

Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo

A cura di

Giandomenico Dodaro, Enrico M. Mancuso

Edizioni

DipLap

Con il patrocinio ed il finanziamento del
Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia



Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale
Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia)
C.F. 97664840150
Web: <http://labdirpen.wix.com/diplap>

Collana **DIPLAP** 2017-2018

Comitato Scientifico

Roberto Flor (Direttore)
Giandomenico Dodaro
Ciro Grandi
Enrico Maria Mancuso
Vico Valentini

ISBN: 9788894094930

Publicazione destinata esclusivamente alla distribuzione online

Creative Commons 2018



Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia

(Ed.) Roberto Flor, 2015

Gli autori

<i>Buoninconti Ave Gioia</i>	Ricercatrice di Diritto penale – Sapienza Università di Roma
<i>Antonello Cincotta</i>	Specializzato in Diritto penale e Criminologia – Sapienza Università di Roma
<i>Díaz Cortés Lina Mariola</i>	Profesora Ayudante Doctora. Área de Derecho Penal – Università di Salamanca
<i>Dodaro Giandomenico</i>	Ricercatore di Diritto penale – Università degli Studi di Milano - Bicocca
<i>Esposito Alfonso</i>	Dottore di ricerca in Diritto penale – Università degli Studi di Napoli Federico II
<i>Guagliardi Giulia</i>	Avvocato del Foro di Roma
<i>Manca Veronica</i>	Dottore di ricerca in Diritto penale – Università degli Studi di Trento
<i>Mancuso Enrico Maria</i>	Professore associato di Diritto processuale penale – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
<i>Merlo Andrea</i>	Dottore di ricerca in Diritto penale – Università degli Studi di Palermo
<i>Milone Sofia</i>	Dottore di ricerca in Diritto penale – Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa
<i>Nicolicchia Fabio</i>	Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi di Ferrara
<i>Omodei Riccardo</i>	Dottore di ricerca in Diritto penale – Università degli Studi di Palermo
<i>Palmisano Marta</i>	Dottoranda di ricerca in Diritto penale – Università degli Studi di Palermo
<i>Pulitanò Domenico</i>	Professore emerito di Diritto penale – Università degli Studi di Milano - Bicocca
<i>Recchia Nicola</i>	Ricercatore postdottorale in Diritto penale - Goethe-Universität Frankfurt am Main
<i>Trogu Mauro</i>	Avvocato del Foro di Cagliari

I relatori sono stati selezionati mediante valutazione anonima tra coloro che hanno risposto alla *call for papers* da un comitato scientifico composto dai professori: Lorena Bachmaier Winter, Luigi Foffani, Adán Nieto Martín, Helmut Satzger.

INDICE

Introduzione. Formanti vecchi e nuovi del diritto penale sostanziale e processuale <i>Giandomenico Dodaro, Enrico Maria Mancuso</i>	8
Sezione I – Uguaglianza e solidarietà nel diritto penale sostanziale	
La solidarietà, orizzonte di senso per la responsabilità penale <i>Alfonso Esposito</i>	12
Il principio di solidarietà nel diritto penale. Il caso della responsabilità sociale d'impresa <i>Marta Palmisano</i>	29
La problematica incriminazione dell'istigazione e aiuto al suicidio. Possibilità e limiti del principio di solidarietà <i>Riccardo Ercole Omodei</i>	54
El debate sobre la penalización o no del <i>sexting primario</i> entre menores: una aproximación desde los presupuestos del principio de proporcionalidad <i>Lina Mariola Díaz Cortés</i>	74
Sezione II – Proporzionalità nel diritto penale sostanziale	
Giudizio di proporzionalità e principi penalistici: identità, complementarietà o alternatività? <i>Nicola Recchia</i>	101
La proporzionalità, l'isola non trovata e la stella polare della Corte costituzionale <i>Andrea Merlo</i>	109
Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di 'valorizzazione' dal confronto con il <i>sentencing system</i> inglese <i>Fabio Coppola</i>	128
Il paradigma costituzionale dell'esecuzione penitenziaria tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena: il caso «problematico» del 41- <i>bis</i> o.p. <i>Veronica Manca</i>	147
Il principio di proporzionalità quale canone di legittimità dell'uso del potere repressivo. Aggravante della transnazionalità e nuovi punti di emersione del <i>ne bis in idem</i> sostanziale <i>Giulia Guagliardi</i>	167

Sezione III – Proporzionalità nel diritto processuale penale

Modalità di esercizio dell'azione penale e diseguaglianze nel sistema processuale penale italiano <i>Mauro Trogu</i>	178
Il principio di proporzionalità' nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova <i>Fabio Nicolichia</i>	184
Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità delle misure preventive "para-penali": il caso della confisca allargata <i>Sofia Milone</i>	199
Il costituzionalismo penale contemporaneo: declinazione di principi e casi emblematici, tra diritto penale e processo <i>Ave Gioia Buoninconti e Antonello Cincotta</i>	227
Relazione di sintesi <i>Domenico Maria Pulitanò</i>	248

LA PROPORZIONALITÀ, L'ISOLA NON TROVATA E LA STELLA POLARE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Andrea Merlo

Sommario: 1. Premessa; 2. Il perimetro della proporzionalità dal punto di vista della Corte costituzionale; 3. La sentenza 236/2016: un punto di svolta?; 4. Il giudizio di proporzionalità come giudizio di valore e il panorama assiologico di riferimento; 5. La rilevanza del contesto valoriale di riferimento; 6. Spunti di riflessione a partire dai cc.dd. obblighi positivi di tutela dei diritti fondamentali della giurisprudenza di Strasburgo; 7. Conclusioni.

1. Premessa

Che il principio di proporzionalità sia divenuto uno dei principali protagonisti delle decisioni della Corte costituzionale è ormai un dato assodato. Che invece sia chiaro e condiviso da tutti cosa effettivamente si intenda con tale espressione è tutto da dimostrare. Questo non necessariamente per inadeguatezza nelle trame argomentative adoperate da parte del giudice delle leggi o per possibili limiti della riflessione dottrinale. Piuttosto, come è stato efficacemente osservato, si tratta di una nozione «più facile da comprendere che da definire», probabilmente perché «è più frequentemente impiegata di quanto non sia effettivamente “pensata”»¹. Di qui, spesso, l'accusa di essere una nozione evanescente, un concetto *bon à tout faire*, ma privo di effettiva consistenza².

Comincio col rilevare che, quando compulsando riviste e opere monografiche ho cercato di farmi un'idea di quale fosse il significato generalmente accettato di proporzione, ho dovuto constatare un notevole disaccordo di fondo riguardante la sua natura e la sua reale determinatezza concettuale. Quanto alla sua natura – specie con riferimento al diritto penale – balza subito agli occhi la contestuale coesistenza di almeno quattro diversi significati. In particolare, l'espressione proporzionalità/principio di proporzionalità evoca contemporaneamente i) una precisa scansione di argomenti alla base dello scrutinio di costituzionalità da parte del giudice delle leggi (specie di quello tedesco); ii) un sinonimo del principio di ragionevolezza; iii) un principio garantistico di portata generale, diretta espressione dei valori derivanti dall'illuminismo penale; iv) un canone di politica criminale.

Quanto poi alla reale consistenza del principio, alla sua effettiva cogenza nel contesto argomentativo del giudizio di costituzionalità (in particolare in materia penale) lo spettro delle posizioni dottrinali è così ampio da comprendere vere e proprie infatuazioni, ricostruzioni comunque improntate ad un'attenta curiosità verso le capacità del principio

¹ X.PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dan les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica Puam, 1990, 7.

² Nella letteratura penalistica cfr., per tutti, le osservazioni critiche di M.DONINI, *Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. Pen. Cont. -Riv. Trim.*, 4/2013, che considera la proporzionalità principio «cieco e relativistico».

di orientare il percorso argomentativo dei giudici, fino a giungere a letture più scettiche, se non addirittura venate da pungente sarcasmo³.

Nonostante la proporzionalità abbia accompagnato l'affermarsi delle idee dell'illuminismo e del costituzionalismo penale⁴ e sia oggi oggetto di una rinnovata attenzione da parte della giurisprudenza e della dottrina, a fronte del tentativo di tracciarne in modo rigoroso lo statuto logico, l'osservatore si trova a tutt'oggi di fronte ad un concetto dai contorni piuttosto nebulosi e indefiniti.

Cercherò, nelle pagine che seguono, di sviluppare alcuni spunti di riflessione già contenuti in un mio ancora recente articolo a cui faccio rinvio per un più dettagliato approfondimento di alcune questioni di fondo⁵.

