

# INCONTRO TRILATERALE CON I TRIBUNALI COSTITUZIONALI DELLA SPAGNA E DEL PORTOGALLO

Venerdì 25 ottobre 2013 – Roma, Palazzo della Consulta

## I PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ E RAGIONEVOLEZZA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA IN MATERIA PENALE

Avv. Prof. Giuseppe Frigo

1. – Pur rientrando tra i principi di struttura che permeano l'intero ordinamento giuridico, il principio di ragionevolezza assume particolari connotazioni in ambito penale, legate sia alla specificità della materia che all'inevitabile intersezione con i principi fondamentali ad essa pertinenti (riserva di legge, offensività, funzione rieducativa della pena).

In effetti, se vi è un settore dell'ordinamento nel quale il "bisogno di ragionevolezza" appare particolarmente acuto, questo è proprio il penale, sia per il significato "di giustizia" che i precetti penalmente sanzionati pretendono di esprimere, sia per il "peso specifico" delle misure sanzionatorie impiegate. Secondo un modello teorico di razionalità delle leggi penali, d'altro canto, una legge che limiti diritti fondamentali – qual è quella che preveda pene restrittive della libertà personale – deve essere idonea e necessaria per raggiungere lo scopo perseguito, e la restrizione legale deve risultare proporzionata all'obiettivo di tutela.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana si rinvergono affermazioni di principio sostanzialmente sintoniche con tale schema teorico.

La Corte ha avuto occasione di sottolineare, in particolare, come l'impiego della sanzione penale sia giustificato solo dalla necessità di tutelare «valori almeno di rilievo costituzionale»<sup>1</sup>, e come il legislatore non sia «arbitro delle sue scelte criminalizzatrici», ma debba circoscrivere, per quanto possibile, l'ambito dei fatti penalmente rilevanti, tenuto conto del rango costituzionale della libertà personale<sup>2</sup>. In accordo con il criterio dell'*extrema ratio*, la pena deve essere riservata, in particolare, «ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali»<sup>3</sup>.

La Corte ha da tempo riconosciuto, per altro verso, come il sistema costituzionale richieda che la pena sia proporzionata all'effettivo disvalore del reato commesso<sup>4</sup>. L'esigenza di proporzionalità tra illecito e sanzione – che trova significative conferme nella giurisprudenza delle Corti europee e nell'espressa previsione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – è

<sup>1</sup> Sentenza n. 364 del 1988.

<sup>2</sup> Sentenza n. 409 del 1989.

<sup>3</sup> Sentenza n. 317 del 1996. In senso analogo, sentenza n. 447 del 1998.

<sup>4</sup> Tra le molte, sentenza n. 409 del 1989.

stata desunta, oltre che dal principio di uguaglianza, dalla finalità rieducativa della pena, enunciata nell'art. 27, terzo comma, della Costituzione: finalità che deve orientare anche la fase di redazione della norma incriminatrice. Una pena non può infatti rieducare se è avvertita come ingiusta dal condannato, perché sproporzionata rispetto all'illecito commesso<sup>5</sup>.

2. – Sul versante opposto, tuttavia, la Corte ha anche ampiamente evidenziato gli speciali limiti che il controllo di ragionevolezza incontra nella materia penale. Al fondo di essi si colloca il regime della riserva assoluta di legge, stabilito dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione. Si tratta di un regime che assume un particolare significato di garanzia, evocando l'esigenza della "legittimazione democratica": il potere di emanare le norme penali – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo – viene affidato in via esclusiva all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica a livello nazionale, ossia al Parlamento<sup>6</sup>.

Da ciò deriva anzitutto che il sindacato di ragionevolezza non può esplicitarsi *in malam partem*: stante l'anzidetta riserva, una pronuncia della Corte non può determinare la creazione di nuovi reati, l'ampliamento di quelli esistenti o l'introduzione di pene più severe di quelle stabilite dal legislatore<sup>7</sup>. Si fa eccezione per l'ipotesi in cui il sindacato verta sulle cosiddette «norme penali di favore», ossia su norme speciali che, derogando ad altre norme vigenti, accordino un trattamento più favorevole a determinate categorie di soggetti o di condotte. In questo caso, infatti, la rimozione della «norma di favore», ritenuta irragionevole, riconduce i casi da essa regolati alla norma generale più severa, dettata anch'essa dal Parlamento<sup>8</sup>.

