

Il principio di proporzionalità: genesi, sviluppo e applicazioni pratiche.

di Chiara GIOVANNINI*

SOMMARIO: **1.** Genesi: l'endemica connessione tra principio di proporzionalità e principio di ragionevolezza; **1.1.** Segue: la proporzionalità nell'Unione Europea; **1.2.** Segue: le fasi del giudizio di proporzionalità; **2.** Sviluppo: il progressivo distacco del principio di proporzionalità dalla ragionevolezza; **3.** Le applicazioni pratiche: il principio di proporzionalità come autonomo metro di giudizio; **3.1** Segue: le applicazioni pratiche: l'art. 73 co.1 del d.P.R. 309/90; **3.2.** Segue: le sanzioni accessorie: l'art. 216 L. Fall. n. 267/1942; **3.3.** Segue: le sanzioni accessorie: l'art. 222 del Codice della Strada, D.Lgs. n. 285/1992; **3.4.** Segue: le altre sedi di applicazione della proporzionalità: la confisca del profitto e del prodotto e il divieto di partecipare alle pubbliche riunioni; **4.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The principle of proportionality is a pillar of the Italian law. This is based on the Constitution and on the sources of European law that have transformed its essence. In fact, from a criterion dependent of the principle of equality, the principle of proportionality has become an independent means of assessment for the legislator and the judges. Today there are many rulings of the Constitutional Court confirming the extensive scope of this principle.*

1. Genesi: l'endemica connessione tra principio di proporzionalità e principio di ragionevolezza.

Il termine proporzionalità evoca, nella sua accezione primordiale e letterale, il riferimento alla simmetria, alla distribuzione armonica delle varie parti di un tutto o delle parti rispetto al tutto.

Due elementi sono simmetrici qualora tra questi intercorra un rapporto di misura: così, precetto e sanzione devono necessariamente ritenersi avvinti da un nesso di armonia e dosimetria punitiva nel rispetto del volto costituzionale della pena.

* *Specializzata in professione legali presso l'Università Guido Carli Luiss di Roma. Tirocinante presso il Tribunale penale di Roma.*

Il diritto costituzionale, infatti, fa da padrone, o per meglio dire da padre, al diritto penale: il principio di proporzionalità, prima ancora di diventare applicabile sul piano penalistico, lo è su quello dei diritti costituzionalmente protetti.

La genesi deve allora ricercarsi nell'antecedente logico che consente di applicare il suddetto principio: la ragionevolezza.

Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale italiana v'è, però, un'incertezza terminologica data dall'assenza di definizioni aventi dignità giuridica. Si nota infatti sovente una miscela di termini come razionalità, ragionevolezza, proporzionalità, non arbitrarietà, pertinenza e molti altri, quasi si trattasse di sinonimi. La Corte costituzionale non opera alcuna distinzione tra principio di ragionevolezza¹ e principio di proporzionalità, i quali sono spesso usati in modo del tutto intercambiabile l'uno rispetto all'altro. Così, ragionevolezza, proporzionalità, razionalità ed eguaglianza concorrono, in una medesima proposizione e in un unico passaggio argomentativo, a determinare l'illegittimità costituzionale di una norma².

In generale, il giudizio di ragionevolezza è il criterio decisionale che permette alle Corti di intervenire di fronte ai casi estremi, di incongruità, inadeguatezza, inidoneità, abnormità della legislazione. L'operatività della ragionevolezza testimonia il ruolo sempre più forte svolto dai principi costituzionali in grado di incidere sulla discrezionalità del legislatore.

Non è un giudizio che può entrare in gioco per qualsiasi norma, pena il blocco dell'attività legislativa, ma solo per le ipotesi di irragionevolezza manifesta, ossia nei casi in cui lo strumento utilizzato dal legislatore non sia performante rispetto all'obiettivo.

Il giudizio di proporzionalità, invece, anche se concettualmente distinto dalla ragionevolezza, non ha ricevuto fino a tempi recenti una considerazione autonoma.

Invero, siffatto principio è frequentemente affiancato a quello di ragionevolezza o trattato come sineddoche, quasi ne costituisse la spalla, o forse il braccio, in grado di convertire l'astrattismo della ragione in concretezza della proporzione. Rebus sic stantibus, considerando la commistione tra i due presidi costituzionali, più che di giudizio di legittimità si potrebbe parlare di

¹ L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, Giuffrè, 1997, 899 ss..

² M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, p. 2.

giudizio di fungibilità: i due principi non hanno una specifica individualità, possono tenere l'uno il posto dell'altro purché funzionali a raggiungere lo scopo di tutela necessario.

In quanto originariamente ritenuto come diretta espressione del generale canone di ragionevolezza, il principio di proporzionalità indossa la veste di mezzo valutativo di congruenza e adeguatezza del mezzo rispetto al fine, nell'ottica costituzionale del bilanciamento dei valori.

È invero un principio endemico, che è entrato nel tessuto connettivo dell'ordinamento e che si riflette sulla correttezza dell'operato legislativo prima, giurisprudenziale poi. Pur non essendo espressamente menzionato in alcuna norma costituzionale, gioca comunque un ruolo significativo anche come sottotipo dell'archetipo della ragionevolezza: ciò che conta è che sia usato, non che forma effettivamente assuma o quale canale si scelga per farlo emergere. Nonostante ciò, la nascita di un istituto non ne circoscrive lo sviluppo e non ne determina l'immobilità contenutistica e funzionale.

Sotto la spinta rivalutativa dell'Unione Europea e anche alla luce delle rimediazioni interne, il principio di proporzionalità ha assunto una linfa nuova, sì da ergerlo nel tempo a criterio valutativo autonomo del mezzo rispetto al fine.

