez. I, 18 maggio 2017, n. 49242, in www.cassazione.it.

⁵ Indichiamo in questo caso la proporzionalità come principio, come referente ispiratore, ma successivamente si utilizzerà la categoria del criterio o della regola per designare un mezzo operativo nel suo concreto utilizzo.

Nuovi orizzonti si aprono a questo punto sul tema del controllo legislativo e sul contenimento dell'uso della discrezionalità nella fase dell'iniziativa prescrittiva che intraprende il legislatore⁶.

Su questo spinoso terreno la Corte costituzionale, nella sua costante opera di rimodellamento progressivo e costante della razionalità punitiva, ha esercitato negli ultimi anni un ruolo importante nella verifica di compatibilità, spingendosi anche oltre nei suoi ultimi arresti, alla ricerca di una necessaria razionalità che deve informare prima di ogni altra cosa la scelta dell'incriminazione⁷.

Il tema che intendiamo indagare è quello della coerenza sistematica rispetto ai principi di governo della materia penale delle decisioni dettate dalla sovranità legislativa che si risolvono in opzioni di incriminazione, sottoponendo alcuni esempi della più recente legislazione al vaglio di proporzionalità. Una proporzionalità che non può essere chiamata in causa solo per verificare la ragione della scelta selettiva delle sanzioni rispetto alla gravità del fatto ipotizzato nel precetto, ma anche per controllare il fondamento della stessa *ratio* punitiva.

Orbene, in presenza di un rigido principio di legalità interno della fonte, espressa soprattutto dalla riserva di legge che non consente incursioni di sindacato sulla individuazione della rilevanza del fatto punibile, occorre verificare se l'impianto tradizionale ha mantenuto una sua impermeabilità nella fase della decisione legislativa oppure l'ingresso di fonti sovranazionali pattizie, corroborate dalla giurisprudenza della Corte EDU sui diritti, abbia fatto cedere il terreno della legalità formale aprendo la strada a un vaglio fino a qualche tempo fa del tutto precluso e per questo imprevedibile.

L'irrompere delle fonti sovranazionali, come si vedrà più avanti, ha aperto la forbice che tiene insieme le fonti della legalità penale, ossia la legge (e la sua riserva) e il diritto (*in action*).

In buona sostanza, l'intento è quello di verificare la fondata affidabilità ordinamentale di un parametro di valore che possa garantire conformità della norma penale ai principi fondamentali⁸, che investono scelte sia di conio nazionale sia di conio europeo, ossia l'adozione di un parametro come quello di proporzionalità che miri a conformare l'intero percorso della vicenda normativa, partendo dalla scelta di incriminazione, passando alla verifica della relativa risposta sanzionatoria, ma non trascurando di considerare i risvolti processuali di accertamento del fatto e della sua responsabilità

⁶ Il controllo sulla legislazione è auspicato, e non si può non essere d'accordo, anche nella fase preventiva di progettazione della legge (noi riteniamo della norma penale), si veda M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna 2017, 47: «Il nuovo costituzionalismo fornisce dunque un arsenale di tecniche argomentative che giudici costituzionali e internazionali possono impiegare *ex post* per controllare le soluzioni dei conflitti fra principi da parte di governi e legislatori. Ma queste stesse tecniche potrebbero anche essere impiegate *ex ante*, da governanti rispettosi dei principi costituzionali».

⁷ Il controllo di conformità delle leggi penali da parte della Corte costituzionale è il tema che rimane al centro di un dibattito che registra sempre nuovi spunti per l'evoluzione del contesto su cui si misura la discrezionalità legislativa in materia penale, come ampiamente trattato da M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 17 novembre 2016. Corte cost., sent. n. 236 del 21 settembre 2016, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., sent. n. 179 del 7 giugno 2017, in www.cortecostituzionale.it. In questo senso va rilevato che la Corte ha stabilito un dialogo indiretto con il legislatore già con Corte cost., sent. n. 26 del 5 maggio 1979, in www.cortecostituzionale.it: «È giurisprudenza costante della Corte che la configurazione delle fattispecie criminose e le valutazioni sulla congruenza fra i reati e le pene appartengono alla politica legislativa; salvo però il sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore, cioè sulle sperequazioni che assumano una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate. Ma questo è appunto il caso della norma impugnata, là dove essa commina, per l'omicidio tentato ai danni di un superiore, la massima fra le sanzioni penali previste in tempo di pace».

⁸ Occorre a questo punto precisare che, pur essendo indifferentemente utilizzati nel diritto penale i termini valore e principi, resta il fatto che concettualmente occorre tenere distinti: le *regole*, componenti costitutive della legislazione; i *principi*, elementi del quadro enunciativo della Costituzione; i *valori*, espressioni della cultura di un popolo.

nonchè la fase della esecuzione della pena per fini di coerenza con la precedente fase della minaccia sanzionatoria.

Fare uscire la proporzionalità dall'ombra della ragionevolezza⁹ vuol dire riconoscere spessore a un canone di razionale giudizio, un tempo considerato intrinseco alla ragionevolezza imperniato esclusivamente sul tema della simmetria sanzionatoria, oggi da valutare come *test* indipendente e criterio costitutivo di una futura griglia di controllo sulla previsione incriminatrice¹⁰.

Il nuovo fronte di indagine è fondato, a nostro avviso, sull'art. 52 della Carta di Nizza in grado di sottoporre al vaglio la norma penale a partire dalla scelta discrezionale di previsione di un fatto come reato, fino alla verifica della necessità di mantenere in equilibrio: sacrificio del diritto di libertà del singolo e tutela dei diritti della collettività.

La divaricazione del controllo, frammentata nei due distinti canoni di ragionevolezza e proporzionalità, può decisamente assumere un suo specifico e analitico fondamento anche a causa della diversa natura dei due strumenti di verifica. La ragionevolezza è un criterio strettamente giuridico che attiene all'indagine condotta soltanto sul materiale normativo dell'ordinamento, appunto la legge, al fine di verificare coerenza nella scelta dell'incriminazione e la razionale motivazione del sacrificio dei diritti. Si tratta di un sindacato sulla scelta "quantitativa" compiuta dalla potestà legislativa. La proporzionalità, invece, è un canone che mostra caratteri anche di natura politica che si aggancia alla scelta "qualitativa" della legislazione, al movente provvedimentale e, dunque, finisce per muovere un sindacato sulla discrezionalità in termini di *necessità e idoneità* dell'intervento normativo, inteso come diritto¹¹.

Il profilo delle scelte politiche in materia di lotta alla criminalità è l'aspetto più indipendente e imprevedibile della proporzionalità, poiché lega la motivazione dell'azione legislativa a ragioni di estensione o di autocontenimento della previsione incriminatrice.

Infatti, la pena resta il tema centrale in tutto il percorso di progettazione della norma penale e di verifica di compatibilità con il sistema, la necessità che la impone, la specie, la misura, ma alla pena si affianca il tema della tipicità offensiva del fatto incriminato di cui poco si discute.

2. Il canone parametrico della proporzionalità è ormai patrimonio consolidato della giurisprudenza costituzionale italiana degli ultimi tempi sulla scia del costituzionalismo globale che ha elevato il

⁹ L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899. Nella letteratura penalistica il riferimento al tema sulla ragionevolezza è l'ampio saggio di G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano 2003.

¹⁰ Significativa è la ponderazione da parte della Corte costituzionale del criterio di proporzionalità proprio in materia di sanzioni penali, in Corte cost., sent. n. 220 del 29 maggio 1995, in www.cortecostituzionale.it: «Il primo -che rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.), coniugato alla tutela del lavoro e della dignità del lavoratore (artt. 4 e 35 Cost.)- implica che il potere deve estrinsecarsi in modo coerente al fatto addebitato, che quindi deve necessariamente essere valutato e ponderato, nel contesto delle circostanze che in concreto hanno connotato il suo accadimento, per commisurare ad esso, ove ritenuto sussistente, la sanzione da irrogare parametrandola alla sua maggiore o minore gravità».

¹¹ Non è un caso che la proporzionalità, detta in senso stretto, è oggetto da anni di attenzione da parte del diritto pubblico e in particolare del diritto amministrativo, il diritto autoritativo per eccellenza, alla ricerca dell'equilibrio tra sacrificio dei diritti o degli interessi e tutela di diritti e interessi concorrenti. Naturalmente il canone di proporzionalità attiene all'azione amministrativa *in action*, senza mai trovare alcuna ingerenza negli aspetti motivazionali dell'azione legislativa, della fonte del diritto, il cui ambito di discrezionalità non è mai stato sindacato.

principio di proporzionalità a concetto generale. Uno di quei necessari raccordi concettuali che concorrono a costituire la griglia di controllo di tutto il materiale legislativo messo in campo dal potere parlamentare e, molto più spesso negli ultimi anni, anche da parte del potere esecutivo attraverso la legislazione delegata¹².

La dottrina costituzionalistica è da tempo impegnata sul filone dell'indagine giuridica per riconoscere concretezza al criterio di proporzionalità, profilandone il valore autonomo e delineandone con puntualità i confini applicativi¹³. Uno sforzo che punta, in particolare, a individuare i contenuti distintivi con il principio di ragionevolezza, da cui trae origine, che nel tempo ha assunto un ruolo sovrano e indiscusso nello scrutinio di costituzionalità delle leggi penali in Italia¹⁴.

Diversamente dalla ragionevolezza il criterio di proporzionalità, soprattutto per come è stato trattato per la prima volta in maniera esplicita e qualificativa nella sentenza n. 236 del 2016 della Corte costituzionale italiana, sembra arricchito di nuovi segmenti argomentativi che decisamente lo divaricano dalla ragionevolezza¹⁵.

La ragionevolezza è un criterio giuridico "puro", il cui aggancio all'art. 3 Cost. lo rende decisamente declinato e vincolato, immune da contaminazioni concettuali che appaiano divergenti e, dunque, destinato a non cedere rispetto alla premessa di valore originaria¹⁶. Il tema centrale secondo questo angolo prospettico, infatti, è la solidità insormontabile del divieto di discriminazione.

In realtà, come sostiene la dottrina costituzionalista, da un punto di vista operativo la ragionevolezza è un criterio di completamento rispetto a qualsiasi altro principio fondamentale e ogni questione di legittimità costituzionale reca con sé, sia pure in forma implicita e inespressa, un controllo di ragionevolezza¹⁷. La convinta e sicura riferibilità al principio di uguaglianza non lascia spazio a

¹² Per tutti i difetti, non solo tecnici, che emergono nella recente legislazione, si rinvia a C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012.

¹³ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000. AA.VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Palazzo della Consulta - Roma in data 24-26 ottobre 2013, www.cortecostituzionale.it.

¹⁴ Sul tema si segnalano i lavori più significativi: F.C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 350; G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino 1997, 264; G. VASSALLI, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli 2006; *ivi* e C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*.