Ma, al di là di ciò, la riserva di legge viene poi a coniugarsi con il carattere spiccatamente politico degli apprezzamenti – in termini di necessità, idoneità e proporzionalità – che stanno alla base delle scelte di legislazione criminale: circostanza che rende particolarmente avvertita l'esigenza di evitare che la Corte, tramite il controllo di ragionevolezza, finisca per invadere spazi riservati dalla Costituzione al potere legislativo, operando un sindacato sul merito delle relative opzioni<sup>9</sup>. Si spiega in questa prospettiva il tradizionale atteggiamento di cautela e di *self-restraint* assunto dalla Corte, che trova la sua espressione di sintesi nella reiterata affermazione secondo la quale la configurazione dei reati e la determinazione delle pene rientrano nella discrezionalità del legislatore, il cui esercizio non è censurabile sul piano della legittimità costituzionale se non nel caso di irragionevolezza *manifesta*, ossia quando sfoci nell'arbitrio<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Tra le altre, sentenze n. 343 e n. 313 del 1990, e più di recente, sentenze n. 251 e n. 68 del 2012.

<sup>6</sup> Sentenze n. 230 del 2012, n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989.

<sup>7</sup> Questioni del genere, ove proposte, vengono dichiarate inammissibili: tra le ultime, ordinanze n. 285 del 2012, n. 204, n. 66 e n. 34 del 2009.

<sup>8</sup> Sull'ammissibilità del sindacato di legittimità costituzionale, anche *in malam partem*, sulle «norme penali di favore», si vedano, in particolare, le sentenze n. 394 del 2006 e n. 148 del 1983.

<sup>9</sup> Espressamente inibiti alla Corte costituzionale italiana dall'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

<sup>10</sup> Tra le molte, sentenze n. 68 del 2012, n. 161 del 2009, n. 324 del 2008, n. 22 del 2007 e n. 394 del 2006.

In tale chiave, il controllo di ragionevolezza viene quindi collegato precipuamente al parametro dell'uguaglianza formale, di cui all'art. 3, primo comma, della Costituzione: il che implica che la verifica si basi non sull'ordinario schema binario del confronto tra norma e principio costituzionale, ma su quello ternario del raffronto con la disciplina stabilita dall'ordinamento per fattispecie analoghe (cosiddetto *tertium comparationis*).

Indice tipico di arbitrarietà della scelta legislativa è, secondo la Corte, la disparità di trattamento fra fattispecie omogenee, che non risulti sorretta da alcuna ragionevole giustificazione<sup>11</sup>. In tale cornice, assume particolare rilievo la verifica dell'idoneità del "*tertium comparationis*", in termini di effettiva assimilabilità dei casi regolati dalla norma di raffronto rispetto a quelli su cui verte il sindacato, sul piano della struttura e degli interessi protetti. La Corte ha escluso, infatti, che l'irragionevolezza di una determinata opzione legislativa possa essere desunta dal raffronto tra fattispecie appartenenti a settori diversi o comunque eterogenee: così, ad esempio, la pena prevista per il furto aggravato non può essere ritenuta sproporzionata per eccesso solo perché superiore a quella comminata per le lesioni personali<sup>12</sup>.

L'irragionevolezza può cogliersi, naturalmente, anche nell'ipotesi speculare dell'ingiustificata parificazione di trattamento tra fattispecie diverse. In questo caso, tuttavia, il sindacato incontra un limite ulteriore. La Corte ha infatti ritenuto che al legislatore non sia, in linea di massima, precluso includere in una stessa figura di reato fattispecie differenti per struttura e disvalore. In tal caso, spetterà al giudice far emergere la diversità tra le varie condotte in sede di graduazione in concreto della pena tra il minimo e il massimo<sup>13</sup>.

3. – Se il ricordato atteggiamento di cautela ispira tuttora la giurisprudenza costituzionale, non sono tuttavia mancate, specie nell'ambito della giurisprudenza più recente, significative aperture verso forme di valutazione più penetrante.

Per limitarsi a brevi indicazioni di sintesi, il giudizio di ragionevolezza-uguaglianza è venuto, in taluni casi, ad arricchirsi con considerazioni basate sull'analisi degli interessi protetti e sulla loro collocazione nel quadro costituzionale. In questa ottica, la Corte ha ritenuto ad esempio illegittima, in quanto palesemente irragionevole, una norma che sottoponeva le falsità in materia elettorale a una pena sensibilmente più mite di quella prevista in via generale dal codice penale per le corrispondenti ipotesi di falso: il trattamento più benevolo era riservato, infatti, a condotte che attentavano ad un interesse di rango particolarmente elevato nel sistema costituzionale, quale quello alla regolarità delle competizioni elettorali<sup>14</sup>. Parimenti

<sup>11</sup> Tra le molte pronunce di accoglimento, sentenze n. 426 del 2004, n. 287 del 2001, n. 97 del 1998.

<sup>12</sup> Sentenza n. 22 del 1971. Analogamente, con riguardo al raffronto tra sequestro di persona a scopo di estorsione e omicidio volontario, ordinanza n. 163 del 2007.