2. Il perimetro della proporzionalità dal punto di vista della Corte costituzionale

Nella giurisprudenza costituzionale tedesca e nelle pronunce delle corti sovranazionali e internazionali il principio di proporzionalità ha assunto la fisionomia di una precisa scansione argomentativa in tre fasi (idoneità, necessità e proporzione in senso stretto) alla quale molti osservatori guardano come modello di controllo delle strategie argomentative adoperate dai giudici costituzionali. Nell'esperienza italiana, invece, il principio non ha raggiunto il medesimo livello di formalizzazione definito dal *Bundesverfassungsgericht* e esibisce contorni poco definiti⁶. In Italia, infatti, la nozione di proporzionalità tende a essere assimilata a quella di ragionevolezza, fino a costituire con essa una sorta di endiadi⁷. Nella fraseologia stessa della Corte, spesso, i due termini sono richiamati in coppia, quasi che l'uno non si regga senza l'altro. Accade infatti che uno stesso schema di ragionamento venga dalla Corte indistintamente ricondotto ora alla ragionevolezza, ora

³ Solo a titolo esemplificativo, per rendere l'idea dell'ampia gamma di posizioni, basti qui pensare che la proporzionalità viene considerata da qualcuno come «la sintesi e il precipitato storico dei mutamenti attualmente in corso» (L. BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, in ID., *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Giappichelli, 2011, 203; così anche S. COGNETTI, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistematica*, Giappichelli, 2011), coesistente all'idea stessa dei diritti umani. Altri, invece, ne irridono le pretese taumaturgiche di strumento «buono per ogni cosa» (L. SCHWEGLER, *Anmerkung*, in *Aur*, 1973, 190), definendolo “Alleskleber”, “attaccatutto” (V. GÖTZ, *Die Entwicklung des allgemein Polizeilich- und Ordnungsrecht in NVwZ*, 1984, 215), “ammorbi dente universale dell'ordinamento” (F.E. SCHNAPP, *Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriff*, in *Jus*, 1983, 850), ovvero paventando il rischio che diventi «una cornice all'interno della quale è possibile mettere di tutto» (A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, 457).

⁴ Per un più accurata ricostruzione del percorso di emersione del principio nel pensiero giuridico, sia consentito il rinvio a A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1427 ss.

⁵ A. MERLO, op. ult. cit.

⁶ Non si tratta tuttavia di un disagio emerso solo in ambito italiano, La dottrina francese, per esempio, lamenta da tempo una scarsa afferrabilità del principio e auspica uno sforzo di maggiore stabilizzazione lessicale e concettuale da parte della giurisprudenza. Per tutti cfr. J.B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ-Lextenso, 2015, 425, il quale rileva che «on dépit de sa omniprésence, il faut constater que la notion est évanescence parce qu'elle se prête à toute sorte de situations».

⁷ Cfr. ad esempio la recente sent. n. 11 febbraio 2016, n. 23 nella quale la Corte ammette che il principio di proporzionalità della pena è generalmente trattato «al pari del principio di ragionevolezza» ed «è spesso richiamato unitamente ad esso».

alla proporzionalità, ovvero ancora ricorrendo ad espressioni quali «razionalità», «uguaglianza», «coerenza»⁸. Addirittura, questa promiscuità terminologica può annidarsi nella medesima frase. Si guardi, a titolo solamente esemplificativo, al seguente passaggio della sent. 21 gennaio 1999, n. 2, in materia di sanzioni disciplinari: «l'automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole, contrastando con il principio di proporzione, che è alla base della razionalità che informa il principio di eguaglianza»⁹. Anche prescindendo dal passaggio appena riportato, quello che sovente la prosa della Corte restituisce è una sorta di *argot* confuso, la cui portata semantica è indeterminata e si specifica di volta in volta nel contesto in cui viene adoperato¹⁰: sicché, un osservatore esperto del rango di Livio Paladin adombra il sospetto che talora possa trattarsi di «formule verbali, espressioni alle quali non corrisponde un concetto o una nozione ben determinata»¹¹.

Pur in presenza di questo continuo rimescolamento concettuale (e terminologico), è tuttavia possibile riconoscere un duplice modo di atteggiarsi del canone della proporzionalità/ragionevolezza che in estrema sintesi può essere schematizzato così¹².

In un primo caso, lo scrutinio della Corte, basato sull'art. 3 Cost., si incentra sul raffronto – attraverso l'individuazione di un *tertium comparationis* – fra fattispecie diverse in modo da verificare la coerenza della scelta di criminalizzazione rispetto alla severità sanzionatoria o, in generale, all'intensità afflittiva (si parla in questi casi di ragionevolezza-uguaglianza).

In altri frangenti, invece, la proporzionalità è impiegata per vagliare l'intrinseca ragionevolezza delle scelte legislative, anche indipendentemente dalla comparazione di singole norme: oggetto della valutazione della Corte, in questi casi, è la congruità dell'opzione punitiva rispetto agli scopi perseguiti dalla norma e all'intensità del sacrificio dei diritti sacrificati (i *tertia comparationis* dovrebbero giocare un ruolo soltanto indiziante della irragionevolezza della norma). Questo tipo di controllo può esplicarsi su due versanti. Sul versante valutativo la Corte compie giudizi circa la qualità dei beni in gioco per verificare la proporzionalità del sacrificio imposto con l'introduzione

⁸ Un'ampia disamina del caleidoscopio lessicale adoperato dalla Corte costituzionale per comporre l'immagine della ragionevolezza è offerta da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2009, 113 ss.

⁹ Corsivi aggiunti. L'esempio è utilizzato anche da M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, consultabile in www.cortecostituzionale.it

¹⁰ Si tratta comunque di una caratteristica tipica del linguaggio pragmatico, quello cioè che per essere compreso deve tenere necessariamente conto di chi pronuncia l'enunciato e del contesto in cui viene pronunciato (cfr. C. BIANCHI, *Prammatica del linguaggio*, Roma-Bari, 2003). Con riferimento alla dimensione pragmatica della ragionevolezza, cfr. S. ZORZETTO, *Ragionevolezza*, in AA. VV., *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di M. RICCIARDI - A. ROSSETTI - V. VELLUZZI, Carocci, 2015.

¹¹ L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA. VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Atti del convegno svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Giuffrè, 1994, 163. Stigmatizza il carattere poco perspicuo dell'«ampio e disomogeneo strumentario utilizzato dalla Corte» che ne rende difficile una vera distinzione fra ragionevolezza e proporzionalità A. MORRONE, *Principio di ragionevolezza e definizione di "diritto"*, in AA. VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE - A. SPADARO, Giappichelli, 2002, 285. Nello stesso senso, cfr. G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Giuffrè, 2000.

¹² Per una dettagliata panoramica che descriva le diverse forme di manifestazione del giudizio di proporzionalità/ragionevolezza nell'esperienza costituzionale italiana, cfr. G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 31 ss.

della fattispecie penale (*razionalità assiologica*). In altri casi, invece, il giudizio si fonda su valutazioni a carattere empirico, soffermandosi sull' idoneità e sulla adeguatezza della tecnica di tutela adottata rispetto allo scopo di protezione perseguito (*razionalità strumentale*)¹³.

Bisogna precisare, però, che i due criteri (ragionevolezza e proporzionalità) non operano alternativamente o separatamente. Al contrario, l'esperienza giurisprudenziale mostra come questi due canoni, inevitabilmente, si intersecano e interagiscono fra loro¹⁴.

Se si eccettua il caso unico della sentenza 189 del 1987 con cui si è dichiarata l'incostituzionalità del reato di esposizione non autorizzata di bandiere estere¹⁵, la corte non ha mai rinunciato allo strumento del *tertium comparationis* nelle motivazioni delle sentenze con cui ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma penale. E anche in quelle pronunce in cui più esplicitamente ha inteso soffermarsi sulla razionalità dell'intervento punitivo, il giudice delle leggi non è mai riuscito a risolvere il test di proporzionalità in un giudizio tutto interno alla norma stessa (un giudizio 'verticale'). A prevalere, infatti è sempre stata la considerazione per la quale «non spetta alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie»¹⁶.

Anche laddove la Corte si è trovata a rilevare una sostanziale sproporzione punitiva, in mancanza del collaudato addentellato di uno schema triadico atto a guidarne le scelte, ha ritenuto impraticabile un suo intervento volto a ricalibrare la portata della sanzione penale fissata dal legislatore. Nella sent. n. 81 del 2014, ad esempio, pur ravvisando «un indubbio profilo di criticità del paradigma punitivo considerato», ha reputato «dirimente» il rilievo per il quale se intervenisse sulla definizione del rigore punitivo «invaderebbe un campo riservato alla discrezionalità del legislatore, stante il carattere tipicamente politico degli apprezzamenti sottesi alla determinazione del trattamento sanzionatorio: discrezionalità il cui esercizio è censurabile, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove trasmodi nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene quando si sia di fronte a sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna omogenea giustificazione». Nel caso oggetto della sentenza di cui si tratta, invece, la irragionevolezza veniva individuata non nella maggiore severità prevista dalla norma sull'omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali rispetto a fattispecie omogenee, ma nella sua parificazione *quod poenam* rispetto ad altra più grave fattispecie. Un irragionevole uguaglianza, dunque. In casi come questi, dunque, alla corte mancherebbero gli strumenti per intervenire a correggere la sproporzione sanzionatoria.

