



SOFFERENZE E INSOFFERENZE DELLA  
GIUSTIZIA COSTITUZIONALE  
18 MAGGIO 2020

Dalle rime obbligate al dispositivo  
“cedevole”. Brevi note sugli ultimi  
approdi del sindacato costituzionale  
sulla proporzionalità delle sanzioni  
penali

di Valentina Giannelli

Dottore di ricerca in Diritto costituzionale  
Università Cattolica del Sacro Cuore – Milano

# Dalle rime obbligate al dispositivo “cedevole”. Brevi note sugli ultimi approdi del sindacato costituzionale sulla proporzionalità delle sanzioni penali\*

**di Valentina Giannelli**

Dottore di ricerca in Diritto costituzionale  
Università Cattolica del Sacro Cuore – Milano

**Abstract [It]:** Il contributo indaga il tema del controllo di legittimità costituzionale delle sanzioni penali alla luce delle recenti pronunce con le quali la Corte costituzionale è giunta a correggere l'intrinseca sproporzione della sanzione penale, a prescindere dall'individuazione di una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. L'analisi si concentra, in particolare, sul rapporto tra tale modulo decisionario e la discrezionalità legislativa, nonché sull'influenza esercitata, in questo ambito, dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali in materia di proporzionalità della sanzione penale.

**Abstract [En]:** The article focuses on the recent judgments in which the Constitutional Court reaffirmed its authority to strike down unconstitutional criminal provisions where they are patently unreasonable and disproportionate, *de facto* giving less importance to the identification of a pre-existing rule suitable to be taken as *tertium comparationis*. Particular attention will be paid to the relationship between this decision-making technique and legislative discretion, as well as on the influence exercised in this context by the principle of proportionality in the case law of supranational courts.

**Sommario:** 1. Perché discutere ancora del sindacato costituzionale sulla congruità delle sanzioni penali – 2. Il definitivo superamento della “soluzione costituzionale obbligata” – 3. La proporzionalità “ad ogni costo”: il contributo delle Carte sovranazionali dei diritti e il ritorno alla Costituzione

## 1. Perché discutere ancora del sindacato costituzionale sulla congruità delle sanzioni penali

Che il sindacato della Corte costituzionale sulle sanzioni penali sia di per sé problematico è un dato risaputo del quale ci si limita qui a riportare brevemente le ragioni.

La materia dei reati e delle pene rientra «geneticamente»<sup>1</sup> nell'area delle decisioni politiche, riservate in quanto tali al legislatore. E basta riferirsi alla letteratura penalistica sulla sussidiarietà dell'intervento penale e, più in generale, al ruolo di *extrema ratio* assegnato a tale forma di tutela giuridica per rendersene conto

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Il termine è impiegato da A. PUGIOTTO in *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, *Giur cost.*, 1994, p. 4214.

in maniera inequivoca. Si tratta infatti di «canoni materiali di politica criminale» che orientano l'esercizio di un'attività che appartiene al legislatore in via esclusiva<sup>2</sup>.

Più precisamente, qualunque intervento sulle opzioni di criminalizzazione di talune condotte porta con sé valutazioni di ordine generale attinenti «[alla] funzione dello Stato, [al] sistema penale, [alle] sanzioni penali», nonché ai «danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal modo d'applicazione delle sanzioni penali», che, per loro natura, «sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili» nell'ambito del giudizio costituzionale<sup>3</sup>. La mancata osservanza, da parte del legislatore ordinario, dei «criteri informativi di politica criminale costituzionalmente sanciti» può, piuttosto – come si vedrà in seguito – essere censurata dalla Corte «solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto»<sup>4</sup>.

Il che, sul piano degli strumenti decisori del giudice costituzionale, ha determinato la tendenziale ritrosia degli studiosi<sup>5</sup> e della stessa Corte costituzionale<sup>6</sup> a ritenere ammissibili interventi manipolativi della norma penale, tanto di tipo additivo quanto sostitutivo.

Un ostacolo all'indiscussa ammissibilità di tali pronunce sarebbe del resto rappresentato dal principio di stretta legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 25 Cost., da intendersi in senso rigoroso, «in vista di specifiche esigenze di certezza e garanzia valide particolarmente nel diritto penale»<sup>7</sup>.

Tuttavia, se l'intervento manipolativo con effetti in *malam partem* deve ritenersi precluso, lo stesso non può dirsi con riguardo alle decisioni manipolative volte ad estendere l'ambito di applicazione di norme penali di favore, o a mitigare il trattamento sanzionatorio di talune condotte all'esito del giudizio di ragionevolezza<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, 1987, pp. 23. La questione, di amplissima portata, è sovente trattata in premessa nella manualistica penale: si vedano ad es. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale* (VIII ed.), Bologna, 2019, in part. p. 28 ss. e 86 ss. e A. MANNA, *Diritto penale e Costituzione*, in *Trattato di diritto penale* diretto da A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, Vol. I (*Il diritto penale e la legge penale*), Torino, 2010, p. 71 ss.