¹⁵ Appare interessante notare che il giudice relatore della sentenza n. 236/2017 della Corte costituzionale aveva già esposto la sua idea sui canoni di controllo del Giudice delle leggi, mostrando particolare attenzione alla enucleazione del criterio di proporzionalità come distinto e autonomo rispetto alla ragionevolezza, in M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione tenuta in Roma presso il Palazzo della Consulta in data 24-26 ottobre 2013 a margine della *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola cit.*: "A differenza di altre Corti, che associano al principio uno specifico standard o test di giudizio (sul punto tornerò tra breve), nella giurisprudenza costituzionale italiana si nota un uso promiscuo di termini come razionalità, ragionevolezza, proporzionalità, ma anche adeguatezza, coerenza, congruenza, non arbitrarietà, pertinenza e molti altri, quasi si trattasse di sinonimi. Ai fini delle presenti riflessioni è bene sottolineare che la Corte costituzionale italiana non opera alcuna distinzione tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità, i quali sono spesso usati in modo del tutto fungibile l'uno rispetto all'altro". Sul concetto di ragionevolezza intrinseca e sull'intervento adeguatore della Corte sui quadri edittali, si rinvia al più ampio lavoro di P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, 176.

¹⁶ L'emersione della ragionevolezza legata al principio di eguaglianza è dovuta all'opera di PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova 1965, 657. Per i rapporti concettuali tra eguaglianza e canoni di controllo si rinvia invece a M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2013, 191.

¹⁷ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova 1973,

elementi costitutivi o integrativi diversi, anche se nel corso del tempo la stessa giurisprudenza costituzionale ha utilizzato in maniera differente il criterio¹⁸.

Orbene, l'opera di conformazione ai principi costituzionali è puntualmente definita, considerando il quadro sistematico entro il quale viene valutata la fattispecie sospetta, operando una valutazione di congruità delle scelte, seppure rigidamente ancorate al *tertium comparationis* per parametrare la coerenza prescrittiva¹⁹. In questo modo, diversamente dalla ragionevolezza in senso stretto, la proporzionalità veniva a rappresentare una sorta di "ragionevolezza intrinseca" alla scelta legislativa repressiva, secondo una esclusiva prospettiva sanzionatoria, un'espressione di simmetria che permea il tratto genetico del principio che ne garantiva la tenuta di coerenza nel sistema.

In realtà, nel corso del tempo e con una sempre maggiore opera di armonizzazione delle fonti sovraordinate, la proporzionalità ha guadagnato l'affrancamento dal canone di ragionevolezza, dal quale si dipartiva e dal quale la Corte ha stabilito nuove e significative distanze argomentative, compiutesi -a nostro parere- definitivamente con la sentenza n. 179 del 2017²⁰.

Cosicché, mentre la violazione della ragionevolezza si riscontra quando emerge una contraddizione all'interno dello stesso testo legislativo o per analoghe classi di reati dove sussista un medesimo livello di disvalore del fatto punibile, presentandosi comunque come un criterio di contenimento all'arbitrio del legislatore, la proporzionalità, a nostro parere, compare come strumento di valutazione della congruità originaria del movente legislativo e della scelta di criminalizzazione, una valutazione che prescinde il sistema e mira a stabilire -e poi verificare- un momento di equilibrio tra esigenze esogene e scelte precettive.

Appunto dalle fonti occorre partire per localizzare e circoscrivere il fondamento normativo e quanta strada il canone di proporzionalità ha percorso nella giurisprudenza della Corte costituzionale di riflesso eurounitario, guadagnando via via la natura di formante legislativo prima e del diritto poi.

2.1. Il primo vero e decisivo momento di riflessione sulla proporzionalità viene offerto dalla nostra Corte delle leggi in una decisione la n. 487 del 1989, valorizzata per molti altri aspetti, ma non

1582, secondo il quale la ragionevolezza "si inserisce probabilmente in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita e inespressa".

¹⁸ Sul tema, ampiamente e per tutte le relazioni prospettiche, si rinvia a G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano 2007.

¹⁹ La stessa Corte cost., sent. n. 10 del 25 gennaio 1980, in www.cortecostituzionale.it chiarisce il meccanismo operativo del parametro di ragionevolezza attraverso l'uso del *tertium comparationis*: «In effetti le valutazioni di legittimità costituzionale sul rispetto del principio di eguaglianza, sebbene operabili e concretamente operate nelle forme più diverse e nei più vari settori dell'ordinamento giuridico, comportano per definizione che la normativa impugnata venga posta a raffronto con un'altra o con altre normative (sia pure estendendo l'indagine alle difettose previsioni ovvero alle lacune dell'ordinamento giuridico), per stabilire in tal modo se il legislatore abbia dettato disposizioni così poco ragionevoli da doversi ritenere costituzionalmente illegittime».

²⁰ Sul punto Vittorio Manes si esprime in maniera netta sulla rilettura autonoma della proporzionalità: «In altri termini, seguire una prospettiva attenta alle specificità del diritto penale impone di procedere secondo una approssimazione a più stadi, e di prediligere una interpretazione non solo "antianalogica" ma ulteriormente "tassativizzante" e "tipizzante", le cui fondamentali direttrici possono trarsi dagli ulteriori principi-limite che contraddistinguono il penale come *ius exceptum*: il *principio di offensività*, che un roccioso orientamento della Corte costituzionale riconosce come "canone ermeneutico universalmente accettato" ma anche il *principio di proporzione*, che la stessa Corte ha ormai affermato come principio autonomo (ed indipendente da geometrie comparative), e che come tutti i principi può operare -deve operare- anzitutto come criterio interpretativo, quale riflesso di un più generale canone di "saggezza pratica e buon senso [...] nell'esercizio dell'*ars interpretandi*», in V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018, 15.

convincentemente coltivata per questa nuova pista di indagine che oggi acquista un più ampio orizzonte ermeneutico: «Il principio di proporzionalità, inteso non soltanto quale proporzione tra gravità del fatto e sanzione penale bensì, anche e soprattutto, quale "criterio generale" di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da perseguire, conferma che soltanto lo Stato è in grado, avendo piena consapevolezza di tutti gli strumenti idonei a compiutamente realizzare la direttiva in esame, d'effettivamente garantire, sotto questo aspetto, la comunità»²¹.

Per quanto concerne il primo presidio della piattaforma normativa questo va riconosciuto nel dettato dell'art. 49 della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, che riveste lo stesso valore giuridico dei Trattati, in forza dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione Europea (TUE), come modificato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008 n. 130, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009. La norma stabilisce al terzo comma che: «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

D'altra parte, la Convenzione EDU interviene a rafforzare il dettato dell'art. 3 della nostra Carta costituzionale, poiché all'art. 1 del protocollo addizionale n. 12 stabilisce il *Divieto generale di discriminazione*: «1. Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione».

Non vi è dubbio che in materia di controllo legislativo esiste nel diritto penale un fitto intreccio fondato sul principio di offensività, considerato fino ad oggi come parametro di riferimento dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità, e questo tipo di controllo finisce inevitabilmente per investire anche il merito delle opzioni, spingendosi oltre i margini politici della discrezionalità nell'esercizio dell'azione legislativa²². Infatti, il legislatore è sempre più spesso chiamato, rispetto al passato, a chiarire le ragioni per cui sacrifica spazi di libertà penalizzando comportamenti²³. Questo già vuol dire che i principi di orientamento di livello sovranazionale contribuiscono a tracciare i limiti di intervento del potere discrezionale del legislatore interno, i confini di esercizio di un potere che, altrimenti, potrebbe essere adoperato in maniera arbitraria.

²¹ Corte cost., sent. n. 487 del 23 ottobre 1989, in www.cortecostituzionale.it, sempre sulla premessa che: «Vanno, inoltre, particolarmente ricordati, a proposito di limiti sostanziali del legislatore nelle scelte criminalizzatrici, i principi di sussidiarietà, proporzionalità e frammentarietà dell'intervento penale, costituenti, quanto meno, direttive di politica criminale».

²² L'offensività come "canone interpretativo a vocazione restrittiva" quale ricaduta di una concezione costituzionalmente orientata del diritto penale, subisce in effetti anche distorsioni in fase applicativa da parte delle Corti interne, come acutamente sostiene G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, 245. In fondo, anche per quanto più avanti si dirà, il nostro sistema penale interno mostra vistosi limiti di solidità proprio in ordine al fulcro dell'azione legislativa, appunto l'offensività, per cui si è ancora alla ricerca di canoni più affidabili e fermi. Ciononostante, la Corte costituzionale ne sottolinea l'imprescindibilità nella fase della scelta legislativa, come ribadito in Corte cost., sent. n. 172 dell'11 giugno 2014, in www.cortecostituzionale.it [sul delitto di atti persecutori \(stalking\)](#).

²³ Si concorda sul punto con G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Ragion pratica*, 2014, 557: «In fondo, la diffusione del principio di proporzionalità può essere considerato come una delle epifanie di un importante e più generale cambiamento di paradigma nel rapporto tra l'individuo e il pubblico potere – incluso il potere legislativo. Questo cambiamento di paradigma può essere sintetizzato nel passaggio da una "cultura dell'autorità" ad una "cultura della giustificazione».

In definitiva, la ragionevolezza è il canone che stabilisce la motivazione sistematica della scelta legislativa, trovando il suo ancoraggio normativo nel principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost. Con questo parametro di valore si verifica se il legislatore ha trattato in modo diverso casi uguali oppure in modo uguale casi o situazioni soggettive diverse²⁴. La ragionevolezza o l'irragionevolezza della scelta legislativa viene in questo modo fondata dalla Corte costituzionale sulla presunzione di "non arbitrarietà" della scelta legislativa, una discrezionalità controllata e governata da principi superiori e connessa dalla compatibilità nell'ambiente normativo in cui trova sede²⁵.

La ragionevolezza, successivamente, è stata anche riformulata come un giudizio autonomo del tutto svincolato dal principio di uguaglianza, intesa invece come ricerca della necessità dell'incriminazione. La legislazione definita "compulsiva" o il più grave fenomeno dell'emergenza ordinamentale di tipo securitario ha determinato scelte legislative che spesso difettano del criterio di necessità, concetto diverso dall'interventismo della contingenza e, dunque, è risultato messo in crisi anche il canone di ragionevolezza nella scelta dell'incriminazione²⁶. Un problema diverso definito di proporzionalità, messo in luce e sedimentato recentemente nelle decisioni assunte nella fase del controllo di legittimità della Corte costituzionale, attiene invece a una linea più avanzata delle scelte legislative, quella che investe l'adeguatezza dell'intervento rispetto al sacrificio imposto ai diritti di libertà.

Il diritto penale si risolve nella limitazione degli spazi di libertà, quell'area di esercizio di diritti che precedentemente era libera con l'intervento della norma di divieto o di obbligo diventa uno spazio di intervento precluso al cittadino. Questa è la ragione per cui il diritto penale è la materia del "costo", del "sacrificio", seppure controllato -dai principi di garanzia- della libertà e che trova la sua ragione legittima soltanto se riesce a proteggere diritti concorrenti e assicurarne tutela, purchè connotata da specifica rilevanza sociale.

Orbene, il movente legislativo trova il suo cardine nella scelta della pena, nel senso che la necessità, come vedremo più avanti, di penalizzare determinati comportamenti discende dal fatto che quel comportamento merita una pena e il livello della pena va ricercato nella gravità della condotta: «Per quanto concerne, poi, il principio di proporzione, esso in primo luogo impone la ricerca di un equilibrio tra tipicità e cornice edittale tesa a registrare la soglia di ingresso della condotta penalmente

²⁴ Sul tema della ragionevolezza che specifica il tema dell'eguaglianza è interessante riportare quanto la Corte ebbe ad affermare in occasione della sentenza Corte cost., sent. n. 131 del 16 novembre 1979, in www.cortecostituzionale.it: «La conversione della pena pecuniaria in detentiva alla stregua della normativa vigente, finisce infatti per attuarsi soltanto a carico dei nullatenenti, dei soggetti, cioè, costretti alla solitudine di una miseria che preclude anche ogni solidarietà economica, e reca, perciò, l'impronta inconfondibile di una discriminazione basata sulle condizioni personali e sociali, la cui illegittimità è apertamente, letteralmente, proclamata dall'art. 3 della Costituzione».