In questo panorama, com'è noto, alcuni autorevoli autori hanno registrato nella sentenza 10 novembre 2016, n. 236, un'evoluzione significativa nel percorso di emersione e nella elaborazione di un concetto autonomo di proporzionalità all'interno

¹³ Questa ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ancorata ai modelli weberiani di 'razionalità assiologica' e 'razionalità strumentale' si deve a G. FIANDACA - G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, 2003, 148 ss.. Ma va altresì ricordata la distinzione di G. ZAGREBELSKY (*La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, p. 147 e ss.) tra 'razionalità' e 'ragionevolezza': mentre la prima sarebbe legata alla *coerenza logica*, la seconda esprimerebbe l'*adeguatezza rispetto ad un valore*.

¹⁴ V. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, 2014, 107.

¹⁵ Corte cost., sent. 25 maggio 1987, n. 189.

¹⁶ Corte cost., sent. 25 luglio 1994, n. 341, in *Foro it.*, I, 2582, con nota di G. FIANDACA.

della giurisprudenza della corte costituzionale italiana in materia penale¹⁷. Ma davvero la pronuncia in questione può rappresentare un punto di svolta nel quale la Corte finalmente addita la strada per emanciparsi dalla struttura triadica dell'argomentazione del test di ragionevolezza?

Come si vedrà appresso (v. *infra*, § 3), la lettura che si offre di quest'importante pronuncia del giudice delle leggi va in una direzione differente. Quel che si sostiene, cioè, è che le capacità di prestazione di questo principio si rivelano indissolubilmente condizionate da situazioni di contesto e da un paesaggio composito di precomprensioni assiologiche che in realtà precedono l'applicazione del giudizio di proporzionalità da parte della Corte.

3. La sentenza 236/2016: un punto di svolta?

Com'è noto, con la sentenza 10 novembre 2016, n. 236, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 567, 2 co., c.p. (alterazione di stato civile mediante false certificazioni, false attestazioni e altre falsità) per contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione. In particolare, la declaratoria di incostituzionalità ha caducato la norma nella parte in cui definiva l'ampiezza della forbice edittale fra un minimo di 3 anni ed un massimo di 15 anni, anziché quella più lieve compresa tra 3 e 10 anni prevista dal primo comma dello stesso articolo per l'alterazione di stato mediante sostituzione del neonato.

La decisione si segnala certamente all'attenzione per l'abbrivio con cui sembra voler valorizzare lo scrutinio di proporzionalità (o ugualmente definito di *ragionevolezza intrinseca*) delle norme penali, affrancandolo – almeno in parte – dalla consueta triangolazione insita nel giudizio di ragionevolezza che, com'è noto, postula il ricorso ad un *tertium comparationis* al quale agganciare l'intera tenuta del giudizio. Nella prima parte dell'ordito motivazionale della pronuncia in questione, infatti, la Corte sembra voler appuntare l'intera strategia argomentativa su una valutazione “interna” della qualità del bilanciamento svolto dal legislatore e sulla congruità della scelta sanzionatoria. Con ciò la Corte sembra voler riconoscere al principio uno statuto autonomo, dotandolo di una sua propria dimostratività. La fondatezza della questione di legittimità costituzionale, scartati altri argomenti addotti dal giudice rimettente fondati sul venir meno della necessità di una punizione tanto severa del delitto in questione stante il superamento di alcuni ostacoli a carattere scientifico alla base dell'originaria opzione legislativa¹⁸, «si rivela, piuttosto, in virtù della manifesta sproporzione della cornice edittale censurata, se

¹⁷ Il riferimento è alla lettura offerta di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 2/2017, 60 ss., secondo il quale il *tertium comparationis* avrebbe, nella sentenza in questione, «una funzione assai più defilata che in passato», la cui «unica funzione è quella di fornire alla corte un nuovo quadro edittale da sostituire a quello dichiarato incostituzionale»; v. altresì V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2092 ss, che, analogamente, ritiene che il *tertium comparationis* si atteggi adesso a «mero *terminus ad quem* e non più *starting point* del vaglio di proporzionalità». Più cauto D. PULITANÒ, che nel suo intervento di commento alla sentenza 236/2016, pur riconoscendo nell'attenzione rivolta alla proporzione un «passo avanti», ha rivolto l'invito a «controllare la consistenza della fantasiosa motivazione», *La misura delle pene fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo – Riv. Trim.*, 2/2017, 48 ss.

¹⁸ Argomenti che probabilmente avrebbero giovato ad una più congrua argomentazione su due differenti profili della necessità e dell'adeguatezza dell'intervento punitivo per la tutela del bene protetto.

considerata alla luce del reale disvalore della condotta punita». Nell'articolare la motivazione, i giudici precisano infatti che le questioni sollevate «sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*». Con la precisazione – certo *non petita*¹⁹ – che una censura di violazione «del solo art. 3 Cost.», incentrata sul supposto diverso trattamento sanzionatorio rispettivamente previsto dai due commi dell'art. 567 c.p., era già stata rigettata nove anni prima con l'ordinanza n. 106 del 2007. Il nuovo scrutinio sarebbe dunque possibile in ragione della diversa strutturazione dell'eccezione di costituzionalità del giudice rimettente, incentrata «sulla *manifesta irragionevolezza intrinseca* della risposta sanzionatoria stabilita dalla norma censurata, sotto il profilo della proporzionalità tra severità della cornice edittale e disvalore della condotta, con ulteriore riferimento alla vanificazione, determinata dall'entità eccessiva della sanzione, della finalizzazione rieducativa della pena, ai sensi dell'art. 27 Cost.».

Si argomenta dunque che nel «delicato» settore del diritto penale «il principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale». Sul piano della struttura argomentativa, colpisce che gli articoli 3 e 27 Cost., contrariamente a quanto avviene solitamente, sono sempre analizzati, richiamati e adoperati in modo autonomo. Ed in particolare, è solo l'art. 3 Cost. che è ritenuto espressivo di quella declinazione della proporzionalità che esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale e alla tutela delle posizioni individuali. Un'impostazione, questa, che, anche sulla scorta della richiamata sent. 409/1989²⁰, «nel campo del diritto penale conduce a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere le finalità statuali di prevenzione, producono attraverso la pena danni all'individuo (e ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e dei valori offesi dalle predette incriminazioni».

L'art. 27 Cost, invece, è richiamato solo successivamente e ricondotto ai contenuti di cui è letteralmente espressione, quello cioè del finalismo rieducativo della pena, che «costituisce una delle caratteristiche essenziali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto non si estingue».

Ma -al di là di questo insolito “spacchettamento” dei due articoli- fissate queste ragioni di sfondo a fondamento della incostituzionalità della cornice edittale definita dal secondo comma dell'art 567 c.p., la Corte torna a ribadire (sulla scorta di innumerevoli precedenti) che non le appartengono «valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale

¹⁹Appare condivisibile l'ipotesi avanzata da D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 53, secondo il quale la Corte abbia inteso superare «l'ordinanza sbagliata del 2007, verosimilmente vissuta con disagio»

²⁰ Che tuttavia non disgiunge gli artt. 3 e 27 nella composizione del quadro valoriale riconducibile alla proporzionalità.

risultando, queste, tipicamente spettanti alla rappresentanza politica, chiamata attraverso la riserva di legge sancita nell'art. 25 Cost. a stabilire il grado di reazione dell'ordinamento al cospetto di una lesione a un determinato bene giuridico».

A questo punto del ragionamento, la Corte sembra voler ridimensionare la portata dei riferimenti al principio di proporzionalità inteso come ragionevolezza intrinseca della norma, specificando che l'esigenza di evitare sconfinamenti su territori costituzionalmente riservati al potere parlamentare «anche nel giudizio di ragionevolezza intrinseca di un trattamento sanzionatorio penale, incentrato sul principio di proporzionalità» è in ogni caso «essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata».

Nonostante le ariose premesse sopra riassunte, per la Corte resta dunque resta imprescindibile un riferimento a «grandezze già rinvenibili nell'ordinamento», «giacché obiettivo del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze».

Come spesso accade, la Corte – con ogni probabilità inconsciamente – ha fatto ricorso a una di quelle che Chaïm Perelman nel suo celebre Trattato sull'argomentazione definisce *tecniche di attenuazione*²¹, che consistono in una strategia argomentativa per la quale, dopo aver largheggiato circa le potenzialità dimostrative di un dato argomento, se ne restringe la portata, mantenendo la conclusione *al di qua* di quello che poteva aspettarsi il lettore. L'effetto finale è che, «il lettore preso dalla fiducia che quest'eccesso di moderazione provoca, va più in là di quanto non avrebbe fatto se l'autore non avesse voluto condurvelo per forza». Tutte le tecniche di attenuazione danno una impressione «favorevole di ponderatezza, di sincerità, e concorrono a distogliere dall'idea che l'argomentazione sia un espediente o un artificio»²².