<sup>3</sup> Corte cost. sent. 18 luglio 1989, n. 409, punto 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Per tutti si veda G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 314.

<sup>6</sup> Sul punto, per un esame della giurisprudenza costituzionale, si veda l'analisi di F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, pp. 224-259.

<sup>7</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, op. cit., p. 315. In generale, sulla riserva di legge in materia penale e sulle *rationes* alla stessa sottese, si veda, tra i costituzionalisti, N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 315 e ss.; nonché, tra i penalisti, G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 79 e ss.

<sup>8</sup> In questo senso, si veda, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, op. ult. cit., p. 316. Ad avviso dell'A. infatti «il principio di legalità in materia penale vale a escludere le decisioni manipolative con effetti aggiuntivi, non invece quelle a contenuto riduttivo o eliminativo». Sull'origine del principio di ragionevolezza a partire dal principio di uguaglianza, si veda, *ex multis*, P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di*

Il punto però è che tali ultime pronunce, malgrado la produzione di effetti *in bonam partem*, potrebbero risolversi in un esercizio di potere normativo precluso alla Corte in via generale dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953, che rimanda alla questione più generale del rapporto tra giudice costituzionale e potere legislativo, che – come innanzi segnalato – si acuisce con riferimento alla materia penale<sup>9</sup>.

Ed è proprio alla luce di tali rilievi che gli stessi interventi manipolativi con effetti favorevoli sono stati subordinati alla sussistenza di una serie di circostanze, tra cui – in particolare per ciò che concerne le pronunce sostitutive – va rammentata l'esistenza di una *soluzione costituzionalmente obbligata* da impiegare in sostituzione di quella censurata, indicata dal remittente o individuata dalla Corte.

Tuttavia, come si avrà modo di notare, tale approccio sembra mostrare la corda negli ultimi approdi della giustizia costituzionale.

In tempi recenti, infatti, il giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittime talune sanzioni penali in ragione dell'*intrinseca sproporzione* del *quantum* sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto, precisando – *expressis verbis* – di poter sostituire il trattamento sanzionatorio censurato con altro previsto altrove dal legislatore, anche qualora non si tratti dell'unica soluzione idonea a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza della norma censurata<sup>10</sup>.

Per questa via, il giudice costituzionale ha inteso tutelare e valorizzare il principio di proporzionalità «in una prospettiva avanzata e originale», qualificandolo come parametro autonomo di costituzionalità, su

---

*ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, 1994, p. 21.

<sup>9</sup> Sulla norma di cui all'art. 28 l.n. 87/1953 e sui diversi significati da assegnare alla discrezionalità legislativa, diffusamente già la relativa *Relazione della Commissione speciale della Camera dei Deputati sul disegno di legge contenente norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale* a cura del relatore, On. A. TESAURO, Camera dei Deputati, *Documenti*, 1950, n. 469-A, anche in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, p. 205 ss., improntata peraltro a grande cautela quanto alle possibili interferenze con il potere legislativo (in part. p. 209 ss.). Più in generale, sui rapporti tra “merito” delle leggi e sindacato costituzionale, cfr., per tutti, L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 304 e ss., volto in particolare a «provare e ribadire che la dogmatica della natura e dei vizi dell'attività e degli atti amministrativi non è compiutamente trasferibile [...] all'attività legislativa ed agli atti con forza di legge» (p. 306). In particolare, sul tema dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore penale, si vedano le riflessioni di M. D'AMICO, *La Corte costituzionale di fronte al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, p. 3 ss. Per ulteriori approfondimenti, anche con riferimento al superamento delle cd. rime obbligate, di recente si veda, G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile su *Consulta Online*, 3 febbraio 2020, nonché, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207/2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, in part. pp. 649 ss.

<sup>10</sup> Al di fuori della materia penale, forme di controllo di «intrinseca ragionevolezza» da parte della Corte costituzionale sono state da tempo rilevate dalla dottrina. In argomento, per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, op. cit., in part. p. 9.

cui fondare il sindacato di intrinseca irragionevolezza della norma penale, a prescindere dall'esistenza del *tertium comparationis*<sup>11</sup>.

Ma se si riflette sul fatto che la proporzionalità è un principio tutt'altro che nuovo, trovando applicazione sin da tempi risalenti come criterio di valutazione degli atti amministrativi limitativi delle libertà individuali, è lecito domandarsi perché la Corte costituzionale italiana approdi agli esiti innanzi richiamati solo pochi anni addietro<sup>12</sup>.

L'impressione – come si vedrà – è che in tal senso abbia contribuito il ruolo di primo piano accordato al principio di proporzionalità dalle Carte sovranazionali dei diritti e dalle relative Corti.