1.1. Segue: la proporzionalità nell'Unione Europea³.

In ordine alla sua previsione giuridica, anche il principio di proporzionalità trova una normazione multilivello. Infatti, l'art 5 TUE, l'art. 117 Cost., l'art. 49 della Carta di Nizza e l'art. 7 CEDU sono le fattispecie richiamate dal legislatore al fine di attribuire al suddetto principio uno status giuridico, oltre che sociale. Le origini del principio sono senza dubbio di matrice tedesca, ma è solo attraverso l'attività della giurisprudenza europea che il principio ha avuto uno sviluppo interno.

Nell'ordinamento italiano, in particolare, la proporzionalità era del tutto sconosciuta: il principio ha avuto ingresso dapprima nel diritto amministrativo con l'art.1 co. 1 della legge 241/90, ma è grazie alle prime applicazioni della Corte di Giustizia che è stato impiegato in altri settori, come quello penale, anche per le fattispecie prive di rilevanza diretta per il diritto unionale.

³ Si vedano sul tema M. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione Europea dopo Lisbona*, in Riv. Trim. dir. Pen. Cont., n. 2/2012.

La Corte di Giustizia ha infatti utilizzato il principio come metro di comparazione giuridica: questo, seppur non propriamente scritto, ha rango costituzionale che assolve la funzione di limitare l'intervento legislativo e comunitario che abbiano un impatto, per così dire, negativo sui diritti coercibili penalmente.

Ciò si nota, in particolare, con riguardo al *ne bis in idem*.

Nelle sentenze 20 marzo 2018 (Garlsson Real Estate e a., Di Puma e Zecca), pronunciate a seguito della sentenza della Corte EDU A e B c. Norvegia⁴, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto dell'UE del sistema italiano del doppio binario penale/amministrativo⁵. Il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza⁶, secondo la Corte di Giustizia, è conforme al diritto dell'UE purché siano osservati congiuntamente i seguenti requisiti: il principio di proporzionalità nell'applicazione del cumulo sanzionatorio; la prevedibilità del doppio binario; il coordinamento tra i due procedimenti; la proporzione della pena.

In particolare, "l'articolo 50 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto⁷ dovuta entro i termini di legge, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale, purché siffatta normativa: sia volta al perseguimento di un interesse generale e (...) preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso sanzionatorio sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti".

Dunque, anche in sede europea il principio viene utilizzato per porre dei limiti all'arbitraria commisurazione della pena che, per la sua funzione, non può ledere oltre misura la libertà personale e patrimoniale dell'autore dell'illecito.

⁴ Nella sentenza A e B c. Norvegia del 15 novembre 2016, la Grande Camera ha sostenuto che non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa, purché sussista tra i due procedimenti una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta.

⁵ Si veda R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Molfetta, Nel Diritto Editore, 2018, pp. 42 e ss..

⁶ La Carta di Nizza dal 2007 ha lo stesso valore giuridico dei trattati, motivo per cui competente è la Corte di Giustizia.

⁷ In ambito tributario si veda A. GIOVANNINI, "Il *ne bis in idem* per la Corte EDU e il sistema tributario domestico", in *Rassegna tributaria*, 2014, p. 1164 ss..

1.2. Segue: le fasi del giudizio di proporzionalità.

Ancor prima del ripensamento della proporzione quale criterio autosufficiente in grado di assurgere a parametro di "ipermetropia valutativa"⁸, il principio di proporzionalità veniva comunque utilizzato, come si è detto, sotto l'egida della ragionevolezza.

Tuttavia, va precisato che il suddetto principio trova il suo *prius* nel principio di offensività, quale iconicamente riassunto nel brocardo "nullum crimen sine iniuria". Il *posterius* dell'offensività è così costituito dalla proporzionalità: si impone infatti di proporzionare la specie e la quantità della pena al rango del bene, alla tipologia e intensità dell'offesa.

Questo perché il giudice deve poter applicare la sanzione che ritiene più idonea a punire il reo e che sia concretamente retributiva e rieducativa. All'intensità dell'offesa risponde così il grado e la qualità della pena.

A questo punto, è necessaria però una chiarezza sistematica.

Il punto essenziale è analizzare l'operatività del principio tenendo ben distinti due momenti diversi: la fonte e il criterio di valutazione.

La fonte è infatti l'offensività, il criterio di valutazione la ragionevolezza, di cui la proporzione costituisce il supporto operativo.

Tenere separate queste fasi è fondamentale per capire il passaggio logico-giuridico operato dalla Corte Costituzionale: la proporzionalità cessa di dipendere dalla ragionevolezza e si "attacca" all'offensività non come fonte, visto che lo era già, ma come criterio.

Ragionevolezza e offensività non si devono dunque confondere.

La proporzionalità è la "costola" dell'offensività ma che dipende, nella fase che attualmente si analizza, dalla ragionevolezza.

Chiarito il terreno, seppur scivoloso, su cui si intende muoversi, il funzionamento del principio di proporzionalità è legato a quattro fasi: di legittimità, di connessione razionale, di necessità e di proporzionalità in senso stretto⁹.

La prima fase, consiste nella verifica da parte dell'organo giurisdizionale del corretto operato legislativo verso i principi costituzionali.

⁸ Il termine è atecnico e liberamente utilizzato dall'A. per indicare il fenomeno attraverso il quale il principio di proporzionalità vede molto meglio e già da lontano gli sbilanciamenti tra mezzi e fini, con una lente di ingrandimento che, rispetto al giudizio di ragionevolezza, è ancor più focalizzata sullo specifico aspetto della dosimetria sanzionatoria.