E infatti, dopo lo slancio argomentativo e le impegnative dichiarazioni di principio con cui ha preparato il contesto di sfondo della decisione, la Corte ha ritenuto di restare “al di qua” di quanto le premesse non le consentissero e non ha inteso rinunciare all'impiego del *tertium comparationis* per dare al proprio ragionamento il passo della decisione di incostituzionalità²³.

Le ragioni, tuttavia, non vanno ricercate una fallacia annidatasi fra le pieghe della motivazione della sentenza 236/2016, ma nella struttura stessa sottesa al giudizio razionalità intrinseca di una norma. La proporzione, infatti, è un concetto intrinsecamente *relazionale* ed è difficile concepirne l'operatività a prescindere dal confronto con altre «grandezze già rinvenibili all'interno dell'ordinamento»²⁴.

Sul punto si tornerà *infra*, nel paragrafo che segue.

Fatte queste premesse, a parere di chi scrive la portata innovativa della sentenza andrebbe molto ridimensionata. Nel senso che non ravviserei un vero e proprio passo in

²¹ C. PERELMAN - L. OLBRECHTS - TYTECA, *Trattato sull'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. a cura di C. SCHIK - M. MAYER - E. BARASSI, Einaudi, 2013, 503.

²² D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 53.

²³ Salvo poi inspiegabilmente tornare ad affermare di aver operato «uno scrutinio svolto entro il perimetro conchiuso dal medesimo articolo che, anche per questa ragione, non conduce a sovrapporre all'esterno una dosimetria sanzionatoria eterogenea rispetto alle scelte legislative, ma giudica per linee interne la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni».

²⁴ Espressione adoperata dalla stessa corte nella sent. 236/2016, riecheggiando le precedenti pronunce nn. 148/2016 e 22/2007.

avanti nel processo di specificazione del principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale che, se la corte non avesse avuto a disposizione una cornice edittale di raffronto l'esito argomentativo sarebbe stato differente, «sia nella motivazione che nel dispositivo»²⁵. Né può dirsi che, sul piano contenutistico o definitorio siano stati raggiunti nuovi o più sofisticati approdi rispetto al precedente panorama giurisprudenziale. La corte si è infatti ampiamente approvvigionata ai due importanti precedenti costituiti dalle sentenze nn. 409/1989 e 341/1994, il cui contenuto è tratteggiatamente riportato in motivazione. Si conferma piuttosto che il principio di proporzionalità si atteggia come una sorta di “concetto carsico” che qua e là affiora, adoperato dai giudici delle leggi con una certa disinvoltura, senza troppo indugiare in definizioni.

Tanto a livello di elaborazione del principio, quanto a livello della centralità che gli viene assegnata, peraltro, non sembra che la 236/2016 abbia raggiunto risultati ulteriori rispetto a quanto non fu già fatto con l'importante sentenza 409/1989 (con cui la corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 8, co. 2, della l. n. 772/1972, Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza) dalla quale la stessa sentenza del 2016 trae la pregnante accezione di proporzionalità concepita nell'ottica del ‘minimo sacrificio necessario’. Né passi in avanti sono stati fatti con riferimento alla elaborazione dell'intimo nesso fra proporzione e finalismo rieducativo della pena. Anche su questo punto, il punto insuperato di elaborazione è quello raggiunto negli anni Novanta del secolo scorso con la con la sent. 2 luglio 1990, n. 313, esplicitamente richiamata per ricordare che «la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue».

Quel che si sostiene, invece è che il principio appartiene già da tempo allo strumentario argomentativo della Corte, che tuttavia lo utilizza in modo discontinuo. In altri termini: il principio, lungi dall'essere stato fatto oggetto di una progressiva specificazione da parte della Corte, viene di volta in volta adoperato assegnandogli una portata differente a seconda della questione che dev'essere decisa.

4. Il giudizio di proporzionalità come giudizio di valore e il panorama assiologico di riferimento

Preme ribadire che il *tertium comparationis* non va inteso come un *posterius* che viene in soccorso del giudice quando la sproporzione o l'irrazionalità dell'opzione penale è già stata riconosciuta, avente come unica funzione quella suggerire la forbice edittale da sostituire a quella dichiarata incostituzionale. In altre parole: riferimento ad un elemento “esterno” alla norma oggetto del sindacato di costituzionalità non va inteso come «rimedio»²⁶ che interviene solo in un momento successivo del ragionamento, a riparare la sproporzione della norma sottoposta allo scrutinio del giudice delle leggi. Esso è anche –secondo un paradigma immanente al giudizio di proporzionalità – un elemento

²⁵ D.PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, op. loc. ult. cit.

²⁶ In questi termini v. anche E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso il superamento del modello triadico?*, in *Dir. Pen. proc.*, 4/2017, 477.

imprescindibile nella strutturazione e nella definizione del panorama assiologico-valoriale su cui lo scrutinio sulla ragionevolezza intrinseca della norma si innesta ed opera. Una valutazione circa la irragionevole severità della scelta sanzionatoria rispetto alla gravità del fatto commesso presuppone infatti l'aver previamente valutato il disvalore del fatto da punire, inserendolo in una scala – non neutra sul piano assiologico – di maggiore o minore gravità rispetto ad altri fatti ritenuti contigui o analoghi²⁷.

Anche in quelle rare sentenze in cui la Corte sembrava voler fare a meno di un *tertium comparationis*, esso si è reso necessario sotto altre forme. Si pensi, ad esempio alla celebre sentenza 341/1994 con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del minimo edittale del delitto di oltraggio (art. 341, co. 1, c.p.). Per controllare la «rispondenza della previsione [...] contestata al principio di proporzionalità», la Corte ricorre ad un corredo argomentativo composito. Innanzitutto, rileva che «in altri Paesi europei di democrazia matura non solo non esistono, per le ipotesi corrispondenti, pene così severe, ma è quasi sempre ignorato lo stesso reato di oltraggio» e, d'altra parte, «nello stesso ordinamento italiano, la sanzione per l'oltraggio prevista nel codice penale del 1889 era assai più lieve di quella odierna, essendo limitata alla reclusione sino a sei mesi, o alla multa ». Sulla base di queste premesse si argomenta che «la previsione di sei mesi di reclusione come minimo della pena e quindi come pena inevitabile anche per le più modeste infrazioni non è consona alla tradizione liberale italiana né a quella europea. Questo *unicum*, generato dal codice penale del 1930, appare piuttosto come il prodotto della concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini [...], concezione che è estranea alla coscienza democratica instaurata dalla Costituzione repubblicana, per la quale il rapporto tra amministrazione e società non è un rapporto di imperio, ma un rapporto strumentale alla cura degli interessi di quest'ultima». Per compiere il «necessario e ragionevole bilanciamento di interessi che presiede alla determinazione della misura della pena», il legislatore deve collocarsi entro l'orizzonte assiologico proprio delle democrazie costituzionali. In caso contrario — rileva il giudice delle leggi — la previsione sanzionatoria incorre in una «palese incongruenza».

In ogni caso, anche in questo caso la Corte si è preoccupata di individuare un elemento di confronto, un *tertium comparationis*, sul quale misurare *quantitativamente* (le valutazioni che precedono sono più che altro *qualitative*) l'entità della sanzione. Tale elemento viene, com'è intuibile, individuato nel reato di cui all'art. 594 c.p.. E — pur riconoscendosi che «la plurioffensività del reato di oltraggio rende certamente ragionevole un trattamento sanzionatorio più grave di quello riservato all'ingiuria» — il bilanciamento «tra la tutela dell'amministrazione e del pubblico ufficiale e il valore della libertà personale» risulta irragionevole se i casi più lievi di oltraggio sono puniti in una misura dodici volte superiore di quanto non venga fatto per l'ingiuria.

Colpisce che — anche nella 341/1994 — il *tertium comparationis* sia adoperato

²⁷ La proporzione della pena rispetto al disvalore del fatto non può essere valutata a prescindere da una griglia di valori di riferimento. Sulla base di quali parametri, infatti, una pena può essere considerata severa o eccessivamente severa “in sé”? Sull'impossibilità di svolgere una valutazione circa la proporzione di un reato singolarmente preso cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2009, 395. In Svizzera, solo per fare un esempio, per reati anche molto gravi sono previste pene molto differenti rispetto a quelle italiane. L'omicidio intenzionale (se non compiuto «con particolare mancanza di scrupoli, segnatamente con movente, scopo o modalità particolarmente perversi») è punito con una pena detentiva non inferiore a cinque anni (art. 111 del codice penale svizzero). L'omicidio colposo è invece punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria (art. 117). Si tratta di un sistema sproporzionato per difetto?

solamente *ad adiuvandum*, senza affidare ad esso una portata dirimente rispetto all'esito della decisione finale. Certo, anche l'argomento comparatistico del *better law* o il riferimento alla disciplina previgente costituiscono un modo di trovare un raffronto 'esterno' alla norma, e possono interpretarsi come casi particolari di *tertia comparationis* (che servono alla corte a sottrarre la decisione dall'accusa di arbitrarietà), ma si distinguono dai casi classici di applicazione del principio di ragionevolezza perché quest'ultimo non costituisce qui una filiazione diretta del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, ma è funzionale a costruire un percorso argomentativo privo di un concreto riferimento al testo costituzionale e atto a verificare la razionalità della norma rispetto agli scopi di tutela che le sono assegnati.