²⁵ In questo senso appare chiara la posizione della Corte costituzionale che non ha mai esitato a definire ingiustificabile una decisione legislativa non sorretta dalla necessaria ragione di plausibile necessità, invocando indirettamente il ricorso al canone di proporzionalità delle scelte, seppure passando attraverso il rapporto di simmetria tra fatto offensivo e pena. Il caso esaminato è quello del delitto di oltraggio, dove la Corte riconosce in termini di ragionevolezza, applicando come parametro di confronto del *tertium comparationis*, la misura della pena prevista dal delitto di ingiuria aggravata, cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2 luglio 1968, in www.cortecostituzionale.it: «la valutazione della congruenza fra reato e pena appartiene alla politica legislativa, e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, all'infuori dell'eventualità, non verificantesi nella specie, che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione».

²⁶ Molto interessante a questo proposito si presenta il dialogo intrecciato in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista, Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016.

rilevante alla luce della gravità della pena, identificando -più in particolare- un coefficiente di disvalore minimo del fatto tipico proporzionato, appunto, alla tariffa punitiva, dove il punto di riferimento essenziale è offerto, anzitutto, dal minimo edittale»²⁷.

La proporzionalità emerge nella sua dimensione autonoma soltanto se riesce ad assicurare un rapporto di adeguatezza della scelta di penalizzazione rispetto agli obiettivi che si intendono conseguire ossia il contenimento del fenomeno criminale.

Questa è il motivo per cui, nell'ambito della valutazione che il legislatore compie a monte del suo intervento, nel momento in cui stabilisce di incriminare specifiche condotte che destano allarme sociale, entra in gioco questo ulteriore e nuovo parametro, di natura empirica, per il controllo sociale che mira alla lotta di un fenomeno destabilizzante e una minaccia alla collettività²⁸.

Peraltro, va rilevato che la proporzione si propone come un canone liquido a formazione progressiva, nel senso che il criterio di adeguatezza ai principi dell'azione legislativa deve attraversare tutto il percorso punitivo, dal nascere della norma, alla sua concreta applicazione. L'adeguatezza della risposta punitiva, infatti, servirà a validare la corretta proporzione e simmetria della scelta prescrittiva operata in sede legislativa e snodarsi sempre coerentemente nel rispetto del canone di proporzionalità nel percorso del diritto.

Se è vero che la linea di faglia è sempre più netta nel distinguere il versante della ragionevolezza da quello della proporzionalità, occorre prendere atto che negli ultimi interventi della Corte costituzionale, soprattutto nell'ampio compendio motivazionale della sentenza n. 179/2017, si fa appunto strada quel criterio di proporzionalità che attinge il merito della dimensione offensiva del fatto punibile, oltre a calibrare la misura della pena sancita dalla legge. Il canone di proporzionalità tra importanza del valore in gioco ovvero la gravità dell'offesa al bene tutelato e la misura della sanzione che ne deve conseguire, consente al Giudice delle leggi di giungere a soppesare la scelta di incriminare determinati fatti, vale a dire di sindacare l'opera del legislatore sull'opportunità di incidere sui diritti di libertà stabilendo una sanzione penale afflittiva ma commisurata al fatto incriminato.

A tale proposito va anche puntualizzato che la Corte costituzionale nella sua opera di controllo, come giustamente sostiene il Manes: «Pur in un contesto dove il paradigma costituzionale, arricchito dalle fonti sovranazionali, appare ancora non solo orizzonte irrinunciabile della epistemologia penale ma persino fonte di crescenti aspettative rispetto alle svariate irrazionalità della politica criminale, i tracciati più recenti della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza sembrano confermare, in linea di principio, la partitura tradizionale, e ribadire una tendenziale deferenza del sindacato di costituzionalità nei confronti della discrezionalità del legislatore, sia con

²⁷ V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., 18.

²⁸ Negli ultimi mesi il dato empirico diventa la motivazione/ratio dell'intervento penale, come precisa opportunamente V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività ragionevolezza*, in www.penalecontemporaneo.it: «Ed è appena il caso di sottolineare quanto preziosa ed utile sia una simile indicazione in una stagione in cui il legislatore (non solo italiano) dimostra a più riprese la preferenza per schemi repressivi inclini alla logica del "diritto penale del nemico", magari opzionati - non solo in materia di immigrazione - per meri motivi di marketing elettorale».

riferimento ai contenuti delle opzioni incriminatrici ed alla struttura delle relative fattispecie, sia con riferimento all'equilibrio delle scelte sanzionatorie»²⁹.

3. Occorre sottoporre dunque a verifica la nuova sponda operativa della proporzionalità, chiamata a verificare il livello di sacrificio dei diritti di libertà stabilito dalla fattispecie incriminatrice rispetto all'importanza dell'offesa recata a un bene giuridico.

Si tratta dello scenario nel quale si va a sindacare l'uso del potere discrezionale del legislatore, pur senza infrangere la riserva di legge, facendo emergere un nuovo segmento valutativo, in particolare il "dato empirico" che spinge il legislatore a intervenire e che al tempo stesso legittima la necessità dell'intervento repressivo. La riserva di legge ne resta salva, nel senso che il legislatore sarà successivamente chiamato a fare uso dello strumento legislativo avendo cura di rispettare i criteri utilizzati nelle scelte precedenti, evitando in questo modo di incorrere in censure di costituzionalità³⁰. Non si gioca più soltanto sul piano della simmetria sanzionatoria rispetto alla dimensione di rilevanza dell'offesa, ma sulla scelta di protezione contro inedite condotte aggressive, nuove ipotesi di offesa che si affacciano all'attenzione della collettività che invoca tutela.

Questo nuovo fronte di indagine epistemologica, perché a nostro avviso di un nuovo fronte si tratta, trova un serio aggancio e uno specifico fondamento normativo, che si propone come essenziale nella ricostruzione del quadro sinottico dei canoni di controllo delle scelte legislative, nella disposizione dell'articolo 52 della Carta di Nizza *Portata dei diritti garantiti*, norma non sempre al centro della dovuta attenzione in questa materia: «1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

In particolare, accade che il nuovo ambito del sindacato costituzionale viene a essere costituito proprio dalla ragione stessa della scelta incriminatrice, come primo *step* del percorso punitivo, poiché la proporzionalità legittima l'intervento della legge solo laddove sono apportate limitazioni "necessarie" che rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Infatti l'*incipit* è chiaro: «Eventuali limitazioni

²⁹ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in www.penalecontemporaneo.it, 10.10.2011, 1.

³⁰ Per il controllo adattativo da parte delle Alte Corti sostiene M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, cit., 41: «La garanzia è rappresentata dai giudici costituzionali che esercitano il *judicial review*, il controllo di costituzionalità accentrato e decidono sui ricorsi diretti (amparo), e da giudici internazionali come la Corte di giustizia dell'Unione Europea e al Corte europea dei diritti dell'uomo, organo del Consiglio d'Europa. Se la giuridicità di diritto costituzionale e internazionale non è più discussa, in effetti, è proprio perché questo dispone la propria applicazione in forme non politiche ma giuridiche, cioè da parte di giudici».

all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà».

Diversamente dalla ragionevolezza in questo caso, non si pone in valutazione uno spaccato normativo di sistema, non emerge un *tertium comparationis* come parametro da utilizzare a modello per verificare la compatibilità di ragionevolezza del divieto al sistema, anzi i motivi del sindacato sono legati essenzialmente alle ragioni per cui il legislatore ha scelto di incriminare specifici fatti.

La proporzione allora va rintracciata nella necessità di punire, perché il dato empirico, cui non è da considerare estranea la emotività collettiva e il bisogno di sicurezza, spinge a ritenere rilevanti offese che in altri tempi e in diversi contesti non sarebbero apparsi meritevoli di protezione e d'altro canto di punizione³¹. In questo caso, dunque, la proporzione normativa è tra il *fatto* che si appalesa bisognoso di tutela e l'*intervento* punitivo, cioè il valore rilevante in quel momento da tutelare, e la necessità di prevedere una norma incriminatrice che ne punisca l'offesa.

La punizione dell'usura nel 1930, ad esempio, nasceva dalla necessità di reprimere un fenomeno su vasta scala che, tradendo le scelte del mercato del credito, impoveriva le persone compromettendo le normali condizioni di vita personali e familiari, per cui appariva proporzionato l'intervento del diritto penale, l'unico in grado di tutelare i diritti della persona a scapito dei diritti di libertà. Le norme di polizia, infatti, fino a quel momento "incapacitavano" da un punto di vista amministrativo l'usuraio e senza punirlo lo sottoponevano a misure di prevenzione ma non concretizzavano un'offesa punibile. Successivamente, alla fine degli anni '90 dello scorso secolo però, si è avvertita la necessità di intervenire con un rigore ancora maggiore ricorrendo alla previsione dell'usura oggettiva, mortificando ulteriormente gli strumenti di garanzia processuali, poiché il fenomeno empirico dell'usura aveva assunto dimensioni incontrollabili in tempo di crisi economica, sovvertendo addirittura il mercato del credito e la capacità dello stato di regolare tutto il sistema economico. Se si vuole, è la concretizzazione delle esigenze di una *extrema ratio* che progressivamente eleva il peso repressivo e connota di sempre nuovi e più convincenti contenuti la motivazione punitiva. Addirittura risulta anche spostato il fulcro dell'offesa che da un ambito esclusivamente privatistico mostra i suoi effetti sull'area ben più ampia dell'economia pubblica.

Il criterio di proporzione va rinvenuto giustificabile in questo caso nel rapporto tra il diritto da difendere e la lesione del diritto di libertà che la crisi economica aveva spinto sulle secche della povertà delle persone e dell'impresa che cresceva senza capacità di contenimento, per cui si è posta come immanente la scelta delle condotte e delle relative modalità da incriminare, nella natura, personale e patrimoniale, e nella misura della sanzione da comminare. La sollecitazione all'intervento in questo caso attiene, come appare evidente, a motivazioni di tipo esogeno, politico ed empirico che impongono l'intervento della potestà legislativa.

4. Nel quadro operativo dei principi che assecondano il governo della legislazione penale, a conferma del fatto che non si pone al centro solo la misura della pena proporzionata alla gravità, ma la fattispecie stessa, appare significativa la norma contenuta nell'art. 83, Par. 1, Trattato sul

³¹ M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, cit., da pag. 11, il quale sugli stati emotivi collettivi che invocano sicurezza, anche sacrificando spazi di libertà, avverte che: «L'insicurezza individuale e sociale -economica, finanziaria, ecologica, demografica...- si coniuga da ultimo con la pubblica insicurezza: l'insicurezza nazionale e internazionale».

funzionamento dell'Unione Europea che arricchisce la piattaforma normativa del canone di proporzionalità nella fase dell'esercizio del potere legislativo³². Un chiaro esempio sull'indirizzo dell'azione legislativa contenuta nei limiti della proporzionalità del reato è ancora offerta dalla Decisione Quadro n. 2004/757/GAI del Consiglio del 25 ottobre 2004 che riguarda «La fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti».