Ed è proprio muovendo da tali rilievi che ci si chiederà se questa nuova stagione della giurisprudenza costituzionale possa contribuire a determinare un mutamento del ruolo del giudice costituzionale nel panorama istituzionale, ovvero nei rapporti con il legislatore.

## 2. Il definitivo superamento della “soluzione costituzionale obbligata”

Almeno fino al 2016<sup>13</sup>, l'atteggiamento della Corte dinanzi ai giudizi di proporzione delle sanzioni penali è sempre stato nel senso di un rigido *self restraint*, nel rispetto del principio di legalità della pena. Invero, laddove il giudice *a quo* avesse inteso denunciare con successo la sproporzione di un certo *quantum* sanzionatorio, avrebbe avuto l'onere di individuare una “soluzione costituzionalmente obbligata”, idonea a rimediare al *vulnus* denunciato.

Il che – evidentemente – comportava l'indicazione da parte del remittente di una norma diversa da quella asseritamente illegittima da impiegare quale *tertium comparationis* nel giudizio di costituzionalità, in quanto dotata del medesimo disvalore della condotta descritta nella disposizione impugnata, ma caratterizzata da un trattamento sanzionatorio più mite e, dunque, nell'ottica del remittente, costituzionalmente legittimo.

<sup>11</sup> V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2016, p. 2105.

<sup>12</sup> Di recente, sulla proporzionalità della pena, F. COPPOLA, *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di “valorizzazione” dal confronto con il Sentencing System inglese*, in *Archivio Penale* n. 3/2018; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte Costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* n. 4/2016, 1956-1964; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 febbraio 2017; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 novembre 2016; S. LEONE, *Sindacato di irragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; C. SOTTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. Trim. di Diritto Penale Contemporaneo* n. 1/2012. Sui fondamenti del principio di proporzionalità nel diritto pubblico si veda E. FORSTHOFF, *Lo stato della società industriale*, traduzione italiana a cura di A. MANGIA, Milano, 2011, p. 156 ss. Va inoltre rammentata la formula secondo cui «la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni», coniata da Fleiner per descrivere il principio di proporzionalità, risalente ai primi del Novecento. Si veda F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354.

<sup>13</sup> Corte cost. sent. 21 settembre 2016, n. 236, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, co. 2, del codice penale, per violazione congiunta degli artt. 2 e 27 Cost., nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da cinque a quindici anni, anziché da tre a dieci anni.

Il ricorso a tale *tertium comparationis* consentiva – com'è noto – di rendere palese la denunciata sproporzione della norma in questione, fornendo nel contempo la misura del trattamento sanzionatorio che la Corte avrebbe dovuto impiegare in sostituzione di quello reputato – appunto – sproporzionato. Se si ragiona in questa direzione, è chiaro che la questione di legittimità risultava ammissibile a patto che l'indicazione del *tertium comparationis* fosse non solo idonea a rendere manifesta la denunciata sproporzione, ma fosse l'unica soluzione costituzionalmente obbligata per riportare *ad constitutionem* la norma impugnata<sup>14</sup>.

Ebbene, in tempi recenti si è verificato un mutamento evidente dello schema decisorio sin qui rammentato: la Corte ha ritenuto di poter sostituire il trattamento sanzionatorio dichiarato sproporzionato pur nell'ipotesi in cui «non esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*», poiché «essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte 'precisi punti di riferimento' e soluzioni 'già esistenti', esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non 'costituzionalmente obbligate' – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima»<sup>15</sup>.

Per vero, l'offuscamento del *tertium comparationis* non è un dato che stupisce, essendo stato da tempo messo in luce da chi, tra gli studiosi, si è confrontato col tema della ragionevolezza<sup>16</sup>.

Come è stato autorevolmente osservato, il ricorso allo schema triadico costituito dal principio costituzionale asseritamente violato, dalla norma impugnata e dal *tertium comparationis* si risolve – non di rado – in «una rappresentazione o una razionalizzazione *a posteriori*»<sup>17</sup>. Infatti, il *tertium* «svolge un ruolo

---

<sup>14</sup> Sul punto si veda G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, p. 54. Per un'ampia riflessione sul ruolo del giudice *a quo* nella risoluzione della questione di legittimità costituzionale, si veda F. MODUGNO – P. CARNEVALE, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in AA. VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, in *Atti del seminario svoltosi a Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, 1990, pp. 327 e ss.

<sup>15</sup> Corte cost. sent. 5 dicembre 2018, n. 222, punto n. 8.1 del Considerato in diritto. In dottrina, sui giudizi "senza *tertium comparationis*" [virgolette nell'originale] si veda in part. G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 251 ss.