5. La rilevanza del contesto valoriale di riferimento

Le capacità di prestazione del canone di giudizio fondato sulla proporzionalità, come si è tentato di evidenziare, si rivelano indissolubilmente legate a situazioni di contesto e a dati assiologici che in realtà precedono lo stesso vaglio della corte. La valutazione sulla proporzionalità presuppone la definizione di un orizzonte valoriale di riferimento che consenta, in prima battuta la valutazione della gravità e del disvalore del fatto da punire e, successivamente, la definizione della giusta misura di pena da fargli corrispondere: presuppone, insomma, che la corte si doti di una sorta di provvista assiologica che le consenta di sviluppare il proprio ragionamento sottraendosi alle accuse di invadere arbitrariamente spazi riservati al legislatore democratico. D'altronde, come riconosciuto dallo stesso giudice delle leggi, il diritto penale si connota per «una discrezionalità del legislatore particolarmente ampia riguardo al bilanciamento dei diversi interessi contrapposti»²⁸, trattandosi di valutazioni «per loro natura [...] autenticamente ideologiche e politiche»²⁹.

Tuttavia, sulla definizione di questo perimetro valoriale entro cui poter esprimere il sindacato sulle scelte di criminalizzazione svolte dallo Stato il principio di proporzionalità, in sé considerato, non può fornire alcuna indicazione utile. Per dirla *à la Alexy*, come concetto valutativo funziona solo un secondo livello di linguaggio, per valutare l'uso dei concetti di primo grado come riusciti o non riusciti³⁰. Non può invece riconoscersi un'attitudine a difendere o promuovere diritti e valori specifici.

²⁸ Corte cost., ord. n. 223/2015, in Cass. pen., 2016, 548, con osservazioni di E. APRILE. Con tale pronuncia la Corte ricorda il «limite fondamentale» che preclude al vaglio di costituzionalità «ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» posto dalla l. n. 87/1953, recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale») e perciò rileva che «nemmeno la constatazione di effetti manifestamente non ragionevoli sul piano dell'uguaglianza tra cittadini innanzi alla legge penale è sufficiente al fine di consentire alla questione sollevata di superare il vaglio di ammissibilità». Ciò perché, trovandosi di fronte ad una pluralità di rimedi possibili, ma nessuno «costituzionalmente obbligato», il giudice delle leggi si troverebbe a muoversi su un terreno – quello della politica legislativa – a cui non può accedere. In questi casi, dunque, la Corte non può che limitarsi ad evidenziare e sollecitare «la forte opportunità di un intervento legislativo di riforma».

²⁹ Corte cost., sent. n. 409/1989, cit.

³⁰ R. ALEXY, *Ragionevolezza nel diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in AA. VV., *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 152.

Anche ad immaginare una maggiore formalizzazione dei passaggi del giudizio sull'esempio tedesco³¹, come mera tecnica di decisione la proporzionalità è adiafora: nel senso che è indifferente nei confronti dei valori che è chiamata a gestire e si presta infatti a far da puntello a percorsi argomentativi antitetici a seconda della selezione delle premesse del ragionamento, della individuazione dei valori da difendere e degli obiettivi da perseguire (c.d. *covering value*)³². Va infatti rilevato che la Corte ha sovente utilizzato la proporzionalità alla stregua di una sorta di *meta-principio* atto a fungere da modulo di sintesi³³ delle istanze garantistiche, dotando il principio di una sua 'provvista assiologica' attraverso l'ancoraggio all'art. 27 Cost³⁴. Così stando le cose, però, il principio non può essere oggetto di analisi autonoma, ma va inserito in una riflessione più vasta che non può prescindere dal complesso dei valori del garantismo penale e da una precisa presa di posizione sul senso e sugli scopi della pena. Il test di proporzionalità può infatti condurre ad esiti differenti a seconda della idea e degli scopi che si assegnano al diritto penale e alla pena³⁵.

Quanto infine all'esito del giudizio di ragionevolezza/proporzionalità, non bisogna in questa sede trascurare l'importanza della situazione generale di contesto in cui la decisione matura. Ne è plastico esempio il fenomeno dell'anacronismo legislativo: in questi casi, la sopravvenuta irragionevolezza di una norma non implica che in precedenza la Corte abbia fatto un cattivo uso delle proprie strategie argomentative. Semplicemente, la dimensione 'pragmatica' della ragionevolezza implica una necessaria dipendenza dalla temperie culturale in cui la decisione viene assunta.³⁶

La proporzionalità costituisce, dunque, la stella polare che guida la navigazione della Corte nel mare aperto della propria discrezionalità di giudizio, ma è comunque inserita

³¹ Auspicata ad esempio da V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2112.

³² Una possibile emblematica riprova può desumersi dal fatto che, nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'utilizzo del principio di proporzionalità ha finito col prestarsi a svolgere un ruolo ambivalente: cioè da un lato di limite garantistico a protezione dei diritti dell'autore del reato e, dall'altro, di principio estensivo della punibilità quando si tratta di dare maggiore protezione ai diritti delle vittime (quest'aspetto sarà approfondito *infra*, § 5).

³³ Di «sovra-struttura di sintesi» parla A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una problematica costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 2001, 363.

³⁴ Come precipitato dei valori del garantismo penale nella recente sentenza 205/2017, la Corte costituzionale, per corroborare lo spirito garantistico della proporzionalità, ha ad esempio chiamato a raccolta, a fianco dei "tradizionali" principi espressi dagli artt. 3 e 27 cost., anche l'art. 25, secondo comma, Cost, quale espressione della vocazione costituzionale del "diritto penale del fatto" e del canone dell'offensività.

³⁵ Osserva Y. CARTUYVELS (*Droits de l'homme et droit pénal, un retournement?*, in AA. VV., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* sous la direction de Y. CARTUYVELS – H. DUMONT – F. OST – M. VAN DE KERCHOVE – S. VAN DROOGHENBROECK, Bruylant, 2007, 36) che talora «la proportionnalité est mise en avant pour justifier le retour d'un rétributivisme pénal plus strict, alors que l'égalité [...] pourrait signifier plus "décision également sévère" que "également modérée"»

Sul rapporto tra politica criminale e fini della pena si vedano inoltre le osservazioni di M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non sens de la peine. Entre Mythe et mystification*, Bruylant, 2009; v. inoltre M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 75.

³⁶ Si rinvia in proposito a A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1460 per alcune esemplificazioni.

all'interno di una costellazione di valori costituzionali, senza i quali perderebbe ogni capacità orientativa³⁷

La funzione della proporzionalità/ragionevolezza risiederebbe proprio in questo: nel garantire un punto di equilibrio tra valori concorrenti che, «proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato — dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo — secondo criteri di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro contenuto essenziale»³⁸. La non predeterminabilità dell'esito del controllo di ragionevolezza/proporzionalità attiene, dunque, a ragioni che prescindono dalla eventuale schematicità del vaglio operato dai giudici, dovute alla «malleabilità» del materiale di cui è fatta la Costituzione³⁹. D'altro canto, la suggestione di un sindacato di costituzionalità strutturato a partire da teorizzazioni forti — piuttosto che giocare a favore della democraticità complessiva del sistema — finirebbe, al contrario, col comprimere la discrezionalità politica del legislatore (sul punto v. *infra*): «un uso accentuatamente “costruttivistico” dell'interpretazione costituzionale potrebbe portare a ridurre o, addirittura, eliminare quello spazio, saturandolo di diritto e di giurisdizione e sottraendolo illegittimamente alla politica e alla legislazione»⁴⁰.

Lungi dal garantire una maggiore deferenza nei confronti del legislatore, una teorizzazione “forte” del concetto di proporzionalità potrebbe avere l'effetto paradossale di indebolire o comunque diminuire l'area di autonomia fin qui con tanta forza difesa dalla Corte stessa. Qualora cioè fosse davvero possibile procedere ad un bilanciamento “a rime obbligate” dei valori in gioco che consenta di valutare la necessità di un intervento di criminalizzazione da parte dello Stato, bisognerebbe allora ammettere che la Corte possa imporre al legislatore l'obbligo di introdurre nuove sanzioni reputate, appunto, necessarie.