Il richiamo esplicito all'indicazione vincolante degli elementi costitutivi del reato in chiave di necessità dell'intervento legislativo è la tangibile prova dell'uso di nuovo canone di governo che guida la discrezionalità legislativa.

Spesso la Corte costituzionale ha opportunamente precisato che la discrezionalità della previsione legislativa va sindacata per impedire l'arbitrio della scelta³³. A ben vedere l'arbitrio, definibile come la criminalizzazione immotivata di fatti e condotte senza alcuna razionale giustificazione, trova il suo più aderente canone proprio nella proporzione punitiva. In questo senso, infatti, procede la verifica di compatibilità costituzionale della legislazione sull'immigrazione: «lo scrutinio di costituzionalità non può che trovare il suo referente generale nel principio, affermato dalla costante giurisprudenza di questa Corte, in forza del quale l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie (*ex plurimis*, sentenze n. 47 del 2010, n. 161, n. 41 e n. 23 del 2009, n. 225 del 2008)»³⁴.

³² L'articolo 83 TUE stabilisce che: «1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo. 2. Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76. 3. Qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria.

Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata».

³³ Sul tema della violazione della discrezionalità e il tema dell'arbitrio legislativo, si rinvia a V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 60.

³⁴ Corte cost., sent. n. 250 del 5 luglio 2010, in www.cortecostituzionale.it, pubblicata in sequenza a Corte cost., sent. n. 249 del 5 luglio 2010, in www.cortecostituzionale.it, sul tema si rinvia alle osservazioni di G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2008, 1634.

Secondo la prospettiva delineata da questa decisione la scelta del legislatore non è arbitraria perché rivolta a punire un atto di mera disobbedienza, ma il contenuto di offensività è rinvenibile nella protezione di quel bene giuridico che si indentifica con il controllo e la gestione dei flussi migratori. Da qui, la plausibile proporzione tra la necessità di tutelare il bene e la limitazione dei diritti di libertà, cui non manca un tratto di emotività securitaria impartito dalla necessità politica di assicurare la collettività.

In questa ipotesi appare, dunque, particolarmente indicativo il dato empirico che sollecita l'intervento legislativo e invoca protezione sociale, anche se appare messo in ombra l'equilibrio con il tema dei diritti fondamentali che non sembrano opportunamente considerati nel loro peso specifico.

Il nuovo capitolo della proporzionalità dell'intervento legislativo, seppure sembra emergere chiaramente soltanto negli ultimi tempi, in realtà come un fiume carsico già appariva significativo, anche se non affrontato in termini espliciti, nella giurisprudenza costituzionale. Sebbene il tema centrale dello scrutinio fosse la misura della pena, la sentenza n. 313 del 1990 segnalava, ad esempio, la necessità di valutare *in primis* la rilevanza dell'offesa, chiarendo che: «seppure variamente profilato, è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il “principio di proporzione” fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra»³⁵.

Quella decisione si segnala come punto di orientamento nella materia della pena, poiché adotta la funzione rieducativa della pena dell'art. 27 Cost. come unica direttrice di politica criminale della legislazione penale nel nostro contesto di democrazia repubblicana.

A tale proposito va rilevato che sia il quadro normativo sia quello giurisprudenziale di stampo europeo, facendo leva sulla simmetria punitiva, restituiscono una concezione della pena molto più vicina al modello retributivo piuttosto che in sintonia con l'idea di risocializzazione costituzionale. Basta pensare alla pena patrimoniale della confisca che, mutando il paradigma prevenzionista, si presenta come priva di qualsiasi spunto di carattere trattamentale rieducativo³⁶.

Non mancano, però, motivazioni molto più esplicite sul versante della proporzionalità nei termini declinati dalle Carte europee, come quella contenuta nella sentenza n. 409 del 1989 che ne invocava l'applicazione in maniera esplicita: «il principio di proporzionalità...nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni»³⁷.

Orbene, valutare l'offesa vuol dire anche stabilire l'importanza e la ragione della scelta legislativa, anche se in quel caso il sindacato fosse concentrato sulla risposta sanzionatoria. In altri termini la ragione della scelta, la *ratio legis*, prende spunto anche da un'insopprimibile componente costitutiva della motivazione legislativa, rappresentata dalla esigenza di sedare una pressante richiesta che viene dalla collettività. Tutto il versante normativo della sicurezza, declinata in personale, collettiva e

³⁵ Corte cost., sent. n. 313 del 26 giugno 1990, in www.cortecostituzionale.it.

³⁶ Sulla problematica qualificazione sanzionatoria della confisca comune, da ultimo F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 202.

³⁷ Corte cost., sent. n. 409 del 6 luglio 1989, in www.cortecostituzionale.it.

urbana, ha trovato una sua precipua legittimazione nel bisogno sociale di tutela. Nascono in questo modo: fattispecie fondate sul pericolo, in particolare astratto-presunto; ampliamenti degli spazi operativi alle cause di non punibilità, coesistenti o sopravvenute; limiti all'offensività del tipo; anticipazione della soglia di tutela con incriminazione degli atti preparatori; sconfinamenti delle cornici edittali; precetti della norma penale determinati da Autorità amministrative. Tutti fenomeni che sembrano riconducibili all'equilibrio tra sanzione e disvalore, ma che in realtà attaccano la matrice dell'offensività del fatto, valutandone la portata, dimensionandone la possibile offendibilità, imponendo dunque un sindacato a monte della scelta legislativa di protezione penale.

Solo in questo senso acquista una plausibile fondatezza il canone di proporzionalità che, secondo l'art. 52 della Carta di Nizza, presidia la *ratio* che si risolve nella necessità di protezione dell'interesse generale con limitazioni delle libertà a favore della protezione di diritti e libertà altrui secondo quanto riconosciuto dall'Unione. Dunque, non più adottato come canone della simmetria o dosimetria punitiva, ma come criterio fondante che mira a sindacare, a testare, la ragione della scelta.

E' pur vero che questo scenario rischia di erodere la solidità della discrezionalità legislativa e il principio di garanzia della riserva di legge, ma in realtà la garanzia dei diritti fondamentali si trova presidiata addirittura su di uno scranno gerarchico ben più alto, quello convenzionale o pattizio. E del resto, se il potere di disapplicazione convenzionale scatta allorchè la norma nazionale è in contrasto con il sistema dei principi eurounitari, ciò vuol dire che ad essere il primo oggetto di sindacato è proprio il potere di opzione legislativa.

A queste condizioni non è più legittimo discutere di limitazione della sovranità di uno stato nazionale aderente, bensì della legittimità di un sistema di controllo su principi, valori e canoni³⁸ di adeguamento che sono la ragione stessa per la coerenza e l'omologazione di tutto l'ordinamento sovranazionale che orienta il suo obiettivo ai diritti e non alle garanzie.

Garanzia vuol dire legalità, formale e sostanziale, e anche ricorso a opzioni conformi al tema costituzionale ma talvolta divergente; diritti vuol dire imporre il rispetto di diritti come contenimento delle leggi dello stato legittime ma non rispettose del diritto della singola persona. La legittimazione democratica della legge deve essere contemperata, per il sistema eurounitario, al rispetto dei diritti del singolo, anche quando la categoria dei diritti potrebbe travolgere la stessa legge e l'esercizio originario del potere legislativo punitivo.

L'indagine sistematica condotta sulle norme costituzionali europee degli artt. 49 e 52 conduce a stabilire che mentre in astratto la prima disposizione, allocata sotto il Capo VI *Giustizia*, stabilisce il criterio di legittimazione della legge come contenimento dell'azione legislativa entro lo steccato della legalità pattizia, l'art. 52 ne estende la portata partendo da una sponda diversa, quella dei diritti al Capo VII, che insieme all'art. 53 stabilisce il riconoscimento dei diritti e il rispettivo livello di protezione³⁹. Non è un caso che il titolo che accompagna l'art. 49 stabilisce precise coordinate di valore "*Principi di legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*". E si badi che la proporzionalità viene invocata, non solo per governare la misura e la dosimetria delle pene ma, prima ancora, per governare la scelta discrezionale prescrittiva del precetto penale laddove si parla di

³⁸ N. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, cit., 43.

³⁹ V.R. SICURELLA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, Milano 2017, 973.

fattispecie, di reato, di precetto⁴⁰.

4.1. Si tratta di un livello di protezione gerarchica altissimo che si coniuga poi con la Convenzione EDU, dunque un sicuro argine anche al diritto penale quale fonte primaria di rischio per la libertà e, ancora, il “nocciolo duro” di tutto l’autentico versante fondativo dell’esperienza costituzionale europea, senza il rispetto del quale non vi è Unione degli stati europei, come equivalente alla rottura della Carta costituzionale italiana.

Del resto, la Corte di Giustizia di Lussemburgo ribadisce il suo consolidato orientamento in materia di proporzionalità proprio facendo ricorso ai predetti canoni della Carta di Nizza nella sentenza della Corte (grande sezione) del 9 novembre 2010, nella causa *Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09)*. Nei suoi passaggi più significativi rileva che: «Occorre rammentare che l’art. 52, n. 1, della Carta ammette che possano essere apportate limitazioni all’esercizio di diritti come quelli sanciti dagli artt. 7 e 8 della medesima, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»; e poi ancora in maniera incisiva: “Secondo costante giurisprudenza, il principio di proporzionalità, che è parte integrante dei principi generali del diritto dell’Unione, esige che gli strumenti istituiti da un atto dell’Unione siano idonei a realizzare l’obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerlo»⁴¹.

Si tratta, in definitiva, di avere adottato un “modello forte” di riconoscimento e di tutela dei diritti che, la tradizione dei valori della Carta dei principi fondamentali della rivoluzione francese e della giurisprudenza contemporanea tedesca, informa ormai senza tema di riconversioni ideologiche tutto il versante della moderna tutela dei diritti della persona, tutela dalle aggressioni altrui e anche da parte dell’ordinamento nazionale.

La dignità umana, in questa specifica prospettiva, sembra occupare lo spazio di un “valore tiranno”⁴² rispetto agli altri, dove a cedere per primo è il criterio di bilanciamento dei valori e dei principi, a favore di un centro di imputazione che si qualifica come orientativo di un nuovo modo di concepire l’offensività e segnare le coordinate di un percorso legislativo⁴³.

⁴⁰ In questo senso G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’unione Europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, Napoli 2011, 2326: «Il principio di proporzione impone di valutare se l’azione tipica costituisca una “sufficiente compromissione” del bene oggetto di tutela; sotto questi profilo si dovrebbe ritenere che la penalizzazione di condotte che costituiscono forme di aggressione molto remote (anche se non inconsistenti) al bene oggetto di tutela si giustifichi solo con riguardo ai beni dotati di un rango assai elevato nel sistema dei valori costituzionali». Così ancora, conducendo l’analisi su ipotesi normative specifiche, G. GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo ed i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689.

⁴¹ La decisione è rintracciabile in www.curia.europa.eu.

⁴² Definizione, seppure orientata a contenuti del tutto diversi, quanto mai efficace di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano 2008. Va del resto precisato che l’indicazione di una categoria non determina la creazione di un principio e la sua oggettiva delimitabilità, come mette in guardia D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in AA.VV., *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, a cura di M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, Universidad Carlos III de Madrid 2014, 81: «Il diritto penale dei diritti umani resta un problema drammaticamente aperto ed ambiguo».