<sup>16</sup> Per tutti, sul ruolo del *tertium comparationis*, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Sul giudizio di uguaglianza e di giustizia. A proposito del contributo di Livio Paladini*, in *Quad. cost.*, n. 10/2012, in part. pp. 10 e ss. L'A. mette in luce che il giudizio in nome del principio di uguaglianza-ragionevolezza strutturato entro la triade costituita dal principio stesso, dalla norma impugnata e dalla norma di raffronto «per quanto seducente perché appaga le esigenze di razionalità di noi giuristi positivi, e per quanto ammirevole per l'ambizione che l'anima di formalizzare perfino il controllo delle leggi in nome della ragionevolezza delle classificazioni legislative, non mi pare pienamente soddisfacente. C'è sempre, nel modo di procedere del giudice, costituzionale e non costituzionale, qualcosa di consapevole o d'inconsapevole che sfugge e questo "qualcosa" è ciò che spesso svolge la funzione più importante».

<sup>17</sup> Ivi, p. 10.

costitutivo, e non meramente retorico soltanto nei casi alquanto limitati in cui la questione non riguarda *leggi che differenziano* ma concerne *leggi perché differenziano*<sup>18</sup>. Per quanto si tratti di una distinzione non sempre palese, laddove si abbia a che fare con *leggi che differenziano*, l'eventuale esistenza di una norma assunta a *tertium* non determina di per sé l'incostituzionalità della legge impugnata, ma sta semplicemente a confermare «l'irragionevolezza di una scelta d'un legislatore il quale, in altra e confrontabile circostanza, ha plausibilmente operato in modo diverso»<sup>19</sup>. Il *tertium* diventa, invece, il fattore determinante della decisione della Corte soltanto «quando si abbia a che fare non con una semplice differenziazione, ma con una vera e propria discriminazione, il che accade quando la legge è incostituzionale *perché (cioè per il fatto solo che) differenzia*»<sup>20</sup>.

D'altro canto, il ricorso alla ragionevolezza, di cui il principio di proporzionalità ha sempre costituito un corollario, rinvia ad un modulo decisorio per così dire fluido, nella misura in cui tende ad assegnare alla Corte «margini di elasticità nelle sue valutazioni, più ampi di quelli che invece comporterebbe una tecnica di applicazione stretta di determinate clausole della Costituzione»<sup>21</sup>.

Del resto, come è stato autorevolmente sostenuto, «un principio di ragionevolezza non esiste», poiché «ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, non arbitrarietà, o analoghi corrispondenti aggettivi che si leggono nelle sentenze [della Corte costituzionale] sono soltanto formule verbali, espressioni alle quali non corrisponde un concetto od una nozione ben determinata»<sup>22</sup>. In questa prospettiva, sono i vari casi portati all'attenzione della Corte a consentire di individuare il significato concreto del concetto di “ragionevolezza” nei vari ambiti posti all'attenzione della giustizia costituzionale<sup>23</sup>.

Più realisticamente, può dirsi allora che «al di sotto dell'espressione “ragionevolezza”, vi sia una generica esigenza di giustizia delle leggi; ed anzi di quel tanto di giustizia che può essere garantito dalla Corte costituzionale, nell'esercizio delle sue funzioni»<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, op. cit., p. 164.

<sup>22</sup> Così, L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza»*, op. cit., p. 163.

<sup>23</sup> Ivi, p. 164.

<sup>24</sup> Ivi, p. 163. Sulla tradizionale difficoltà di ragionare sulla “giustizia” delle leggi, si veda G. ZAGREBELSKY, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, op. cit., p. 184-185. Sul punto l'A. afferma che «[...] quando si introduce la parola giustizia, sembra che si neghino i fondamenti del nostro ragionare e del nostro agire giuridici. [...] qui c'è probabilmente un portato, un residuo di un modo di pensare che viene dal positivismo legalistico dello stato di diritto di un tempo, quando effettivamente non si poteva affermare, dal punto di vista giuridico, l'esistenza di una dimensione del diritto come giustizia, indipendentemente dalla legge, senza fare un turno alla concezione che allora si aveva della legge [...]. Ma lo stato costituzionale ha distinto ciò che in passato era ridotto ad un'unica dimensione. C'è la legge, che è espressione di fondamentali diritti di partecipazione politica, la quale ha quindi una sua dignità fondata sulla costituzione, come messa in atto di tali diritti. Il che significa che la legge, per essere legge, non deve essere giustificata in base a un contenuto. Essa, in altri termini, non è solo esecuzione della costituzione ma si giustifica

Quel che invece pare degno di nota è la possibilità che il giudice costituzionale “riformuli” il *quantum* sanzionatorio delle disposizioni oggetto del suo sindacato *pur in assenza di una univoca indicazione legislativa, al di fuori cioè, di una rigida esigenza di “rime obbligate” nell’individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima.*

In quest’ottica, l’acclarata sproporzione di un certo trattamento sanzionatorio può essere risolta mediante sostituzione di questo con altra cornice edittale prevista in una norma dell’ordinamento, scelta dal giudice remittente tra le altre astrattamente idonee ad evitare vuoti di tutelare a seguito della declaratoria di incostituzionale, o individuata dalla Corte

Ora, nel tentativo di rispondere all’interrogativo posto in apertura sull’evoluzione dei rapporti tra Corte e legislatore, si rende opportuna un’ulteriore precisazione.