In proposito, la posizione della Corte costituzionale è stata sempre netta. Degli obblighi di penalizzazione sarebbero inammissibili, stante l'impossibilità per il giudice delle leggi di «pronunciare alcuna decisione da cui derivi la creazione – esclusivamente riservata al legislatore di una nuova fattispecie penale»⁴¹, ché «solo il legislatore può, nel

³⁷ In tal senso cfr. G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, 2008, che evidenzia come questo strumento di controllo «serve a mettere in evidenza quali sono i fattori che devono essere tenuti in considerazione nella valutazione di proporzionalità, ed eventualmente a facilitare la ricostruzione *ex post* di una decisione che può essere raggiunta solo con un tipo diverso di ragionamento, necessariamente olistico» (p. 149).

³⁸ Corte cost., sent. n. 85/2013. In dottrina v. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, Il Mulino*, 2012, 108, secondo i quali, appunto, il modo di operare dei principi costituzionali non può dirsi mai definitivamente stabilizzato.

³⁹ L'espressione è di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, 2008, 268.

⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 298.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 108 del 1981, in *Giur. Cost.*, 1981, 948, con nota di M. BRANCA, *Norme penali di favore: dall'irrelevanza al rifiuto della sentenza-legge*. Per un quadro complessivo del dibattito intorno alla possibilità di concepire obblighi costituzionali di tutela penale, non può non farsi riferimento a D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 e ss.; si vedano inoltre F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, 2645 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, 2009, 65 e ss.; V. MANES, *Cour constitutionnelle italienne et obligations de protection pénale*, in AA. VV., «*Devoir de punir?*» *Le système pénal sépare à la protection internationale du droit à la vie*, sous la direction de G. GIUDICELLI - DELAGE, S. MANACORDA et J. TRICOT, Société de Legislation Comparée, 2013, 79 ss.

rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali. [...] L'eventuale addebito al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge, e tanto meno in una richiesta di "addizione" alla medesima mediante una pronuncia di questa Corte»⁴².

E quest'affermazione è stata tenuta ferma anche laddove il giudice delle leggi ha spinto il proprio scrutinio sulle c.d. norme penali di favore, con l'effetto di allargare, in alcuni casi, l'area della rilevanza penale. Ma in questi casi si tratta pur sempre di un giudizio relativo ad una scelta di criminalizzazione già assunta da parte del legislatore, mentre non sarebbe possibile un intervento della Corte che si spinga fino a colmare lacune di punibilità o "deficit di criminalizzazione"⁴³.

6. Spunti di riflessione a partire dai cc.dd. obblighi positivi di tutela dei diritti fondamentali della giurisprudenza di Strasburgo

Nell'ambito del diritto discendente dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le conclusioni a cui i giudici di Strasburgo sono giunti vanno in direzione opposta, nel senso cioè di ritenere che una tutela «concreta ed effettiva e non teorica ed illusoria»⁴⁴ dei diritti proclamati nella Convenzione possa talora esigere l'intervento penale da parte degli Stati⁴⁵.

⁴² Corte cost., sent. n. 447 del 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1373; V., per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, D. PULITANO, *Obblighi costituzionali*, cit., 490. Cfr. inoltre P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'ORLANDO - L. MONTANARI, Giappichelli, 2009, 39.

⁴³ Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 4648. Se la giurisprudenza costituzionale tedesca è giunta a riconoscere, in linea di principio, la possibilità di individuare obblighi di tutela penale, nelle forme di un "divieto di sottomisura" (*Untermaßverbot*). A questi ultimi è stato attribuito un ruolo assai circoscritto: secondo il *Bundesverfassungsgericht*, non implicherebbero un dovere assoluto di punire, ma un mero obbligo di attivare la minaccia penale (*Strafandrohung*), lasciando alla discrezionalità legislativa la valutazione intorno all'opportunità di bilanciare gli interessi in gioco ed introdurre delle cause di giustificazione. L'importante è che non si giunga ad una qualificazione di assoluta liceità della condotta. Per ulteriori riferimenti e per dovuti richiami alla giurisprudenza tedesca, cfr. E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, 2005, 287 e ss.

⁴⁴ Espressione ormai celebre ripetuta costantemente dalla Corte Edu a partire dalla sentenza *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979.

⁴⁵ La bibliografia in proposito è sterminata. Si vedano in ogni caso C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit.; S. MANACORDA, «*Devoir de punir?*» *Les obligations de protection pénale à l'heure de l'internationalisation du droit*, in AA. VV., «*Devoir de punir?*» *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, cit., 21 ss.; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit.; ID., *Les obligations de protection pénale des droits fondamentaux*, in AA. VV., «*Devoir de punir?*», cit., 59 e ss.; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale*, in AA. VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES - V. ZAGREBELSKY, Giuffrè, 2011, 243 ss.; H. DUMONT - I. HACHEZ, *Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme: dans quelles limites?*, in AA.

Quest'impostazione è stata per la prima volta proposta nella sentenza *X e Y. c. Paesi Bassi*⁴⁶ ed ha ricevuto conferme in parecchie pronunce successive⁴⁷. Questa giurisprudenza si fonda sull'assunto in base al quale una protezione efficace dei diritti fondamentali consacrati dalla Convenzione – terreno fertile, non a caso, è stato quello rappresentato dal diritto alla vita di cui all'art. 2 Cedu⁴⁸ – rechi naturalmente con sé la necessità di ricorrere in via prioritaria al più severo degli strumenti di cui lo Stato dispone⁴⁹. La scelta dello strumento penale sembra dunque «un'opzione di *default*» cui i giudici strasburghesi risorrono ogniqualvolta intendano «lanciare il messaggio di una tutela forte» di un interesse⁵⁰. Quanto alle motivazioni delle sentenze, tuttavia, queste si caratterizzano per essere quantomai succinte e talora poco perspicue⁵¹, invocando la

VV., *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?*, cit., 45 ss.; A. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights*, Hart Publishing, 2001.

⁴⁶ Corte edu, X e Y c. Paesi Bassi, 26 marzo 1985. Sentenza relativa al caso di una diciassettenne affetta da handicap psichico vittima di abusi sessuali. La legislazione olandese subordinava la punibilità dei reati sessuali alla querela di parte, che poteva essere presentata dai genitori della vittima solo nel caso in cui questa fosse infrasedicenne. Nel caso di specie, dunque, l'autore del fatto non era perseguibile. La Corte, su ricorso proposto dal padre della ragazza, ritenne dunque che la normativa vigente in Olanda determinasse la lesione del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione e stabilì l'obbligo per lo Stato olandese di predisporre una tutela adeguata di natura penale, valutando inadeguata e insufficiente una tutela meramente risarcitoria di natura civile. Interessanti le considerazioni sugli effetti di tale sentenza contenute in M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Puff, 1992 e in M. VAN DEN KERCHOVE – F. TULKENS, *Les droits de l'homme: bonne ou mauvaise conscience du droit pénal?*, in AA. VV. *Strafrecht als ræping. Liber amicorum Lieven Dupont*, a cura di R. VERSTRAETEN - D. VAN DAELE - B. SPRIET, Leuven University Press, 2005, II, 945 ss.

⁴⁷ Per i riferimenti cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2666.

⁴⁸ Dal punto di vista dei valori protetti, la Corte di Strasburgo ha fatto ricorso allo strumento degli obblighi positivi in tre gruppi di casi: per la protezione della vita e dell'integrità fisica, per la tutela della libertà sessuale e per impedire forme di lavoro forzato o riduzione in schiavitù. Bisogna tenere presente, tuttavia, che il carattere casistico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rende la lista necessariamente aperta. cfr., a proposito, F. MASSAIS, *Penaliser: une obligation positive très circonscrite*, in AA. VV., *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, 743 e ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006, 264 ss.; S. MANACORDA, «*Dovere di punire?*» *Gli obblighi di tutela penale nell'epoca della internazionalizzazione dl diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1364 ss.

⁴⁹ S. VAN DE DROOGHENBROECK, *Droit pénal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme, Les droits de l'Homme. Bouclier ou épée du droit pénal?*, cit., 75 ss.

⁵⁰ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2687, ID., *Obblighi convenzionali*, cit.; cfr. inoltre F. TULKENS, *The paradoxical relationship between human rights and criminal law*, in *Journal of International Criminal*, 9/2011, 577 e ss.