⁴³ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 125.

Appare innegabile che questa svolta sui principi guida in materia penale pone seri interrogativi sulla stabilità del principio di offensività che nella dottrina italiana rappresenta da lungo tempo e contemporaneamente la giustificazione di una nuova figura di reato e una forma di auto-contenimento delle scelte di incriminazione se fondate su interessi o beni socialmente significativi e costituzionalmente compatibili⁴⁴. Come afferma il Donini la teoria del bene giuridico in chiave descrittiva e classificatoria svolge una sua funzione indiscussa, mentre in chiave c.d. “legittimista”, vale a dire “quella limitatrice e garantista dell’offensività” ha sempre trovato molti ostacoli, salvo considerare la teoria del bene giuridico come un limite alla tutela in quanto “prodotto della cultura dell’*ultima ratio*”⁴⁵. Cosicché da principio di orientamento costituzionale si trasformava in “canone di controllo” della legislazione e strumento di sindacato sulla esistenza di un interesse meritevole di tutela e non in contrasto con i principi della Carta costituzionale⁴⁶. Da qui nasce la fondata preoccupazione di intravedere il tramonto della stagione del bene giuridico in chiave legittimista⁴⁷. A tale proposito non possono non essere condivise le preoccupazioni del Manes: «il principio di offensività, fulcro del controllo contenutistico sulla fattispecie penale, dimostra di continuare ad avere un destino piuttosto ambiguo: generato con pretese molto ambiziose, ed oggetto di un nomadismo culturale che lo ha visto affermarsi in modo perentorio in altri contesti, si è dimostrato incapace di un controllo qualitativo sui “beni giuridici” e foriero di prestazioni ancora deboli anche per quanto concerne il controllo sulle “tecniche di tutela”, oggetto di possibile sindacato solo nei margini del più generale (e duttile) principio di ragionevolezza»⁴⁸.

Il dibattito sulla proporzionalità pone un decisivo interrogativo che lo stesso Donini propone, quando afferma che sia in corso la conversione dell’offensività nella proporzione, ampiamente condivisibile come prospettiva, nutrita, a nostro parere, non da un catalogo di beni la cui rilevanza di riferimento incide sulla discrezionalità legislativa, ma dove il valore tiranno della dignità umana e i diritti fondamentali della persona ad essa collegati, orientano il tema di una nuova offensività penale europea.

5. Si diceva che la Corte costituzionale scende di nuovo in campo sul canone di proporzionalità con la sentenza n. 179 del 2017 designato come vero e proprio criterio di orientamento all’interno dell’ambito in cui occorre necessariamente armonizzare i canoni di controllo europeo e quelli

⁴⁴ In fondo, anche imposizioni al Parlamento italiano che giungono dai centri decisionali comunitari, indotti come obblighi di penalizzazione, aprono interrogativi sulla coerenza dell’intero assetto della legislazione interna, si veda sul tema C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009.

⁴⁵ Tra i diversi lavori dell’Autore particolarmente significativi si segnala, per la valutazione delle inferenze delle fonti europee, M. DONINI, *Il principio di offensività dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in www.penalecontemporaneo.it, 5.

⁴⁶ Per le critiche mosse all’idea di una Costituzione “contenitore” di qualsiasi bene giuridico, si rinvia alla nitida lezione di G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma 2017, 59.

⁴⁷ Sul divenire costitutivo della categoria del bene giuridico come limite all’offensività e sulla riconversione del principio in chiave moderna, si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2000, in particolare da 466.

⁴⁸ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale*, cit., 3.

nazionali⁴⁹. Il Giudice delle leggi promuove l'autonomia del canone di proporzione attingendone i contorni enucleati dal principio di ragionevolezza e sottolineandone la natura di "canone intrinseco". La decisione affida la riflessione ben oltre la simmetria tra pena e disvalore del fatto ipotizzato, sganciandosi dal rigido schema dell'offensività e procedendo ad una valutazione fin dalla scelta legislativa: «Cardine della cornice costituzionale di riferimento è il principio di legalità sancito all'art. 25 Cost., per cui le scelte sulla misura della pena sono affidate alla discrezionalità politica del legislatore. Detta discrezionalità, tuttavia, non può essere assoluta, dovendosi misurare con altri principi costituzionali, tra cui il fondamentale principio di eguaglianza contenuto all'art. 3 Cost., che esige un diritto penale non arbitrario, non irragionevole e non sproporzionato, nonché i principi di cui all'art. 27 Cost., per cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. La traiettoria della giurisprudenza costituzionale in materia di pena, pertanto, si dispiega tra due poli, in costante tensione fra loro: da un lato, il dovuto riguardo alle scelte politiche, quale componente necessaria del principio di legalità; dall'altro, la indefettibile tutela degli ulteriori principi e diritti costituzionali, a cui deve conformarsi anche il legislatore della punizione»⁵⁰.

Precedentemente e sullo stesso tessuto argomentativo, la Corte della decisione n. 236 del 2016 stabiliva: «Allo stesso modo, non hanno specifica incidenza, nella fattispecie in esame, le recenti riforme del diritto di famiglia. È vero che questa Corte ha già censurato discipline legislative per irragionevolezza sopravvenuta, in quanto scrutinate in un quadro normativo mutato rispetto a quello esistente al momento della loro approvazione (sentenze n. 354 del 2002 e n. 440 del 1994). Ma lo ha fatto quando le modifiche in questione, ancorché solo indirettamente rilevanti, interessavano da vicino la norma censurata, travolgendo la sua stessa giustificazione».

E che il dato empirico determini scelte legislative oppure la revisione di scelte precedenti è chiaro ai compiti della Corte: «Le trasformazioni dell'assetto normativo, tecnico e scientifico, allegare dal giudice a quo quali prove del complessivo mutamento di contesto, di per sé stesse non hanno la capacità di alleggerire, nella percezione comune, la gravità della condotta punita e l'allarme sociale conseguente. Non erra l'Avvocatura generale dello Stato quando osserva che l'accresciuta facilità dell'accertamento della paternità e della maternità naturale, determinata dai progressi tecnico-scientifici e dalla possibilità di accesso all'esame del DNA, non è in grado di diminuire il disvalore della condotta sanzionata dalla disposizione censurata, per la semplice ragione che la vittima dell'eventuale reato di alterazione di stato potrebbe non nutrire mai quel dubbio sulle proprie origini che, solo, potrebbe indurla a ricorrere, in concreto, ad indagini genetiche».

La proporzionalità rivela in realtà un'altra significativa componente valutativa che rientra nella scelta legislativa ossia la necessità di prevedere un fatto come reato assegnandone la pena adeguata ovvero ritenere opportuno qualificare quello stesso fatto in maniera diversa procedendo all'abrogazione della fattispecie penale.

⁴⁹ Il canone di proporzionalità e la sua forza espansiva nel sistema legislativo è tema già noto alla dottrina amministrativa e tributaria. Si veda A. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova 1998. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2010. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, a cura di M. RENNA-F. SAIITA, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 389.

⁵⁰ Concetto ribadito anche in materia di libertà vigilata conseguente alla liberazione condizionale in caso di ergastolo, come sottolineato da Corte cost., sent. n. 66 del 21 febbraio 2023, in www.cortecostituzionale.it.

Due sono i casi rivelatori di questo nuovo quadro inaugurato dalla proporzionalità, nell'endiadi reato e pena, e che converge sulla determinazione normativa dell'art. 52 della Carta di Nizza. Il primo caso riguarda la pena in esecuzione e la necessità della punizione in presenza di oggettive e intollerabili violazioni dei diritti dell'uomo per la violazione del principio di umanità della pena e di dignità della persona umana, rilevato dalla giurisprudenza della Corte EDU e compendiata nella sentenza Torreggiani: «Così, nella sentenza n. 279 del 2013 -in presenza di gravissime violazioni dei diritti fondamentali della persona, consistenti in un trattamento detentivo contrario al senso di umanità, addirittura oggetto di condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (sentenza 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri contro Italia)- questa Corte ha riconosciuto «l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato dai rimettenti e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo», ma ha ritenuto inammissibili le questioni sollevate «per la pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate». Più precisamente, questa Corte ha preso atto della «pluralità di possibili configurazioni dello strumento normativo occorrente per impedire che si protragga un trattamento detentivo contrario al senso di umanità, in violazione degli artt. 27, terzo comma, e 117, primo comma, Cost., in relazione quest'ultimo all'art. 3 della CEDU» e, a fronte di tale pluralità, ha ribadito che «il “rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario” (sentenza n. 23 del 2013) comporta una dichiarazione di inammissibilità delle questioni». Tuttavia, nel dichiarare l'inammissibilità la Corte ha altresì di nuovo sottolineato che «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia (sentenza n. 23 del 2013)».

Il secondo e più significativo caso riguarda le sollecitazioni rivolte al legislatore di provvedere non solo a riequilibrare le pene ma addirittura a esaminare il contenuto e il livello di disvalore del fatto alla luce del dato empirico che richiede tutela. La Corte, nel segnalare l'impossibilità formale di sostituirsi alla discrezionalità legislativa, in realtà dispiega motivazioni a tal punto stringenti da fare emergere quegli elementi di valutazione che impongono un ben determinato tipo di intervento legislativo, quasi assegnando una precisa compito al legislatore parlamentare. Nel segnalare la necessità dell'intervento normativo la Corte sottolinea le finalità di interesse generale che impongono l'intervento e, in buona sostanza, una scelta di politica criminale che non è più rinviabile.

Questa ipotesi annovera proprio la sentenza n. 179 del 2017 nella ricerca di una nuova collocazione teleologica e poi di simmetria punitiva dell'ipotesi di possesso di sostanza stupefacente (droga pesante) di cui all'art. 73, comma 1, ma di non lieve entità⁵¹.

E poi ancora il caso della mancata previsione del delitto di disastro ambientale che la Corte invoca con estrema determinazione con la sentenza n. 327 del 2008⁵².

E che il concetto di necessità e di proporzionalità dell'azione legislativa rispetto alla tutela dei diritti della collettività sia un dato empirico e che segnala un vuoto normativo in questa materia è messo

⁵¹ Si legge infatti: «Pur dovendo essere inquadrato nell'autonoma fattispecie di cui al comma 1 del citato art. 73, il fatto sarebbe, tuttavia, di gravità modesta e collocherebbe l'imputato negli «anelli terminali della catena dello spaccio», così che assumerebbe rilevanza il trattamento sanzionatorio minimo previsto dalla legge».

⁵² Corte cost., sent. n. 327 del 30 luglio 2008, in www.cortecostituzionale.it.

con forza in luce da quella stessa decisione: «9. - Ferma restando la conclusione raggiunta, è tuttavia auspicabile che talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato – e tra esse, segnatamente, l'ipotesi del cosiddetto disastro ambientale, che viene in discussione nei giudizi a *quibus* – formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell'ottica dell'accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell'integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose».

Ultimo importante intervento di sollecitazione espresso è quello che la Corte rivolge con la sentenza n. 223/2015, sulla causa soggettiva di esclusione della punibilità in caso di reati contro il patrimonio commesso tra familiari: «La forte opportunità di un intervento legislativo di riforma, qui sollecitato, deve infatti accompagnarsi al dovere di «rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale (sentenza n. 22 del 2007; *ex multis*, inoltre, ordinanza n. 145 del 2007)»⁵³.