Ad avviso del giudice costituzionale, la “rimeditata” ampiezza del proprio sindacato sulle norme sanzionatorie sarebbe comunque rispettosa della sfera riservata al legislatore e, più in generale, delle reciproche competenze istituzionali. E ciò risulterebbe evidente atteso che «la misura sanzionatoria indicata [dalla Corte], non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità»<sup>25</sup>.

Insomma, il dispositivo costituzionale risulterebbe, per così dire, *cedevole* rispetto al successivo intervento del legislatore e questo assicurerebbe il rispetto della discrezionalità legislativa<sup>26</sup>.

L’impressione però è che sia vero esattamente il contrario.

Sembrerebbe piuttosto trattarsi di una supplenza del legislatore<sup>27</sup>, e dunque, di esercizio di un’attività che esula dalle competenze del giudice costituzionale. La Corte, infatti, è giunta a riformulare il *quantum*

---

costituzionalmente per il solo fatto di essere espressione della libera dinamica politica che è la sostanza della democrazia. Ma, accanto e indipendentemente dalla legge, la Costituzione stabilisce principi relativi ai diritti e alla giustizia, separando così ciò che il positivismo legalistico aveva unificato nella legge». Più in generale e da diverse prospettive, sulla ragionevolezza si vedano, diffusamente, G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, op. cit. (in part. p. 27 ss. sulle origini del principio) e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

<sup>25</sup> Corte cost. sent. 8 marzo 2019, n. 40, punto 5.3 del Considerato in diritto.

<sup>26</sup> Sul punto la Corte costituzionale precisa altresì che a misura della pena individuata dal rimettente, poi impiegata dalla Corte medesima in sostituzione di quella dichiarata illegittima «benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell’ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore» (Corte cost. sent. 8 marzo 2019, n. 40, punto 5.3 del Considerato in diritto).

<sup>27</sup> Sul concetto di supplenza della Corte costituzionale nei confronti del legislatore si veda G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 120, ove l’A. precisa che l’accennata supplenza «sta ad indicare uno scarto tra ciò che doveva essere e non è stato, uno scarto reso sopportabile da ciò, che un’istanza istituzionale si è fatta eccezionalmente carico delle inadempienze dell’altra, in modo teoricamente scorretto ma pienamente efficace e dunque spiegabile». Per A. PIZZORUSSO (nel volume *Garanzie costituzionali del Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, commento all’art. 134, 1981, p. 141), «gli interventi della Corte hanno spesso esercitato una spinta non trascurabile nei confronti del Parlamento e del Governo per indurli ad affrontare riforme troppo a lungo rimandate: a questo fine la Corte ha spesso rivolto espliciti ‘inviti’ al legislatore affinché intervenisse ed ha poi talvolta assunto, di fronte alla

sanzionatorio in assenza di “soluzioni costituzionalmente obbligate” soltanto a fronte dell’inerzia del legislatore al quale, nel tempo, erano stati rivolti numerosi moniti volti a sollecitare la modifica del *quantum* di pena previsto da tali norme.

Si pensi, ad esempio, alla recente pronuncia n. 40 del 2019, con cui la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità del trattamento sanzionatorio dell’art. 73, co. 1, del testo unico in materia di stupefacenti, sostituendolo con altro proporzionato alla gravità del fatto, rimediando così all’inerzia del legislatore, invitato, qualche anno prima, ad intervenire. Con una decisione di poco precedente, infatti, il giudice costituzionale aveva dichiarato inammissibile l’accennata questione di legittimità costituzionale del citato art. 73, proprio in ragione del fatto che «la rilevata «anomalia sanzionatoria» era «rimediabile con plurime opzioni legislative»<sup>28</sup>.

Sicché, «il rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario» rendeva necessaria la declaratoria di inammissibilità della questione.

Del resto, ad avviso del giudice costituzionale, «in assenza di una univoca indicazione legislativa già disponibile nel sistema», si rende anzitutto opportuno «richiamare prioritariamente il legislatore alla propria responsabilità, affinché la misura della pena sia riportata in armonia con i principi costituzionali per via legislativa, scegliendo una tra le molteplici opzioni sanzionatorie tutte ugualmente legittime e alternative a quella censurata». Tuttavia – ed è questo il punto – «in mancanza di un intervento del legislatore, la Corte sarebbe però successivamente chiamata a intervenire», sia pure non *in malam partem*<sup>29</sup>. Detto altrimenti, *se il legislatore non fa ciò che è necessario per rendere conforme a Costituzione determinate norme, dovrà farlo qualcun altro*, pena altrimenti un’inaccettabile compromissione della libertà personale, nonché «una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall’art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione»<sup>30</sup>.