⁵¹ Cfr. F. VIGANÒ, op. ult. cit.; S. MANACORDA, «*Dovere di punire?*», cit., 2688; Si veda altresì E. NICOSIA, op. ult. cit., 259, che osserva come l'affermazione di obblighi positivi di tutela dei più importanti diritti dell'uomo attraverso il diritto penale «in genere non viene motivata in maniera particolarmente approfondita sul piano delle finalità di una simile forma di tutela: la Corte europea generalmente si limita ad affermare l'insufficienza della tutela extrapenale già eventualmente esistente, magari richiamando in maniera generica la forza deterrente e generalpreventiva connessa all'utilizzo dello strumento penale». Lamenta inoltre una scarsa formazione penalistica dei giudici di Strasburgo Y. CARTUYVELS, *Droit de l'homme et droit pénal, un retournement*, cit., 23 ss., in particolare p. 43, secondo il quale «à l'exception de la juge Fr. Tulkens, penaliste et criminologue [...] les autres magistrats semblent peu pétris de culture pénale. De la lecture de plusieurs arrêts [...] il ressort que les juges restent peu perméables aux débats du champ pénal et criminologique sur les effets du recours au pénal comme mode de réaction sociale, affichant une confiance inébranlable dans les vertus dissuasive et préventives de la sanction pénale, dans les moyens de la justice pénale pour faire émerger la vérité judiciaire ou dans le recours nécessaire au pénal pour assurer l'effectivité d'un droit à protéger».

risposta penale alla stregua di un «dovere primordiale – che quindi non può essere revocato in dubbio – di garantire il diritto alla vita» di cui all'art. 2 Cedu⁵².

Pur non riconoscendo un obbligo generale di sanzionare penalmente ogni violazione dei diritti convenzionali⁵³, la Corte edu procede caso per caso nel valutare se si tratti di «uno dei valori fondamentali delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa»⁵⁴ che implichi una necessaria criminalizzazione del comportamento lesivo.

L'impressione che un'analisi della giurisprudenza della Corte edu restituisce è che, al di là del quantomai generico ma costante richiamo alla proporzione e alla necessità⁵⁵ di penalizzare un dato comportamento, preferenza verso scelte di criminalizzazione sottendono una vera e propria *torsione funzionale* del diritto penale.

In breve: il più delle volte l'«appello al diritto penale» dei giudici di Strasburgo si fonda sull'esigenza di fornire una forma di soddisfazione morale per le vittime⁵⁶, ritenendo la dimensione processuale penale quella più consona all'accertamento della verità e al soddisfacimento delle ragioni di chi ha subito – in vario modo – un torto grave. L'introduzione della fattispecie di reato sarebbe dunque funzionale a fornire alle vittime uno strumento processuale di cui servirsi, anche al di là della necessità di una risposta di tipo punitivo da parte dell'ordinamento⁵⁷.

Quello che manca, in realtà, è una riflessione generale sulla dimensione teleologica della sanzione penale, da cui un ragionamento intorno al concetto di proporzione non può prescindere⁵⁸. Nella logica che affiora dalla giurisprudenza in esame, invece, sembra prevalere un'idea della pena fortemente connotata in modo retributivistico, che postula l'insufficienza di una qualsivoglia tutela meramente risarcitoria o conciliativa e reputa imprescindibile – nella logica del diritto ad un ricorso effettivo di cui all'art. 13 CEDU -

⁵² Così, Corte edu, sent. *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002. L'espressione è utilizzata dalla Corte con una certa costanza. V. ad es., le sentt. *Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998 e *Perk et al. c. Turchia*, 28 marzo 2006.

⁵³ Cfr. Corte edu, sent. *Alikaje e al. c. Italia*, 2011, § 95.: «L'articolo 2 non può essere interpretato nel senso di implicare, in quanto tale, il diritto per il ricorrente a far perseguire o a condannare penalmente un terzo, o un obbligo di risultato che preveda che ogni procedimento debba sfociare in una condanna, ovvero alla comminatoria di una pena determinata».

⁵⁴ Così, ad es. Corte edu, sent. *Siliadin c. Francia*, 4 dicembre 2005: «La Cour estime que, conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer quel es obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu de l'article 4 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne dans ce genre de situations» (§112). Si tratta di formule pressoché costanti nella giurisprudenza della Corte in materia di obblighi positivi.

⁵⁵ Sul punto v. più diffusamente P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005.

⁵⁶ V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistematico dell'attuale giustizia europea*, in Ius17@unibo.it, 2011, 97 e ss., intervento poi ampiamente sviluppato in ID., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 47 e ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 326 e ss. Per alcuni rilievi critici cfr. inoltre M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 79 e ss.

⁵⁷ «Il senso della pena non è più riferito a valori sostanziali condivisi da tutti, ma da un'aspettativa di riconoscimento individuale la cui soddisfazione è invece un valore comune»: cfr. A. GARAPON, *La raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, trad. it. *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, a cura di R. SABATO, Raffaello Cortina Editore, 2012., 87.

⁵⁸ V. *supra*, par. 4.

una tutela penale che sfoci in una condanna effettiva degli autori della violazione a una pena in rapporto di giusta proporzione con la gravità della violazione.

Se il diritto penale moderno si è strutturato intorno alla necessità di «neutralizzare la vittima»⁵⁹, i giudici di Strasburgo sembrano al contrario protesi verso una restituzione alla vittima di un ruolo cardine all'interno del processo penale, concependo quest'ultimo come strumento (anche) al servizio dei suoi diritti fondamentali⁶⁰.

Così, la concezione *politica* dei diritti dell'uomo incentrata sulla difesa delle istituzioni e dell'individuo nel suo ruolo di cittadino ha ceduto il posto ad una concezione individualista sulla difesa della persona, della sua proprietà e della sua sicurezza. Al cuore di questo processo si colloca la vittima, a cui bisogna prima di tutto assicurare la riparazione del torto che ha subito⁶¹: «non solamente un riparazione civile e simbolica, ma anche una riparazione penale, sofferenza per sofferenza, pregiudizio per pregiudizio. Nessuno sogna, beninteso, di contestare la legittimità di una domanda di riparazione proveniente dalla vittima; tutta la questione è tuttavia quella di comprendere se la via penale è la più opportuna a questo scopo. Una società di *plaideurs*, trasformata in una società di giustizieri non conduce a privatizzare l'azione pubblica e a distoglierla dal suo vero obiettivo?»⁶².

Sul piano della tutela delle vittime, invero, sarebbe probabilmente più conducente orientarsi direttamente verso meccanismi di intervento di tipo riparativo⁶³ senza abusare, fino a sovvertirlo, dello strumento penale e del suo statuto epistemologico.

L'argomento della necessità è proposto dai giudici di Strasburgo quasi come verità evidente e trasforma il ricorso alla «via penale», da opzione sussidiaria da mettere in opera nella impossibilità di ricorrere a strumenti alternativi, in strumento ordinario, se non addirittura prioritario⁶⁴. Da «diritto d'eccezione riservato ai casi più gravi, il diritto penale sembra adesso imporsi come un diritto della normalità, come se tutto o quasi, in una società securitaria e vittimaria, fosse ormai indicizzato su una gravità estrema. Con, in primo luogo, un'inversione del carico motivazionale: le autorità sono ormai incaricate di giustificare il *non-ricorso* alla penalizzazione di un certo comportamento giudicato

⁵⁹ V. per tutti L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 313; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, trad. it., Il Mulino, 2012, 233.

⁶⁰ Cfr. S. MANACORDA, op. ult. cit.. Per uno sguardo al ruolo assegnato alla vittima nella concezione penalistica dell'Unione europea cfr. R. PARIZOT, *Les interaction en procédure pénale: la victime, vecteur symbolique de la circulation des jurisprudences*, in AA. VV., *Cour de justice et justice pénale en Europe*, Société de Legislation Comparé, 177.

⁶¹ A. GARAPON, *Lo stato minimo*, cit., 87

⁶² F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions*, cit.; sia consentito riportare un altro passaggio della opinione parzialmente dissenziente del giudice Tulkens già richiamata: «Abbiamo coscienza del fatto che anche le vittime del crimine, le loro famiglie ed il pubblico più ampiamente hanno tutti interesse a che coloro che realizzano condotte penalmente rilevanti siano perseguitati e sanzionati. Tuttavia, dal nostro punto di vista, esiste un interesse pubblico concorrente del pari essenziale ed imperativo che siano preservati i valori delle società civili fondate sulla preminenza del diritto».

⁶³ AA. VV., *Punire mediare riconciliare*, a cura di G. FIANDACA – C. VISCONTI, Giappichelli, 2009; G. MANNOZZI, *Giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, 2003. Peraltro non bisogna trascurare questo «moralismo punitivo» può comportare il rischio che la scelta dei valori da proteggere porti l'ordinamento a una «indifferenza ai diritti degli autori dei reati»: cfr. D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005, 228; F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions. À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme*, in AA. VV., *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, cit., 14.

⁶⁴ F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions*, cit., 14.

nefasto, laddove, ancora ieri, era la strategia eccezionale dell'incriminazione che bisognava motivare»⁶⁵.

Ma quello che qui rileva è che l'argomento della necessità lungi dal costituire un passaggio di un ragionamento rigoroso, finisce con affievolirsi⁶⁶ fino a degradare a poco più che una formula di stile.