⁹ M. Cartabia, *op. cit.*, pp. 4-5.

Con questo si vuol dire che la funzione della proporzionalità è anzitutto quella di controllare che le scelte legislative siano conformi al bene giuridico che si mirava a tutelare e che, quindi, la norma sanzioni una condotta socialmente riprovevole in grado di ledere effettivamente un interesse meritevole di tutela.

Il legislatore, incriminando condotte, non pone in essere solamente una valutazione di convenienza repressiva, ma va a comprimere il bene primordiale: la libertà di cui all'art. 13 della Carta dei Diritti.

E non sarebbe altresì ragionevole, o in tal caso meglio dire proporzionato, una punizione per etnia, per religione¹⁰, per sesso, per lingua, per collocazione sociale che leda, ex art. 3 della Costituzione, il principio di uguaglianza. Il tal senso (e solo in tal senso in questa fase del ragionamento) si può dire che la proporzionalità è collegata, nel diritto penale, all'offensività in astratto come fonte. Il principio di offensività identifica il moderno stato di diritto basato non sulla repressione delle condotte quali frutto dell'*animus delinquendi*, bensì sul rapporto tra pregiudizio subito e azione svolta. L'offensività in astratto è rivolta al legislatore il quale deve saggiare la necessità che vi sia una norma a protezione di un bene che abbia effettiva necessità di essere protetto; una volta appurato che l'interesse a questo sotteso è rilevante, il legislatore deve controllare che la norma di copertura a quell'offesa assolva realmente la sua funzione nella maggioranza dei casi.

In altri termini, la norma deve descrivere una condotta che, secondo l'*id quod plerumque accidit* è realmente offensiva: vi è così una presunzione iniziale di pericolosità della condotta¹¹.

Infatti, collegata alla fase "di legittimità", vi è poi quella di connessione razionale tra mezzi e fini.

In tal senso, la proporzionalità dispiega la sua massima portata, posto che la stessa etimologia del termine richiama, in senso figurato, una bilancia che soppesa precetti, sanzioni e beni protetti.

In questo, il secondo passaggio è connesso al terzo: la necessità.

¹⁰ Il riferimento è in senso ampio, posto che nell'ordinamento ci sono delle repressioni di condotte perpetrate in virtù di un credo, sanzionate però non in quanto tali ma nelle ipotesi di scriminante putativa. Si pensi ai c.d. reati culturalmente orientati, dove gli stranieri invocano l'operatività dell'art. 51 c.p. per aver agito nell'esercizio di un loro diritto dovuto alla religione, fatto che è estraneo al nostro ordinamento: un omicidio è tale perché viene cagionata la morte di un uomo, anche se l'autore riteneva di poter uccidere in virtù di un precetto di culto.

¹¹ Ad esempio, per quanto riguarda il reato di cui all'art. 600-ter c.p., la giurisprudenza si è orientata per l'offensività in astratto della norma, precisando che è sufficiente la produzione del materiale pornografico in luogo della sua diffusione.

Il principio del minimo mezzo¹², seppur in questa sede richiamato in senso ampio, impone sì di adottare tutte le misure che siano in grado di fronteggiare l'esigenza del caso, ma anche che non aggravino oltremodo la posizione di chi subisce il precetto ed eventualmente la sanzione.

Il quarto passaggio è quello che si collega all'offensività in concreto, doppia faccia del più generale principio, non però per questo disomogeneo.

Al fine di verificare la reale caratura offensiva della condotta posta in essere, in sede interpretativa è necessaria un'analisi delle singole azioni per capire se queste sono effettivamente lesive della sfera giuridica della persona offesa. L'offensività in concreto, dunque, è il completamento dell'indagine compiuta sulla norma oggetto di applicazione pratica.

Il giudice deve pertanto porre in essere una verifica in ordine all'offesa concretamente arrecata, traendo dal principio di offensività stesso il momento interpretativo-applicativo per accertare che il fatto abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene giuridico tutelato. L'offensività in concreto risponde dunque al concetto di rimproverabilità della condotta. Il duplice binario¹³ è facilmente comprensibile ad esempio attraverso il richiamo alla disciplina degli stupefacenti di cui al d.P.R. n. 309/90: il giudice, una volta che l'accusa abbia esercitato l'azione penale per un fatto punito in astratto dalla legge, deve constatare che la sostanza psicotropa di cui si contesta il possesso abbia effettiva efficacia drogante o che il numero di dosi non sia così esiguo da sottendere un uso esclusivamente personale. In altri termini, il doppio binario di offensività¹⁴ si muove di pari passo: la fattispecie deve sia esprimere in astratto un contenuto lesivo, sia essere suscettibile di applicazione concreta ogniquale volta vi sia la necessità di risolvere un problema simile rispetto a quello per il quale questa era stata pensata, pena altrimenti la declaratoria di incostituzionalità.

2. Sviluppo: il progressivo distacco del principio di proporzionalità dalla ragionevolezza.

¹² Il principio appartiene agli studi della convenienza economica propria dell'economia politica, nel quale il minimo mezzo significa "minor sacrificio, massima resa".

¹³ Il termine "duplice o doppio binario" è solitamente utilizzato per la dicotomia pena-misura di sicurezza, che non va confuso con l'accezione che si intende attribuirgli nel principio di offensività.

¹⁴ Per approfondimenti sul principio di offensività cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Vicenza, CEDAM, 2015.

Si è detto che, in un primo momento, la proporzionalità è stata utilizzata come parametro indiretto di controllo delle norme mediante il legame con la ragionevolezza. L'offensività era infatti vista in ottica "servente" del suddetto criterio, secondo una perfetta equazione: è ragionevole ciò che è offensivo; ciò che è offensivo deve essere proporzionato; è dunque ragionevole ciò che è proporzionato.