### **3. La proporzionalità “ad ogni costo”: il contributo delle Carte sovranazionali dei diritti e il ritorno alla Costituzione**

Come accennato in apertura, la rilevanza del principio di proporzionalità nella dialettica tra libertà e autorità pubblica non è certo una novità.

---

persistente inattività di questo, una funzione di ‘supplenza’ provvedendo direttamente a realizzare talune riforme [...] o a fissarne le direttive [...]».

<sup>28</sup> Corte cost., sent. 13 luglio 2017, n. 179, punto 8 del Considerato in diritto.

<sup>29</sup> *Ivi*, punto 4.6 del Considerato in diritto.

<sup>30</sup> Corte cost., sent. 21 settembre 2016, n. 236, punto 4.2 del Considerato in diritto.

Tuttavia, non può escludersi che la rinnovata attenzione nei confronti di questo principio si debba, anche nel campo penale, al ruolo di primo piano ad esso assegnato dalle Carte europee dei diritti. Si pensi in particolare all'art. 49 § 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per il quale «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato», nonché all'art. 3 della Cedu, quale corollario implicito del divieto di pene “inumane e degradanti”<sup>31</sup>.

In questo senso, potrebbe non essere un caso se è proprio nell'ambito della pronuncia con cui la Corte costituzionale ha aperto questa nuova fase della propria giurisprudenza che si compie un espresso richiamo all'art. 49 della Carta di Nizza a sostegno della centralità del principio di proporzionalità nel campo del diritto penale<sup>32</sup>. Analogamente, i giudici remittenti non hanno mancato di ancorare l'asserita illegittimità costituzionale delle sanzioni penali all'art. 117 primo comma, in quanto poste in violazione dei citati articoli 3 della Cedu o 49 della Carta di Nizza<sup>33</sup>.

Vi è inoltre un dato sul quale è appena il caso di riflettere. L'attivismo della Corte nell'ambito delle sanzioni penali ha neutralizzato il rischio che i giudici comuni tentassero di sanare *autonomamente* il *vulnus* di proporzionalità delle sanzioni penali reputando inapplicabili al caso concreto le relative norme per contrasto con l'art. 49 della Carta di Nizza, con buona pace dell'art. 101 Cost.

In sede di commento all'ordinanza di remissione della questione di legittimità costituzionale oggetto della recente sentenza n. 40 del 2019<sup>34</sup>, non è mancato infatti chi ha rilevato che, laddove la Corte non avesse dichiarato l'incostituzionalità della norma contenente il *quantum* di pena sproporzionato, avrebbe corso il «rischio» innanzi prospettato, vale a dire che «un qualsiasi giudice comune dichiar[asse] inapplicabile, nel caso sottoposto al suo esame» tale norma. In questa prospettiva, tale «scelta [...] sarebbe stata non solo comprensibile *a seguito dei numerosi e infruttuosi ricorsi alla Consulta*, ma anche giuridicamente legittima. [...] Invero, dal principio di proporzionalità della pena, espressamente enunciato nell'art. 49 § 3 della CDFUE, deriva il divieto per lo Stato italiano di prevedere pene sproporzionate, quanto meno nell'ambito di applicazione del diritto unionale». Ancora in tale logica, l'articolo 49 § 3 della Carta di Nizza «in quanto disposizione di diritto primario dell'Unione» sarebbe «direttamente applicabile nel nostro ordinamento, senza necessità di adire la Corte costituzionale»<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Corte edu, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter*. Regno Unito, par. 102.

<sup>32</sup> Corte cost. sent. 21 settembre 2016, n. 236, punto n. 4.2 del Considerato in diritto.

<sup>33</sup> Il riferimento è, in part., a Corte cost. sent. 13 luglio 2017, n. 179.

<sup>34</sup> Si tratta della pronuncia con cui la Corte ha dichiarato illegittimo il minimo edittale previsto per il delitto di cui all'art. 73, primo comma, del d.P.R. n. 309 del 1990 che incrimina i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le cosiddette droghe pesanti; minimo edittale che, per effetto della stessa sentenza n. 40 del 2019 è stato sostituito da quello, più mite, di sei anni, il quale – ad avviso della Corte – è stato ripetutamente indicato dal legislatore come misura adeguata ai fatti “di confine”, tra fattispecie di lieve entità e fattispecie ordinarie.