Tale constatazione trova, del resto, la migliore conferma nelle parole del giudice Françoise Tulkens che, nell'ormai celebre opinione concordante ma separata resa nell'arresto *M.C. c. Bulgaria* del 4 marzo 2004, stigmatizza l'inclinazione della stessa Corte edu ad attingere allo strumento penale come strumento di tutela dei diritti: «io penso che l'intervento penale debba restare, in teoria come in pratica, un rimedio ultimo, un intervento sussidiario, e che il suo uso, anche nel campo delle obbligazioni positive debba essere oggetto di un certo ritegno. Quanto al postulato che la via penale sia la più efficace in termini di prevenzione, le osservazioni contenute nel *Rapporto sulla depenalizzazione* del *Comité européen pour les problèmes criminels* mostrano bene che l'efficacia della prevenzione generale fondata sul diritto penale dipende da numerosi fattori e che quest'ultimo non è il solo strumento per prevenire comportamenti indesiderabili»⁶⁷.

Come si è sopra evidenziato (*supra*, § 4), in assenza di un più ampio retroterra assiologico, dunque, il richiamo alla proporzionalità non riesce da solo a fornire elementi utili alla definizione o ad orientare una vera politica criminale, ché - a seconda dei casi - può essere utilizzato come freno o come amplificatore del diritto penale⁶⁸. Inoltre, il giudizio di idoneità rispetto agli scopi presupporrebbe una previa individuazione degli scopi medesimi. Ci si domanda, allora, come sia possibile sviluppare un ragionamento sulla proporzionalità delle scelte punitive adottate in ambito europeo senza che vi sia una condivisione di fondo (o senza averne chiarito i contorni del problema) intorno alle funzioni ed agli scopi della pena. Esiste in proposito una "tradizione costituzionale comune" che possa fungere da puntello argomentativo?

Appare a questo punto evidente che anche in ambito sovranazionale il diritto penale si mostra molto attraente come strumento di intervento nel suo carattere terribile e spettacolare, ma non riesce a sedurre con gli argomenti del garantismo. Non è infatti ingeneroso ritenere che le valutazioni intorno alla necessità/proporzionalità dell'intervento penale siano in realtà posticce e sottendano invece una «scommessa sulla funzione *espressivo-simbolica* del diritto penale, concepito quale strumento di riconoscimento e di solenne proclamazione dei valori fondanti di una collettività - di talché la mancata tutela penale di uno di tali valori finirebbe per segnalare alla collettività medesima un *deficit* pernicioso di attenzione verso quel valore, mentre il suo inserimento nella tavola dei valori designata dal codice penale esprimerebbe per ciò stesso la volontà dell'ordinamento di "fare sul serio" con la tutela dell'interesse. Una scommessa, però, del tutto distonica rispetto alla prospettiva di un diritto penale *ultima ratio* della politica

⁶⁵ Ivi. Cfr. anche M. VAN DER KERCHOVE - S. VAN DROOGHENBROECK, *La subsidiarité et le droit pénal: aspects nouveaux d'une question ancienne*, in AA. VV., *Le principe de subsidiarité*, a cura di F. DELPEREE, Bruxelles, 2002, 159., secondo i quali si è assistito ad una vera e propria inversione metodologica, tale per cui «il ne s'agit plus, en effect, de justifier le recours à la voie pénale au détriment d'autres mesures alternatives; c'est tout au contraire l'absence de recours à la voie pénale qui devient object de justification».

⁶⁶ Cfr. D. ZEROUKI - COTTIN, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in *Revue de sciences criminelles*, 2012, 575 e ss.

⁶⁷ M. C. c Bulgaria, 4 marzo 2004.

⁶⁸ Y. CARTUYVELS, *Les droits de l'Homme, frein ou amplificateur de criminalisation?*, cit., 292 ss..

sociale, che pretende sempre una legittimazione ulteriore rispetto ad una constatazione del rango elevato dell'interesse tutelato – in termini, come si è appena ricordato, di effettiva utilità, non sostituibilità e proporzione in senso stretto dell'intervento penale»⁶⁹.

Questo modo di mobilitare così largamente l'arma penale al servizio degli stessi diritti fondamentali, e in particolare quelli della vittima, rispetto al ragionamento sulla proporzionalità determina innanzitutto un problema logico, poiché la priorità assegnata ai diritti delle vittime nella determinazione delle scelte di politica criminale appanna, di fatto, la distinzione mezzi e fini: mentre sbiadiscono le componenti finalistiche della pena legate alla prevenzione, la punizione del colpevole rischia di diventare il fine stesso dell'intervento statale, privando così di significato la valutazione della congruità dei mezzi rispetto ai fini con cui inizia il giudizio di proporzionalità (giudizio di idoneità).

7. Conclusioni

Questa lunga digressione sugli obblighi di criminalizzazione di fonte convenzionale e le riflessioni già svolte *supra*, § 4, portano a concludere che la proporzione possa offrire migliori capacità di prestazione ove la si intenda, piuttosto che come generale criterio di legittimazione dell'intervento punitivo, quale criterio di *delegittimazione* che opponga le istanze del costituzionalismo penale alla pretesa sanzionatoria statale⁷⁰. In altre parole, nel ragionare intorno al concetto di proporzionalità/ragionevolezza, sembra più proficuo adottare un'angolazione prospettica che guardi al tema "in negativo": mentre non è possibile stabilire in anticipo cosa sia proporzionato, le valutazioni relative alla *ir*-ragionevolezza o *s*-proporzione di una norma possono essere oggetto di un controllo razionale. In questo senso può dirsi che la proporzionalità si manifesta in forma cenestesica⁷¹, vale a dire che è possibile farne oggetto di ragionamento solo nel momento patologico in cui entra in sofferenza. Resta comunque fermo che è la Corte l'organo deputato a individuare questo momento e l'*'esattezza'* del ragionamento non dipende che

⁶⁹ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2688. Segnalano peraltro gli osservatori più attenti che il ricorso – più o meno disinvolto – allo strumento penalistico conduce la giurisprudenza di Strasburgo ad una «curiosa contraddizione. Mentre essa si è sforzata di costruire una nozione autonoma di "materia penale" al fine di accordare agli individui le garanzie similari nel caso di sanzioni propriamente penali e sanzioni punitive a contenuto repressivo, ma di natura amministrativa, la Corte sembra dimenticare i propri insegnamenti: "più diritto penale per tutti!" è la parola d'ordine che rischia di caratterizzare il meccanismo degli obblighi positivi, se non correttamente intesi, segnando così il declino della materia penale e la paradossale espansione ad opera della Corte del diritto maggiormente repressivo»: S. MANACORDA, «*Dovere di punire*»?», cit.1397. In generale, sugli usi simbolici del diritto penale, cfr. S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?* in *Ind. pen.*, 2003, 491 e ss.

⁷⁰ Lo spunto è offerto dalle riflessioni di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 338, laddove l'A. concepisce i diritti umani alla stregua di «criteri di delegittimazione» dell'intervento punitivo statale. Più di recente lo stesso A. assegna all'utilitarismo una duplice funzione: quella di legittimazione e quella delegittimazione del sistema punitivo: cfr. ID., *Il paradigma garantista. Filosofia critica del diritto penale*, Editoriale scientifica, 2014, 38. D'altro canto l'idea era già presente nella teoria costituzionalmente orientata che, secondo l'espressione risalente ad W. HASSEMER (*Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a. M., 1973) dovrebbe fungere da *legittimazione negativa* per il legislatore penale. Cfr. F. BRICOLA, Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto di tutela, in AA.Vv., *Scritti in onore di G. Delitala*, I, Giuffrè, 1984, 107 ss.

⁷¹ In medicina e in filosofia, com'è noto, il termine *cenestesi* sta ad indicare una sensazione indeterminata, connessa con lo stato generale del corpo e risultante da impressioni varie inerenti allo stato di salute, avvertita dalla coscienza solo quando tale stato viene alterato.

dal soggetto da cui promana. È il giudice delle leggi, insomma, a stabilire, in ultima analisi, il confine fra ciò che è costituzionalmente decidibile e ciò che non lo è. La proporzionalità dunque è anche questo: è il nome che diamo a questo spazio di discrezionalità e alla prudenza che la Corte adopera per esercitarla.

Verrebbe da dire che il tentativo di approdare definitivamente a una definizione compiuta di proporzionalità a partire dai dati della giurisprudenza assomiglia sempre più all'impresa di raggiungere Mompracem, l'isola dei pirati di cui parlavano le antiche mappe, sempre cercata dai marinai e mai trovata. Una vertigine divenuta nella fantasia di Gozzano «la più bella». L'isola «esiste. Appare talora di lontano [...] S'annuncia col profumo, come una cortigiana, l'Isola Non-Trovata... Ma, se il pilota avanza, rapida si dilegua come parvenza vana, si tinge dell'azzurro color di lontananza».