La Corte Costituzionale seguiva infatti lo schema delle c.d. rime obbligate e del *tertium comparationis*: una norma è irragionevole perché punisce condotte inoffensive e perché è anche sproporzionata rispetto ad un'altra fattispecie che regola casi simili.

Utilizzando questo criterio, la proporzionalità rimaneva sullo sfondo; non veniva mai affermato che un trattamento sanzionatorio era di per sé sproporzionato. Si sosteneva, infatti, che quel trattamento sanzionatorio non era equilibrato perché una fattispecie attigua incriminava un fatto simile in modo meno severo.

Fino al 2016, dunque, l'organo costituzionale esprimeva una valutazione di proporzionalità come manifestazione di ragionevolezza e non legata al criterio dell'offensività.

Come sopra chiarito, e si giova ribadirlo per evitare sovrapposizioni concettuali, l'offensività è la fonte della proporzionalità ma non ancora il suo criterio di applicazione.

Un esempio pratico varrà a chiarire il funzionamento del meccanismo.

Nel 1994¹⁵ la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale del reato di oltraggio a pubblico ufficiale, allora punito dall'art. 341 c.p., perché la pena era irragionevole (*rectius* sproporzionata) rispetto all'art. 594 c.p., che al tempo puniva il reato di ingiuria. Tra i due reati cambiava la punizione nel minimo e nel massimo: fino a sei mesi l'ingiuria, almeno sei mesi l'oltraggio.

L'art. 594 c.p., dunque, è servito per dichiarare che la pena dell'oltraggio, così come prevista, non era confacente alla funzione di evitare la lesione del decoro dei pubblici ufficiali, rispetto all'ingiuria che aveva ad oggetto lo stesso bene giuridico ma riferito ad un soggetto privo di qualifica pubblica.

Per moltissimi anni la giurisprudenza si è mantenuta dentro le rime obbligate, per poi cambiare parzialmente modus operandi.

¹⁵ Corte Costituzionale, sentenza n. 341/1994; si veda inoltre la voce "oltraggio a pubblico ufficiale", in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1998.

Con la sentenza n. 236/2016, la Corte Costituzionale ha eseguito il sindacato sulla norma utilizzando direttamente il principio di proporzionalità perché ritenuto il precipitato del principio di offensività.

A questo punto, l'offensività è sia fonte, sia criterio, ma la proporzione ne è l'applicazione pratica. La ragionevolezza non scompare, in quanto è chiaramente prevista dallo stesso art. 3 Cost., ma rimane a vegliare sulla corretta esplicazione di tale criterio di giudizio senza perciò rimanere il principale, o l'unico, sistema di reazione.

Ciò che viene effettuato, dunque, è un controllo intrinseco sulla singola fattispecie incriminatrice, per poi verificare se è rispettata l'adeguatezza della pena prevista dalla singola fattispecie in ossequio all'importanza del bene giuridico presidiato.

E' quanto accaduto con l'art. 567 co. 2 c.p., che incrimina la condotta di chi, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato mediante false certificazioni o attestazioni.

Il ragionamento della Corte si distingue in due fasi: nella prima, la proporzionalità viene utilizzata direttamente per dichiarare l'incostituzionalità del secondo comma della norma; nella seconda viene preso il primo comma come *tertium comparationis* al fine di estendere la stessa previsione sanzionatoria anche alla fattispecie sproporzionata.

La proporzione, dunque, è in questo momento criterio autonomo per metà.

Nella seconda fase dell'operazione motivazionale rileva ancora il *tertium comparationis* che, però, non serve per stabilire se la pena è sproporzionata ma solo per individuare la sanzione.

La questione, infatti, concerne proprio la dosimetria della pena che, tuttavia, è materia coperta da riserva di legge; è infatti monopolio del legislatore stabilire quali fatti costituiscono fattispecie penalmente rilevanti e quali sono le conseguenze sanzionatorie.

Così, il principio di offensività entra in gioco come sindacato di proporzionalità della pena, e non come controllo di ragionevolezza quale verifica intrinseca di proporzione.

Il passaggio ulteriore è pertanto quello di far rilevare la proporzionalità come del tutto sganciata da una norma, anche per individuare la pena opportuna per il caso astratto.

3. Le applicazioni pratiche: il principio di proporzionalità come autonomo metro di giudizio.

Dopo la parziale rivitalizzazione del principio, la Corte Costituzionale ha fatto un ulteriore passo in avanti mediante l'elevazione del suddetto al rango di autonoma misura della dosimetria della pena.

Una disposizione è incostituzionale non perché ce n'è un'altra con cui confrontarla, secondo il metodo del raffronto tra norme, bensì perché la pena elevata ivi contenuta non consente di irrogare sanzioni proporzionate. Dunque, è la formulazione della norma stessa l'indice di sproporzione tra precetto e sanzione.

L'organo di legittimità stesso impone una fisionomia costituzionale della pena, al fine di evitare una strumentalizzazione della persona e colmare così lo iato sanzionatorio sussistente tra la pena, così come imposta dalla norma, e quella che invece dovrebbe essere la più equilibrata rispetto al precetto.

In questo modo, la Corte finisce così per dettare le linee guida che il legislatore deve seguire nella riformulazione delle norme e, in attesa degli interventi di legge, si sostituisce in punto di determinazione della risposta punitiva allo stesso legislatore.