<sup>35</sup> C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte costituzionale sulla illegittimità della pena minima per il traffico di droghe pesanti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 gennaio 2019. Negli stessi termini, si veda inoltre R. SICURELLA, *sub. Art. 49*,

Certamente, tale ricostruzione si fonda su un malinteso inquadramento della *diretta applicabilità* delle norme del diritto dell'Unione europea in luogo di quelle interne contrastanti, la quale – a rigore e in termini generali – potrebbe semmai realizzarsi soltanto laddove si trattasse di norme dotate di effetti diretti secondo le ormai risalenti indicazioni fornite dalla sentenza della Corte di Giustizia *Van Gend & Loos* nel 1962, vale a dire di norme chiare, precise ed incondizionate, suscettibili di regolare proprio il caso di specie sottoposto all'attenzione del giudice interno. E questo non sembrerebbe il caso dell'art. 49 della Carta di Nizza, il quale – vale la pena di ribadire – enuncia il *principio* di proporzionalità delle sanzioni penali, e non la *regola* di disciplina di una fattispecie ben definita<sup>36</sup>.

Ciò nonostante, l'opinione innanzi riportata dà la misura di quale sia il contesto di riferimento, inducendo quasi a reputare le “nuove” tecniche decisorie della Corte costituzionale come il minore dei mali.

Il che tuttavia non rende tale *modus procedendi* della Corte immune da critiche.

In altre parole, che la riformulazione del *quantum* sanzionatorio risolva taluni problemi, quale l'inerzia del legislatore, e ne scongiuri il verificarsi di altri, tra cui la paventata inapplicabilità delle norme penali, è un dato di cui non può seriamente dubitarsi; ma che ciò sia coerente con i tradizionali schemi teorici di inquadramento del ruolo della Corte è un dato quantomeno discutibile.

---

in R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2016, in part. p. 974, ove l'A. afferma che «i principi fissati all'art. 49 CDFUE sono destinati ad applicarsi a chiunque senza restrizioni, che si tratti di persona fisica o giuridica. Essi si ergono a limite garantistico non solo rispetto all'azione degli Stati (sebbene l'attuale inesistenza nell'ordinamento UE di un ricorso individuale alla corte di giustizia per violazione di un diritto fondamentale precluda un controllo diretto sugli atti del legislatore interno, cosicché le previsioni della Carta potranno esclusivamente fare l'oggetto di un controllo c.d. diffuso da parte dei giudici nazionali circa la compatibilità della normativa interna rispetto ai diritti ivi sanciti, che potrebbe determinare anche la disapplicazione della norma interna incompatibile con la Carta, ed eventualmente altresì di un controllo indiretto da parte della corte di giustizia laddove ad essa il giudice nazionale decidesse di rivolgersi attraverso un rinvio pregiudiziale), ma anche rispetto all'azione delle istituzioni dell'unione europea». Per un inquadramento dell'utilizzo da parte dei giudici comuni della Carta di Nizza, si veda A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, in part. p. 26, ove l'A. ricorda che «in base all'art.51» della Carta di Nizza, la stessa «dovrebbe riguardare gli stati membri “esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”».

<sup>36</sup> In argomento si veda, per tutti, A. MANGIA, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. 3/2019, in part. p. 867, ove l'A. mette in luce che la scrittura per clausole generali della CEDU come la CDFUE le rende facilmente applicabili a qualunque fattispecie «in virtù della capacità espansiva dei principi di cui sono composte (proporzionalità, ragionevolezza, dignità dell'uomo etc.). Così facendo, ci si dimentica, però, che i sistemi di protezione dei diritti contenuti, rispettivamente, nella Carta di Nizza, nella CEDU e nelle Costituzioni nazionali non sono omogenei e pienamente sovrapponibili: non esprimono, cioè, le stesse regole di prevalenza tra valori e interessi, innanzi tutto perché ciascuna di queste Carte è stata redatta per rispondere a esigenze diverse, svolge in ciascuno degli ordinamenti di appartenenza (nazionale, internazionale, dell'Unione) funzioni diverse, e per questo risponde a logiche applicative diverse. È difficile, per capirci, far funzionare una norma come può essere quella della CEDU sul diritto all'istruzione, che vede l'istruzione essenzialmente come un problema di libertà dal potere pubblico, alla stregua dell'art. 34 Cost. italiana, che vede da sempre nell'istruzione un tipico diritto sociale di prestazione. Posizioni soggettive e interessi, in queste due norme, sono ordinati fin dall'inizio per rispondere a esigenze diverse. E per questo, alla fine, dicono cose diverse».

La logica della proporzionalità “ad ogni costo” rischia di aggirare il tradizionale assetto dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore, reputandolo in qualche modo recessivo rispetto alla preminente necessità di tutelare il diritto ad una pena proporzionata al disvalore del fatto. La Corte infatti si dice pronta ad intervenire per garantire **«una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di ‘rime obbligate’ nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima»**<sup>37</sup>.