5.1. Il tema della proporzionalità nella scelta legislativa sta invero entrando a far parte del patrimonio comune alla legislazione penale degli ultimi anni. Le ultime ipotesi di depenalizzazione e la scelta della previsione di sanzioni civili punitive mettono in luce il criterio di proporzione graduale che il legislatore sta utilizzando, garantendo le ragioni del principio di *extrema ratio*.

Sicuramente il riverbero si registra sulla scelta sanzionatoria, ma ne costituisce soltanto l'immane conseguenza, trattandosi di un problema che osserva criticamente preliminarmente il tema dell'offensività del fatto e la sua proporzione con la scelta punitiva.

Ad emergere in tutta evidenza è il “fatto punito” che perde rilevanza nelle dinamiche di una società che ha profondamente rivisitato i contenuti dei presidi etici di riferimento rispetto alle relazioni fondamentali tra le persone. Si pensi alla trasformazione in illecito civile del delitto di ingiuria, purtroppo anche vittima di una logica deflattiva, e come siano mutati i tratti salienti dei diritti della personalità, onore, decoro, reputazione.

La moderna categoria del nuovo “diritto civile punitivo” messo in campo con i Decreti Legislativi n. 7 e n. 8 del 15 gennaio 2016 e derivati dalla legge n. 67 del 28 aprile 2014 ne costituiscono un esempio evidente⁵⁴. Il legislatore, ricorrendo alla clausola di espressa abrogazione, ha depenalizzato alcuni reati trasformandoli in illeciti civili, prevedendo, accanto alle restituzioni e al risarcimento del danno, una sanzione pecuniaria civile che si affianca alle ordinarie sanzioni pecuniarie punitive previste per l'illecito penale e amministrativo⁵⁵. In questo caso la proporzionalità dell'intervento legislativo concretizza le ragioni della gradualità della punizione, tenendo nel debito conto il criterio empirico indotto che qualifica il livello di disvalore del fatto previsto come reato. Allo stesso tempo cedono le ragioni della necessità dell'incriminazione penale.

⁵³ Corte cost., sent. n. 223 del 7 ottobre 2015, in www.cortecostituzionale.it, 9.

⁵⁴ Pubblicati in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2016.

⁵⁵ Del resto, il nostro ordinamento con la sentenza delle Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 in www.cassazione.it, ha aperto la strada al pieno riconoscimento dei danni punitivi civili detti anche “punitive damages” per i quali non viene stabilito soltanto il risarcimento ma una sanzione ulteriore che gravi sul responsabile del danno ed eserciti una efficacia deterrente nei confronti dei consociati. Nella sentenza la massima assise del giudice nazionale richiama proprio i principi stabiliti dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione per giustificare la legittimità di una ipotesi di responsabilità che si pone al confine tra quella penale e quella civile come nota al sistema punitivo italiano.

6. Il canone di proporzionalità nello specchio del vaglio triadico di una procedura argomentativa nella fase del progetto normativo (non solo legislativo). Seguendo l'elaborazione concettuale cui sono giunti gli approdi della dottrina in altri rami dell'ordinamento, occorre rilevare che anche nel diritto penale la proporzionalità si può proporre attraverso un vaglio operativo che tenga conto di tre distinti criteri che si impongono alla progettazione della norma penale: necessità, idoneità e adeguatezza *in action* della complessiva risposta sanzionatoria⁵⁶.

Come anticipato, se il principio di proporzionalità è un riferimento di orientamento nel solco dei diritti di libertà, il canone -o criterio- serve per testare la legislazione. Infatti, nell'ambito del costituzionalismo globale si fa ricorso al *test* di proporzionalità come espressione operativa di un principio sovraordinato, la c.d. *norma di principio*, che rinvia ai diritti fondamentali della persona.

Va innanzitutto premesso che il principio di proporzionalità ha profonde radici nel valore universale della giustizia sostanziale, ecco perché uno dei profili costitutivi deve essere il dato empirico espresso dal fenomeno allarmante per la collettività che va contenuto con misure penali. Tuttavia, proprio l'emotività che caratterizza il versante operativo del canone va temperato con altri profili per delimitarne la portata. Solo in questo modo si orienta l'azione legislativa della politica criminale, tenendo nel debito conto il fatto che qualunque iniziativa deve essere misurata dalla necessità e dall'adeguatezza punitiva dell'intervento, in modo che la tutela di un interesse o un diritto possa avvenire nella maniera meno invasiva possibile per i diritti fondamentali dei destinatari.

Vi è, infatti, un valore di carattere generale che informa l'ordinamento giuridico europeo, secondo cui l'intervento penale non deve mai eccedere quanto appare necessario per il conseguimento degli obiettivi del Trattato (che rappresenta il contenuto normativo del principio e il referente dei valori fondanti), *in primis* la tutela dei diritti di libertà e la dignità umana del cittadino europeo.

Come si vede il modello argomentativo che fa da sfondo all'art. 52 della Carta di Nizza riprende l'idea della proporzionalità secondo la teorizzazione di Robert Alexy e mira a un risultato che da un lato stabilizzi la coerenza del sistema normativo, dall'altro offra uno strumento al legislatore per orientare la sua discrezionalità prescrittiva⁵⁷.

Rispetto al modello tradizionale, la cui premessa era la idoneità, riteniamo che per il diritto penale la terna canonica argomentativa possa vedere in ordinata sequenza: la necessità dell'intervento repressivo; la idoneità della proposizione normativa; la adeguatezza sanzionatoria.

Diversamente da altri rami dell'ordinamento giuridico il diritto penale è dominato dal principio di offensività, dalla esigenza di tutelare beni o anche diritti⁵⁸ che, almeno, non siano in contrasto con il catalogo dei valori stabiliti dalla nostra Carta fondamentale⁵⁹. Naturalmente, in un sistema

⁵⁶ Sul tema della proporzionalità, legata soprattutto all'adeguatezza della risposta sanzionatoria, si veda C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'unione europea dopo Lisbona*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁷ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1986), Bologna 2012.

⁵⁸ Per il dibattito sulla necessità di rimeditare gli assetti di tutela e la categoria degli interessi da proteggere, si rinvia a F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in www.sistemapenale.it, 13 marzo 2023 e alle considerazioni di A. CAVALIERE, "Diritti" anziché "beni giuridici" e "principi" in diritto penale?, in www.sistemapenale.it, 16 ottobre 2023.

⁵⁹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.dig.it.*, Torino 1973, 7. M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in www.penalecontemporaneo.it. Ancora sulla Carta costituzionale come fondamento e limite di un moderno diritto penale, si rinvia a M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. Il significato dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, parte V, 29.

multilivello delle fonti e in presenza di Atti pattizi che limitano le iniziative della sovranità e fanno convergere gli interessi di tutela degli stati nazionali in un punto di equilibrio, si amplia o si restringe il catalogo delle tutele. Questo anche a causa, come sopra si è detto, della eterogeneità delle componenti teleologiche. Tuttavia, gli Atti sovranazionali trovano il loro unico punto di convergenza nei diritti della persona umana, nel rispetto della sua dignità e in particolare della libertà, favorendo la stagione definibile del “costituzionalismo dei diritti”.

Si apre a questo punto uno spaccato del tutto inedito e ancora insondato dalla dottrina penalistica italiana che ha guardato alla teoria del bene giuridico come una giustificazione e allo stesso tempo un freno per la discrezionalità legislativa (non come un momento propulsivo), in grado di generare scelte in coerenza con i valori fondanti il patto costituzionale⁶⁰.

Il ripudio della norma penale posta a tutela di un bene indeterminabile costituiva la regola di garanzia per i diritti della persona, in grado di fronteggiare scelte di campo legislative che avrebbero potuto spingere la legittima discrezionalità oltre l'arbitrio.

A ben vedere il nuovo sistema integrato continentale sembra assumere come unico centro di qualificazione teleologica un “valore tiranno” che condiziona e informa di sé tutti gli atti costituzionali e pattizi: la dignità umana⁶¹. Questo valore fonte può essere considerato l'unico valore-principio, privilegiato dalla legge Fondamentale tedesca del 1949, ripreso in maniera esplicita da ultimo nella Carta di Nizza del 2000 e, anche se, con accenti diversi, ben radicato nel tessuto normativo della Convenzione EDU del 1950⁶².

Quando si affronta, dunque, il tema della proporzionalità della legge penale e la sua conformità alla tavola dei valori e dei principi fondanti l'ordinamento continentale compendiato nella Carta di Nizza occorre necessariamente ricostruire il percorso del controllo sulla proposizione normativa entrata in vigore e, data la nuova prospettiva inaugurata dalla giurisprudenza costituzionale, anche sulla fase preventiva, vale a dire la motivazione legislativa che ha originato l'intervento precettivo.

Qui non si intende ritenere necessario un parere preventivo della Corte nazionale, ma prendere atto che nella fisiologia procedimentale della formazione delle leggi che abbiano la copertura integrata, interna e pattizia, occorre oggi adeguarsi ai criteri che un eventuale sindacato di controllo successivo potrebbero far valere.

Seppure l'operazione di verifica della scelta normativa muoverà utilizzando la griglia di controllo che si articola in quattro diversi profili, si analizzerà in realtà in questo lavoro soltanto la *triade* costitutiva, tenendo presente che il requisito della legittimità dell'intervento appartiene alla materia dei

⁶⁰ Si ricorda, a tale proposito, il tentativo di costituzionalizzare il principio di offensività, creando un vincolo e allo stesso tempo un incentivo alla discrezionalità legislativa, sforzo compiuto con i lavori Commissione bicamerale del Parlamento italiano, si veda ampiamente in M. DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, in *Cri. dir.*, 1998, 95.

⁶¹ Lo stesso R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 130 ritiene che, pur in una prospettiva di bilanciamento dei principi e dei valori: «il principio di dignità umana prevalga, sotto determinate condizioni, con grande certezza su altri principi, non giustifica alcuna assolutezza del principio, ma significa solo che esistono ragioni costituzionali inoppugnabili per una relazione di priorità a vantaggio della dignità umana, sotto determinate condizioni». D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Esi, Napoli, 2009. Ampiamente sul controverso tema dei valori di riferimento, si veda AA.VV., *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, Universidad Carlos III de Madrid 2014.

⁶² M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, cit., 44.

presupposti legislativi che legittimano l'azione che la rendono conferente.

La triade che può essere utile allo svolgimento del *test* di proporzionalità vede in primo piano i primi due criteri costitutivi, necessità e idoneità, che riposano su iniziative di carattere politico -se non talvolta ideologico- e che trovano la propria spinta motivazionale nella sollecitazione empirica volta a sedare l'allarme sociale di un determinato fatto che va vietato.

6.1. La legittimità è la qualità che consente di verificare che il legislatore, prima di tutto, abbia agito seguendo il percorso procedimentalizzato della formazione della legge e, in secondo luogo, che i contenuti siano in perfetta armonia con i principi costituzionali e, ancora, con i principi e i valori dettati dai documenti eurounitari pattizi. Questo aspetto copre in realtà l'area della legalità dell'azione legislativa che forma un argine al possibile arbitrio del legislatore che, travalicando i limiti di esercizio imposti dalle norme sovraordinate, potrebbe adottare norme penali in aperto e immotivato contrasto con i diritti di libertà.

La norma penale arbitraria si presenta come eversiva al sistema e, dunque, deve essere immediatamente eliminata per impedire danni ai diritti fondamentali della persona.