3.1. Segue: le applicazioni pratiche: l'art. 73 co.1 del d.P.R. 309/90¹⁶.

La vicenda è sorta nel 2017, quando i giudici ordinari hanno iniziato a lamentare il carattere sproporzionato della pena dell'art. 73 del D.P.R. 309/90, prevista nel minimo con otto anni di reclusione.

Il motivo per cui è stato ritenuto inadeguato il trattamento sanzionatorio è dovuto al confronto con la fattispecie di lieve entità dell'art. 73 co. 5, che prevede il massimo di quattro anni di reclusione.

Leggendo entrambi i commi si evince che se viene commesso un fatto lieve, la pena è massimo quattro anni, se viene commesso un fatto "non lieve" la pena è minimo otto: c'è un vuoto strutturale tra ciò che è lieve, ciò che potrebbe non esserlo del tutto, e ciò che proprio non lo è.

Il concetto di lievità è del tutto indeterminato e quello che potrebbe essere lieve per un taluno potrebbe non esserlo per qualcun altro; dunque, non c'è una via di mezzo che consenta ai giudici di parametrare l'offesa alla sanzione.

In tal caso, è sì irragionevole, ma l'irragionevolezza costituisce un vulnus alla proporzionalità. Non vi è, infatti, solo un problema di discontinuità della risposta sanzionatoria, bensì anche di uno spazio troppo grande tra le due pene. La

¹⁶ Per la sentenza v. www.giurcost.it, per approfondimenti v. www.dirittopenalecontemporaneo.it.

soluzione proposta da molte ordinanze di rimessione era quella di dichiarare l'incostituzionalità del minimo di otto anni e sostituirlo con quattro, sì da ravvicinare il comma primo col quinto e avere una continuità di trattamento.

Di tutta risposta, la Corte in un primo momento ha affermato¹⁷ che "non può ritenersi imposto, dal punto di vista costituzionale, che a continuità dell'offesa debba necessariamente corrispondere una continuità della risposta sanzionatoria".

Le soluzioni, in teoria, avrebbero potuto essere molteplici, ma non poteva la Corte Costituzionale arrogarsi il diritto di legiferare sul punto, sfornando così la propria competenza.

Auspiciando un chiarimento legislativo, pertanto, la Corte ha evidenziato che non si possono tollerare pene sproporzionate in un settore in cui vengono in considerazione diritti inviolabili.

Sono infatti in rilievo i diritti fondamentali poiché una pena sproporzionata è una pena illegale, ed è proprio il principio di legalità che vuole che il legislatore intervenga per scegliere il trattamento sanzionatorio equo, nel rispetto dell'art. 25 Cost..

Stante il silenzio sul punto, lo stesso dibattito si è ripresentato due anni dopo, dove però la stessa Corte Costituzionale ha deciso in un modo diametralmente opposto.

Con la sentenza n. 40/2019, l'organo di legittimità ha messo in luce la funzione sociale e rieducativa della pena, funzione però frustrata dall'operatività di norme con pene sproporzionate rispetto all'offensività del fatto. In verità, siffatto trattamento non è giustificato neppure sotto il profilo della retribuzione della pena: una pena smisurata sanziona più di quanto il singolo debba scontare, ponendo in essere un fenomeno di "iper punizione"¹⁸.

Il percorso argomentativo si basa sulla mancata individuazione di una linea di confine tra il primo e il quinto comma, tale per cui i giudici ordinari hanno solo due possibilità: qualificare il fatto "più che lieve" in "lieve", oppure fare il contrario, cioè ricondurre il poco più che lieve in "grave".

Se è vero che la zona franca non può più essere mantenuta, si pone il problema di individuazione della pena. Ed è proprio qui che risiede la

¹⁷V. Corte Cost., sentenza n. 179/2017.

¹⁸ Il termine è utilizzato dall'A. per rendere letteralmente l'idea della portata punitiva delle norme sugli stupefacenti, soprattutto relazionata ai casi concreti che, molto spesso, non rendono possibile applicare la pena di lieve entità anche quando il fatto non necessita di essere punito come grave.

differenza tra l'iter motivazionale ancorato al *tertium comparationis* come indicatore della sanzione opportuna e il principio di proporzionalità da esso sganciato. Il suggerimento che era stato proposto dai giudici a *quibus* era di sostituire la pena di otto anni con quella di sei, facendo in quale modo rivivere il vecchio articolo della Legge Fini Giovanardi dichiarata incostituzionale per eccesso di delega nel 2014.

Il problema è di immediata percezione: una norma dichiarata incostituzionale deve prendere il posto di quella attuale.

Per aggirare il problema, la Corte Costituzionale ha sostenuto che, nell'ottica dell'opportunità legislativa, molte norme prevedono come minimo sei anni, fatto che deve far propendere per quella pena come scelta migliore e più proporzionata tra le tante che sarebbero potute essere adottate.

Così, viene dichiarato incostituzionale l'art.73 nella parte in cui non prevede come pena minima sei anni invece che otto.

3.2. Segue: le sanzioni accessorie: l'art. 216 L. Fall. n. 267/1942¹⁹.

L'ultimo comma dell'art. 216 l. fall. dispone che: "Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa".

Dunque, la norma stabilisce due pene accessorie e fisse per la durata di dieci anni, a prescindere dall'irrogazione della misura principale: l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa.

La questione è immediatamente individuabile: non è può essere proporzionato un simile automatismo che non tenga conto né delle diversità tra i fatti concreti, né della pena principale.

E' d'uopo rammentare la funzione delle pene accessorie che, più che in ottica strettamente penalistica, può essere anche individuata attraverso l'analisi economica del diritto.