Si osservi, in conclusione, che, malgrado la segnalata rilevanza europea del principio di proporzionalità, la Corte costituzionale è giunta a dichiarare l'incostituzionalità della sanzione penale intrinsecamente sproporzionata per contrasto con i soli articoli 3 e 27 della Costituzione, poiché «una particolare asprezza della risposta sanzionatoria determina [...] una violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., essendo lesi sia il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso, sia quello della finalità rieducativa della pena»<sup>38</sup>. E ciò pur nelle ipotesi innanzi citate nelle quali il giudice costituzionale ha impiegato *ad adiuvandum* il richiamo alle norme sovranazionali, e benché il remittente abbia richiamato altresì la violazione dell'art. 117 co. 1<sup>39</sup>.

Il che sembrerebbe in linea con quello che, in occasione della pronuncia n. 269 del 2017<sup>40</sup>, è stato definito come il tentativo della Corte costituzionale di riservarsi il “diritto all'ultima parola”<sup>41</sup> nell'ambito delle controversie in cui vengono in gioco i diritti fondamentali della persona; dimostrando – nei casi qui ad oggetto – di poter assicurare efficacemente la proporzionalità delle sanzioni penali riferendosi alla sola Carta costituzionale.

Del resto, non può negarsi che l'imporsi della nota logica della tutela multilivello dei diritti, abbia contribuito a porre in ombra la Corte costituzionale nel suo ruolo di garante dei diritti e delle libertà

<sup>37</sup> Corte cost. sent. 5 dicembre 2018, n. 222, punto n. 8.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>38</sup> Corte cost. sent. 21 settembre 2016, n. 236, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>39</sup> Corte cost. sentenze 13 luglio 2017, n. 179 e 5 dicembre 2018, n. 222.

<sup>40</sup> Si tratta, come noto, della pronuncia con cui la Corte costituzionale, in un *obiter dictum*, ha indicato ai giudici comuni la via da seguire nel caso in cui l'asserito contrasto tra una disposizione interna e, i diritti e principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) riguardi, al tempo stesso, una disposizione della Costituzione italiana. In queste ipotesi di “doppio contrasto”, la Corte ha precisato che, anche qualora la disposizione europea sia dotata di effetti diretti, deve sempre essere sollevata questione di legittimità costituzionale, dando così priorità al proprio giudizio *erga omnes* condotto «alla luce dei parametri interni (*ex* artt. 11 e 117 Cost.) ed eventualmente di quelli europei, secondo l'ordine di volta in volta appropriato».

<sup>41</sup> A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269/2017: un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017, p. 2.

costituzionalmente riconosciuti<sup>42</sup>. Così, in termini più generali, l'attivismo in quest'ambito potrebbe mirare anche a puntellare la *output legitimacy*<sup>43</sup> interna della Corte stessa che rischia di risultare, invece, appannata allorché ci si trovi di fronte a sentenze che “costano” (*rectius* “costerebbero”), laddove le novità in tema di tecniche decisorie risultano sovente volte ad un certo *self-restraint*.

Tuttavia, nell'ottica di tutelare efficacemente i diritti costituzionalmente riconosciuti preservando nel contempo l'equilibrio dei rapporti tra Corte e legislatore, sarebbe auspicabile la predisposizione di strumenti volti ad assicurare un effettivo seguito legislativo delle pronunce costituzionali<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> In questi termini, cfr. C. CHIARIELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, n. 2/2018, p. 377.

<sup>43</sup> Provando cioè a prendere a prestito – *mutatis mutandis* – un noto concetto che la Scienza politica applica comunemente ai sistemi politici. Cfr. tra i molti G. CAPANO – S. PIATTONI – F. RANIOLO – L. VERZICHELLI, *Manuale di Scienza politica*, Bologna, 2014, p. 95 ss. Cfr. di recente A. LIPPI, *Dinamiche di legittimazione politica*, Bologna, 2019.

<sup>44</sup> Si pensi ad esempio alla soluzione prospettata da E. CHELI, *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 4*, Milano, 1993, p. 25. Ad avviso dell'A., «le difficoltà sinora registrate nell'attivazione della procedura sul “seguito” delle sentenze potrebbero, forse, essere superate attraverso qualche limitato accorgimento organizzativo: ad esempio, istituendo una struttura *ad hoc* nell'ambito di ciascuna Commissione affari costituzionali, con il compito di istruire, selezionare e graduare, secondo la loro importanza, i problemi aperti dalle pronunce della Corte; ovvero prevedendo, sempre per questo compito, un raccordo “interfaccia” tra gli uffici studi del Parlamento e le strutture equivalenti della Corte costituzionale. In ogni caso la disciplina sul “seguito” delle sentenze costituzionali andrebbe recuperata nella prassi e, se possibile, potenziata.