<sup>13</sup> Tra le ultime, sentenze n. 250 e n. 47 del 2010; ordinanza n. 224 del 2011.

<sup>14</sup> Sentenza n. 394 del 2006. Si veda pure, in precedenza, la sentenza n. 26 del 1979, con la quale la Corte ha ritenuto illegittima una norma del codice penale militare di pace che sottoponeva alla stessa pena – l'ergastolo – una serie di fatti assai diversi commessi in danno del superiore (dall'omicidio volontario, con-

illegittima è stata ritenuta, più di recente, la mancata previsione, in rapporto al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, di un'attenuante per i fatti di lieve entità analoga a quella prevista per il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione: tale disallineamento non solo non era giustificato, ma veniva anzi a ribaltare la gerarchia costituzionale tra gli interessi tutelati dalle due norme incriminatrici (rispettivamente, il patrimonio e l'ordine costituzionale) <sup>15</sup>.

In altri casi, il giudizio di ragionevolezza si è sganciato dal principio di eguaglianza per coniugarsi più direttamente con quello di offensività, dando luogo a valutazioni di irragionevolezza "intrinseca" della scelta punitiva, svincolate dallo schema triadico del raffronto con la disciplina valevole per fattispecie analoghe. La Corte ha escluso, in particolare, che lo scopo perseguito da talune norme incriminatrici – stante l'inconsistenza dell'oggetto della tutela – fosse idoneo a giustificare il ricorso alla sanzione penale. Ciò è avvenuto, ad esempio, con riguardo alla norma che puniva l'esposizione in pubblico di bandiere estere (ipotesi nella quale si è esclusa l'esistenza di qualsiasi apprezzabile interesse all'incriminazione) <sup>16</sup>; o a quella che puniva la mendicizia in luogo pubblico con modalità non "invasive" (non potendo sostenersi che la tranquillità pubblica sia seriamente posta in pericolo da una mera richiesta di aiuto) <sup>17</sup>; o, ancora, in rapporto ad una norma che puniva l'eccitazione all'emigrazione (laddove l'interesse protetto risultava addirittura contrario alla Costituzione, che sancisce la libertà di emigrare) <sup>18</sup>.

In ulteriori occasioni, il giudizio di irragionevolezza è scaturito dalla valutazione del carattere «anacronistico» della prospettiva di tutela: è il caso, ad esempio, della autonoma punizione del possesso ingiustificato di valori da parte di soggetti precedentemente condannati per determinati reati <sup>19</sup>. Una analoga valutazione ha portato, altresì, alla dichiarazione di illegittimità della norma incriminatrice dell'oltraggio di pubblico ufficiale, nella parte in cui prevedeva una pena minima che, per la sua levatura, esprimeva una visione esasperata e ormai superata del prestigio della pubblica amministrazione <sup>20</sup>.

La Corte si è mostrata, per converso, restia ad includere nel sindacato di ragionevolezza apprezzamenti inerenti alla reale efficacia dell'impiego della sanzione penale in risposta a determinati comportamenti antiggiuridici, trattandosi di valutazioni che attengono all'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria. Tale indirizzo è stato ribadito, ad esempio, in rapporto al tema – di grande attualità – del contrasto dell'immigrazione irregolare, con riguardo

---

sumato o tentato, alle lesioni gravi), rilevando come tale soluzione implicasse uno «stravolgimento dei valori in gioco», in quanto anteponeva «la disciplina militare in tempo di pace, intesa nel senso riduttivo di obbedienza e di rispetto dell'inferiore verso il superiore, a quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale [...] che è il diritto alla vita».

<sup>15</sup> Sentenza n. 68 del 2012.

<sup>16</sup> Sentenza n. 189 del 1987.

<sup>17</sup> Sentenza n. 519 del 1995.

<sup>18</sup> Sentenza n. 269 del 1986.

<sup>19</sup> Sentenza n. 370 del 1996.

<sup>20</sup> Sentenza n. 341 del 1994.

all'avvenuta introduzione di una fattispecie di reato punita con sola pena pecuniaria, difficilmente esigibile dal migrante clandestino <sup>21</sup>.

4. – Il principio di ragionevolezza gioca, per altro verso, un ruolo rilevante quale criterio di controllo delle norme penali che poggino su presunzioni, e in particolare su presunzioni di pericolosità, tanto di ordine oggettivo che di ordine soggettivo.