Questo aspetto finisce per assicurare anche la tenuta del carattere di legittimazione all'azione legislativa ossia quel necessario riconoscimento da parte dell'ordinamento per avere adottato iniziative di natura sanzionatoria in linea con l'ispirazione del principio di democrazia che informa le istituzioni nazionali ed europee.

6.2. Il primo criterio è la necessità dell'intervento repressivo, la ragione di un intervento legislativo penale inevitabile, che abbia anche considerato l'inadeguatezza, in termini di *extrema ratio*, di ogni altro tipo o natura di iniziativa normativa che non rivestano i caratteri di afflittività e una sensibile compressione di diritti.

Superato il vaglio sull'indispensabilità della norma penale, si passa a considerare che la legge sia giustificata dall'esigenza di tutelare un interesse o un diritto nella maniera meno invasiva possibile⁶³.

In questo modo la discrezionalità legislativa subisce una sorta di auto-contenimento dell'intervento, tenendo conto del rispetto che vi deve essere, alla luce del nucleo fondamentale dei diritti di libertà e di dignità della persona, del rapporto tra mezzo a fine⁶⁴. Paradigmatico in questo senso è l'introduzione della nuova ipotesi di reato con l'art. 434-bis c.p. "*Invasione do terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica*" nata soltanto sull'onda di un'emotività generalizzata.

Si tratta di un limite di tipo quantitativo, quello stesso che caratterizza l'azione nel diritto amministrativo e che vuole che l'obiettivo debba essere raggiunto con il minor sacrificio possibile per i diritti e gli interessi dei soggetti coinvolti. Un criterio di ponderazione materiale fondato sull'equilibrio tra: diritti sacrificati e diritti salvaguardati.

Ma in realtà il criterio di necessità ingloba in sé la stessa ragione dell'intervento, l'inevitabilità che,

⁶³ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, in particolare il capitolo 1.

⁶⁴ Utile e stimolante è la critica che si muove alla proporzionalità come prodotto del bilanciamento dei diritti con l'interesse pubblico, anche se la proporzionalità in materia penale può essere, al contrario, proprio un *test* di contenimento dell'azione di erosione dei diritti fondamentali, in G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, cit., 548.

se non osservata, consentirebbe questa volta sì la lesione di diritti fondamentali, ossia l'omissione colpevole che conduce alla violazione dell'obbligo che grava sullo stato di salvaguardia dei diritti dei suoi cittadini⁶⁵. Anche qui c'è un richiamo alla dignità umana, proprio quella dignità che invoca l'urgenza dell'intervento del legislatore penale chiamato tempestivamente a tutelare diritti, sacrificando nella misura compatibile -della proporzione o della simmetria quantitativa- diritti.

Il criterio di necessità trova il suo fondamento normativo proprio nel primo comma dell'art. 52 della Carta di Nizza che consente: «limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Il contenimento dell'azione legislativa e soprattutto l'ampiezza della discrezionalità è in questo caso, dunque, decisamente temperata da una prescrizione che assume i caratteri di un principio di orientamento e che detta al legislatore i limiti quantitativi dell'intervento repressivo in materia penale. Particolarmente interessante è il richiamo al principio di libertà che funge da sponda nella norma alla necessità dell'intervento e ancora una volta, richiama l'attenzione a sottrarre spazi di libertà attraverso l'adozione di una norma penale che vieta ovvero obbliga, solo a condizione che non leda o comprometta finalità pattizie o libertà immotivate delle persone.

A questo proposito giova ricordare il caso emblematico e, al tempo stesso, deprecabile di una legge penale che ha comportato una lesione dei diritti fondamentali e della dignità umana. Si tratta della modifica legislativa introdotta all'art. 75 del DPR n. 309/90 dalla legge detta Fini-Giovanardi del 2006 in materia di sostanze stupefacenti, che intervenne per equiparare in punto di pena la categoria delle droghe cc.dd. pesanti alle droghe cc.dd. leggere, oggetto di successiva abrogazione da parte della Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014⁶⁶.

La violazione del canone di proporzionalità, sotto il profilo della necessità, non investiva soltanto la cornice edittale che veniva rinforzata da pene molto più severe, ma soprattutto colpiva l'iniziativa di nuova scelta di politica criminale che era al fondo della modifica normativa. Una scelta in controtendenza con il sistema degli accordi sovranazionali e delle direttive europee in materia di stupefacenti che si è spinta oltre il limite della ragionevole discrezionalità legislativa, fino al punto da concretizzare un'ipotesi di illegittimità legislativa generatrice di responsabilità da illecito legislativo.

Si tratta di una categoria assolutamente ignota al nostro sistema costituzionale, ma tuttavia in linea con i recenti sviluppi del diritto giurisprudenziale europeo come dimostrato dalla sentenza Torreggiani⁶⁷. In questo caso, infatti, la lesione evidente è stata prodotta ai diritti fondamentali della

⁶⁵ La Corte costituzionale negli ultimi anni ha introdotto attraverso le sue pronunce la c.d. "dichiarazione di incostituzionalità differita" in occasione: del fine vita, in Corte cost., ord. n. 207 del 24 ottobre 2018, in www.cortecostituzionale.it; della diffamazione a mezzo stampa, in Corte cost., ord. n. 132 del 9 giugno 2020, in www.cortecostituzionale.it; in ultimo sull'ergastolo ostativo, in Corte cost., ord. n. 97 del 15 aprile 2021, in www.cortecostituzionale.it e Corte cost., ord. n. 2o del 10 maggio 2022, in www.cortecostituzionale.it.

⁶⁶ Il tema è affrontato in tutti i suoi molteplici aspetti da M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma 2017.

⁶⁷ All'indomani della giurisprudenza europea, che aveva ripetutamente sanzionato l'Italia per la lesione di diritti fondamentali dei detenuti, il legislatore italiano adotta una legge a contenuto risarcitorio, Legge 11 agosto 2014, n. 117 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, recante disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al

persona umana e alla sua dignità, quando il soggetto imputato del più grave reato, di cui poi è stata abrogata la norma che elevava la pena, non solo sia stato condannato ma abbia anche espiato per intero una pena che successivamente è stata dichiarata illegittimo⁶⁸.

6.3. Il secondo criterio legato alla scelta politica di stampo repressivo è la idoneità della proposizione normativa sotto i profili di effettività, efficacia e precisione.

Si tratta dell'adeguatezza della norma a perseguire il fine per cui viene adottata. Adeguatezza che riguarda sia il contenuto del precetto sia la pena prevista. La discrezionalità legislativa questa volta è imbrigliata dal tasso tecnico che caratterizza il precetto, come comando o come divieto. L'idoneità, in buona sostanza, trova coincidenza con i contenuti del principio di stretta legalità che costituiscono il nucleo di garanzia della persona.

Nel diritto penale l'azione legislativa segue il solco consolidato dei parametri costituzionali filtrati dall'assetto dei principi della legislazione primaria che non trascura di considerare la ricaduta operativa della norma nella fase processuale della sua effettiva applicazione. In questo modo a emergere, oltre la effettività, il congegno tecnico che offre la base di applicabilità della disciplina, e la efficacia, ossia la capacità della norma penale di conseguire l'obiettivo per cui è stata adottata, è il principio di precisione, vale a dire la capacità della norma di attuare nella sede processuale⁶⁹, quei propositi di applicazione che avevano motivato l'azione legislativa⁷⁰.

Molte delle norme che appartengono a settori dell'ordinamento penale, quale ad esempio quello dei reati societari e fallimentari, in cui il tasso tecnico che caratterizza la descrizione del precetto è a tal punto elevato da sfuggire, talvolta, anche a un sufficiente grado di colpevolezza normativa, sembrano non trovare un'agevole opera di sussunzione. I dettagli tecnici, che si risolvono in casi di elementi costitutivi e di sussistenza del fatto tipico, condizionano a tal punto la volontà legislativa e lo stesso criterio di necessità da apparire i primi elementi di depotenziamento della norma penale. Il fenomeno della simbolicità delle norme repressive prende spunto proprio da questa incapacità operativa della disposizione normativa e sono le prime ipotesi a cadere sotto la lente dell'apparente carenza di necessità e soprattutto di adeguatezza.

codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile», in *G.U. Serie Generale n. 192 del 20-8-2014*.

⁶⁸ M. GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali*, cit., 133.

⁶⁹ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, 148.

⁷⁰ Criterio operativo che trova il suo referente normativo di "fonte alta" nell'art. 7 della Convenzione EDU, come precisato da VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.12.2016, 6: «La garanzia della prevedibilità della decisione giudiziale viene pertanto affidata oggi, anziché alla riserva di legge, agli altri corollari del *nullum crimen* rappresentati dal principio di *precisione* (o sufficiente determinatezza, o "tassatività", precetto penale), nonché dal *divieto di analogia*. Leggi dai contorni precisi, si afferma, dovrebbero indicare con chiarezza al consociato ciò che è vietato dalla legge; e il divieto di analogia dovrebbe correlativamente garantire che la pena (e l'intero apparato di *law enforcement*) non possano essere attivati nei suoi confronti per fatti diversi da quelli espressamente previsti dalla legge». La precisione/prevedibilità assunta a parametro di giudizio costante dalla Corte EDU e utilizzata nel *test* di verifica di norme penali nazionali è stata oggetto della sentenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, ^[1]^[2]De Tommaso c. Italia, Application n. 43395/09 del 23 febbraio 2017, in www.hudoc.echr.coe.int, in cui è stato ravvisato il difetto di *prevedibilità* e *precisione* delle norme relative ai soggetti idonei e alle condizioni necessarie per l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza in relazione agli artt. 1, 3 e 5, legge n. 1423/56 (oggi parzialmente trasposti negli artt. 1, 6 e 8 d. lgs. 159/2011) che a giudizio della Corte conferiscono un potere discrezionale assai ampio al giudice, ed hanno un coefficiente di prevedibilità troppo basso, con la conseguenza che al cittadino non è dato conformare con certezza e *a priori* le proprie condotte al precetto normativo.

Il principio di proporzionalità si pone appunto come *test* di correttezza della scelta legislativa che non può limitarsi nel suo sindacato a rispettare la discrezionalità legislativa ma anche di valutare la violazione di quella discrezionalità quando l'uso della legislazione tradisce i principi di governo e di orientamento dettati dai principi superiori. In entrambi i casi, necessità e idoneità, ci troviamo di fronte a ipotesi che si connotano anche per il forte profilo di carattere politico che assume la decisione legislativa. Prendere atto di un fenomeno illecito che turba l'esercizio dei diritti di libertà o che si rivolge contro gli interessi dell'Unione e assumere l'iniziativa di reprimere tali fatti con il ricorso alla norma penale, considerata l'unica in grado di ripristinare l'equilibrio violato, vuol dire fornire una motivazione in termini di politica criminale alla scelta normativa che seguirà il suo corso sotto il profilo dell'uso del ricco strumentario tecnico di elaborazione della disciplina. Ma la motivazione che spinge alla scelta legislativa nasce da ragioni che sono di opportunità politica e di strategia anticrimine, dove molto spesso non manca l'emotività sociale che ne detta ragioni e tempi⁷¹.

Sovente si verifica che proprio l'indiscriminato ricorso alla legislazione penale e alle ragioni contingenti che impongono l'esemplarità dell'intervento repressivo, in chiave squisitamente di prevenzione generale con la previsione di pene edittali o combinate con sanzioni pecuniarie oltre ogni limite di tollerabilità, tradisce il combinato disposto dei criteri di necessità e idoneità.