Anch'esse indirizzate verso il percorso di reinserimento del condannato nella società civile, svolgono infatti una funzione social preventiva ancora più che rieducativa. Non solo si punisce il soggetto in bancarotta fraudolenta, così assolvendo la funzione retributiva, ma si tutela anche la società cercando di

¹⁹ V. Corte Costituzionale, sentenza n. 222/2018, in www.archiviopenale.it.

assicurare la gestione del mercato e dei traffici commerciali in modo da affidarla ad interlocutori che siano attendibili.

Lo stesso dicasi con le pene accessorie previste per i delitti contro la pubblica amministrazione: c'è sì l'esigenza di rieducazione, ma anche quella di scongiurare la c.d. mala amministrazione ed evitare che le commesse pubbliche vengano commissionate a soggetti non affidabili.

Dunque, stante l'importanza delle pene accessorie, il problema attenzionato non concerne l'automatismo in sé considerato, posto che nell'ordinamento penale sono disseminate le ipotesi in cui ad una condotta segua necessariamente la sua misura collaterale, ma la fissità della pena stessa che non consente di operare una perimetrazione dell'offensività della condotta e di retribuirla in modo proporzionato.

E' sproporzionato infatti che siano sempre dieci anni a dover essere scontati in presenza di fatti disomogenei tra loro, fatti che in ogni caso non possono essere previsti a priori dal legislatore e men che meno trasposti in una formula normativa. La norma, però, seppur sproporzionata, non poteva subire un vuoto sanzionatorio e, per questo, erano state avanzate due soluzioni diverse.

Nel primo senso, la norma da utilizzare è l'art. 37 c.p. che discorre della durata delle pene accessorie. Secondo la disposizione, quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria temporanea e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria segue la durata della principale.

Il pregio del ragionamento consiste nel poter ragguagliare pena fissa e accessoria senza creare lo iato sanzionatorio che si mira ad eliminare. Il problema, comunque, non muta: la pena anche in tal caso è sempre automatica ed è sempre fissa, non lascia spazio al giudice per valutare la scelta opportuna.

V'è in verità un altro e più grande problema, insormontabile, con connotato di priorità logica: l'organo di legittimità non ha potuto applicare l'art. 37 c.p. per coprire la falla dell'art. 216 cpv. L. fall. poiché, nel caso di specie, il legislatore aveva determinato la durata della pena accessoria e non aveva lasciato uno spazio da colmare con la durata della pena principale. Cioè, la giurisprudenza non può colmare né le lacune volontarie del legislatore, né tantomeno le scelte già effettuate; cioè che può però fare è trovare una soluzione compatibile con quanto detto dalla legge sì da non discostarsi troppo dalla sua volontà.

Applicare l'art. 37 c.p. avrebbe voluto dire sostituire gli automatismi per convenienza, metodo non solo poco incline a risolvere le problematiche, ma

che per di più viola la riserva di legge. Per questo, con una soluzione volta alla giustizia sostanziale del trattamento sanzionatorio, il Supremo consesso non ha modificato il termine di dieci anni scritto nel corpo normativo, ma ha mutato semplicemente la fissità della pena: non più dieci anni, ma fino a dieci anni di pena. Il giudice può quindi spaziare nel termine di legge, ma non deve necessariamente applicarlo per intero.

La proporzione è dunque non più solo tra misure, ma anche tra competenze dei poteri.

3.3. Segue: le sanzioni accessorie: l'art. 222 del Codice della Strada, D.Lgs. n. 285/1992²⁰.

Con riferimento invece alla revoca della patente di cui all'art. 222 del codice della strada, D.lgs. n. 285/92, il principio di proporzionalità è stato utilizzato per contestare l'automatismo sanzionatorio.

I passaggi che hanno interessato l'art. 222 sono stati principalmente tre.

La legge 102/2006 prevedeva solamente la sospensione della patente di guida come sanzione, senza prevedere niente in ordine alla revoca.

Nel 2010²¹, invece, il legislatore era intervenuto ad inasprire il trattamento sanzionatorio, prevedendo che vi fosse anche la revoca della patente per l'ipotesi di omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme del codice della strada, poi successivamente estesa anche per le lesioni colpose in ipotesi di guida in stato di ebbrezza.

La legge 41/2016 ha invece eliminato qualsivoglia differenziazione tra condotte: consegue sempre la revoca della patente in tutte le ipotesi di condanna o di patteggiamento della pena per l'omicidio stradale o lesioni personali stradali gravi o gravissime.

La revoca, dunque, opera indistintamente per queste categorie di soggetti senza tenere conto del concreto disvalore del fatto.

In questo automatismo sanzionatorio si annida una connaturata disparità: le fattispecie a cui segue la revoca sono del tutto eterogenee tra loro. La Corte Costituzionale ha osservato che c'è una sproporzione intrinseca a simile trattamento, posto che le fattispecie e il loro disvalore sono disomogenee; per questo, anche le sanzioni a queste accessorie dovrebbero esserlo.

²⁰ Per approfondimenti sul tema cfr. www.dirittopenalecontemporaneo.it e www.giurisprudenzapenale.com.

²¹ Legge n. 120/2010.

Osserva la Corte infatti che lo stesso legislatore ha differenziato le ipotesi di delitto nel codice penale, attribuendo loro un trattamento punitivo distinto e calibrato sull'offensività della condotta: l'art. 222 C.d.S. si presenta così doppiamente sproporzionato, sia per l'automatismo sanzionatorio in sé che non consente per sua natura un trattamento individualizzato, sia per l'incoerenza dello stesso legislatore nel trattare due fattispecie allo stesso modo quando in precedenza le aveva differenziate in punto di pena.

Quindi, la Corte Costituzionale è intervenuta salvando l'art. 222 del C.d.S. sulla revoca automatica solo per ipotesi di guida in stato di ebbrezza e di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti.

In tutti gli altri casi, la norma è incostituzionale: spetta infatti al giudice valutare le circostanze del caso concreto e quindi eventualmente applicare, per esempio, anche la sospensione della patente come previsto.

3.4. Segue: le altre sedi di applicazione della proporzionalità: la confisca del profitto e del prodotto e il divieto di partecipare alle pubbliche riunioni.

Il principio di proporzionalità è stato utilizzato in materia di sanzioni anche per dichiarare illegittima la confisca per equivalente del prodotto del reato²². Gli artt. 187-bis e ss. del testo unico finanziario, D.lgs. n. 58/98, prevedono la confisca per equivalente del prodotto dell'illecito di insider trading e dei beni utilizzati per commetterlo.

Nel caso di abuso di informazioni privilegiate, il prodotto dell'illecito sono gli strumenti finanziari acquistati in base all'informazione privilegiata o la somma ricavata dalla vendita degli stessi, mentre il profitto è l'utilità economica conseguita mediante la commissione dell'illecito.

Orbene, la confisca del profitto ha una funzione ripristinatoria della situazione economica precedente, riportando il soggetto nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se non avesse compiuto il reato, a differenza della confisca per equivalente del prodotto o dei mezzi utilizzati per commetterlo.

Infatti, la confisca per equivalente del prodotto o dei beni utilizzati ha un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore; la giurisprudenza assegna alla confisca per equivalente del prodotto o dei beni utilizzati pertanto una funzione sanzionatoria.

²² Il tema è approfondito su www.dirittopenalecontemporaneo.it.

La Corte Costituzionale ha ravvisato²³ in questo sistema di sanzioni una sproporzione di fondo: il soggetto insider verrebbe punito due volte in maniera automatica per una condotta per la quale sarebbe dovuto essere punito solo con confisca del profitto. La confisca automatica diviene così una doppia punizione per il soggetto, così che si impone la declaratoria di incostituzionalità della norma nella parte in cui prevede sempre ed automaticamente la confisca per equivalente del prodotto.

Ulteriore ipotesi in cui il principio di proporzionalità consente di interpretare in via correttiva le disposizioni di legge, ha ad oggetto il divieto di partecipare alle pubbliche riunioni di cui all'art. 8 co. 4 e 75 co. 2 codice antimafia, D.lgs. n. 59/11.

In tal caso, però, il principio è stato però utilizzato dalle Sezioni Unite²⁴.

La nozione di "pubblica riunione" ha creato, e tutt'ora crea, problemi semantici e interpretativi. Secondo una prima ricostruzione, il concetto è del tutto indeterminato. Per questo, il rinvio che l'articolo 75 del codice antimafia fa all'articolo 8 non può ricomprendere il divieto di partecipare a pubbliche riunioni, posto che, così facendo, si avrebbe un reato sulla base di una prescrizione indeterminata.

A tal proposito, ci sono infatti più disposizioni che evocano la nozione, come ad esempio l'art. 266 c.p., l'articolo 18 del Testo Unico di pubblica sicurezza; l'art. 4 co. 5 della legge n. 110/1975.

Dunque è giocoforza ritenere che l'utilizzo della terminologia per le fattispecie più disparate ne denoti già di per sé una vaghezza intrinseca.

All'opposto, però, si sosteneva anche che il concetto di pubblica riunione sia determinato e non generico.

La norma non fa riferimento a qualsiasi tipologia di riunione, ma fa riferimento ad una "pubblica riunione".

La prescrizione, per questo, è caratterizzata da determinatezza: c'è un divieto di partecipare non a qualunque riunione, ma a qualunque riunione pubblica, essendo tale quella partecipata da più persone o in luogo pubblico o in luogo aperto al pubblico e, quindi, in un luogo al quale hanno facoltà di accesso un numero indeterminato di persone indipendentemente dal motivo della riunione.

²³ Sentenza n. 112/2019.

²⁴ Ordinanza di rimessione del 17 gennaio 2019, n. 2124; informazione provvisoria del 28 marzo 2019. Per il nucleo dell'informazione provvisoria cfr. www.dirittopenalecontemporaneo.it.

Per cui, ad esempio, l'accesso ad una manifestazione sportiva dovrebbe essere ritenuto come luogo aperto al pubblico rientrando nel campo di applicazione della norma.

Ulteriore orientamento riteneva invece che non fosse solo un problema di determinatezza del concetto, ma anche di compatibilità con il principio di offensività e di proporzionalità. Anche in questo caso, automatizzare il divieto rischia di offuscare il rispetto dei due principi: il sanzionare sempre e comunque il solo fatto di partecipare a qualunque pubblica riunione non appare equilibrato nel rapporto tra mezzo e fine.

L'organo di legittimità ha dunque rassegnato delle conclusioni sul punto: l'art. 8 si riferisce solo alle riunioni in luogo pubblico e non aperto al pubblico. Ciò significa che la giurisprudenza ritiene non indeterminata la prescrizione in base al canone di offensività-proporzionalità, posto che il rischio concreto è più elevato nel caso di riunioni in luogo pubblico nell'ottica della determinatezza del precetto e di equilibrio sanzionatorio.

4. Nuove applicazioni: l'ordinanza di rimessione n. 130/2019 sull'art. 628 co. 2 c.p..

La Terza sezione del Tribunale di Torino ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di incostituzionalità relativa all'identità del trattamento sanzionatorio del primo e secondo comma dell'art. 628 c.p.²⁵.

La prima motivazione è la violazione dell'art. 3 Cost., ove si considerino i diversi modi in cui può atteggiarsi il rapporto tra aggressione al patrimonio e alla persona. Il comma primo prevede e punisce con pene più severe il caso in cui la violenza preceda la sottrazione della cosa altrui: la rapina propria si connota infatti per il primario ruolo svolto dall'elemento oggettivo, vale a dire l'aggressione alla persona, e la progettazione della violenza ai fini patrimoniali sotto il profilo soggettivo.

Nella rapina impropria di cui al comma secondo, la situazione è del tutto diversa. L'agente ha invero deciso di perseguire il fine di arricchimento in un primo momento in maniera non violenta, violenza che però si innesca immediatamente dopo la sottrazione per la reazione della vittima o di terzi.

L'uso preordinato della violenza ovvero l'uso, per così dire, occasionale, non possono ricevere lo stesso trattamento sanzionatorio come invece è per i due commi dell'art. 628 c.p.

²⁵ V. www.giurisprudenzapenale.com.

Oltretutto, si legge nell'ordinanza, non vi è una differenza ontologica, come invece si verifica sul piano punitivo, tra il caso in cui taluno usi violenza immediatamente dopo, essendo punito più gravemente, e il caso in cui la violenza non sia usata immediatamente dopo, ma solo dopo qualche breve lasso di tempo (qualche ora).

Questa disparità sottende una sproporzione *in re ipsa* nella formulazione della fattispecie di rapina impropria: in ogni caso v'è un attacco al patrimonio e alla persona di eguale gravità.

Per questo, la norma viola anche l'art. 25 co. 2 Cost..

Il richiamo al "fatto commesso" postula il rilievo fondamentale del principio di offensività che implica, in concreto, di riconoscere un trattamento differenziato per fatti diversi e, in astratto, la necessità di distinguere in sede di redazione delle norme penali i vari fenomeni criminosi per le loro caratteristiche lesive.

L'ordinanza prende in esame le ipotesi in cui la violenza sia usata dopo poche ore (non immediatamente dopo): all'art. 624 c.p. è prevista una pena minima di sei mesi di reclusione più multa; per l'art. 610 c.p. una pena da quindici giorni a quattro anni di reclusione; per l'art. 337 c.p. una sanzione da sei mesi a cinque anni di reclusione.

L'art. 628 co. 2, invece, prevede che nel minimo vi sia la punizione di quattro anni di reclusione.

In aggiunta, è violato anche l'art. 27 Cost., secondo cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

In tal senso, la norma costituzionalizza il principio di proporzionalità della pena, in quanto una pena sproporzionata rispetto alla gravità del reato commesso non può assolvere né alla funzione di "ristabilimento della legalità violata", né una funzione rieducatrice.

Chiosa l'ordinanza inoltre che il nostro ordinamento non ha alcun bisogno di una disposizione siffatta; ci sono invero altre disposizioni, come gli artt. 624 e ss., 610 e 337 c.p., che possono assolvere il compito demandato all'art. 628 co. 2 c.p. senza però frustrare le funzioni proprie della pena, prima tra tutte quella di rieducazione sociale.

5. Conclusioni.

Il diritto penale è la branca del diritto pubblico che si occupa di stabilire i beni meritevoli di una particolare protezione e le misure più idonee alla loro tutela.

La legislazione penale è dunque composta da un insieme di precetti e sanzioni che delineano le fattispecie criminose, insieme che assolve la funzione di retribuzione della condotta e di rieducazione del reo agente.

Il legislatore è tenuto dunque a seguire un filo conduttore che permetta di applicare la sanzione più idonea rispetto all'offesa arrecata e che sia, al contempo, a questa proporzionale.

Il principio di offensività e quello di proporzionalità cooperano così tra loro per far sì che la funzione della pena non sia vanificata da sanzioni non correttamente graduate all'offesa arrecata, minando così i principi dello stato di diritto.

Dunque, l'equilibrio tra precetto e sanzione passa proprio attraverso una proporzione tra mezzo utilizzato e risultato perseguito.

La proporzionalità è infatti il principio cardine intorno al quale ruota tutto l'impianto punitivo, quale momento di sutura tra la condotta e l'offesa concretamente arrecata. È proprio in punto di valutazione del pregiudizio occorso alla persona offesa dal reato che il principio di proporzionalità spiega il suo massimo effetto: l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio mira infatti a retribuire l'azione e a rieducare il reo ai comportamenti conformi all'ordine giuridico.

Tuttavia, la proporzionalità e l'individualizzazione incontrano un ostacolo nella fissità della pena, negli automatismi sanzionatori e nelle ingiustificate equiparazioni punitive, difficoltà che necessita di essere superata attraverso un uso dinamico della proporzionalità stessa che, da mero principio, diviene anche strumento di correzione.

A seconda della gravità dell'offesa, il codice penale predispone una rete di protezione diversificata che possa così coprire tutte le zone di impunità del soggetto agente. È proprio alla luce di questa stratificazione punitiva che si pongono i più delicati problemi in punto di proporzione tra offesa e sanzione: tanto le pene principali quanto quelle accessorie devono essere idonee a far comprendere il concreto disvalore di quanto compiuto, essendo dunque modellate non sulla base di automatismi, bensì sulle esigenze di punizione che si pongono nel caso di specie.

Il principio di proporzionalità mira dunque ad individualizzare la pena, in luogo di quanto accade mediante l'applicazione di conseguenze automatiche all'offesa di un bene giuridico.

Il sistema penale si regge pertanto sull'asse dell'intensità dell'offesa, della rimproverabilità della condotta e dell'individualizzazione del trattamento

punitivo, fattori che, unitamente considerati, formano l'equilibrio da ricercare per una corretta attuazione dei principi costituzionalmente rilevanti.