Sul primo versante, la Corte ha escluso che il principio di offensività impedisca di ricorrere a tecniche di anticipazione della tutela: rientra, infatti, nell'ampia discrezionalità del legislatore penale anche la scelta di reprimere l'aggressione ai valori protetti già nello stadio della semplice esposizione a pericolo, sia pure solo astratto o presunto <sup>22</sup>. In tal caso, tuttavia, è necessario che la presunzione di pericolosità della condotta incriminata per il bene protetto non risulti irrazionale o arbitraria, ma risponda all'*id quod plerumque accidit*, ossia a dati di comune esperienza <sup>23</sup>.

Di ben maggiore incidenza concreta <sup>24</sup> sono risultate, peraltro, le analoghe enunciazioni di principio riferite alle presunzioni di pericolosità di natura soggettiva. Basti ricordare come, sulla base di giudizi di irragionevolezza legati alla contrarietà ai dati di esperienza, la Corte abbia progressivamente rimosso le presunzioni di pericolosità soggettiva che costellavano la disciplina delle misure di sicurezza <sup>25</sup>. Più recente, analoga sorte è toccata, tra le altre, alla norma che poneva limiti alla concessione delle circostanze attenuanti generiche a determinate categorie di recidivi, posto che la presunzione assoluta di pericolosità di tali soggetti non rifletteva il dato statistico, potendo la recidiva basarsi su fatti remoti e non gravi <sup>26</sup>. Ad analogo giudizio negativo ha dato luogo, altresì, la norma che prevedeva una circostanza aggravante comune – riferibile, cioè, a qualsiasi tipo di reato – per l'ipotesi in cui questo fosse commesso da un immigrato irregolare <sup>27</sup>.

L'esigenza che la presunzione assoluta corrisponda all'*id quod plerumque accidit* è stata affermata anche con riferimento alle presunzioni di adeguatezza di una data misura a fronteggiare determinate situazioni di pericolo. In questa prospettiva, è stata dichiarata illegittima la norma che imponeva il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario dell'infermo di mente socialmente pericoloso, non consentendo al giudice di applicare misure di sicurezza diverse e non custodiali, ma comunque adeguate alle finalità di cura e di controllo <sup>28</sup>. Il criterio dell'impiego della

---

<sup>21</sup> Sentenza n. 250 del 2010.

<sup>22</sup> Sentenza n. 225 del 2008.

<sup>23</sup> Tra le molte, sentenze n. 225 del 2008, n. 360 del 1995, n. 133 del 1992 e n. 333 del 1991.

<sup>24</sup> Non constano, infatti, allo stato, sentenze di accoglimento fondate sulla mancanza o sulla erroneità dei presupposti di legittimità delle fattispecie di pericolo astratto o presunto sottoposte al vaglio della Corte.

<sup>25</sup> Sentenze n. 1102 del 1988, n. 249 del 1983, n. 139 del 1982 e n. 1 del 1971).

<sup>26</sup> Sentenza n. 183 del 2011.

<sup>27</sup> Sentenza n. 249 del 2010.

<sup>28</sup> Sentenza n. 253 del 2006.

misura minima adeguata allo scopo ha conosciuto anche recenti e importanti applicazioni in rapporto alla custodia cautelare <sup>29</sup>.

Infine, è al principio di ragionevolezza che la Corte affida anche il controllo dei bilanciamenti e delle compressioni che coinvolgano taluni principi costituzionali in materia penale. È il caso – anch'esso di grande attualità, specie alla luce di note prese di posizione della Corte di Strasburgo <sup>30</sup> – delle deroghe legislative al principio di retroattività della norma penale più favorevole: deroghe che la Corte ritiene ammissibili, ma solo ove siano in grado di superare un vaglio di ragionevolezza, in quanto necessarie al fine di tutelare interessi di analogo rilievo costituzionale <sup>31</sup>.

5. – In conclusione, come emerge dalla sommaria analisi condotta, il sindacato di ragionevolezza rappresenta il terreno su cui tende a convergere e a venire filtrata la tensione tra discrezionalità politica del legislatore e vincoli costituzionali, che permea a tutto campo la verifica di legittimità delle scelte di legislazione criminale.

Trovare il giusto equilibrio non è ovviamente facile, come attesta il fatto che la giurisprudenza costituzionale in tema di ragionevolezza delle norme penali abbia formato e continui a formare oggetto di critiche antitetiche, intese a denunciare ora un perdurante eccesso di *self restraint*, ora invece un'asserita progressione crescente del “tasso di politicità” dei criteri impiegati dalla Corte.

---

<sup>29</sup> Sentenza n. 265 del 2010, seguita da numerose altre pronunce dello stesso segno.

<sup>30</sup> In particolare, Corte EDU, 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia.

<sup>31</sup> Con particolare riguardo ai limiti all'applicazione retroattiva della nuova e più favorevole disciplina della prescrizione introdotta dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, sentenze n. 236 del 2011, n. 72 del 2008 e n. 393 del 2006.