L'art. 52 in questo senso detta la cornice quantitativa dell'intervento, scendendo in campo con una griglia di contenimento che da sola può legittimare l'intervento legislativo. Un intervento che fin dalla sua originaria adozione dovrà adeguarsi a quei criteri di scrutinio che nel *test* di controllo successivo potrebbe rilevarne la conflittualità con i principi fondamentali.

Con il profilo di idoneità della norma a conseguire il risultato che il legislatore si prefigge attraverso il ricorso all'incriminazione, si pone anche in discussione il requisito di efficacia rispetto al fine. Nell'attuale contesto sociale in cui il "rischio" è la nota caratteristica delle scelte di incriminazione il legislatore avanza istanze di tutela calibrate su fattispecie di pericolo a struttura colposa, nell'intento di sedare le aspettative di punizione che diversamente non sarebbero soddisfatte.

Non solo. Il livello tecnologico e soprattutto la capacità di accertamento tecnico di danni che un tempo sfuggivano a precise coordinate di verifica scientifica, oggi offrono la possibilità di provare fatti e circostanze e, in questo modo, elevare a illecito fattispecie dal contenuto e dal profilo del tutto inedito. Basta pensare ai casi di disastro sanitario e disastro ambientale, un tempo neppure oggetto di previsione legislativa, per convincersi che la prevedibilità e la precisione oggi riescono a raggiungere un coefficiente sufficientemente alto per essere apprezzati tecnicamente e provati in sede di giudizio. Da qui la previsione di norme incriminatrici a protezione dell'ambiente e della salute che, declinati in termini di pericolo astratto/presunto, soddisfano proprio la componente politica della scelta legislativa in termini di proporzionalità, depotenziando le tensioni con il principio di stretta legalità.

6.4. Il terzo criterio costitutivo è quello, tradizionale, della adeguatezza sanzionatoria che si lega effettivamente all'aspetto intrinseco della ragionevolezza della pena.

Occorre, infatti, ricercare nella sistematica relativa alla vicenda normativa da esaminare la coerenza del tipo e della misura della sanzione penale, che sia da considerare proporzionata alle altre scelte

⁷¹ Una puntuale esposizione delle ragioni critiche è svolta in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. INSOLERA, Padova 2006.

operate dal legislatore.

Questo criterio è squisitamente tecnico e l'uso del *tertium comparationis* ne conferma la natura, nel senso che non dovrebbe esistere una scelta arbitraria nella predisposizione dell'appendice sanzionatoria. La pena deve essere calibrata sulla base dell'ambiente normativo di appartenenza di quella specifica norma penale e comunque tenere nel debito conto gli indici di gravità per fatti analoghi. Ma il criterio di proporzionalità in realtà, a nostro avviso, esprime un ulteriore aspetto restrittivo della discrezionalità legislativa. Impone, infatti, che tutto il percorso sanzionatorio, così come nella prospettiva del principio di precisione, sia caratterizzato da un peso di penalità adeguato alla fattispecie concreta da punire.

Da alcuni anni invece il legislatore italiano, forse inconsapevole (o distratto) del peso immanente del principio di sistematicità dell'ordinamento giuridico, ha sempre e soltanto guardato alla scelta sanzionatoria, appuntando esclusivamente la sua attenzione sulla norma penale adottata e non sul percorso complessivo della giurisdizione penale che definisce la punizione, a volte, in maniera molto più incisiva, fino alla fase della sua esecuzione.

6.5. In questo modo non è apparso subito evidente che nel sistema della legislazione penale esistono rinvii applicativi a istituti e disposizioni che arricchiscono il quadro di penalità, a partire da tutte le ipotesi contenute nella legge delle misure di prevenzione, passando al complesso delle misure di sicurezza, in entrambi i casi personali e patrimoniali; considerando le ipotesi di aggravamento della pena per le circostanze del reato e la recidiva; per poi terminare alle sanzioni patrimoniali dettate dalle nuove ipotesi di confisca e alla punizione per quote nei casi di responsabilità degli Enti.

A tutto ciò si aggiunga il complesso e articolato percorso della legislazione penitenziaria che variamente regola l'applicazione delle misure alternative alla detenzione o addirittura al carcere e che segna autonomamente un ulteriore stigma del reato; alle ipotesi della prescrizione del reato e della pena; alle condizioni di procedibilità; per finire alla ipotesi di diversione processuale come la messa alla prova e a degradazioni simili.

Un composito quadro che osservato nella sua completezza viene variamente a combinarsi, aggiungendosi alla previsione specifica delle pene per la singola figura di reato, determinando alla fine un potenziale punitivo di gran lunga locupletato rispetto a quello originariamente progettato dal legislatore. Per queste ragioni il criterio di proporzionalità che governa gli aspetti di adeguatezza sanzionatoria deve tener conto del fatto che il percorso punitivo non termina con la comminatoria, ma si completa soltanto con la irrogazione della pena nella fase della sua concreta applicazione e afflittività⁷².

Il tema della proporzionalità in senso stretto è da sempre al centro della vicenda esecutiva della pena, non solo da parte del giudice nazionale attraverso il quadro normativo che emerge dalla legge sull'Ordinamento Penitenziario n. 354 del 1975 ma anche della Corte di Strasburgo che ne ha fatto ampia applicazione, delineandone con precisione i confini e i contenuti⁷³. Si tratta naturalmente del

⁷² F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 325.

⁷³ M.A. EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 3. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1999, 760.

profilo di adeguatezza sanzionatoria che attiene alla sola fase di applicazione del diritto, alla ricerca di quell'equilibrio empirico per assicurare simmetria punitiva in termini di prevenzione generale, *sub species* rieducazione, a pene o a misure alternative che vanno adeguate alla personalità del condannato in funzione del suo reinserimento sociale⁷⁴.

La magistratura di sorveglianza, ma così anche i vertici amministrativi dell'Amministrazione penitenziaria, possono ricorrere a misure e sanzioni che limitano ulteriormente o modulano lo stato detentivo⁷⁵, basta pensare ai reati del 4-bis O.P. che orienta l'applicazione dell'art. 41-bis o alla misura di rigore dell'art. 14-bis O.P., ampliando i margini di quella asimmetria punitiva chiamata a garantire il trattamento rieducativo⁷⁶.

L'inadeguatezza sanzionatoria finale si risolve, in buona sostanza, in un errore di carattere metodologico, che oltre a mostrare il fianco debole della conformità al principio di rieducazione che potrebbe rimanerne mortificato, denunciando una chiara illegittimità della norma proprio a causa di uno sproporzionato percorso sanzionatorio che, nel concreto, supera la soglia della previsione punitiva della norma stessa.

7. Gli incentivi normativi a una legalità penale di stampo continentale aprono nuovi orizzonti del liberalismo penale, itinerario concettuale con base politica, coltivato e consolidato negli ultimi secoli nei sistemi penali nazionali: «Inoltre, il principio di legalità dei reati e delle pene appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è stato sancito da vari trattati internazionali, segnatamente all'articolo 7, paragrafo 1, della CEDU»⁷⁷.

Tuttavia, il liberalismo penale come patrimonio comune è stato seguito in maniera diversificata, a seconda dei sistemi politici che lo ispiravano, soprattutto per la struttura istituzionale del singolo stato nazionale. Una legalità più rigida o più flessibile a secondo della matrice costituzionale che ne rappresenta la base conformante.

Il dopoguerra ha certamente imposto nuovi valori ispiratori dei sistemi giuridici, incanalando il massimo dello sforzo a elevare a referente omogeneo i diritti fondamentali della persona umana, mai negoziabili e definitivamente sottratti alla disponibilità delle scelte politiche. In questo modo l'opzione giuridica che ha guidato la mano dei legislatori trova oggi una omogeneità rappresentativa dove la ricerca della punizione, seppure ispirata alla protezione dei beni della persona, è chiamata a

⁷⁴ G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in www.penalecontemporaneo.it: «In siffatta prospettiva -e avvalendosi, almeno in parte, di una consolidata "ricostruzione" teorica della struttura del principio *de quo*, è possibile affermare che l'individuazione o la scelta della misura restrittiva o coercitiva, che determini un sacrificio degli interessi dei detenuti proporzionato rispetto al beneficio atteso in favore dell'interesse primario affidato in cura all'Amministrazione penitenziaria dalla norma attributiva del potere (e, di conseguenza, il sindacato giurisdizionale sull'uso proporzionato di tale potere), si fondano su di una verifica che si snoda lungo le fasi sequenziali dell'*idoneità*, della *necessarietà*, dell'*adeguatezza tecnica* e della *proporzionalità in senso stretto*».

⁷⁵ Tra le fonti del diritto penitenziario chiamate a modulare il trattamento rieducativo con restrizioni o ampliamento dell'esercizio dei diritti è importante il DPR n. 230 del 2000 *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

⁷⁶ M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, 2180. Alla radice del carcere duro e agli aspetti controversi della sua natura, ci sia consentito di rinviare a P. TRONCONE, *Compatibilità costituzionale e aporie sistemiche del nuovo art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Riv. pen.*, 2005, 547.

⁷⁷ In questo senso da ultimo Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, Sentenza 5 dicembre 2017, cit.

rispettare comunque e sempre i diritti della persona.

Un liberalismo, il cui percorso concettuale abbandona la base etica e si preoccupa oggi di acquisisce un fondamento di tipo normativo, capace di imporre scelte vincolanti e omogenee a tutti sistemi costituzionali che concorrono a formare l'Unione. Del resto la vincolatività normativa della Carta di Nizza, il cui riconoscimento è ormai patrimonio scontato delle Corti superiori degli stati, fornisce quel contributo utile all'armonizzazione delle legislazioni e alla omogeneità nella fase della scelta di criminalizzazione e in quella del suo controllo rispetto ai principi dell'Unione. La lunga strada del liberalismo che ha segnato sempre nuovi percorsi per legittimarsi nella sua oggettività valoriale, persegue non una nuova e complessiva legalità, ma un liberalismo di tipo continentale, condiviso, sindacato e sindacabile, in cui il carattere unificante del nuovo approdo ideologico è soltanto la tutela della persona.

Una istanza di tutela coltivata da due orizzonti normativi diversi, dove da un lato si coglie il conio della produzione normativa ordinaria; dall'altra il rispetto dei diritti della persona che entra nelle dinamiche relazionali della giurisdizione penale. Ridisegnare in questo modo il potere di produzione della norma incriminatrice e il controllo legislativo, attraverso una legalità rinforzata e condivisa, rende superfluo anche ipotizzare, come razionale procedimento di uniformità, il ricorso alla teoria dei controlimiti e con essa il conflitto interno tra i presidi di legalità che, prima di ogni altri, andrebbero rivisitati e adeguati, così come inibire il potenziale sanzionatorio dell'opera di disapplicazione che finisce per favorire conflitti e non contribuisce all'armonia normativa⁷⁸.

⁷⁸ La Corte di Lussemburgo apre un nuovo capitolo con l'ultima sentenza Taricco, in cui propone una forma dialogica di controllo, e a nostro parere, di formazione del diritto, in Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, Sentenza 5 dicembre 2017 *cit.*: «Occorre anzitutto ricordare che il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE instaura un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri, il quale mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione nonché la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto».