

**DIRITTI UMANI: EVOLUZIONE, TUTELA E LIMITI**  
**DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE, DELLA SOCIETÀ**  
**E DELLO SPORT**  
**SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE- IUS 17**

**IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ IN**  
**MATERIA PENALE**

**IL DOTTORE**  
**ANDREA MERLO**

**IL COORDINATORE**  
**PROF. ALDO SCHIAVELLO**

**IL TUTOR**  
**PROF. ALESSANDRO TESAURO**

**CICLO XXV**  
**ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO - 2015**

## INDICE

Premessa p. 5.

### Capitolo I

Le origini del principio di proporzionalità nel diritto pubblico tedesco e la migrazione nei sistemi dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

1. Le origini del principio di proporzionalità nel diritto pubblico tedesco. p. 13.

1.2 I tre elementi costitutivi del principio di proporzionalità. p. 20.

2. La «migrazione» del principio di proporzionalità all'interno degli altri sistemi giuridici. p. 23.

2.1. Il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea. p. 24.

3. La proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. P. 37.

4. Proporzionalità e diritti. P. 47.

### Capitolo II

Implicazioni penalistiche della concezione europea del principio di proporzionalità.

1. Premessa	p. 53.
2. Le declinazioni del principio di proporzionalità in materia penale all'interno dell'Unione europea.	p. 58.
2.1. Segue. Proporzionalità delle sanzioni?	p. 66
2.2. Le indicazioni contenute nell'art. 83, par. 2, TFUE.	p. 79
2.3. Principio di proporzionalità e principio di precauzione.	p. 82
3. Quale necessità?	p. 87
3.1. Possibili indicazioni provenienti dai cc.dd. obblighi positivi di tutela dei diritti fondamentali della giurisprudenza di Strasburgo.	p. 89
3.2. Sugli obblighi costituzionali di penalizzazione. Cenni.	p. 91
3.3. Gli obblighi di fonte convenzionale.	p. 96
3.4. «Prendere l'idea semplice sul serio». Quale necessità?	p. 100
4. Le relazioni paradossali fra diritti dell'uomo e diritto penale.	p. 110

### Capitolo III

I limiti costituzionali al potere punitivo. Dalla

**ragionevolezza alla proporzionalità.**

1. Premessa.	p. 121
2. La giurisprudenza costituzionale.	p. 126
3. Il sindacato di proporzionalità/ragionevolezza come modulo sintesi delle istanze garantistiche.	P. 138
 <b>Bibliografia</b>	 p. 146

## Premessa

*«La natura stessa dell'argomentazione e della deliberazione s'oppongono alla necessità e all'evidenza, perché non si delibera dove la soluzione è necessaria né si argomenta contro l'evidenza»*

C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA,  
Trattato dell'argomentazione<sup>1</sup>

*«L'intervention de la loi – et c'est un aspect de l'artificialité du droit – ne répond jamais à une nécessité sociale absolue, ne serait-ce que parce que la société peut toujours trouver la régulation qu'elle demande dans un autre système normatif, fût-il plus faible [...]»<sup>2</sup>*

*« [...] je vous dirai de moi-même que l'idée d'une justice juste n'a pu germer que dans la tête*

---

<sup>1</sup> C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica, ed. it., Torino, 1966

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 2001, p. 181

*d'un anarchiste.»*

A. FRANCE, *Crainquebille*<sup>3</sup>

Il dilagare dei richiami alla proporzionalità in dottrina e giurisprudenza porta con sé l'esigenza di chiarire la portata semantica e sistematica di tale principio.

Quello che restando in superficie affiora è il sospetto che con tale espressione si aggirino, di fatto, esigenze e questioni definitorie. Il principio di proporzionalità è stato protagonista di una «irresistibile ascesa»<sup>4</sup>, probabilmente dovuto alla sua attitudine a imporsi come una sorta di nuova «*lingua franca*» capace di far interagire a livello mondiale le giurisprudenze delle corti e di favorire la circolazione mondiale di modelli giuridici e di standard di argomentazione<sup>5</sup>. «È vero che, sempre più frequentemente invocata, questa nozione conosce una impressionante ascesa e suscita fra i giuristi un'infatuazione particolare che procurano solo i concetti magici che ciascuno è pronto a brandire, senza conoscerne appieno la

---

<sup>3</sup> A. FRANCE, *Crainquebille*, Parigi, 1901

<sup>4</sup> L'espressione si deve a P. MARTENS, *L'irresistible ascension du principe de proportionnalité*, in A.A. V.V., *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Vol. I, Bruxelles, 1992, p. 48.

<sup>5</sup> In questi termini, G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014.

portata»<sup>6</sup>.

Al di là dei sempre più frequenti richiami, tuttavia, questo concetto «invadente»<sup>7</sup> sembra assumere di volta in volta coloriture semantiche differenti, irriducibili ad un concetto unitario e, talora, addirittura privo di una propria consistenza concettuale.

Ovviamente, questa sempre più pervasiva presenza nei ragionamenti delle corti ha suscitato negli studiosi un crescente interesse, ispirando in egual misura letture entusiastiche, approcci più tiepidi e talora reazioni di sospetto, di rifiuto di rifiuto, se non addirittura di ironia o di aperto sarcasmo<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> F. DELPÉRÉE, *Le principe de proportionnalité en droit public*, in AA. VV., *Rapports au X Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1978, p. 503 e ss.

<sup>7</sup> Anche quest'aggettivo è preso a prestito da P. MARTENS, *L'irresistible ascension*, cit.

<sup>8</sup> Le varie tesi che sono state avanzate in proposito verranno analizzate in seguito. Solo a titolo esemplificativo, per rendere l'idea dell'ampia gamma di posizioni, basti qui pensare che proporzionalità viene proposta da qualcuno come «la sintesi e il precipitato storico dei mutamenti attualmente in corso» (L.BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, in ID., *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, 2011, p. 203; così anche S.COZZETTI, *Il principio di proporzionalità. profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, 2011), coesistente all'idea stessa dei diritti umani altri, invece ne irridono le pretese taumaturgiche di strumento «buono per ogni cosa», (L.SCWEGLER, *Anmerkung*, in *Aur*, 1973, 190), definendolo "Alleskleber", "attaccatutto", (V. GÖTZ, *Die Entwicklung des allgemein Polizei- und Ordnungsrecht in NVwZ*, 1984, p. 215), "ammorbidente universale dell'ordinamento" (F.E. SCHNAPP, *Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriff*, in *Jus*, 1983, 850), ovvero paventando il rischio che diventi «una cornice all'interno della quale è possibile mettere di tutto» (A.

Pur senza pretesa di completezza o definitività, si rende dunque necessaria una preliminare esplorazione ricognitiva dei possibili significati che quest'espressione può richiamare. Nel prosieguo di questo lavoro si tenterà pertanto di definire, in primo luogo, portata e limiti della proporzionalità e, successivamente, si esploreranno le possibili implicazioni in materia penale.

Attingendo, innanzitutto al lessico comune, il termine proporzionalità rinvia ad una relazione che intercorre fra cose o grandezze. Il vocabolo è probabilmente stato coniato da Cicerone per tradurre dal greco il termine ἀναλογία<sup>9</sup>. Si tratta di un concetto che prima di tutto ha trovato ampia applicazione in matematica (sin dalle più risalenti elaborazioni<sup>10</sup>), ma non ha mancato le di interessare, con i dovuti adattamenti, i più vari ambiti disciplinari.

A tutta prima, come già suggeriscono il linguaggio comune e la matematica, il concetto di proporzionalità esprime e richiama

---

BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012)

<sup>9</sup> cfr. *Dizionario enciclopedico della lingua italiana Treccani*: «dal lat. *proportio -onis*, ricavato dalla locuz. *pro portione* «secondo la porzione», e coniato prob. da Cicerone per tradurre il gr. ἀναλογία (v. analogia)»

<sup>10</sup> Archimede ed Euclide (cfr. *Elementi*, libro V) attribuiscono la teoria delle proporzioni ad Eudòsso di Cnido, matematico ed astronomo greco del IV sec. a. C.; si rinvia a proposito a S. NOTARGIACOMO, *Medietà e proporzione. Due concetti matematici e il loro uso da parte di Aristotele*, Milano, 2009.



l'idea di misura. Talora, oltre ad evocare questa misura, relazione fra cose, acquisisce anche una ulteriore definizione semantica: quella cioè di equilibrio o di armonia<sup>11</sup>.

Ma il nostro discorso muoverà, piuttosto, a partire dalla dimensione più strettamente giuridica della proporzionalità, tentando di farci carico delle difficoltà proprie di un concetto così proteiforme e sfaccettato. Anche perché – come si vedrà – la natura tendenzialmente relazionale del principio non aiuta a fornirne una trattazione autonoma, ed anzi, nel corso del tempo, la nozione di proporzionalità è stata mescolata e sovrapposta ad altre nozioni più o meno adiacenti. Ma questo si vedrà più avanti.

In prima battuta, può dirsi che il principio di proporzionalità

---

<sup>11</sup> È interessante notare sin d'ora che il concetto, nelle sue varie declinazioni, rinvia sempre ad un'idea di giustizia, di giustezza, di misura, di bellezza. Per una ricostruzione più vasta si veda l'appassionato affresco offerto da S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 46, secondo il quale la proporzione assumerebbe addirittura «valenza universale, sublimandosi nell'idea trascendente di bellezza e abbracciando l'intero ordine cosmico nel quale siamo immersi». Essa, prosegue l'A., non solo domina le scienze esatte, ma «[...] ricorre con sistematicità anche nelle discipline meno esatte. Fra esse, nella filosofia, nella sociologia, nelle arti plastiche e figurative in genere, nella musica, nella danza, nella poesia, nella psicologia, nell'economia, nella politica [...] dove l'originaria perfezione connessa al rigore geometrico del concetto di simmetria tende a stemperarsi, a sfumarsi, a trasfondersi nel concetto plastico e flessibile di armonia, più consono alla creatività e alla naturale imprecisione delle discipline rivolte allo studio dell'uomo». Si veda inoltre A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

costituisce un «grande principio costituzionale di carattere generale»<sup>12</sup> avente la funzione di limitare l'intervento dei pubblici poteri nella loro portata lesiva della libertà individuale e dei diritti fondamentali. Tralasciando i richiami al pensiero classico<sup>13</sup>, la sua genesi va fatta risalire all'affermarsi degli ideali garantistici del pensiero illuminista<sup>14</sup>, a partire dalle fondamentali opere di

---

12 G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, XII.

13 In particolare il riferimento è ad ARISOTOTELE, *Etica nicomachea*, Libro V. che concepiva la proporzionalità come misura del *giusto mezzo*. Cfr. E.ENGLE, *The general principle of proportionality of Aristotle*, in AA. VV., *Aristotle and the philosophy of law: theorie, pratique and justice*, a cura di L. Huppès Cluysenaer e N. M.M.S. Coelho, Hidelberg-New York-London, 2013, p. 265 e ss. Per una breve ricognizione storica dal pensiero classico ai nostri giorni cfr. E. ENGLE, *The history of the general principle of proportionality: an overview*, in *X Dartmouth Law Journal*, Winter 2012, p. 1; Più approfonditamente, cfr. A. BARACK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, cit., 2012, p. 175 e ss.

14 Già prima il termine è richiamato in due importanti normativi: nella *Magna Charta Libertatum* (che in quello che vinen convenzionalmente indicato come l'art. 20. Si legge: «A freeman shall not be amerced for a small offence, except in accordance with the degree of the offence and for a grave offence he shall be amerced according to its gravity, without imperilling his status; and a merchant, similarly, without imperilling his stock-in-trade; and similarly, a villein shall be amerced always without loss of wainage<sup>1</sup> – if their liability is to us. And none of the aforesaid ameracements shall be imposed except by the sworn evidence of worthy men of the neighborhood» /per un reato lieve, un uomo libero sarà punito solo in proporzione al reato stesso e per un reato grave secondo la gravità dello stesso, ma non così severamente da privarlo dei mezzi di sussistenza; ugualmente i mercanti non saranno privati della loro mercanzia e allo stesso modo gli agricoltori dei loro utensili; e nessuna delle predette

Montesquieu, Beccaria, Filangeri, Pagano e Bentham. In particolare la proporzionalità era evocata a tutela del reo contro gli abusi del potere, pretendendo che la pena comminata fosse commisurata alla gravità del delitto commesso. E ciò tanto a tutela dell'individuo, quanto per garantire l'effettiva capacità dissuasiva dell'intervento sanzionatorio. Si tratta di una rivendicazione di principio che assume una posizione di assoluta centralità nel pensiero dei Lumi, tanto da trovare spazio nel più importante e rappresentativo manifesto giuridico-politico di quell'epoca, ovvero la *Déclaration des droit de l'homme et du citoyen* del 26 agosto del 1789, che all'articolo 8 proibisce al legislatore di introdurre pene che non siano «strettamente ed evidentemente necessarie»<sup>15</sup>

---

ammende sarà inflitta se non con il giuramento di uomini probi del vicinato) e nelle *Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna* emanate da Vittorio Amedeo II di Savoia nel 1723-1729 (all'interno delle quali si richiedeva che la pena fosse «giusta ed adeguata alla proporzione de' delitti»): v. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1998, cap. IV e VII. Si tratta tuttavia di richiami isolati e, per dir così, episodici. Mentre è a partire dalle riflessioni del Beccaria che l'idea di proporzionalità acquisisce centralità.

15 art. 8: «La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée». Cfr. M. CAVERIVIERE, *Article 8*, in AA. VV., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, a cura di G. Conac, M. Debène e G. Teboul, Parigi, 1993, p. 182 e ss. La proporzionalità rappresentava un vero e proprio principio-manifesto del programma rivoluzionario, tanto che è stato sempre trasposto anche nelle costituzioni rivoluzionarie successive del 1793 (art. 15)

---

e del 1795 (art. 12). Alla proporzionalità inoltre era dedicato un capitolo del *Plan de législation criminelle* di J.P. MARAT (pubblicato a Parigi nel 1790).

## Capitolo I

### **Le origini del principio di proporzionalità nel diritto pubblico tedesco e la «migrazione» nei sistemi dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.**

#### **1. Le origini del principio di proporzionalità nel diritto pubblico tedesco**

Al di là delle formulazioni teoriche, però, è nelle monarchie prussiane dell'800 che il controllo di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) trova una sua prima applicazione giurisprudenziale, come principio proprio dello Stato di polizia<sup>16</sup>: il

---

<sup>16</sup> Il principio ha trovato la sua prima applicazione giurisprudenziale nel celebre caso *Kreuzberg* (Oberverwaltungsgericht, 14 giugno 1882), avente ad oggetto la chiusura di uno spaccio alimentare per vendita di alcolici senza licenza. La misura fu giudicata illegittima per manifesta eccessività, ché il fine pubblico avrebbe potuto essere perseguito con mezzi meno penalizzanti dell'interesse del privato. Con tale pronuncia veniva già scolpito il nucleo essenziale del principio di proporzionalità: l'intervento della pubblica autorità deve essere il meno invasivo possibile ed al contempo adeguato al raggiungimento dello scopo pubblico prefissato. La vicenda è richiamata da G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, p. 264 ss.; ID, *Il controllo della*

principio assurso a strumento per valutare gli interventi restrittivi delle libertà individuali, i quali non dovevano eccedere quanto necessario alla realizzazione dell'interesse pubblico.

Questo primo approccio giurisprudenziale limitava tuttavia il suo scrutinio ai soli atti amministrativi<sup>17</sup>, intervenendo solo laddove gli strumenti repressivi utilizzati non fossero idonei o necessari per la realizzazione dell'interesse pubblico prefissato, mentre era esclusa ogni valutazione da parte del giudice sulle opzioni assiologiche effettuate dall'autorità pubblica.

Il giudizio - inizialmente «poco più che un canone di

---

*proporzionalità della legge in Germania*, in *Materiali del centro studi della Corte costituzionale*, Roma, 2004; G. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 11; ID, *Il principio di proporzionalità*, in AA. VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di F. Saitta e M. Renna, Milano, 2012, p. 389 ss; J. SHWARZE, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in the european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 55. Quest'approccio aveva già trovato un riconoscimento teorico nel 1799 da parte del VON BERG, che lo elevava a «criterio generale di applicazione delle pene e delle misure di polizia», che si traduceva in un divieto per le autorità di pubblica sicurezza di impiegare strumenti limitativi della libertà individuale oltre quanto risultasse strettamente necessario alla realizzazione dell'interesse pubblico» (SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., in AA. VV., *L'ordinamento europeo. V. I - I principi dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano 2006, p. 225 e ss. e, in particolare, p. 227.)

<sup>17</sup> La tutela delle libertà individuali da interventi arbitrari nello Stato di polizia prussiano non poteva che limitarsi ad un controllo di legalità degli atti amministrativi. Cfr., sul punto A.M. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1995, p. 341.

moderazione del principio monarchico»<sup>18</sup> - assumeva dunque i caratteri di un sindacato che si esprimeva quale «divieto di eccessi di misura (*Übermaßverbot*)»<sup>19</sup>, per cui, secondo una icastica espressione riportata dal FLEINER, «La polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni»<sup>20</sup>. L'idea originaria di proporzionalità, dunque, veniva senza difficoltà declinata su modelli statuali di marca autoritaria che ponevano lo Stato quale «centro motore dell'ordinamento giuridico e ne riconosceva[no] l'antiorità logica e ontologica rispetto all'individuo»<sup>21</sup>. Questo controllo della misura dell'azione statale si esprimeva in giudizi non assiologicamente connotati, secondo una

---

18 G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., p. 264 e ss.

19 G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 230.. Sulla pretesa di misurabilità dell'azione statale cfr. le sempre stimolanti riflessioni di C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, p. 179: «la pretesa della misurabilità del potere pubblico sorga dal principio di divisione proprio dello Stato borghese di diritto secondo cui la libertà dell'individuo è in linea di principio illimitata, mentre ogni potere dello Stato è limitato e perciò misurabile. La generale misurabilità è il presupposto della generale controllabilità».

20 «*Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*», F.FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354. Più di recente, un giudice inglese, Lord Diplock, ha descritto il principio ricorrendo al seguente paradosso: «*you must not use a steam hammer to crack a nut if a nutcracker would do...* » («non devi utilizzare un maglio a vapore per schiacciare una noce se uno schiaccianoci ti basterebbe»). La citazione è tratta da G. AJANI - B. PASA, *Diritto comparato. Casi e materiali*, Torino, 2013, p. 71.

21 SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., p. 266

concezione “negativa” dei diritti, in cui la dimensione della libertà individuale occupa uno spazio residuale rispetto agli atti positivi di volontà della legge<sup>22</sup>. Restava dunque estranea alla valutazione circa la proporzionalità di un provvedimento qualsiasi valutazione intorno al sacrificio dei diritti soggettivi operato dal legislatore, assumendo come preminenti gli interessi statali.

Col passaggio allo stato costituzionale<sup>23</sup>, infine, il giudizio di proporzionalità muta la propria dimensione operativa a causa dell'emergere della necessità - sul piano valoriale - di effettuare bilanciamenti fra diritti costituzionali<sup>24</sup>. Si diffonde dunque la convinzione che «l'intervento dello Stato debba sempre essere

---

<sup>22</sup> v. più diffusamente J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. Soc.*, 1993, p. 307 ss.. Si pensi ad esempio alla sistematizzazione di JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Trad. it. a cura di G. Vitagliano, Milano, 1912, 115, in cui la libertà è negativamente configurata come «esenzione da costrizioni legali». In questo panorama lo Stato si pone «in posizione logicamente ed ontologicamente anteriore rispetto all'individuo, sicché i diritti soggettivi ( non casualmente accompagnati dall'aggettivazione svalutativa di “pubblici” ) non costituiscono l'esplicitazione di uno spazio di libertà individuale, quanto l'espressione e il prodotto di una espressa concessione statale» (G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 229).

<sup>23</sup> Sulla nozione di Stato costituzionale v. P. HÄBERLE, *Stato costituzionale. I) Principi generali*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXX, Roma 1993, ID, *Lo stato costituzionale*, Roma, 2005; M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in AA. VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, 2002, p. 3 ss..

<sup>24</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 39.



oggetto di valutazione comparativa con riguardo ai beni che sacrifica»<sup>25</sup>. Questo passaggio, tuttavia, non è scevro di difficoltà. Infatti, le operazioni svolte sul piano valoriale prescindono dalla mera relazione fra mezzo e fine in cui si esauriva il precedente giudizio di necessità e adeguatezza degli atti amministrativi, ma può spingersi perfino a controllare la congruità delle scelte legislative, che devono pur sempre essere adottate entro i limiti (non sempre predeterminabili) dei valori costituzionali: «La mera legalità viene superata dalla legittimità costituzionale»<sup>26</sup>.

Ad ogni modo, nel corso del '900 il principio viene ampiamente utilizzato dalla corte costituzionale tedesca <sup>27</sup> per valutare il grado di ammissibilità dell'interferenza pubblica

---

<sup>25</sup> D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 19.

<sup>26</sup> N. VICECONTE, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle corti*, in AA. VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino 2005, p. 191.

<sup>27</sup> La prima decisione che attribuisce al principio di proporzionalità una funzione di sistema (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeitsprinzips*) è la celebre *Apothekenurteil* (*Bundesverfassungsgericht*, sentenza 11 giugno 1958, in *BVerfGE* 7, 377 ss.) con la quale il giudice costituzionale teutonico «dette rilievo costituzionale al principio, consegnandogli tutti i campi del diritto. [...] Da questo momento il principio irruppe nella giurisprudenza e nella letteratura scientifica tedesche, completando una "carriera" che lo aveva visto partire dal diritto di polizia, passare al diritto amministrativo come principio generale e approdare al diritto costituzionale» (E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, p. 39-40)

(amministrativa e legislativa<sup>28</sup>) sulle libertà individuali, su un modello a struttura trifasica<sup>29</sup> (nella tassonomia tradizionale: idoneità/necessità/proporzione in senso stretto) che ha avuto amplissima diffusione anche in altri ordinamenti, non ultimo quello comunitario. Così, il *Verhältnismäßigkeitsprinzip* si irradia per l'intera giurisprudenza costituzionale tedesca, fino a diventarne struttura portante, ancorando il proprio fondamento ora al concetto di Stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*) «repubblicano, democratico e sociale» (art. 28 GG), ora al libero e pieno sviluppo della personalità (art. 2 GG), alla tutela della proprietà (art. 14 GG). Ovvero ancora, una diffusa corrente dottrinale la riconnette alla esistenza stessa dei diritti fondamentali (*Grundrechte*) (artt. 1 e 19, secondo comma, GG)<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> In quest'ultimo caso lo scrutinio esercitato si spinge fino a verificare la stessa «ammissibilità dell'intervento statale compressivo, che può essere ragionevolmente giustificato solo se rappresenta l'indefettibile strumento per la realizzazione di un fine pubblico costituzionalmente rilevante e comunque tale da bilanciare con la propria attuazione il sacrificio del diritto», G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit. p. 232.; H. MAURER, *Droit Administratif Allemand*, traduit de l'allemand par M. Fromont, Paris: L.G.D.J., 1994, p. 248-249: «Les principe de proportionnalité au sens large découle du principe de l'État de droit e doit toujours être respecté. Il ne s'applique du reste pas seulement à l'administration, mais aussi au législateur».

<sup>29</sup> O, più precisamente, "a tre gradini" (si parla a proposito di *Stufenlehre* o di *Stufentheorie*).

<sup>30</sup> Cfr., anche per i richiami alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e alle posizioni dottrinali avvicendatesi nel corso del tempo, E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, cit., p. 25. G.

Secondo questa ricostruzione la proporzionalità assurgerebbe a una «barriera di autodifesa» (*selbstverteidigende Schranke*) o come «limite ultimo» (*Schranken-Schranke*) dei diritti fondamentali, contro tutte le misure che pretenderebbero di limitarli o comprimerli<sup>31</sup>.

A questa dirompenza tuttavia, è corrisposta subito l'esigenza di specificare con la maggiore precisione possibile la portata del

---

SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., p. 267 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 232. Secondo alcune interpretazioni inclini a individuare nei diritti fondamentali il fondamento della *Verhältnismäßigkeit*, potrebbe addirittura giungersi ad ipotizzare una sorta di "diritto fondamentale alla proporzionalità" (*Grundrechts-Verhältnismäßigkeit*) autonomo e slegato dai tradizionali *Grundrechte*. Con una duplice funzione: argine rispetto a indebite ed eccessive compressioni della sfera giuridica del cittadino, da un lato, e, dall'altro, strumento per realizzare un equo bilanciamento fra i singoli diritti in concorrenza fra loro come «immanente principio di giustizia». Si veda, in proposito E. BUOSO, op loc. ult. cit.

<sup>31</sup> G. SCACCIA, op ult. cit.; E. BUOSO, op. ult. cit. E questo è ormai anche l'approccio consolidato dei giudici di *Karlsruhe*. Cfr., a titolo esemplificativo BVerfG, sentenza 14 giugno 1965 (Richiamata e tradotta da D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit.) , secondo cui il principio di proporzionalità «deriva dal principio dello Stato di diritto, in sostanza dalla natura stessa dei diritti fondamentali, i quali – come espressione del generale diritto di libertà del cittadino di fronte allo Stato – possono venire limitati da parte dei pubblici poteri solo nella misura in cui ciò sia necessario per la tutela dell'interesse pubblico». Questa stretta interrelazione con i principi fondamentali dello Stato è ormai così profondamente radicata da far ritenere «superato il problema della mancata previsione della proporzionalità nel *Grundgesetz*. Le pronunce giurisprudenziali più recenti dedicano pertanto poco spazio alla questione», limitandosi a richiamare le disposizioni costituzionali sopra richiamate (E. BUOSO, op. ult. cit., p. 31).

principio onde evitare un'incontrollabile invadenza del sindacato giurisdizionale, ch  «la generalit  del principio rischiava, e rischia ancora oggi, infatti, di trasformarlo in uno "pseudocriterio per la soluzione di ogni problema di valutazione" [...] sostituendo i criteri obiettivi del diritto con quelli soggettivi di chi applica il principio»<sup>32</sup>.

Il giudizio di proporzionalit    venuto strutturandosi dunque in un giudizio a "tre gradini" (c.d. *Dreistufigkeit*): idoneit  (*Geeignetheit*), necessariet  (*Erforderlichkeit*) e proporzionalit  in senso stretto (*Verh ltnism  igkeit im engeren Sinne* ovvero, in alcuni casi, *Angemessenheit*).

## **1.2. I tre elementi costitutivi del principio di proporzionalit .**

Il primo "gradino", il criterio dell'idoneit  (*Geeignetheit*), impone di verificare che la misura adottata sia appunto idonea al raggiungimento dello scopo. In questa prima fase, l'analisi del principio di proporzionalit  si sofferma unicamente sulla funzionalizzazione dell'azione amministrativa, verificando, attraverso la valutazione bilaterale del mezzo e del fine, se l'interesse pubblico, secondo un giudizio prognostico (*Prognosekontrolle*), sia suscettibile di essere realizzato<sup>33</sup>. «La verifica di questo requisito non

---

<sup>32</sup> E. BUOSO, op.ult. cit., p. 44.

<sup>33</sup> G. SCACCIA, op.loc. ult. cit.

richiede peraltro che lo scopo venga effettivamente raggiunto, ma che sia plausibile che ciò avvenga»<sup>34</sup>. Tuttavia non si tratta di una valutazione sempre agevole, poiché presuppone l'esigenza di una individuazione molto chiara degli obiettivi da raggiungere. E la situazione si complica quando col medesimo atto si perseguano scopi diversi, rendendo necessaria la soluzione di conflitti tra molteplici interessi in gioco<sup>35</sup>.

Il secondo passaggio del giudizio di proporzionalità è quello relativo alla necessità della misura (*Erforderlichkeit*). Si parla, a proposito di regola del mezzo più mite<sup>36</sup>.

Secondo questo criterio, fra più misure idonee a raggiungere lo scopo prefissato, bisogna sempre optare per quella che comporta il minor sacrificio degli altri interessi in rilievo. Pertanto, a differenza della idoneità che ha per oggetto unicamente l'interesse pubblico a raggiungere un certo risultato, in questa fase emerge l'interesse del privato a subire una misura meno invasiva della propria sfera giuridica.

---

<sup>34</sup> E. BUOSO, op.ult. cit., p. 47.

<sup>35</sup> Il requisito dell'idoneità presenta caratteri di affinità con quello dell'efficacia, dalla quale, tuttavia, si differenzia per il momento in cui si svolge la valutazione (si tratta di un giudizio *prognostico*) sia per la sua natura ipotetica (è richiesta un'attitudine *astratta* a raggiungere lo scopo). Cfr. A. SANDULLI, op. ult. cit., pag. 370.

<sup>36</sup> Cfr. D. U. GALLETTA, op.ult. cit., p. 17.

Il criterio in questione, dunque, sposta l'ottica della decisione (sia dell'autorità decidente nella fisiologia della scelta, sia del giudice nell'eventuale patologia) dalla capacità dell'atto a conseguire gli obiettivi prefissati, alla sua indispensabilità, in una prospettiva volta a favorire l'utilizzo del mezzo che risulti più mite per il cittadino<sup>37</sup>. La necessità che si richiede, tuttavia, è sempre relativa, perché non mette mai in questione il fine pubblico legislativamente perseguito<sup>38</sup>.

Infine, il terzo test che il controllo fondato sul principio di proporzionalità impone è quello della c.d. proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), ovvero della adeguatezza della misura rispetto ai diversi interessi in esame e, segnatamente, tra i vantaggi derivanti dal perseguimento dell'interesse pubblico ed i pregiudizi arrecati ai privati.

L'adeguatezza richiede che gli effetti positivi raggiunti con la misura siano superiori a quelli negativi che i privati hanno dovuto subire in ragione della stessa. Per dirsi adeguata l'incisione nella

---

<sup>37</sup> Secondo alcuni autori si tratterebbe della esplicazione del principio generale del *neminem ledere*, che «implica un giudizio di proporzionalità e di adeguatezza tra il fatto illecito e le conseguenze ingiustificatamente dannose che, con riferimento al requisito della necessità si sarebbero potute e dovute evitare nello svolgimento della funzione amministrativa». Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit. p. 237 e ss.).

<sup>38</sup> G. SCACCIA, *La proporzionalità*, cit., p. 259.

sfera giuridica del privato non deve essere «eccessiva, intollerabile e inesigibile»<sup>39</sup>.

In questa fase, dunque, l'Autorità pubblica è tenuta a verificare se, indipendentemente dalla necessità e dalla idoneità della misura, il correlato sacrificio subito dal privato è da ritenersi insopportabile. Bisogna insomma assicurarsi che l'intervento pubblico non giunga sino a ledere il c.d. nocciolo duro dei diritti del cittadino. Questa terza fase, possiamo dire, assume il punto di vista dei diritti.

## **2. La «migrazione» del principio di proporzionalità all'interno degli altri sistemi giuridici.**

Ora, il principio di proporzionalità ha mostrato possedere una certa duttilità nell'adattarsi al funzionamento di sistemi affatto diversi rispetto a quello in cui è germinato, con ciò strutturando una sorta di linguaggio comune che va man mano arricchendosi e funge spesso da vettore per la circolazione di concetti e modelli. Per questo motivo si è assistito ad una vera e propria migrazione del principio di proporzionalità su larghissima scala<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> E. BUOSO, op.ult. cit., p. 63; D. U. GALLETTA, op. loc. ult cit..

<sup>40</sup> Di «migrazione» parla A. BARACK, *Proportionality*, cit., p. 181, che fornisce una vera e propria mappatura della diffusione del principio a livello globale. Per un quadro d'insieme, v. anche X. PHILIPPE, *Le controle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux*

In particolare, le due esperienze su cui molto brevemente ci si soffermerà sono quelle dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

## **2. Il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea.**

Il principio ha conosciuto una particolare fortuna perché ben si presta a fungere da criterio atto a giustificare il fondamento per l'esercizio del potere da parte delle istituzioni comunitarie<sup>41</sup>.

Come nell'esperienza tedesca, la «proporzionalità

---

*constitutionnel*, in AA. Vv., *Les figures du contrôle de proportionnalité*, Aix-en-Marseille, 2007. Con un efficace immagine, questa pervasività del principio è stata rappresentata con l'espressione «*viral quality*» da A. STONE SWEET-J. MATTEWS, *Proportionality, Balancing and global constitution*, in *Yale law school Faculty Scholarship Series*, 14/2008, p. 60.. V. inoltre D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 11 e ss.

<sup>41</sup> Cfr. G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 243, il quale rileva la maggiore versatilità della proporzionalità rispetto alla sussidiarietà che sconterebbe invece un difetto di giustiziabilità. In ogni caso, nonostante vengano sovente accostati, i due principi mantengono una loro autonomia e non vanno confusi: mentre la sussidiarietà si occupa della legittimazione soggettiva dell'intervento, la proporzionalità riguarda l'intensità del suo esercizio. Cfr., per tutti, A. SANDULLI, sub voce *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, p. 4647. J. FERNÁNDEZ NIETO, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Madrid, 2009, p. 53 ss..



comunitaria»<sup>42</sup> ha origini pretorie, non essendovi alcuna traccia nei Trattati dell'origine. La dottrina evidenzia come essa sia stata elaborata dai giudici lussemburghesi attingendo agli strumenti della comparazione giuridica ed indirizzandosi verso la soluzione della c.d. *better law* che li ha spinti a guardare verso il modello elaborato all'interno dell'ordinamento tedesco<sup>43</sup>.

I primi richiami al principio sono riscontrabili già nella sentenza del 29 novembre 1956 relativa al caso *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta autorità della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*<sup>44</sup>. Fino agli anni '70 la Corte, in effetti, si limitava soltanto ad evocare il principio per controbilanciare gli effetti di una regolazione interna del mercato eccessivamente restrittiva della

---

<sup>42</sup> Espressione di S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento italiano, comunitario e inglese*, Milano 2008, p. 29.

<sup>43</sup> D.U. GALETTA, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 460; ID., *La propotionnalité*, in AA. VV., *Traité de droit administratif européen*, a cura di J.B. Auby e J. Dousteil de la Rochere, Bruxelles, 2007, p. 357 e ss.; ID., *Il principio di proporzionalità comunitario e i suoi effetti di spill-over negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 541; M.C. CICIRELLO, *La Comunità europea e i suoi principi giuridici*, Napoli, 2007, p. 176; ID., *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli 1999, p. 43; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, cit., p. 139; J. SCHWARZE, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in the european administrative law* in *Riv. dir. trim dir. pubbl.*, 2003, p. 55 e ss.; N Emiliou, *The principle of proportionality in European law. A comparative study*, Londra-Boston, 1996.

<sup>44</sup> causa C-8/55, in *Racc.* 1955-56, 285 e ss.; cfr. S. VILLAMENA, op. loc. ult. cit.;

libertà di impresa, senza tuttavia delinearne con precisione i contorni<sup>45</sup>. Mentre è con il caso *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>46</sup> che, per la prima volta, i giudici di Strasburgo ne tematizzano finalmente la struttura richiamandosi esplicitamente al modello elaborato in Germania. A partire da questo passaggio, il principio ha trovato posto nell'empireo dei principi generali della comunità europea per poi trovare una sua "codificazione" nei Trattati, attraverso l'inserimento nel Trattato di Maastricht del 1992 che ha introdotto l'art. 3B<sup>47</sup> del *Trattato sulla Comunità europea*, oggi confluito nell'art. 5<sup>48</sup> del *Trattato sull'Unione europea*.

---

<sup>45</sup> In questi termini T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, Oxford, 1999, p. 93.

<sup>46</sup> 17 dicembre 1970, C-11/70. Cfr. G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit. p. 234.

<sup>47</sup> «La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati nel presente trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato».

<sup>48</sup> Cfr. in particolare il Par. 4: «In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».

Fatte queste brevi premesse<sup>49</sup>, in ambito eurounitario il principio trova applicazione come: a) parametro generale per il controllo del corretto esercizio delle competenze dell'Unione, in combinazione col principio di sussidiarietà; b) criterio di validità degli atti delle Istituzioni europee e nazionali che incidano su posizioni giuridiche garantite dal diritto dell'Unione, che sono considerate invalide quando risultino sproporzionate rispetto agli obblighi la cui violazione sono dirette a punire<sup>50</sup>.

Bisogna rilevare che una tematizzazione incoerente da parte della Corte ha portato ad una certa disparità applicativa<sup>51</sup>, tale che il sindacato della Corte risulta più pregnante e severo nell'annullamento di misure adottate dagli Stati membri in esecuzione degli obblighi comunitari o deroghe al diritto dell'Unione incidenti su posizioni soggettive da questo protette. Mentre lo scrutinio sugli atti delle istituzioni dell'Unione è più morbido e attento a valutare complessivamente i vari scopi perseguiti dall'Unione.

---

<sup>49</sup> Per i richiami alla ricchissima giurisprudenza della Corte di giustizia si rinvia a E. BUOSO, *Proporzionalità*, cit. p. 133 e ss., nonché a G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità*, cit. p. 19 e ss., e D. U. GALETTA, *La proportionnalité*, cit.

<sup>50</sup> G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 239.

<sup>51</sup> G. SCACCIA, op. loc. ult. cit.; P. CRAIG, *European Administrative law*, Oxford, 2006, p. 655 ss.

Più in generale bisogna rilevare che il giudizio di proporzionalità sviluppato in ambito comunitario non ha mai raggiunto la precisione del giudizio “a tre gradini” tedesco<sup>52</sup>. Piuttosto, i frequenti richiami a concetti quali l’idoneità o la necessità da parte della Corte di giustizia si atteggiavano a «meri sintomi» di un giudizio che in realtà si sviluppa secondo logiche proprie<sup>53</sup>. È stato infatti rilevato che le decisioni europee in materia di proporzionalità si caratterizzano per una certa tendenza all’apoditticità, per una stringata concisione della motivazione e per la quasi totale assenza di considerazioni generali di principio<sup>54</sup>. Addirittura, qualche Autore, la verifica di proporzionalità «sembra più apparente che reale»<sup>55</sup>, sicché

---

<sup>52</sup> D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario*, cit., § 2.3; M. FROMONT, *Le principe de proportionnalité*, in *AJDA*, 1995, p. 156 ss.; E. BUOSO, op. cit.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit., p. 81; M.C. CICIRELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 43.

<sup>53</sup> J. SCHWARZE, *European administrative law*, Londra 2006, p. 855.

<sup>54</sup> Una giurisprudenza che per questi motivi è stata addirittura bollata da alcuni autori come «autoritaria». In generale, comunque, la letteratura (specie quella di lingua tedesca) è pressoché unanime nel criticare la scarsa chiarezza e l’oscurità argomentativa della Corte. Per una organica rassegna bibliografica si rinvia ancora una volta a E. BUOSO, cit., p. 148.

<sup>55</sup> E. BUOSO, cit., p. 170, che evidenzia, ad esempio che «in relazione alla libertà di scelta della professione e della libertà di stabilimento [...] le poche sentenze che citano espressamente questi diritti si risolvono in un’apodittica affermazione del fatto che ne è giustificata la compressione in presenza di un rilevante interesse della comunità; che la compressione deve essere conforme al principio di proporzionalità; e che la conformità sussiste».

il fulcro della decisione è rappresentato dall'idoneità della misura, sacrificando invece valutazioni sulla necessità e, soprattutto, sulla proporzionalità in senso stretto<sup>56</sup>. La dimensione comunitaria avrebbe infine conferito al principio una «struttura ancipite, da un lato costituendo il presidio delle libertà fondamentali, dall'altro rappresentando il mezzo privilegiato per favorire l'integrazione economica e la progressiva omogeneizzazione dei mercati anche "a spese" dei diritti»<sup>57</sup>.

Sicché, anche per quella dottrina<sup>58</sup> che riconduce l'elaborazione del principio comunitario a quello di matrice tedesca, vi è una ontologica diversità della nozione di proporzionalità così come enucleata dalla Corte di giustizia rispetto al modello implementato dalla Corte costituzionale tedesca.

In particolare, secondo Diana Urania Galetta, la differenza fra il principio comunitario e quello di matrice tedesca discenderebbe dalla diversità dei sistemi di tutela giurisdizionali in cui opera. «La tutela apprestata dal giudice tedesco è una tutela soggettivamente orientata, che tiene conto soprattutto dell'intensità con cui la misura

---

<sup>56</sup> Di modello «semplificato» del test di proporzionalità in ambito comunitario parla S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit. p. 36.

<sup>57</sup> G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 269.

<sup>58</sup> D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario*, cit.; M.C. CICIRELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, cit.

adottata abbia inciso nella sfera giuridica del ricorrente. Mentre, viceversa, la tutela apprestata dal giudice comunitario è piuttosto una tutela giurisdizionale di tipo oggettivo, che tiene conto essenzialmente degli interessi concretamente in gioco senza attribuire un peso determinante alla misura del sacrificio patito dal singolo»<sup>59</sup>.

Passando all'analisi dei tre criteri, con riferimento all'idoneità, occorre chiarire che essa è presente in tutte le decisioni nelle quali affiora il principio di proporzionalità ed il suo scrutinio assume particolare significato dal momento in cui è funzionale a svelare lo scopo perseguito dall'atto che, sotto il profilo del rispetto del principio di attribuzione delle competenze sia interne che esterne, riveste un ruolo chiave per la determinazione della legittimità dell'operato. In tal modo, i giudici finiscono per ragionare intorno alla palese inidoneità dell'operato della Comunità, piuttosto che a valutare la effettività idoneità della misura a raggiungere lo scopo prefissato dalla normativa<sup>60</sup>.

In tale contesto, risalta la decisione recentemente assunta dalla Corte di giustizia nella causa *Regno di Spagna/Consiglio dell'Unione europea*, che ha condotto la Corte ad annullare un regolamento europeo. Le motivazioni spiegano che, «considerato l'ampio potere discrezionale di cui dispone il legislatore in materia di politica

---

<sup>59</sup> D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario*, cit., p. 550 e ss.

<sup>60</sup> G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 250 e ss.

agricola comune, solo il carattere manifestamente inidoneo di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale provvedimento. Tale potere, che implica un controllo giurisdizionale limitato del suo esercizio, non riguarda esclusivamente la natura e la portata dei provvedimenti da adottare, ma anche, in una certa misura, l'accertamento dei dati di fatto. Tuttavia, un simile controllo giurisdizionale, anche se ha portata limitata, richiede che le istituzioni comunitarie siano in grado di dimostrare dinanzi alla Corte che l'atto è stato adottato attraverso un esercizio effettivo del loro potere discrezionale, che presuppone la valutazione di tutti gli elementi e di tutte le circostanze rilevanti della situazione che tale atto era inteso a disciplinare»<sup>61</sup>.

Tale sentenza fornisce, infatti, una idea chiara del possibile sviluppo che il controllo del principio potrebbe avere in ambito europeo anche perché resa in relazione ad un atto normativo europeo e, cioè, in relazione all'esercizio dell'amplessima discrezionalità connessa all'attività normativa delle istituzioni.

Sotto il profilo della necessarietà, è stato rilevato come, anche in ambito europeo, tra più misure tutte astrattamente idonee a raggiungere lo scopo prefissato, deve essere preferita quella meno

---

<sup>61</sup>

Corte di giustizia, 7 settembre 2006, C - 310/04, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*.

invasiva della sfera giuridica del privato. Un aspetto particolarmente interessante della declinazione di questo criterio in ambito europeo risiede nella differente definizione del concetto di onerosità della misura. Ed, infatti, spesso la giurisprudenza europea, piuttosto che valutare il peso della misura per il destinatario, valuta la onerosità per l'Amministrazione<sup>62</sup>.

Infine, con riguardo al criterio della proporzionalità in senso stretto, bisogna segnalare che soltanto nell'ultimo decennio la giurisprudenza comunitaria ha mostrato di effettuare un giudizio di ponderazione tra l'interesse pubblico perseguito e quello del privato. E spesso tale analisi si è risolta in una mera enunciazione del principio alla quale non ha fatto seguito alcun effettivo scrutinio dell'incidenza sulla sfera del privato della misura pubblica.

Al di là di tali incongruenze, però, c'è un fenomeno che merita qui di essere segnalato. Partendo dal modello tedesco, la giurisprudenza comunitaria ha elaborato un concetto nuovo di proporzionalità che, grazie all'applicazione costante nelle materie di competenza comunitaria ha "comunicato" la configurazione comunitaria del principio agli ordinamenti degli Stati membri, realizzando quello che è stato definito effetto *spill-over* della

---

<sup>62</sup> Corte di giustizia, 17 luglio 2001, C - 189/01, *Jippes et al. c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*.



proporzionalità comunitaria<sup>63</sup>. Si è dunque avuta una diffusione del principio che è andata ben al di là delle materie di rilievo comunitario, realizzando - o avviando - in una certa misura una omogeneizzazione dei sistemi giuridici europei<sup>64</sup>. Fenomeno, questo riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale italiana nella recente sentenza n. 1 del 2014<sup>65</sup>.

Per utilizzare gli strumenti della proporzionalità e della sussidiarietà le Istituzioni europee si sono, inoltre, dotate di specifiche regole, comprese in un Protocollo, alleato al Trattato di Amsterdam del 1997 che ne ha definito la portata ed il significato.

---

<sup>63</sup> D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario*, cit.; v. anche A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., p. 121. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit., p. 82.

<sup>64</sup> Particolarmente interessante l'osservazione del fenomeno di *spill-over* in sistemi in cui il test di proporzionalità aveva ricevuto una scarsa tematizzazione. In particolare, con riferimento alle esperienze italiana e inglese si veda l'approfondita disamina tracciata da S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit.; G. LIGUGIANA, *Principio di proporzionalità e integrazione fra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2/2011, p. 446 e ss.

<sup>65</sup> Corte cost., Sent. 13 gennaio 2014, n. 1 (rel. Tesauro) «Il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi.»

Per quanto concerne, in particolare, il principio di proporzionalità, tale Protocollo si esprimeva unicamente nel seguente modo: «gli oneri, siano essi finanziari o amministrativi, che ricadano sulla Comunità, sui governi nazionali, sugli enti locali, sugli operatori economici, sui cittadini, siano minimi e commisurati all'obiettivo da conseguire»<sup>66</sup> mentre la lettera della disposizione non faceva alcun riferimento alla proporzionalità in chiave di tutela dei diritti fondamentali e delle libertà dei privati.

Con il Protocollo (n. 2) annesso al Trattato di Lisbona, invece, onde assicurare un controllo più incisivo dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, si è prescritto che ogni atto legislativo sia motivato.

Sotto tale profilo, rilevanti sono le previsioni di cui agli artt. 5 e 6 del protocollo in esame.

In particolare, secondo il primo: «I progetti di atti legislativi sono motivati con riguardo ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Ogni progetto di atto legislativo dovrebbe essere accompagnato da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Tale scheda dovrebbe fornire elementi che consentano di valutarne l'impatto finanziario e le conseguenze,

---

<sup>66</sup> C. CATTABRIGA, *Il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 361 e ss.. In argomento si v., altresì, *European Council in Edinburgh, 11 - 12 december 1992, Conclusions of Presidency, Annex I to Part A*, in *Agence Europe*.

quando si tratta di una direttiva, sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri, ivi compresa, se del caso, la legislazione regionale. Le ragioni che hanno portato a concludere che un obiettivo dell'Unione può essere conseguito meglio a livello di quest'ultima sono confortate da indicatori qualitativi e, ove possibile, quantitativi. I progetti di atti legislativi tengono conto della necessità che gli oneri, siano essi finanziari o amministrativi, che ricadono sull'Unione, sui governi nazionali, sugli enti regionali o locali, sugli operatori economici e sui cittadini siano il meno gravosi possibile e commisurati all'obiettivo da conseguire.

Mentre, l'art. 6 consente a ciascuno dei dei parlamenti nazionali (o ciascuna camera qualora si tratti di sistemi bicamerali), entro un termine di otto settimane a decorrere dalla data di trasmissione di un progetto di atto legislativo nelle lingue ufficiali dell'Unione, di «inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato che espone le ragioni per le quali ritiene che il progetto in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà. Spetta a ciascun parlamento nazionale o a ciascuna camera dei parlamenti nazionali consultare all'occorrenza i parlamenti regionali con poteri legislativi».

Nonostante, però, la rilevanza assunta dal principio in esame, l'articolo 6 prevede che i parlamenti nazionali possano intervenire

solo a tutela del principio di sussidiarietà<sup>67</sup>. Pertanto, non viene contemplata la facoltà per gli stessi organi di evitare l'adozione di un atto in contrasto con il principio di proporzionalità<sup>68</sup>.

Di non secondario momento è, inoltre, il riferimento al principio di proporzionalità rinvenibile all'interno della c.d. Carta di Nizza o, anche, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'art. 52, paragrafo 1, della Carta dispone che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> F. VECCHIO, *Il principio di sussidiarietà nel Trattato Costituzionale: proceduralizzazione vs. giustiziabilità*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010.

<sup>68</sup> Si occupa del problema R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 2005, p. 409 e ss..

<sup>69</sup> Tra i molti contributi sul tema, cfr. T. GROPPI, *Art. 52*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 351 e ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, p. 939 e ss.; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Carta europea e diritti dei privati*, G. VETTORI (a cura di), Milano, 2002, p. 273 e ss.; A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunit.*, 2005, p. 534 e ss.

Secondo la nota esplicativa annessa al Progetto della Carta la formulazione di cui all'art. 52, par. 1, si ispira alla giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale, «restrizioni all'esercizio di questi diritti possono essere operate, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché tali restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti»<sup>70</sup>.

Ne derivano dei limiti sia all'intervento puntivo del legislatore nazionale, laddove operi all'interno dell'alveo del diritto comunitario, che di quello europeo.

### **3. La proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.**

Restando ancora nel contesto europeo, è arrivato il momento di guardare al sistema della Convenzione europea dei diritti

---

70

Corte di giustizia, 13 aprile 2000, C - 292/97, *Karlsson*; cfr., altresì, *infra multis*, Corte di giustizia, 13 luglio 1989, C - 5/88, *Wachauf*; Corte di giustizia, 8 aprile 1992, C - 62/90, *Commissione*; Corte di giustizia, 30 luglio 1996, C - 84/95, *Bosphorus*.

dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>71</sup>.

A ben vedere nel testo della Convenzione non esiste una esplicita definizione della proporzionalità<sup>72</sup>, ma solo degli impliciti richiami agli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (libertà di pensiero di coscienza e di religione), 10 (libertà di espressione) e 11 (libertà di riunione e associazione) della Cedu i quali contengono una particolare clausola di limitazione che precisa il criterio in base al quale può ammettersi una loro limitazione<sup>73</sup>. In particolare la formula che ricorre è la seguente: le

---

<sup>71</sup>La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata in Italia con legge 4 agosto 1955 recante «Ratifica ed esecuzione della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del protocollo addizionale della convenzione stessa, Firmato a Parigi il 20 marzo 1952». Cfr. G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II ed., Napoli, 2008; DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001.

<sup>72</sup> Cfr. P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence, 2005; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne de droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, 2001; J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Right*, in AA. VV., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, a cura di E. Ellis, Oxford, 1999. F. POCAR, *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale*, in AA. VV., *La tutela multilivello dei diritti*, a cura di P. Bilancia ed E. De Marco, Milano, 2004 p. 8; E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano 2000, p. 39 e ss.

<sup>73</sup> In base alla formulazione della disposizione possono individuarsi all'interno dell'architettura della Convenzione edu tre differenti categorie di diritti, a seconda che tollerino o meno limitazioni da parte dei pubblici

limitazioni a questi diritti sono ammesse solo se «costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui». Per questa via, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha interpretativamente desunto ed affinato il principio di proporzionalità, trasformandolo presto in un vero e proprio asse portante della propria giurisprudenza ed oggi si rappresenta oggi il principale parametro con cui valutare la legittimità delle restrizioni poste dagli Stati aderenti ai diritti e alle libertà fondamentali.

Trattandosi di un sistema sussidiario – com'è noto opera secondo la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne di cui all'art. 35 Cedu – tale giudizio opera in due fasi. Nel senso che, prima di valutare se vi sia stata una violazione della Convenzione, la Corte riconosce agli Stati un certo margine di manovra nel valutare il livello di intensità con cui la clausola di limitazione dei diritti convenzionalmente garantiti può operare. È, questo, quello che viene

---

poteri : a) diritti e libertà incompressibili, (la proibizione della tortura ex art. 3, la riduzione in schiavitù ex art. 4 e il principio di legalità ex art. 7); b) diritti e libertà derogabili in un numero tassativo di casi (ad es. il diritto alla libertà e alla sicurezza di cui art. 5); c) diritti e libertà il cui che possono essere compressi attraverso il riferimento a clausole generali. Ed è proprio a partire da queste clausole che la Corte europea ha, J.MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Right*, cit., 24.

definito margine di apprezzamento<sup>74</sup>: si tratta, come si vedrà, di un limite mobile<sup>75</sup> il cui confine viene definito proprio dall'operare del

---

<sup>74</sup> Cfr. per un'efficace ricognizione P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in AA. VV., *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, p. 149 ss.; nonché D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali sui contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 765 e ss.; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention Européenne de droits de l'homme*, cit., p. 490 e ss. Per quanto riguarda la sua emersione giurisprudenziale, questa viene tradizionalmente fatta risalire alla decisione *Grecia c. Regno Unito* (2 giugno 1956, ricorso 176/56) con cui l'allora Commissione dei diritti dell'uomo stabiliva che deve essere lasciata allo Stato una certa discrezionalità nel valutare la ricorrenza degli estremi di urgenza che consentono la limitazione dei diritti di cui all'art. 15 (caso Cipro). La sentenza di riferimento in materia è considerata comunque la sent. *Handyside c. Regno Unito* (7 dicembre 1976, sent. 5493/72) che segna l'ingresso della c.d. dottrina del margine di apprezzamento nella tutela dei diritti fondamentali come strumento per tenere conto del pluralismo delle concezioni morali che caratterizza i diversi Stati del Consiglio d'Europa.

<sup>75</sup>Di « confine mobile » parlano F. DONATI - P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in AA. VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea e A. Spataro e L. Ventura, Torino, 2003, p. 70. La mobilità dei confini è data anche dal grado di consenso che la Corte europea ricontra fra gli Stati parte della Convenzione intorno al livello di tutela da riconoscere ad un determinato diritto: maggiore è la condivisione, minore sarà il margine di apprezzamento riconosciuto alle autorità nazionali. A proposito. v. I. ANRO, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA. VV., *La funzione giurisdizionale e nell'ordinamento comunitario*, a cura di, Napoli, 2009, p. 9. G. LETSAS, *Two concepts of the margin of appreciation*, in *Oxford Journal of legal studies*, 2006, p. 705 e ss.



principio di proporzionalità <sup>76</sup> che consente una controllabilità razionale delle decisioni adottate dai giudici di Strasburgo. Si tratta di un meccanismo delicato con cui, da un lato, si tenta di garantire un'uniforme applicazione del diritto della Cedu e, dall'altro, si limitano il meno possibile le scelte sovrane degli Stati<sup>77</sup>. Con ciò si garantisce al sistema convenzionale una certa elasticità che, grazie all'approccio casistico della giurisprudenza della Corte, lo rende più versatile e capace di adattarsi alle contingenti necessità che possono sorgere a livello nazionale.

La proporzionalità assolve anche in questi casi il ruolo di sanzionare gli eccessi di misura (*Übermaßverbot*) delle autorità nazionali rispetto alla lesione dei diritti individuali e, contemporaneamente, si comporta da criterio oggettivo di razionalità interno alla Convenzione teso a garantirne l'effettività .

---

<sup>76</sup> Sul rapporto fra proporzionalità e margine di apprezzamento J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Right*, cit., 28 ss. Per quanto riguarda la tutela dei diritti degli omosessuali, ad esempio, la Corte continua a constatare la difformità delle legislazioni nazionali e concede dunque agli Stati un ampio margine di apprezzamento. Cfr. Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Frette c. Francia*, ricorso 36515/97, sent. 26 febbraio 2002.

<sup>77</sup> Nell'evoluzione della dottrina sul margine di apprezzamento si può scorgere un iniziale atteggiamento di *self-restraint* della giurisprudenza di Strasburgo che nel tempo ha ceduto il passo ad uno scrutinio più penetrante; cfr. F. DONATI - P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea*, cit.,

Affidandosi al solo margine di apprezzamento, infatti, si rischierebbe un'attuazione particolaristica e disomogenea.

Come si accennava, nella Convenzione non c'è nessun riferimento alla proporzione. La Corte ne ha definito la fisionomia ragionando sull'addentellato testuale che giustifica solo quelle limitazioni ai diritti repute «necessarie ad una società democratica». Così, una ragionevole relazione di proporzionalità deve sussistere tra l'interesse generale e libertà individuale. In questo senso, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo impiega il principio di proporzionalità per vagliare la normativa nazionale che incide sui diritti fondamentali garantiti dalla Cedu, affinché essa non presenti restrizioni, modalità o condizioni d'esercizio tali da esautorarli del tutto, non sia affetta da irragionevolezza o non comporti disparità di trattamenti. Tuttavia, va precisato che secondo i giudici di Strasburgo l'aggettivo «necessaria» riferito alla misura restrittiva della libertà non può reputarsi sinonimo di «indispensabile», né essere assimilato ad attributi quali «ammissibile», «utile» o «ragionevole»<sup>78</sup>. Piuttosto, la necessità implica un «*pressing social need*», da intendersi come «un interesse concorrente, irrinunciabile e improcrastinabile della società»<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> cfr. Corte EDU, *Sunday Times c. Regno unito*, 26 aprile 1977

<sup>79</sup> così G. LIGUGIANA, *Il principio di proporzionalità e integrazione fra ordinamenti*, cit., p., 453.

Le decisioni più recenti mostrano una applicazione del test di proporzionalità che tende a spostarsi dalla «verifica del “ragionevole equilibrio” alla valutazione del “giusto equilibrio”». <sup>80</sup> Si veda, ad esempio, la giurisprudenza in materia di indennità di espropriazione e tutela del diritto di proprietà, sicché esso si estende anche sull’assetto dei vari interessi contrapposti raggiunto nel provvedimento statale o, detto altrimenti, la Corte di Strasburgo valuta l’adeguatezza dei sacrifici imposti ai singoli agli scopi pubblici perseguiti dalla misura restrittiva, con ciò operando un controllo di proporzionalità sostanzialmente simile a quello elaborato all’interno dell’Unione europea dalla Corte di Giustizia<sup>81</sup>.

Da ultimo e nonostante le oscillazioni giurisprudenziali, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha attribuito al principio in questione la capacità di verificare, in modo più penetrante, le scelte effettuate dall’autorità statale con l’adozione dello strumento riduttivo delle libertà fondamentali. Sorto nell’ambito della dottrina del margine di apprezzamento statale, il principio di proporzionalità tende a configurarsi quale principio generale del sistema di protezione dei diritti umani fondato sulla Cedu e, pertanto, capace di guidare la Corte europea dei diritti dell’uomo nella delicata operazione di bilanciamento e di interpretazione dei diritti della Convenzione.

---

<sup>80</sup>A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., p. 107.

<sup>81</sup>D.U. GALLETTA, op. ult. cit.

Sotto tale profilo non secondario appare segnalare che la Cedu sottopone anche il potere di sospensione emergenziale della tutela dei diritti fondamentali di cui all'art. 15 della Convenzione, ad un duplice ordine di principi, che fungono da veri e propri parametri valutativi e/o attuativi utilizzati dalla Corte per vagliare la legittimità delle misure statali d'emergenza.

Ci si riferisce in particolare al principio di proporzionalità della deroga ed al principio di conformità della deroga agli altri obblighi di diritto internazionale<sup>82</sup>. Questo riferimento può, senza dubbio, essere considerato come il più esplicito riferimento che il testo convenzionale fa al principio di proporzionalità il cui rispetto assume, dunque, un ruolo fondamentale nel procedimento di bilanciamento che l'art. 15 mira comunque a preservare prescrivendo, anche dinanzi a crisi emergenziali, di garantire un adeguato livello di tutela del nucleo fondamentale dei diritti umani.

Se, infatti, la restrizione di un diritto o di una libertà può essere definita come «*le traitement diminutif*» la deroga, prevista dall'art. 15 della Convenzione, può essere definita come «*une véritable*

---

<sup>82</sup> Cfr., E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nel diritto internazionale*, cit., 67. Relativamente al principio di proporzionalità e temporaneità della deroga, si v. G. CATALDI, sub *Art. 15*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKI (a cura di), Padova, 2012, p. 557 e ss ; ID., *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in *La tutela internazionale dei diritti umani* (a cura di LAURA PINESCHI), p. 754 e ss.

*suspension, una paralysie complete, quoique temporaire, de sa jouissance et de son exercice»<sup>83</sup>.*

Quanto al primo di siffatti principi - enucleato dall'inciso «to the extent strictly required by the exigencies of the situation» - può specificarsi che, per quanto la relativa evoluzione giurisprudenziale non abbia raggiunto livelli di profondità e sistematicità simili a quelli della ricostruzione operata, sul punto, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e per quanto esso criterio sia comune anche alle clausole di ponderazione contenute nella Convenzione, non mancano, tuttavia, nella prassi significativi riferimenti alle interrelazioni tra codesto principio e lo stato di eccezione: nel caso *Brannigan e McBride c. Regno Unito*,<sup>84</sup> la Corte, nel tracciare i limiti del margine di apprezzamento statale intorno allo stato di eccezione, ed alle misure da intraprendersi al fine del suo superamento, ha sostenuto che «Gli Stati non godono per tanto di un potere illimitato in questa tenuta. La Corte ha competenza per decidere, in particolare, se hanno superato la "rigorosa misura" delle esigenze della crisi. Il margine nazionale di valutazione si accompagna di un controllo europeo dunque. Quando esercita questo, la Corte deve allo stesso tempo egare il peso che conviene ai fattori pertinenti come la natura

---

<sup>83</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne de droits de l'homme*, cit., p. 88.

<sup>84</sup> Si veda la sentenza della Corte EDU, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, 26 maggio 1993, p. 43 e 54.

dei diritti toccati dalla derogazione, la durata dello stato di emergenza e le circostanze che l'hanno creato».

Nel successivo caso *A. ed altri c. Regno Unito*<sup>85</sup>, la Corte ha effettuato un'importante precisazione di ordine generale relativamente alla derogabilità del diritto alla libertà personale in situazioni di emergenza: le misure introdotte dai legislatori nazionali, ai sensi dell'art. 15 Cedu, devono essere proporzionate rispetto alle esigenze di tutela della collettività «when a derogating measure encroaches upon a fundamental Convention right [...] the Court must be satisfied that it was a genuine response to the emergency situation, that it was fully justified by the special circumstances of the emergency and that adequate safeguards were provided against abuse», specificando come «the question of proportionality is ultimately a judicial decision» e concludendo che «the approach under article 15 is necessarily focussed on the general situation pertaining the Country concerned, in the sense that the Court [...] is required to examine the measures that have been adopted in derogation of the Convention rights in question and to weigh them against the nature of the threat to the nation posed by the emergency».

Dagli indici giurisprudenziali qui passati in rassegna sembrerebbe che il principio di proporzionalità, sostanziandosi nella

---

<sup>85</sup> Si veda la sentenza della Corte EDU, *A. ed altri c. Regno Unito*, 9 febbraio 2009., p. 173, 184 e 185.

necessità di ridurre al minimo possibile il sacrificio dei diritti onvenzionalmente tutelati, si risolve in un giudizio di bilanciamento inteso a ponderare le istanze della crisi politico-istituzionale e l'esigenza di tutela degli imprescindibili diritti individuali, affidato, in prima battuta, al margine di apprezzamento dello Stato membro interessato, ma, comunque, sottoposto alla revisione di legittimità ultima *ex post*, operata dagli organi di Strasburgo, in relazione alla ragionevolezza delle restrizioni eventualmente imposte alle posizioni giuridiche subiettive coinvolte.

Restrizioni che, secondo la giurisprudenza della Corte europea, è compito dello Stato, che si è avvalso del potere di deroga sancito dall'art. 15, rivedere in maniera continuativa, di modo da rimodularle o estinguerle, in coerenza con l'eventuale evoluzione o cessazione dello stato di emergenza.

#### **4. Proporzionalità e diritti**

Possiamo dire a questo punto della nostra analisi che la proporzionalità «ha fatto carriera», per utilizzare una fortunata espressione di B. Schlink<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> B. SHLINK, *Proportionality*, in *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford, 2013, p. 727; ID., *Proportionality in constitutional law. Why everywhere but here?* In *Duke journal of comparative and international law*, vol. 22, 2012, p. 302.

E le ragioni di questo successo possono essere molteplici. È stato sostenuto che è un metodo che non lega le mani alle corti o, addirittura che si tratta di un concetto vuoto che consente alle corti di fare ciò che vogliono; che pesi l'influenza delle giurisprudenze tedesca ed europee; che è un metodo che consente di ridurre il dibattito sui valori e i principi a una discussione sui fatti; ed in effetti si tratta, come si è visto di un metodo piuttosto versatile, che consente la formazione di un linguaggio costituzionale globale<sup>87</sup>.

Ovvero ancora, si giustifica il dilagare della proporzionalità nella nuova dimensione del neocostituzionalismo, poiché in esso assume una posizione preminente il momento della giustificazione, piuttosto che quello dell'autorità<sup>88</sup>. Ma insieme agli entusiasti della proporzionalità<sup>89</sup>, non manca chi ne segnala le insidie<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> A. BARAK, *Proportionality*, cit.

<sup>88</sup> S. POZZOLO, *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi. Appunti per un diritto che cambia*, Roma, 2012, 92. G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e società*, 3/2014; ID, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, dicembre 2014; M. COHEN-ELIYA - I. PORAT *Proportionality and the culture of the justification*, in *American journal of comparative law*, 2010, 463 p. ss.

<sup>89</sup> Si pensi ad esempio alle tesi di R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, ed. it. a cura di R. di carlo, Bologna, 2012

<sup>90</sup> Per una rassegna delle critiche alla proporzionalità, si rinvia al recente lavoro di G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit.



Alcuni infine sottolineano come il crescente disaccordo<sup>91</sup> che caratterizza le società contemporanee, anziché spingere verso un impegno argomentativo forte induca le corti ad evitare l'analisi del conflitto in astratto – cosa che implicherebbe una formulazione dei valori coinvolti – in modo da mantenere il confronto su un piano apparentemente amministrativo o gestionale, tradizionalmente più conforme alle attività delle corti stesse<sup>92</sup>. Ma ci si chiede piuttosto se il procedimento logico sotteso al giudizio di proporzionalità non comporti, in definitiva, un indebolimento insostenibile per i diritti che pretenderemmo “fondamentali”<sup>93</sup>. Se così fosse, dunque, la

---

<sup>91</sup> S. POZZOLO, *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi*, cit. p. 94.

<sup>92</sup> Secondo alcuni autori, dunque, la proporzionalità sarebbe lo strumento per mascherare i propri ragionamenti morali all'interno del giudizio. V. ad es. TSAKYRAKIS, secondo cui la proporzionalità sarebbe «a specific judicial test that pretends to balance values while avoiding any moral reasoning» (*Proportionality: an Assault on human rights?*, in *I.Con*, vol. 7, 2010, p. 474). V. anche la posizione di L.FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo come modello teorico e progetto politico*, Roma-Bari, 2013, p. 125, secondo il quale nel giudizio di ponderazione i giudici «non pesano le norme, ma le circostanze dei fatti sottoposti al loro giudizio». Per una critica a questa posizione, tuttavia, si veda G. PINO, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 965 e ss.

<sup>93</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2809 ss.; ID., *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Roma-Bari, 2013, p. 125 ; B. ÇALI, *Balancing the human rights ? Methodological problems with weights, scales and proportions*, in *Human rights quarterly*, vol 29, 2007, 251 che sottolinea che la proporzionalità è un «principio di mediazione» («mediatory principle»), efficace quanto ai mezzi di azione, ma silenziosa sui fini. Non si riuscirebbe, in definitiva, quando a quali condizioni è

proporzionalità comporterebbe una sorte di “relativizzazione dell’assoluto”, inoculerebbe nell’ordinamento un virus capace di modificare il patrimonio genetico dei diritti umani, assumendone infine la defettibilità. Allora la proporzionalità diventa una «metafora che, rinviando alla precisione della matematica o della bilancia si avvantaggia della fiducia così veicolata per offuscare la sua irriducibile arbitrarietà. Il rischio, insomma è quello di far apparire facilmente riducibile la complessità della comparazione fra diritti o valori fondamentali»<sup>94</sup>. A fronte della sua genesi squisitamente garantista<sup>95</sup>, dunque, la proporzionalità finirebbe, nella contingenza del caso in cui si esprime, per indebolire il carattere assoluto dei diritti. Peraltro, la proporzionalità non dice nulla su come interessi diversi possano essere ponderati, e questo silenzio tende a nascondere l'impossibilità di misurare valori incommensurabili<sup>96</sup>, se

---

possibile sacrificare un diritto umano. Merita attenzione, infine, il dibattito che si è animato sulla rivista oxoniense *International journal of constitutional law (I.CON)* : S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: an Assault on human rights?*, cit., p. 468; M. KHOSLA, *Proportionality: an Assault on human rights? A Reply*, ivi, vol 8, n. 2, 2010, p. 298; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: an Assault on human rights? A rejoinder to Midh Khosla*, ivi, vol. 8, n. 2., 2010, p. 307 ss.; M KLATT – M. MEISTER, *Proportionality – a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy*, ivi vol 10, n. 3, p. 687;

<sup>94</sup> S. POZZOLO, *Costituzioni, Interpretazioni, disaccordi*, cit., p. 99.

<sup>95</sup> V. *supra*, *Introduzione*

<sup>96</sup> «[Proportionality] says nothing about how various interests are to be weighted, and this silence tends to conceal the impossibility of measuring incommensurable values», S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: an Assault on human rights?*, cit., p. 471.

non sulla base di opzioni morali sottese alla c.d. *covering value*. Il risultato, dunque, sarebbe dunque intriso di una sua insopprimibile arbitrarietà<sup>97</sup>. Ora, prescindendo, almeno per il momento, dallo stabilire chi debba essere il soggetto deputato a farsi carico di tale decisione, non sembra che a questo punto si possa escludere che si tratti di un atto intimamente autoritativo<sup>98</sup>. Sembrerebbe dunque che l'*age of balancing*<sup>99</sup> abbia definitivamente soppiantato l'*age of rights*<sup>100</sup>.

Se le critiche fin qui sono fondate, è pur vero che proporzionalità e il bilanciamento sono i mezzi più sofisticati per risolvere la collisione molto complessa e intricata fra diritti umani con principi concorrenti la migliore (o, comunque, la più adatta) procedura disponibile per farlo<sup>101</sup>. Ma queste obiezioni - utili e

---

<sup>97</sup> S. POZZOLO, op. ult. cit., 102.

<sup>98</sup> Nulla di nuovo, del resto. Si pensi ad es. alle celebri tesi di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, trad. it., Milano, 2008 (1976)

<sup>99</sup> Espressione coniata da T. A. ALEINIKOFF, *Constitutional law in the age of balancing*, in *Yale law journal*, vol 96, 1987, p. 943.

<sup>100</sup> È d'obbligo, parlando di età dei diritti, il riferimento a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992. Più in generale, su cosa si intenda quando si parla di "età dei diritti" cfr. la ricostruzione offerta da A. SCHIAVELLO, *La fine dell'età dei diritti?* In *Etica & Politica*, XV, 2013, p. 120.

<sup>101</sup> J. MATTHEWS - A. STONE SWEET, *All things in proportion? American rights review and the problem of balancing*, in *Emory law journal*, 2011; Cfr. inoltre G. VERDIRAME, *Rescuing human rights from proportionality*, in..., che "salva" proporzionalità anche per ragioni «tattiche» - dato il livello di diffusione e radicamento raggiunto - ma mette in guardia dall'approccio inevitabilmente utilitarista nei confronti dei diritti umani che il principio

salutari<sup>102</sup> - varranno nello sviluppo di questo lavoro come un *caveat*, un invito a problematizzare la portata universale del giudizio di proporzionalità e a farne un uso sempre sorvegliato, senza delegarvi la tenuta del sistema.

Probabilmente le critiche alla proporzionalità sopra richiamate sono anche dovute ad un utilizzo poco rigoroso e spesso apodittico che spesso le corti europee (sia quella di giustizia dell'Unione europea, sia quella Europea dei diritti dell'uomo) che ne hanno fatto talora un concetto inafferrabile, se non, addirittura, una vera e propria «lotteria giurisprudenziale»<sup>103</sup>.

Quello che però probabilmente la proporzionalità non può chiarire riguarda il concetto stesso di - o quantomeno il ruolo svolto dai - diritti umani<sup>104</sup>.

---

sottendendo; cfr. inoltre G.PINO, *Proporzionalità, diritti e democrazia*, cit., il quale dimostra che le «strategie di aggiramento» dei difetti delle tecniche argomentative ponderative comportano più problemi di quanti non ne risolvano.

<sup>102</sup> G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, cit.

<sup>103</sup> L'espressione è di P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-Marseille, 2005, p. 564.

<sup>104</sup> In particolare alcuni autori (E.BALLOT, *Les insuffisances de la notions d droits fondamentaux*, Parigi 2014; P.MUZNY, *La technique de proportionnalité*, cit.) Ritengono che al di là della dimensione *flou* della propozionalità, il problema sta nella difficoltà di individuare, prima di procedere al bilanciamento, il "il nocciolo duro" o la "sostanza del diritto". In generale sull'argomento cfr. MAZZARESE, *Diritti fondamentali*, in AA. VV., *Atlante di*

## Capitolo II

### Implicazioni penalistiche della concezione europea del principio di proporzionalità.

«Se vi fosse una scala esatta ed universale delle pene e dei delitti, avremmo una probabile e comune misura dei gradi di tirannia e di libertà; del fondo di umanità e di malizia delle diverse nazioni»

Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*<sup>105</sup>

#### 1. Premessa.

Una volta tratteggiato nel precedente capitolo il profilo della proporzionalità in generale, ci si occuperà adesso di esplorare le declinazioni penalistiche di questo principio. La prospettiva iniziale

---

*filosofia del diritto*. Torino, Vol. I, 2012, p. 179 ss.. ID, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione "politicamente scorretta"*, in *Ragion pratica*, 2010, n. 35, p 509 ss. ID., *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in ID., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, 2002, p. 1 ss.

<sup>105</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di G. D. Pisapia, Milano, 1964 (1764), § XXIII.

sarà quella legata all'esperienza sovranazionale e a quella convenzionale, che rappresentano i due centri a partire dai quali il principio ha cominciato ad irradiarsi negli ordinamenti domestici<sup>106</sup>. Successivamente, si cercherà di verificare quali indicazioni possano trarsi rispetto ai principi che nel contesto italiano sono stati incaricati di garantire prestazioni corrispondenti a quelle assegnate, in ambito europeo, al principio di proporzionalità<sup>107</sup>. Si fa ovviamente riferimento, in particolare, ai principi di offensività, sussidiarietà/*extrema ratio* e ragionevolezza. In questa prospettiva il costituzionalismo multilivello<sup>108</sup> può offrire nuove opportunità di

---

<sup>106</sup> Sull'effetto *spill-over* delle giurisprudenze sovranazionali europee, v. *supra* Cap. I

<sup>107</sup> in nella giurisprudenza italiana il principio è relegato, più che altro, al discorso sulla dosimetria delle pene. V. S.CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 ss; A. TOSCANO, *La funzione della pena e garanzia dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 115; M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *La giustizia penale*, 2/2012 p. 92 e ss., ora anche in AA. VV. *Persona pena e processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, raccolti sotto la direzione di M. Gallo e a cura di M. Amisano e M. Caterini, Napoli, 2012, p. 49 e ss..a livello giurisprudenziale cfr. la recente pronuncia della Corte costituzionale n. 68 del 2012.

<sup>108</sup> Il conio della fortunata espressione «costituzionalismo multilivello» risale a I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 36, p. 703 e ss.. In generale, per una complessiva panoramica sul tema cfr. per tutti A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012; ID., sub voce *Diritti fondamentali (tutela*

riflessione, magari additando soluzioni innovative, anche per dotare di maggiore dimostratività princìpi ritenuti *strutturali*<sup>109</sup>, ma poco o nulla *giustiziabili*<sup>110</sup> e considerati alla stregua di «criteri informativi di

---

*multilivello dei*), in *Enciclopedia del diritto*, Annali, 2010, p. 335 e ss. ; P. BILANCIA- F. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004; A. D'ATENA- P. GROSSI, *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004. In una prospettiva penalistica v. M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili e intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; ID., *I princìpi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 819 e ss.; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in AA. VV., *Scritti in onore di M. Romano*, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi e G. Forti, Napoli, 2011, p. 2373 e ss..

<sup>109</sup> di «princìpi di struttura dell'ordinamento» parla ad esempio D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, p. 14.

<sup>110</sup> Sulla distinzione, in materia penale, tra princìpi informativi o di indirizzo, dotati di mera efficacia argomentativa, e princìpi dotati di capacità dimostrativa «tali da farli assurgere al rango di norme costituzionali cogenti nella costruzione di tutte le leggi ordinarie e suscettibili di essere applicati autonomamente (senza l'ausilio di altri princìpi) dalla Corte costituzionale per caducare le disposizioni in contrasto con essi» cfr. M. DONINI, sub voce *Teoria del reato*, in *Digesto disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, § 6. ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 37 e ss.. In senso critico rispetto a questa distinzione G. FIANDACA, *Sull'approccio costituzionale al diritto penale. attualità e limiti*, in *La Corte d'Assise*, 1-2/2012, p. 95 e ss. in cui si guarda ai princìpi costituzionali (piuttosto che secondo predicati di dimostratività/argomentatività) in termini di maggiore o minore certezza in termini cognitivi «senza cioè che si rendano necessarie

politica criminale»<sup>111</sup>. Pur aumentando – a volte vertiginosamente - il coefficiente di disordine<sup>112</sup> del sistema, infatti, i meccanismi di tutela disponibili nel *network* multilivello si sono spesso rivelati un elemento di forte propulsione capace di aumentare il dinamismo del sistema. Si pensi, ad esempio dello straordinario contributo fornito dalla giurisprudenza della Corte edu e della Corte di giustizia in materia di legalità penale e della retroattività *in mitius*<sup>113</sup>. Del resto

---

valutazioni a carattere valutativo esposte a margini di opinabilità» (p. 117).

Più in generale, per riferimenti alla dottrina costituzionalistica, basti il rinvio ai classici V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982.

<sup>111</sup> V. MANES, *Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro Treccani dell'anno 2013*, Roma, 2013, p. 104 ; ID., *I principi penalistici nel network multilivello*, cit., p. 854.

<sup>112</sup> In proposito si veda l'originale affresco tracciato da di R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Napoli, 2009, p 35 e ss., e ID., *Gli effetti del diritto dell'Uninone e il principio di entropia*, in *Scritti in onore di Francesco Modugno*, I, Napoli, 2011, p 369 e ss., poi sviluppati in ID., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva « quantistica »*, Milano, 2013. Più in generale cfr. A. FALZEA, *sub voce Complessità giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, 2007, p. 201 e ss.

<sup>113</sup> La letteratura in materia è ormai sconfinata. Si vedano, per tutti, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in AA. VV., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes e V.



ormai da tempo la dottrina più avvertita auspica un «rinnovamento metodologico» che possa consentire una maggiore controllabilità del sindacato di legittimità. Una svolta, insomma, che dovrebbe consistere nel riuscire finalmente «a tradurre criteri (di ritenuta rilevanza costituzionale) finora assai generici quali in parametri così precisi sotto l'aspetto tecnico-giuridico, e al tempo stesso così ben corredati, di basi empiriche da evitare il ricorrente rischio di un eccesso di discrezionalità politico-valutativa di farne applicazione in sede legislativa o giurisdizionale»<sup>114</sup>. Certo, non è detto che la struttura trifasica del giudizio di proporzione tralatiziamente prelevata dall'elaborazione tedesca - e mediata dalla giurisprudenza delle corti sovranazionali - offra approdi più solidi e controllabili di quanto non facciano gli altri criteri sopra richiamati, ma certamente occorre un maggiore sforzo di coerenza e sistematizzazione per

---

Zagrebel'sky, Milano, 2011, p. 69 e ss.; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013.

<sup>114</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in AA. VV., *Studi sulle fonti del diritto*, a cura di G. Verde e S. Pajno, Milano, 2010, p. 269. Nello stesso senso, ID., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2000, V, p. 175 ss.; v. anche M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 27 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004: secondo quest'ultimo Autore i principi in questione dovrebbero trovare una propria «base epistemologica» che sia in grado di assicurarne «un certo grado di giustiziabilità»: una «vera scienza della sussidiarietà come parte della scienza della legislazione e complemento metodologico della stessa dogmatica dell'illecito penale». (*Il volto attuale*, p. 86.)

evitare che un eccesso in euristica porti a risultati ermeneutici inservibili o eccentrici<sup>115</sup>.

## **2. Le declinazioni del principio di proporzionalità in materia penale all'interno dell'Unione europea.**

Una strutturazione accurata di una 'proporzione europea'<sup>116</sup> assume nella prospettiva del penalista un'importanza capitale<sup>117</sup>,

---

<sup>115</sup> Alcuni autori fanno mostra in proposito di un certo ottimismo, auspicando appunto che una tematizzazione di alcuni paradigmi elaborata in sede sovranazionale possa fornire indicazioni significative per valutare la legittimità dell'intervento punitivo, aprendo «ad una "rifondazione" del giudizio di ragionevolezza della norma penale che si spinga sino a soppesare i valori dedotti nella singola equazione punitiva misurandone la legittimità anzitutto al cospetto della libertà compressa e della "sostenibilità" (*Zumutbarkeit*) dell'ingerenza legale per i destinatari del divieto, ed a sottoporre a controllo critico la stessa idoneità della norma rispetto agli scopi, suffragando le valutazioni, ove possibile - su affidabili dati empirici»: V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello*, cit., 856.

<sup>116</sup> V. la ricostruzione del percorso giurisprudenziale della Corte di giustizia sul principio di proporzionalità in generale delineata nel capitolo precedente.

<sup>117</sup> Di «imperiosa esigenza» parla G. GIUDICELLI-DELAGE, *L'espace pénale européen au sein de l'Union européenne*, in AA. VV., *L'espace pénal européen à la croisée des chemins?*, a cura di D. Zerouki-Cottin, Bruxelles, 2013. La necessità di tessere un patrimonio comune di principi nel contesto dell'Unione europea è stata rivendicata anche a livello istituzionale dall'Avvocato generale Dâmaso Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni presentate il 12 settembre 2006 (causa C-203/2005) sulle questioni

rivelandosi l'unico criterio utilizzabile - anche in ragione dell'esplicito richiamo alla proporzionalità contenuto nei Trattati - per valutare la legittimità delle scelte di criminalizzazione svolte dalle istituzioni eurounitarie, specie ove si consideri seriamente la prospettiva di un ampliamento delle competenze in materia penale<sup>118</sup>. Infatti, lasciando per il momento da parte le preoccupazioni legate alla democraticità delle scelte operate, c'è un aspetto che non può

---

pregiudiziali sollevate dalla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (2002/584/GAI): «Si tratta perciò di un dibattito di notevole importanza che riguarda i possibili punti di collisione tra le costituzioni nazionali ed il diritto dell'Unione, dibattito al quale la Corte di giustizia deve partecipare, svolgendo il ruolo da protagonista che le spetta allo scopo di collocare l'interpretazione dei valori e dei principi ispiratori del suo ordinamento entro parametri analoghi a quelli che reggono le strutture nazionali» (§ 8).

<sup>118</sup> Sulle nuove competenze penali dell'Unione europea la letteratura è ormai sconfinata. Si vedano in ogni caso, per stare alla letteratura successiva al Trattato di Lisbona, i recenti D. FLORE-S. BOSLY, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, II ed., Bruxelles, 2014; AA. VV., *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013; AA. VV., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain de l'adoption du Traité de Lisbonne*, cit. a cura di G. Genevielli-Delage e C. Lazerges, Parigi, 2012; R. SICURELLA, «Prove tecniche» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, in AA. VV. *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti e R. Sicurella, Milano, 2011, p. 3 e ss.; M.G. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, ivi, p. 133; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 326 e ss

essere sottovalutato. È cioè concreto il rischio – come messo in evidenza da alcuni attenti osservatori – che l'esercizio delle competenze penali da parte dell'Unione possa comportare una definitiva perdita, a livello nazionale, del diritto di *non punire*<sup>119</sup>, determinando una sorta di «ipercriminalizzazione senza ritorno»<sup>120</sup>. Fenomeno che discenderebbe del fatto che norme penali adottate dagli Stati membri in attuazione degli obblighi di tutela di provenienza comunitaria non potrebbero successivamente essere oggetto di depenalizzazione per non determinare un inadempimento sopravvenuto (e la conseguente procedura di infrazione<sup>121</sup>). «Ne

---

<sup>119</sup> D. ZEROUKI-COTTIN, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in *Revue de Sciences Criminelles*, 2012, p. 575 e ss.

<sup>120</sup> A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in AA. VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 67 e ss.; V. anche, ma con considerazioni più sfumate, R. SICURELLA, *La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea: deriva simbolico-repressiva o occasione perduta di approfondimento dei presidi garantistici*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 3/2013, p. 414 e ss. C. SOTIS, «Criminaliser sans punir». *Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne*, in *Revue de sciences criminelles*, p. 773 e ss.

<sup>121</sup> Tuttavia alcuni autori negano la sussistenza di un automatismo relativo all'adeguamento interno agli obblighi di penalizzazione scaturenti dalle direttive europee, stante il permanere della discrezionalità degli Stati nazionali della – pur patologica – scelta di non ottemperare. Così, ad es., R. SICURELLA, op. ult. cit., p. 441; cfr. inoltre G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in AA. VV., *Per un rilancio*

deriva che l'ordinamento europeo rappresenta un ulteriore disincentivo alle istanze di depenalizzazione e comporta l'estromissione dal circuito politico del dibattito sull'opportunità di

---

*del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Milano, 2008, p. 285 e ss.; M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 551; posizioni più sfumate emergono in F. VIGANÒ, *Les interaction en droit pénal de fond: la perturbation des hiérarchies internes*, in AA. VV., *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, a cura di, G. Giudicelli-Delage e Stefano Manacorda, Parigi, 2010, p. 137 e ss., in particolare p. 161 ss. In realtà, le posizioni qui richiamate mantengono valore nei casi di omissione legislativa (nei casi cioè, in cui l'obbligo comunitario vada ancora attuato), ma non per le scelte di depenalizzazione relative a reati introdotti in attuazione di una direttiva. In questo secondo caso, infatti, la Corte Costituzionale (cfr. la recente sent. 28 gennaio 2010, n. 28 (rel. Silvestri) sulla quel v. le osservazioni di A. M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex art. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1134 e ss) osserva che se «si stabilisse che il possibile effetto *in malam partem* della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie sui rifiuti, ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali. [...] Per superare il paradosso sopra segnalato, occorre quindi distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali».

continuare ad utilizzare la pena nel settore coperto da un obbligo europeo di penalizzazione»<sup>122</sup>. Peraltro, come è stato ben rilevato, l'eventualità che il legislatore comunitario si mostri incline a rimettere in discussione le proprie scelte di criminalizzazione appare tutto sommato implausibile, atteso che «il diritto comunitario si legittima mediante l'accumulazione progressiva di competenze»<sup>123</sup>. È dunque evidente l'importanza di fornire solide basi ad un criterio moderatore dell'attitudine punitiva dell'Unione, per evitare un ulteriore - e particolarmente insidioso - fattore destinato ad incrementare l'ipertrofia penalistica con una perniciosa e

---

<sup>122</sup> A.M. MAUGERI, op. ult. cit., p. 70.

<sup>123</sup> C. SOTIS, «*Criminaliser sans punir*», cit. p. 779; Negli stessi termini già in ID., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, che paventa appunto il rischio di un sistema penale «a senso unico»: «Con l'armonizzazione dei reati a livello europeo mediante la posizione di obblighi comunitari di tutela *penale* si rischia di produrre un sistema penale a senso unico in cui è possibile introdurre nuovi reati, ma in cui è parallelamente molto più difficile, se non impossibile, rimettere in discussione le scelte di incriminazione già prese» (p. 169); v. altresì, ID. *Obblighi comunitari di tutela penale?*, in AA. VV., *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, dei vincoli comunitari, delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*, a cura di C. Ruga Riva, Milano, 2007, p. 193 e ss. Proprio in ragione delle considerazioni testé riportate, alcuni autori ravvisano la necessità che le competenze in materia penale siano definite in modo più preciso e puntuale. In questi termini, G. FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in AA. VV., *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di D. Fondaroli, 2009, Padova, p. 17 e ss., in particolare p. 33.

controproducente svalutazione della funzione della sanzione penale<sup>124</sup>. Peraltro, almeno nella fase attuale, le istituzioni dell'Unione sembrano cedere alla tentazione di utilizzare lo strumento penale in funzione promozionale di valori ritenuti fondamentali<sup>125</sup> o di iniziative di armonizzazione, ovvero in funzione sostanzialmente simbolica per supplire alla perdurante carenza di una vera identità politico-culturale europea<sup>126</sup>. Il diritto penale,

---

<sup>124</sup> Che «l'inflazione penalistica svaluta il significato della sanzione» è stato osservato da T. PADOVANI, *Diritto penale*, p. g., Padova, 2012, p. 318.

<sup>125</sup> Si veda, a titolo meramente esemplificativo, il terzo *considerando* della direttiva 2009/123/CE in materia inquinamento provocato dalle navi: «Le sanzioni penali, che indicano una disapprovazione sociale qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative, rafforzano il rispetto della normativa in vigore sull'inquinamento provocato dalle navi e dovrebbero rivelarsi sufficientemente severe da scoraggiare i potenziali inquinatori dal commettere qualsiasi violazione».

<sup>126</sup> C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit.; ID., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 326 e ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale e costruzione europea*, Atti del convegno "Il diritto penale nella prospettiva di riforma dei trattati europei" del 27 e 28 giugno 2008; R. SICURELLA, *La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea*, cit., p. 419; ID., *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2569 e ss.; G. GRASSO-R. SICURELLA, *Presentazione*, in AA. VV., *Per un rilancio del progetto europeo*, cit., p. XVIII e s.; A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo*, cit., p. 75.; S. MANACORDA, «L'age de la maturité» *stabilisation et traits conservateurs dans la politique pénale de l'Union européenne*, in *Revue de Sciences criminelles*, 2012, p. 931 e ss.; quest'ultimo A. rileva come l'Unione, giunta all'«età della maturità» esibisca una concezione del diritto penale piuttosto retrograda, connotata da una «sopravalutazione della

d'altronde, è dotato di una sua «intrinseca politicITÀ» per il suo atteggiarsi a strumento di tutela della sicurezza collettiva, «concepibile anche come etichetta di sintesi dei più importanti beni o interessi a carattere sia istituzionale che individuale. Da questo punto di vista, si può dire che il diritto penale condivide obiettivi politici di fondo, in termini di protezione della sicurezza e di assicurazione dalla paura, che stanno alla base degli Stati e degli ordinamenti giuridici moderni»<sup>127</sup>. Non sorprende, dunque, l'utilizzo in funzione legittimante da parte dell'Unione della sicurezza come oggetto di tutela penale<sup>128</sup>.

---

funzione retributiva della pena», un insufficiente livello di protezione dei diritti fondamentali e una tendenza verso politiche «securitarie e di esclusione» (p. 932)

<sup>127</sup> G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in AA. VV., *Gli ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, 2012,

<sup>128</sup> Il dibattito sulla tutela penale del bene-sicurezza, anche rispetto alle relazioni problematiche con la questione relativa alla tutela delle libertà fondamentali, cfr. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 547 ss.; DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 ss.; Nell'ambito della dottrina tedesca v. HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, trad.it., in *Critica del diritto*, n. 1-2/2008, 15 ss.. Sull'uso strumentale della paura cfr. L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in AA.VV., *La democrazia in nove lezioni : per la buona politica*, a cura di M. Bovero e V. Panzè, Roma-Bari, 2010, p. 115 ss.; ID. *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in AA. VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi e G. Palombarini, Roma-Bari, 2002, p. 3 e ss.; J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, ed. it. a cura di A. De Giorgi, Milano, 2008; e, in precedenza, D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo*



È, dunque, intorno al concetto di proporzionalità che l'Unione tende – o dovrebbe tendere – a costruire la propria legittimità penale secondo un paradigma metodologico a cui dovrebbe attingere tanto il legislatore europeo, quanto la Corte di giustizia in sede di verifica della legittimità delle opzioni varate<sup>129</sup>.

---

*contemporaneo*, ed it. a cura di A. Ceretti, Milano, 2004.

V. anche *infra* le considerazioni intorno all'approccio precauzionistico alla sicurezza.

<sup>129</sup> A.M. MAUGERI, op. ult. cit., p. 77. Manifesta l'esigenza di un approfondimento più sistematico intorno alle ragioni del *perché punire* a livello sovranazionale «che si traduca in un'espressa definizione di precisi criteri destinati a fondare, e conseguentemente anche circoscrivere, l'intervento del legislatore europeo in materia penale» R. SICURELLA, op. ult. cit., p. 420. In questo senso sono di estremo interesse osservazioni e le linee direttrici elaborate nel *Manifesto sulla politica criminale europea* redatto da una *équipe* di studiosi provenienti da dieci paesi differenti pubblicato in sette lingue sulla rivista *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12/2009 (nella versione italiana a pag. 737) e disponibile sul sito [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com) (ripubblicato anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010). Il *Manifesto* contiene proposte per una «buona» e «ragionevole» politica criminale europea («*good govenrance*») elaborate sotto forma di principi fondamentali; richiamandosi allo spirito dell'illuminismo penale, ne illustra le ragioni ispiratrici H.SATGER, *Der Mangel am EuropäischerKriminalpolitik. Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftler- gruppe "European Criminal Policy Initiative"*, *ivi*, p., p. 691.

L'importanza della previa definizione di un orizzonte finalistico della pena con riferimento all'espansione delle competenze dell'Unione in materia penale emerge chiaramente dalle acute considerazioni proposte da S. MOCCIA, *Funzioni della pena ed implicazioni sistematiche, tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 924 e ss.

## 2.1. Segue. Proporzionalità delle sanzioni?

Tale principio, come si è visto nel capitolo precedente<sup>130</sup>, è emerso nel diritto comunitario dapprima in via pretoria come principio generale non scritto avente la funzione di garantire l'essenza dei diritti fondamentali<sup>131</sup>. Con specifico riferimento al profilo sanzionatorio, il giudice comunitario ha per la prima volta fissato il paradigma secondo il quale le sanzioni adottate dagli stati membri in attuazione di obblighi europei devono essere «effettive, proporzionate e dissuasive» nell'ormai celebre sentenza *Commissione c. Grecia* del 21 dicembre 1989<sup>132</sup>. Si tratta ormai di una «clausola

---

<sup>130</sup> A cui si fa rinvio per tutte le questioni relative alla strutturazione del test di proporzionalità, limitandoci nella presente parte agli snodi che più direttamente coinvolgono la prospettiva penalistica.

<sup>131</sup> A.M. MAUGERI, op. ult. cit., p. 82 e M. POELMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruxelles-Paris, 2004, p. 560 cui si fa riferimento per i ricchi riferimenti giurisprudenziali relativi al percorso di progressiva definizione della proporzionalità; G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penale degli Stati membri*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, p. 648 e ss; per ulteriori riferimenti, più in generale, v. cap. I, §.

<sup>132</sup> CGCE, 21 settembre 1989, C-68/88, *Commissione c. Grecia* nota come sentenza del "mais greco".

standard»<sup>133</sup>, che oggi compare in tutti i documenti dell'Unione che rinviano a sanzioni nazionali (a meno che il testo della direttiva non proceda direttamente a fissare una soglia minima per le sanzioni).

Con la sua espressa previsione normativa nel corpo dei Trattati<sup>134</sup> la proporzionalità è stata elevata a «criterio direttivo dell'esercizio delle competenze comunitarie»<sup>135</sup>. È peraltro curioso

---

<sup>133</sup> Parla di «*clause standard*» M. POELMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 564

<sup>134</sup> v. *supra*, Cap. I

<sup>135</sup> A.M. MAUGERI, op. loc. ult. cit.. Si veda in proposito la recente Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle Regioni del 20 settembre 2011, COM (2011) 573, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, secondo la quale ricorso al diritto penale sarebbe giustificato solo se questo è in grado di costituire un «valore aggiunto», con riferimento cioè a quei casi in cui la «dimensione transnazionale» della fattispecie renda più congeniale l'adozione di misure di diritto penale dell'Unione per «fare in modo che gli autori di detti reati non possano né nascondersi oltre frontiera né trarre profitto dalle discrepanze tra ordinamenti giuridici nazionali per scopi illeciti» (p. 3). Con l'ulteriore precisazione che «le indagini e le sanzioni penali possono avere un impatto significativo sui diritti dei cittadini e producono un effetto stigmatizzante. Pertanto, il diritto penale deve restare una soluzione di *ultima ratio*. Ciò trova riscontro nel principio generale di proporzionalità (quale sancito dal trattato sull'Unione europea e, più specificamente per le pene, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Per le misure di diritto penale a supporto dell'attuazione delle politiche dell'UE, il Trattato prevede esplicitamente la verifica dell'indispensabilità delle misure di diritto penale per garantire l'attuazione efficace di dette politiche». E nel passaggio successivo si

notare come nella topografia della Carta europea dei diritti fondamentali<sup>136</sup> (c.d. Carta di Nizza) il principio si trovi accostato, nel medesimo articolo 49<sup>137</sup>, ad un altro principio fondante del diritto

---

precisa: «occorre che il legislatore analizzi se misure diverse da quelle di diritto penale, ad esempio regimi sanzionatori di natura amministrativa o civile, non possano garantire a sufficienza l'attuazione delle politiche, e se il diritto penale possa invece dare ai problemi una risposta più efficace. Ciò comporterà un esame approfondito nelle valutazioni d'impatto che precedono ogni proposta legislativa, ivi compresa (a titolo di esempio e a seconda delle specificità del settore interessato) una valutazione dell'attitudine dei regimi sanzionatori degli Stati membri a raggiungere i risultati auspicati, così come una valutazione delle difficoltà riscontrate dalle autorità nazionali chiamate ad applicare sul campo il diritto dell'Unione» (p. 8). Cfr. E. NICOSIA, *Le linee guida della Commissione europea sull'uso del diritto penale per l'attuazione delle politiche dell'UE*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2011.

Al di là della contingente scollatura fra propositi manifestati e realtà delle cose, non si tratta di una semplice dichiarazione di intenti o *petitio principii*: per assicurare la corretta attuazione dell'art. 83, par. 2, del TFUE, la Commissione (con decisione del 21 febbraio del 2012, pubblicata in GUUE C 53 del 23 febbraio 2012) ha previsto l'istituzione di un gruppo di esperti incaricati di raccogliere elementi fattuali relativamente alla natura e agli effetti transnazionali di alcuni reati.

<sup>136</sup> Una approfondita panoramica inerente al rapporto tra Carta di Nizza e diritto penale è riprodotta da F. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, p. 5e ss.; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, cit.,

<sup>137</sup> Rubricato appunto «Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene», al terzo comma sancisce che «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

penale, il principio di legalità, con cui aveva già condiviso la prima esperienza di positivizzazione nell'art. 8<sup>138</sup> della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, quasi a sottolineare e rinverdire la comune ascendenza illuministica<sup>139</sup>. Nonostante la "coabitazione" all'interno dell'art. 49 della Carta, però, si tratta di principi autonomi<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> «La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

<sup>139</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § VI.

<sup>140</sup> cfr. J. VERVAELE, sub *Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines*, in AA. VV., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article – Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, sotto la direzione di L. Burgourgue-Larsen, A. Levade e F. Picod, Bruxelles, 2005, p. 627. M. D'AMICO, sub *Articolo 49*, in AA. VV., *L'Europa dei diritti*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna, 2001, p. 339 e ss. C. SOTIS, mutando leggermente chiave interpretativa rispetto alle argomentazioni che egli stesso aveva sviluppato in un suo precedente lavoro (*I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim* 1/2012, p. 111 e ss.) in cui considerava il terzo comma dell'art. 49 della Carta europea alla stregua di «un corpo estraneo di difficile sistemazione e interpretazione, [...] trattato come una monade incapace di parlarsi con il resto della disposizione», ravvisa oggi un collegamento stretto fra il principio di legalità e il principio di proporzione, individuando in questo legame il fondamento della retroattività *in mitius* (Le "regole dell'incoerenza". *Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012). Ora, la ricostruzione di Sotis è molto ben argomentata e convincente, resta tuttavia da chiarire perché l'interazione, ancorché stretta, tra principi (a livello nazionale, ad esempio, la Corte costituzionale svolge un ragionamento analogo mettendo in relazione

A dispetto dell'enfasi nominalmente tributata al principio, tuttavia, non è ben chiaro quale contenuto le istituzioni comunitarie gli attribuiscono<sup>141</sup>. Così, ad esempio, al debutto nell'esercizio delle proprie competenze penali mediante lo strumento della direttiva, in materia di protezione dell'ambiente<sup>142</sup> l'allora Comunità europea ha reputato rispondesse al canone della necessità obbligare gli Stati a penalizzare condotte che violano precetti di natura meramente formale<sup>143</sup> con ciò criminalizzando illeciti amministrativi che -ad un'applicazione rigorosa del principio- non dovrebbero coinvolgere

---

l'art. 3 e l'art. 27 della Costituzione) implichi una sorta di "perdita di autonomia".

<sup>141</sup> Si vedano ad esempio le considerazioni critiche di S. Moccia, *Funzioni della pena e implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Corte costituzionale italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 921 e ss., che lamenta la carenza di un «referente teleologico vincolante» capace di orientare realmente l'applicazione dell'art. 49, par. 3, della Carta europea.

<sup>142</sup> Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente, 2008/99/CE pubblicato in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 1052 ss., con commento di MADEO. Sulla attuazione v. le note critiche di A. MANNA, *La "nuova" legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente. Tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale*, in *Arch. penale*, 3/2011, p. 3 e ss.; L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2011.

<sup>143</sup> Così, ad esempio, ai sensi dell'art. 3 lett. c) della Direttiva, l'illecito di illegale spedizione di rifiuti (oggi previsto dall'art. 259 del d.lgs. 152/06, c.d. Codice dell'Ambiente) si configura già quando il trasporto avviene senza notificazione a tutte le autorità coinvolte o non è conforme a determinati formulari.

il diritto penale<sup>144</sup>. Peraltro, in materia di politiche ambientali dell'Unione europea<sup>145</sup> emerge un ulteriore profilo di frizione col principio di proporzionalità. Si tratta della forte connotazione in termini precauzionistici delle politiche ambientali perseguite dalle istituzioni comunitarie ex art. 191, par. 2, TFUE<sup>146</sup>. Ma su questo punto si tornerà più diffusamente *infra*<sup>147</sup>.

A voler proseguire con gli esempi, nella *Decisione quadro sulla corruzione nel settore privato*<sup>148</sup> si elude qualsiasi motivazione<sup>149</sup> sul

---

<sup>144</sup> Episodio stigmatizzato nel *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., che sottolinea come la criminalizzazione di illeciti amministrativi «non corrisponde al principio di proporzione nel senso del principio di *ultima ratio*, nei limiti in cui in questo caso non incombe nemmeno la lesione di un interesse che dovrebbe essere protetto per mezzo del diritto penale». Ritiene invece che la direttiva in questione non contrasti col principio di necessità. M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale*, cit., perché la previsione di sanzioni «varrebbe a contrastare il peculiare surplus di transnazionalità» connesso a tali abusi. Rispetto a questo tipo di argomentazioni, tuttavia, si veda *infra* nota 59.

<sup>145</sup> Cfr. a proposito L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007.

<sup>146</sup> Cfr. G. MANNOZZI e F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/2003: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2006, p. 926 e ss.

<sup>147</sup> Basti per adesso il riferimento a AA. VV., *Diritto penale – Parte speciale*, vol. I, a cura di D. Pulitanò, Torino, 2013, p. 474.

<sup>148</sup> Decisione quadro 568/2003/GAI.

<sup>149</sup> Vale appena la pena ricordare che ex art. 296 TFUE tutti gli atti delle Istituzioni devono sempre essere motivati.

fatto che, per impedire la corruzione in quest'ambito non siano a disposizione mezzi più lievi come, ad esempio, sanzioni amministrative o strumenti civilistici per azionare a pretese risarcitorie civilistiche<sup>150</sup>.

Un'altra decisione sicuramente problematica sotto il profilo dell'applicazione del principio di proporzionalità riguarda la *Decisione quadro relativa contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*<sup>151</sup>. La scelta di punire la pedo-pornografia *virtuale*<sup>152</sup> - e di farlo parificandola a quella *reale* - è, sotto questo profilo, ispiegabile, rispondente più che altro a preoccupazioni di natura morale e simbolico<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> In questi termini il *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 742.

<sup>151</sup> Decisione quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003.

<sup>152</sup> Cioè «immagini realistiche di un bambino inesistente» implicato in condotte sessuali (art. 1, lett. B), iii) della Decisione quadro). Norma è oggi stata recepita all'art. 600-*quater* del codice penale. Cfr. M. Bianchi, *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico. Tra difficoltà ermeneutiche ed istanze politico-criminali*, in AA. VV., *I delitti di pedopornografia. Tra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psicofisico dei minori*, a cura di M. Bianchi e S. Delsignore, Padova, 2008, p. 113 e ss.

<sup>153</sup> Un discorso analogo potrebbe farsi per la discussa *Decisione quadro sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*, (2008/913/GAI) che chiederebbe agli stati membri la punizione, fra l'altro, della «negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra» (c.d. negazionismo). V. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012. Per considerazioni più generali, si veda inoltre A.



Quello che insomma emerge, secondo la stessa équipe di penalisti che ha redatto il *Manifesto della politica criminale europea* nella versione del 2013, è che «il principio di *ultima ratio* sino ad oggi evidentemente non trova un'autonoma e costante osservanza e che quantomeno non esiste alcuna esternazione di motivazioni sul punto nella prospettiva di una “*good governance*”»<sup>154</sup>.

A ciò si aggiunga che il test di proporzionalità operato dalla Corte di giustizia si rivela talora poco rigoroso<sup>155</sup> e spesso confuso<sup>156</sup>.

---

PUGIOTTO, *Le parole sono pietre ? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2013; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propoaganda razzista*, Torino, 2014.

<sup>154</sup> *Manifesto della politica criminale europea*, versione 2013, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p. 413 e ss., a cui si rinvia per gli ulteriori esempi.

<sup>155</sup> farraginosità lamentata in particolare dalla dottrina tedesca, abituata a *standard* di giudizio più rigorosi. Si rinvia per i dovuti riferimenti a E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, cit., p. 148. Sotto il profilo penale, il carattere discontinuo dei giudizi della Corte di giustizia è messo in evidenza da S. MANACORDA, *Le contrôle des clauses d'ordre public. La «logique combinatoire» de l'encadrement du droit pénal*, in AA. VV., *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, cit., p. 57 e ss.; v. anche G. GENEVIELLI-DELAGE, *Conclusion*, ivi, p. 305, che, nel domandarsi retoricamente se la Corte fosse pronta a mostrare la medesima audacia impiegata per sanzionare gli atti nazionali con riferimento ad una norma penale di fonte europea, avanza il sospetto che la sua «assenza di scrupoli in materia penale» sia più che altro finalizzata a garantire la *primauté* (p. 315).

Sintomo di tale incoerenza argomentativa, peraltro, è una vistosa asimmetria di giudizio<sup>157</sup> nella valutazione dei requisiti della idoneità e necessità, a seconda che lo scrutinio riguardi un atto di provenienza statale, ovvero un atto adottato dalle Istituzioni dell'Unione. Nel primo caso, infatti, vengono imposti oneri dimostrativi piuttosto rigorosi, al punto che – come si legge nelle conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del maggio 2002, sugli Stati membri graverebbe l'onere di dimostrare che «sarebbe impossibile una normativa meno restrittiva»<sup>158</sup>. Mentre i giudici

---

<sup>156</sup> anche sotto il profilo lessicale. Capita ad esempio che i termini 'adeguatezza' e 'necessità' vengano adoperati in modo intercambiabile. Si guardi, a titolo esemplificativo alla Sentenza, C-256/2006, Commissione c. Portogallo, 10 aprile 2008 (richiamata de S. MANACORDA, *Le contrôle des clauses d'ordre public*, cit., p. 73).

<sup>157</sup> G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 265; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario*, cit., 549 e ss..

<sup>158</sup> Cause riunite C-387/99 e C-150/00, *Germania e Austria c. Commissione*, 16 maggio, 2002. Nei casi in questione si discuteva delle restrizioni al commercio legate alla classificazione come farmaci piuttosto che come integratori alimentari di alcuni preparati vitaminici. Il mancato rispetto del principio di proporzionalità, secondo l'Avvocato generale emergerebbe dal fatto che «né il governo tedesco, né il governo austriaco sono stati in grado di dimostrare che sarebbe impossibile una normativa meno restrittiva, che comporti un'analisi dei preparati di cui trattasi caso per caso ovvero per gruppo o categoria». Per quanto attiene agli aspetti sanzionatori, la Corte di giustizia ha ritenuto che non potessero ritenersi proporzionate le norme nazionali sull'espulsione degli stranieri fondate esclusivamente su ragioni di prevenzione generale, reputando invece necessario che gli Stati valutassero l'adeguatezza delle specifiche circostanze oggettive e soggettive del caso,

lussemburghesi sogliono mostrarsi più duttili nei confronti delle istituzioni comunitarie alleggerendo di molto l'onere di dimostrare la necessità della misura: «con argomentazioni sovente apodittiche si limita[no] ad affermare che “non è emerso” o “non risulta” (non già, si badi “è stato dimostrato”) che le misure eccedessero il loro obiettivo»<sup>159</sup>.

Probabilmente, però, questa doppia misura non va maliziosamente ricondotta (soltanto) alla preoccupazione della Corte di garantire la *primauté* del diritto dell'Unione<sup>160</sup>. Esiste una ragione ulteriore. Le valutazioni intorno alla necessità e alla meritevolezza di pena non sono assiologicamente neutrali <sup>161</sup> e sottendono un

---

bilanciandole con le esigenze di ordine pubblico: cfr. Corte di giustizia, 19 gennaio 1999, C-348/96 *Calfa* ; Corte di giustizia, 10 febbraio 2000, C-347/97 *Nazli et. al.*; Corte di giustizia, , 19 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01 *Orfanopulos e Olivieri* («Per valutare se l'ingerenza considerata è proporzionata allo scopo legittimamente perseguito, nel caso di specie la tutela dell'ordine pubblico, occorre considerare in particolare la natura e la gravità dell'infrazione commessa dall'interessato, la durata del suo soggiorno nello Stato membro ospitante, il periodo trascorso da quando l'infrazione è stata commessa, la situazione familiare dell'interessato e la gravità delle difficoltà che rischiano di incontrare il congiunto e i loro eventuali figli nel paese d'origine dell'interessato»).

<sup>159</sup> G. SCACCIA, op. loc. ult. cit..

<sup>160</sup> V. nota precedente.

<sup>161</sup> V. M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale*, cit., p. 60 e ss.; A. M. MAUGERI, *La proporzionalità*, cit., 78; E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., 288. D'altro canto,

ragionamento complesso che esige la previa definizione della gerarchia<sup>162</sup> degli interessi in gioco onde poter valutare in concreto la gravità del reato e la scelta della sanzione adeguata.

Breve: i Trattati consentono all'Unione di formulare un giudizio intorno alla *necessità* di intervenire attraverso lo strumento penale; il diritto dell'Unione, però, è sprovvisto di una, per così dire, 'esperienza penalistica' che consenta di orientare veramente le proprie scelte. Non esistono cioè altri punti di riferimento in base ai quali misurare la gravità della fattispecie candidata ad essere fatta oggetto di una scelta di penalizzazione e quindi bilanciare gli interessi in conflitto<sup>163</sup>. Quello che in definitiva manca è un *tertium*

---

per dirla con F. OST e F. TULKENS, a meno di non volersi «rinchiudere nella tautologia o nella petizione di principio, i principi dottrinali poggiano essi stessi su opzioni assiologiche per chiarire le quali viene in soccorso la filosofia del diritto» (*Preface*, in S. VAN DE DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droit de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, cit., p. V)

<sup>162</sup> Solo in pochi casi i trattati sembrano contenere una chiara indicazione di gerarchia, come ad es. nell'art. 36 TUE, che secondo l'interpretazione della Corte conferisce una maggiore importanza agli scopi delle politiche agrarie. Cfr. E. BUOSO, *Il dialogo fra corti e l'emersione della proporzionalità amministrativa*, cit., p. 421.

<sup>163</sup> V. sul punto V. MANES, *Principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico e parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 184; E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, p. 213; G. FIANDACA- G. DI CHIARA, *Introduzione al sistema penale*, Napoli, p. 126

*comparationis*<sup>164</sup> che possa fungere da scala di grandezza per valutare appunto la meritevolezza di pena e la proporzione in senso stretto con riferimento alla dosimetria sanzionatoria. Né è sempre agevole (o possibile) richiamarsi ad un *medium standard* nazionale<sup>165</sup>.

Si comprende allora la difficoltà a condurre sempre in modo coerente il giudizio di proporzionalità e perché la Corte tenda ad aggirare le questioni valoriali, ripiegando – per dirla à la Donini – in una «proporzione di tipo agnostico e relativistico»<sup>166</sup> attraverso

---

SS. ; F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 182.

<sup>164</sup> Con riferimento alle posizioni dottrinali che considerano la presenza di un *tertium comparationis* ineludibile nei giudizi di costituzionalità, cfr. G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit, p. 106 e ss.. v. altresì S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Roma, 2012, p.

<sup>165</sup> È quanto emerge dagli studi contenuti in AA. VV., *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, a cura di M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage e E. Lambert. Abdelgawad, Parigi, 2003. Cfr. C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza"*, cit., p. 104 e ss., che tuttavia ritiene superata la questione relativa alla definizione degli interessi in gioco, ché con la Carta dei diritti fondamentali l'Unione europea si iscrive «senza più alcuna ambiguità all'umanesimo giuridico ponendo al gradino più alto – sopra a sé stessa, agli Stati e ai popoli – la persona umana e la sua dignità». Per una visione più problematica v. S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"*, cit.

<sup>166</sup> espressione utilizzata da M. DONINI, in *Ragioni e limiti delle fondazione del diritto penale sulla carta costituzionale*, cit. p. 62.

l'impiego di valutazioni extragiuridiche di tipo fattuale <sup>167</sup> . Paradigmatico a proposito il caso Zoni utilizzato da Sotis<sup>168</sup> per mettere in evidenza la prevalenza di canoni di razionalità materiale nei giudizi della Corte di giustizia. Il caso riguardava il divieto, penalmente sanzionato, posto dallo Stato italiano alla importazione di pastasciutta di grano tenero posto allo scopo di tutelare i produttori di grano duro, asse economicamente portante di un'ampia zona del paese. Chiamata a giudicare sulla compatibilità della normativa italiana con l'ordinamento comunitario, la Corte di giustizia ha escluso la proporzionalità della misura attingendo a schemi di giudizio di natura empirica e socio-economica, osservando cioè che «l'andamento della situazione dei mercati d'esportazione dimostra che la concorrenza attraverso la qualità va a vantaggio del grano duro. Infatti, dai dati statistici forniti dalla Corte risulta che la quota di mercato occupata dalla pasta prodotta esclusivamente con

---

<sup>167</sup> Quanto poi i giudizi di fatto restino estranei a valutazioni assiologiche è tema lungamente dibattuto. Cfr. G. FIANDACA, *Sui "giudizi di fatto" nel sindacato di costituzionalità in materia penale. Tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in AA. VV. *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 265 e ss.; D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 e ss.; Per un approccio di tipo filosofico B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica: saggio sulla legge di Hume*, Torino 1994; infine, per un taglio critico teso a superare la separatezza tra fatti e valori v. H. PUTNAM, *Fatto-Valore. Fine di una dicotomia*, Roma, 2004.

<sup>168</sup> SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza"*, cit.; ID., *I principi di proporzionalità e necessità della pena*, cit.

grano duro in altri Stati membri, dove subisce sin d'ora la concorrenza delle paste prodotte con grano tenero o con miscele di grano tenero e di grano duro, aumenta continuamente. I timori del governo italiano quanto alla scomparsa del grano duro sono pertanto infondati»<sup>169</sup>.

## 2.2. Le indicazioni contenute nell'art. 83, par. 2, TFUE.

Per tornare ai testi positivi, invece, nello sviluppare il nostro discorso è bene soffermarsi sull'art. 83, par. 2, TFUE laddove prevede che «allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione [...] norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive». Il requisito della *indispensabilità* che da tale disposizione si trae rinvierebbe - secondo alcuni autori - al concetto di *necessità/extrema ratio*<sup>170</sup>.

Sul punto, però, sia lecito avanzare qualche dubbio.

---

<sup>169</sup> Corte di Giustizia, 14 luglio 1988, *Proc. Pén c. Zoni*, C-90/86 (il brano riportato riguarda il § 27)

<sup>170</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena*, cit.

Piuttosto che il principio di necessità/*extrema ratio* (sussidiarietà penale), l'articolo ora richiamato sembra indicare dei criteri per definire le competenze c.d. accessorie<sup>171</sup> dell'Unione, che andrebbero appunto esercitate per effettuare un'attuazione efficace delle politiche comunitarie<sup>172</sup>. A mero titolo di preterizione, vale la pena accennare che questo riferimento all'attuazione di *politiche* non ha mancato di suscitare preoccupate critiche in dottrina per il rischio, insito in una politica penale avente come orizzonte di tutela una norma e non un bene giuridico, allontanandosi in questo modo dai paradigmi garantistici del diritto penale<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Cfr. S. MONTALDO, *La competenza dell'Unione europea ad adottare norme di diritto penale ex art. 83, par. 2, TFUE e sue possibili applicazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, VIII/2013, p. 101 e ss, A. BERNARDI, *L'armonisation pénale accessoire*, in AA. VV., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain de Traité de Lisbonne*, cit., p. 153 e ss.; ID., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen cont.- Riv. trim.*, 1/2012, p. 43 e ss..

<sup>172</sup> Cionondimeno resta significativa l'opzione terminologica dell'art 83.2 TFUE che richiede la «indispensabilità» dell'intervento in materia penale. Espressione sicuramente più pregnante della generica indicazione realtiva alla necessità dell'intervento contenuta all'art. 5 del TUE e che segnala l'esigenza di uno scrutinio particolarmente serrato nel settore dei delitti e delle pene.

<sup>173</sup> Come osserva C. SOTIS (*I principi di necessità e proporzionalità*, cit.), l'esegesi dell'art. 83 pone un problema prima di tutto metodologico. Il riferimento all'indispensabilità, infatti, non fa riferimento alla tutela di un *bene giuridico*, bensì all'*attuazione efficace di una politica* dell'Unione. Questo spostamento dell'oggetto di tutela «cambia radicalmente il tipo di giudizio a cui è subordinato l'intervento penale poiché una norma



Per tornare al nostro discorso, invece, sembra preferibile una lettura forse meno ardita ma più in linea col sistema complessivo: l'art. 83, par. 2, TFUE non fa che specificare, con riferimento alle competenze dell'Unione in materia penale, il principio di sussidiarietà (comunitaria) già sancito dall'art. 5 TUE<sup>174</sup>, inteso come

---

incriminatrice può a buon diritto essere idonea a difendere la tenuta complessiva di un impianto normativo [...], ma, al contempo essere del tutto inidonea a proteggere il bene giuridico tutelato. In altre parole, a seconda del termine di riferimento del giudizio di indispensabilità, si passa dal paradigma penale 'teleologico' [...] al ben diverso paradigma penale 'normativista'. Negli stessi termini in ID. , «*Criminaliser sans punir*», cit., p. 776. In questo senso, si veda anche il contributo di G. MANNOZZI e F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/2003: riflessi penalistici*, cit.. Per una minuziosa rassegna del dibattito intorno all'annoso interrogativo se il diritto penale protegga (o debba proteggere) determinati beni giuridici ovvero l'osservanza e la vigenza di norme si veda M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 4/2013, p. 4 e ss. a cui si rinvia anche per la ricchezza bibliografica. Secondo quest'Autore, un sistema penale garantistico non può prescindere dall'idea bene giuridico che, legato ai concetti di danno sociale ed evento, «si oppone ad ogni forma di diritto penale delle irregolarità, della volontà, dell'autore. Solo interrogandosi sulle conseguenze di una violazione è possibile controllarne criticamente la legittimità epistemologica e giuridica. *La tutela di regole, come tale, è solo una forma di imperativismo dell'obbedienza, compatibile con un diritto penale di tipo autoritario* » (corsivo aggiunto, p. 10). Per una posizione incline ad accettare l'ammissibilità di sanzioni penali a tutela di norme cfr. L. CORNACCHIA, *Tutela di beni Vs. tutela di norme*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 27 e ss.; Per uno sguardo alla dottrina tedesca, cfr. G. JAKOBS, *¿Qué protege el derecho penal? Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, in *El Funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al Profesor G. Jakobs*, Bogotá, 2003, p. 39 ss.

<sup>174</sup> Alla stregua del quale «La delimitazione delle competenze dell'Unione si

criterio di ripartizione verticale delle competenze, e non già la sussidiarietà penale intesa come *extrema ratio*<sup>175</sup>.

### 2.3. Principio di proporzionalità e principio di precauzione.

Bisogna inoltre considerare che a guidare le scelte del legislatore comunitario – specie in materia ambientale – concorre un altro principio strutturalmente antagonista con la generale istanza di

---

fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità» (par. 1). Il coordinamento tra i due principi va inteso nel modo seguente. Mentre la sussidiarietà regola la legittimità dell'intervento dell'Unione e trova il suo limite esterno nel principio di attribuzione (non trova infatti applicazione nelle materie di competenza esclusiva), la proporzionalità rappresenta un paradigma di riferimento per ogni misura adottata dalle istituzioni e costituisce un criterio generale di legittimità dell'intervento delle Istituzioni europee. Cfr. G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in AA. VV., *L'ordinamento europeo*, cit., p. 240, nonché, nello stesso volume, A. MOSCARINI, *Il principio di sussidiarietà*, p. 153 e ss., ed in particolare a pag. 185; R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 444 e ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2011, p. 70.

<sup>175</sup> sulla distinzione tra sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria v. M. VAN DE KERCHOVE, *La subsidiarité*, in AA. VV., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne* A. BARLETTA, , in AA. VV., *Cour de justice et justice pénal en Europe*, cit., p. 111 e ss.; M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in ID. , *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 115 e ss.; A.M. MAUGERI, *La proporzionalità*, cit., p. 75.

proporzione : il principio di precauzione<sup>176</sup>, dotato anch'esso di

---

<sup>176</sup> La nozione di precauzione è piuttosto controversa ed ha conosciuto diverse formulazioni che non possono essere qui ricostruite anche perché non incidono direttamente sulla riflessione che ci accingiamo a condurre. Per la fondazione filosofica del principio non può non rinviarsi a C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010; U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2007; ID., *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Bari, 2008. H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la società globale*, Torino, 1990. Sulla dimensione sovranazionale del principio v. A. Alemanno, *Le principe de précaution en droit communautaire*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2001, p. 917; AA. VV., *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006. Quanto infine ai riflessi penalistici, si veda C. CORN, *Il principio di proporzione nel diritto penale. Studio sui limiti dell'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013; D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; ID., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza sui luoghi di lavoro. La logica della precauzione come fattore espansivo del « penale » nella giurisprudenza della Cassazione*, in AA. VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, cit., p. 611 e ss.; M. DELMAS-MARTY, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, 2010; F. GIUNTA, sub *Principio di precauzione*, in *Dizionario di diritto penale*, a cura di F. Giunta, Milano 2008; ID., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia* 2006, p. 231 e ss.; F. CONSORTE, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Diritto penale del XXI sec.*, 2007, p. 271 e ss.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1743. Per una tesi che vede una tendenziale incompatibilità con col principio di offensività, v. G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., 436.

rango primario per l'esplicito richiamo contenuto nei Trattati<sup>177</sup>.

Questo principio - definibile come un *criterio di gestione del rischio* che comporta la previsione di divieti in presenza di situazioni di incertezza scientifica che «per l'insufficienza dei dati, il loro carattere non concludente o la loro imprecisione, non consente di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione»<sup>178</sup> - mostra un'attitudine forte a giustificare fenomeni espansivi del diritto penale - com'è avvenuto ad esempio in materia di ambiente,

---

<sup>177</sup> Il principio trova una sua consacrazione esplicita nell'art. 191, par. 2, TFUE (in cui è confluito il contenuto dell'art. 174 TCE), stabilisce che «La politica dell'Unione in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul piano della correzione, in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga" [...]». Tuttavia, anche al di là del riconoscimento esplicito nei testi convenzionali, la precauzione ha assunto un ruolo pervasivo nelle politiche dell'Unione, come del resto sottolineato anche dalla *Comunicazione sul principio di precauzione* del 2 febbraio del 2000 (COM/2000/0001 def. ) cui la Commissione afferma che «in particolare per quanto riguarda l'ambiente e la salute degli esseri umani, degli animali e delle piante [...] il ricorso al principio di precauzione costituisce una parte fondamentale della sua politica e le scelte che essa effettua»

<sup>178</sup> *Comunicazione*, cit., p. 15. Una precisazione terminologica. Benché precauzione e prevenzione nell'uso comune siano utilizzati in modo pressoché intercambiabile, fra i due termini non v'è un'esatta coincidenza semantica. La prevenzione, infatti, si distingue dalla precauzione perché mira a scongiurare il rischio del verificarsi di un evento di cui si conoscono *in anticipo* i meccanismi causali che possono determinarlo.

campi elettromagnetici, lavoro, organismi geneticamente modificati, alimenti<sup>179</sup>.

Ma ciò che preme qui rilevare è che questo modo di concepire il rischio e la sicurezza rendono impossibile un serio giudizio intorno alla necessità della misura da adottare. Al contrario, in un'ottica precauzionale, per scongiurare le « potenziali conseguenze dell'inazione»<sup>180</sup> si richiede l'adozione di misure che, appunto, vadano al di là di quanto il compendio di conoscenze nomologiche acquisito esigerebbe (con ripercussioni problematiche anche sul fronte della ricostruzione della colpa penale e del nesso di causale). Tale difficoltà di giudizio emerge peraltro anche dalla stessa *Comunicazione* della Commissione, la quale, in prima battuta richiede che le misure basate sul principio di proporzione «devono consentire di raggiungere il livello di protezione adeguato» e «non dovrebbero essere sproporzionate rispetto al livello di protezione ricercato, tentando di raggiungere un livello di rischio zero che esiste solo di rado». Tuttavia, nel passaggio successivo puntualizza che «in taluni casi, una stima incompleta del rischio può limitare notevolmente il numero di opzioni disponibili per coloro che devono gestire il rischio stesso» e dunque «in alcuni casi, un divieto totale può non costituire una risposta proporzionale ad un rischio potenziale» pur

---

<sup>179</sup> Per una sintetica panoramica si rinvia a D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 61 e ss.

<sup>180</sup> *Comunicazione*, cit., p. 17.

rappresentando «la sola risposta possibile ad un rischio dato»<sup>181</sup>.

Un'ultima osservazione, infine. Com'è stato ben rilevato, l'illecito strutturato su basi precauzionali va ben oltre i già problematici limiti posti dalla struttura a pericolo astratto<sup>182</sup>, nelle quali la situazione di pericolo - pur nella sua astrattezza - è comunque razionalmente dimostrabile<sup>183</sup>.

Questa circostanza, per restare al nostro tema, pone problemi anche per quanto riguarda il giudizio di proporzionalità in senso stretto, stante la difficoltà di affrontare un vero e proprio bilanciamento degli interessi in gioco. Si tratterebbe infatti di un bilanciamento *ipotetico* o *potenziale*. I due poli di relazione del

---

<sup>181</sup> *Comunicazione*, cit., p. 18.

<sup>182</sup> In generale cfr. R. CANESTRARI, sub *I reati di pericolo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; un recente affresco complessivo tracciato da F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano, 2012. Per un quadro ragionato della giurisprudenza costituzionale v. inoltre G. FIANDACA -G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., 148 e ss.. Sul rapporto fra reati di pericolo astratto e principio di proporzione v. T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, 1999, p. 325 e ss.

<sup>183</sup> M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 121; così anche D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 47. Contra, F. GIUNTA, *Principio di precauzione*, cit., p. 214; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 651 e ss.; ID., *Diritto penale*, cit., p. 219. Gli estremi del dibattito, con riferimenti anche alla dottrina straniera, sono accuratamente riprodotti da E. CORN, *Il principio di precauzione*, cit., p. 55 e ss.

ragionamento possono essere messi a confronto soltanto in via congetturale, poiché mancano le conoscenze necessarie per valutare l'intensità del sacrificio del bene in questione ed effettuare dunque il giudizio di proporzione per la definizione dell'entità della sanzione.

I rapporti tra precauzione e proporzione all'interno dell'Unione europea - ma anche nella giurisprudenza di legittimità italiana, che tende a valorizzare il paradigma precauzionale nei reati colposi e nella ricostruzione del nesso eziologico<sup>184</sup> - necessitano dunque di essere rimeditati, specie con riferimento agli interventi in materia penale. L'epistemologia rovesciata<sup>185</sup> che ispira la logica precauzionale comporta, infatti, un autentico ribaltamento delle premesse di legittimazione dell'intervento giuridico di uno stato liberal-democratico: l'ordinamento dovrebbe intervenire fintantoché non si dimostra la *non*-necessità della misura. Un autentico paradosso!

### 3. Quale necessità.

---

<sup>184</sup> V., per i riferimenti, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza sui luoghi di lavoro*, cit.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.,

<sup>185</sup> espressione di M. DONINI, op. loc. ult. cit.

A voler dunque trarre un primo parziale bilancio, non sembra che il principio di proporzione europeo, con riferimento al settore dei delitti e delle pene, riesca ad additare con sufficiente precisione criteri per definire un «limite di tollerabilità»<sup>186</sup> varcato il quale le scelte punitive assunte in sede europea sarebbero da considerare illegittime. Il reato continua a mostrare il volto di un «artificio socialpolitico»<sup>187</sup> la cui esistenza resta legata ad una scelta autoritativa, ancorché indirizzata o ispirata da canoni di politica criminale. Si pone anche in questa sede il problema – peraltro non incontrovertito neanche in ambito nazionale<sup>188</sup> - della legittimazione

---

<sup>186</sup> L'espressione è di G. GENEVIELLI-DELAGE, *Conclusion*, cit., p. 315.

<sup>187</sup> Espressione di H.L. PACKER (*I limiti della sanzione penale*, ed. it a cura di G. Vassalli, Milano, 1978, p. 382), secondo il quale, appunto il «delitto è un artificio sociopolitico, non un fenomeno naturale. Possiamo avere quali e quanti delitti vogliamo; tutto dipende da quello che scegliamo di considerare come criminale. Soltanto quando questo fatto fondamentale sarà compreso potremo cominciare a trattare ragionevolmente del problema della scelta, applicando criteri fondati per un uso appropriato della sanzione».

<sup>188</sup> Il dibattito attraversa con due secoli di storia (G.TARELLO, *Il « problema penale » nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della giuridica*, 5/1975, p. 16) e non è certo questa la sede opportuna per ricostruirne i contorni. Per limitarsi ai riferimenti manualistici, si veda G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, p.g., Milano, 2012, p. 3 e ss.; . Con riferimento all'esperienza penalistica angloamericana v. l'efficace quadro d'insieme definito da G. FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale : la parabola del principio del danno tra visione*



dello *ius puniendi* di matrice europea<sup>189</sup>.

Il punto nevralgico resta proprio l'*an* della opzione punitiva. Che corrisponde nel *proportionality test* al "gradino" della necessità. Ma è possibile formalizzare il concetto di necessità?

### **3.1. Possibili indicazioni provenienti dai cc.dd. obblighi positivi di tutela dei diritti fondamentali della giurisprudenza di Strasburgo.**

Il ricorso allo strumento della proporzionalità sottende, fra l'altro, la possibilità di rispondere all'interrogativo sul quando un intervento penale può dirsi necessario. Ed è, questo, l'aspetto forse difficile da risolvere attingendo ad un bacino argomentativo eminentemente giuridico. In effetti, il giudizio sulla necessità dell'intervento punitivo appare piuttosto nebuloso e sfilacciato,

---

*liberale e visione conservatrice*, in AA. VV. *Sulla legittimazione del diritto penale : culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008, p. 1 e ss. ; Volendo, si veda anche il recente contributo G. FIANDACA, *Intorno a Scopi e funzioni nel diritto penale*, in AA. VV. , *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, a cura di A. Castaldo, V. De Francesco, M. Del Tufo, S. Manacorda e L. Monaco, Napoli, 2014.

<sup>189</sup> cfr. G. FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa*, in AA. VV., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Truijillo e F. Viola, Bologna, 2007, p. 143 e ss.

mancando, a ben guardare, dei criteri adatti a guidare questo giudizio, relegato finora nella dimensione dell'opportunità politico-criminale.

Nelle pagine che seguono si tenta di ricostruire il concetto di necessità a partire dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>190</sup>. In particolare, ci si domanda se l'esperienza dei c.d. obblighi positivi di criminalizzazione di fonte convenzionale possa costituire un laboratorio per definire meglio il concetto di "Erforderlichkeit" (necessità, sempre evocato nelle decisioni a riguardo!) relativamente all'intervento punitivo. Mentre infatti il dibattito culturale fiorito in Italia a partire dagli anni '70 del secolo scorso<sup>191</sup> intorno alla possibilità di individuare degli obblighi

---

<sup>190</sup> In generale, sulle relazioni fra Cedu e diritto penale cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006; V. MANES, *La lunga marcia della convenzione europea ed i «nuovi» vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, Napoli, 2011, p. 2413 e ss.; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, e 42 e ss.; CHENAI, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. Pen.*, 2006, p. 181 e ss.

<sup>191</sup> Per un quadro complessivo del dibattito, si veda la articolata e bibliograficamente ricca ricostruzione offerta da D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 e ss.; si vedano inoltre C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 65 e ss.; V. MANES, *Cour constitutionnelle italienne et obligations de protection pénale*, in AA. VV., «Devoir de punir ?» *Le système pénal face à la protection*

costituzionali di penalizzazione è nel volgere di poco tempo abortito, i giudici di Strasburgo – com'è noto – hanno da tempo elaborato una giurisprudenza in forza della quale la tutela dei diritti fondamentali, in alcuni casi, richiederebbe la *necessità* di un intervento punitivo da parte degli Stati<sup>192</sup>. Il tentativo è dunque quello di trarre indicazioni da questa giurisprudenza per definire con maggiore nitore – al di là dei richiami nominali – questo “gradino” del giudizio di proporzionalità.

---

*internationale du droit à la vie*, sous la direction de G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda et J. Tricot, Paris, 2013, 79 e ss.; Id. *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 91 e ss. A livello Manualistico, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, V ed., Torino, 2013, p. 124 e ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, p. 125 e ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 501 e ss.

<sup>192</sup>La bibliografia in proposito è sterminata. Si vedano in ogni caso PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 167 e ss.; MANACORDA, « *Devoir de punir ?* » *Les obligations de protection pénale à l'heure de l'internationalisation du droit*, in AA. VV., « *Devoir de punir ?* » *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, cit., 21 e ss.; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2644 e ss.; ID., *Les obligations de protection pénale des droits fondamentaux*, in AA. VV., « *Devoir de punir ?* », cit., 59 e ss.; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale*, in AA. VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes e V. Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 243 e ss.; H. DUMONT-I. HACHEZ, *Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme: dans quelles limites?*, in AA. VV., *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?*, cit., p. 45 e ss.; A. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights*, London, 2001; F. SUDRE, *Les obligations positives dans la jurisprudence européenne ede droits de l'homme* in *Revue trimestrelle des Drets de L'homme*, 1995, p. 363 e ss.

### 3.2. Sugli obblighi costituzionali di penalizzazione. Cenni.

Sia consentita una ancorché breve ricognizione, finalizzata solo a sviluppare il nostro discorso e senza, dunque, nessuna pretesa di completezza. L'approccio costituzionalmente orientato al bene giuridico<sup>193</sup>, se, da un lato, ha condotto a individuare una sorta di linea di confine al di là della quale il diritto penale non può spingersi<sup>194</sup>, dall'altro, ha spinto la dottrina ad interrogarsi intorno

---

<sup>193</sup> Non può non farsi riferimento alla voce di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. It.*, XIX, Torino, 1973, p. 5 e ss.. Per un'ampia ricognizione, v., di recente, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014; v. inoltre ID. *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, V, 2001, 7 ss; ID., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in AA. VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1985; G. FIANDACA- G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, in particolare a p. 115 e ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 65 e ss.; M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 335 e ss.; F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione. Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 74 e ss.; ID., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998; ID., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 481 e ss.

<sup>194</sup> La teoria costituzionalmente orientata fungerebbe, secondo l'espressione risalente ad W. HASSEMER (*Theorie und Soziologie des Verbrechens*,

all'eventuale esistenza di obblighi *positivi* di incriminazione. Ci si è cioè domandati se non esistessero beni di rango costituzionale così elevato da rendere l'intervento penale non solo legittimo, ma anche doveroso, *necessario*.

In proposito, la posizione della Corte costituzionale è stata sempre netta. Degli obblighi di penalizzazione sarebbero inammissibili, stante l'impossibilità per il giudice delle leggi di «pronunciare alcuna decisione da cui derivi la creazione - esclusivamente riservata al legislatore di una nuova fattispecie penale»<sup>195</sup>, ch  «solo il legislatore pu , nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonch  stabilire qualit  e quantit  delle relative pene edittali. [...] L'eventuale addebito al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non pu , in linea di principio, tradursi in una censura di legittimit  costituzionale della legge, e tanto meno in una

---

Frankfurt a. M., 1973) da *legittimazione negativa* per il legislatore penale. F. BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto di tutela*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Delitala*, I, Milano, 1984, p. 107 e ss.;

<sup>195</sup> Corte cost., sent. n. 108 del 1981, in *Giur. Cost.*, 1981, p. 948, con nota di M. BRANCA, *Norme penali di favore : dall'irrelevanza al rifiuto della sentenza-legge*.

richiesta di “addizione” alla medesima mediante una pronuncia di questa Corte»<sup>196</sup>.

E quest’affermazione è stata tenuta ferma anche laddove il giudice delle leggi ha spinto il proprio scrutinio sulle c.d. norme penali di favore<sup>197</sup>, con l’effetto di allargare, in alcuni casi, l’area della rilevanza penale. Ma in questi casi si tratta pur sempre di un giudizio relativo ad una scelta di criminalizzazione già assunta da parte del legislatore, mentre non sarebbe possibile un intervento della Corte che si spinga fino a colmare lacune di punibilità o “deficit di criminalizzazione”<sup>198</sup>. Peraltro, come rileva la dottrina più avvertita,

---

<sup>196</sup> Corte cost., sent. n. 447 del 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1373; V., per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali*, cit., 490, nonché ID., *Diritto penale*, cit., 125. Cfr. inoltre P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero “se”, “come”, “quando” e “quanto” punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D’Orlando e L. Montanari, Torino, 2009, 39 p. e ss.

<sup>197</sup> Si veda, ad es., la recente sent. 28/2010.

<sup>198</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire*, cit., p. 4648. Se la giurisprudenza costituzionale tedesca è giunta a riconoscere, in linea di principio, la possibilità di individuare obblighi di tutela penale, nelle forme di un “divieto di sottomisura” (*Untermaßverbot*). A questi ultimi è stato attribuito un ruolo assai circoscritto: secondo il *Bundesverfassungsgericht*, non implicherebbero un dovere assoluto di punire, ma un mero obbligo di attivare la minaccia penale (*Strafdrohung*), lasciando alla discrezionalità legislativa la valutazione intorno all’opportunità di bilanciare gli interessi in gioco ed introdurre delle cause di giustificazione. L’importante è che non si giunga ad una qualificazione di assoluta liceità della condotta. Per ulteriori riferimenti

ad escludere che il rango particolarmente elevato di un bene giuridico possa determinare un obbligo di criminalizzazione militerebbero proprio ragioni connesse al principio di proporzione<sup>199</sup>. Infatti, la rilevanza costituzionale del bene giuridico, di per sé, può soddisfare solo uno dei “gradini” del giudizio di proporzione, quello della c.d. proporzione in senso stretto, mentre non affronta il distinto profilo relativo alla necessità dell’incriminazione in rapporto ad eventuali strumenti alternativi di tutela giuridica e sociale<sup>200</sup>. Ed in questa valutazione relativa alla necessità «si riassume gran parte della discrezionalità politico-legislativa in materia penale, diretta altresì a verificare possibili specifiche controindicazioni di una tutela penale del bene giuridico in questione»<sup>201</sup>.

Opportunamente, dunque, la Corte costituzionale, richiamandosi al principio di legalità di cui all’art. 25, comma 2, Cost.,

---

e per dovuti i richiami alla giurisprudenza tedesca, cfr. E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., 287 e ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 513.

<sup>199</sup> G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 126.

<sup>200</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 447 del 1998, che afferma «le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono nella [...] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con diverse forme di precetti e sanzioni [...]; ché anzi l’incriminazione costituisce una *extrema ratio* cui il legislatore ricorre quando lo ritenga necessario per l’assenza o insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela».

<sup>201</sup> G. DE VERO, op. ult. cit., p. 127. Si vedano anche le ariose considerazioni di E.MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 2004., p. 59 e ss.

«mantiene il problema della coercizione come *problema aperto politicamente e razionalmente*, secondo l'originaria logica illuministica. L'apertura politica sviluppa le esigenze liberali, specificamente connesse al controllo sull'arma più penetrante di cui lo stato di diritto dispone. L'apertura razionale è quella di un confronto sulle ragioni della tutela penale, libero da vincoli esterni: la legislazione penale è ricognizione di necessità e scelta di tecniche di tutela storicamente determinate, piuttosto che adempimento notarile di obblighi, ancorché definiti di attuazione costituzionale»<sup>202</sup>.

### **3.3. Gli obblighi di fonte convenzionale.**

Nell'ambito del diritto discendente dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le conclusioni a cui i giudici di Strasburgo sono giunti vanno in direzione opposta, nel senso cioè di ritenere che una tutela «concreta ed effettiva e non teorica ed

---

<sup>202</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 125. Si vedano anche le osservazioni di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 78. L'A. specifica che «L'esigenza del primato della politica criminale richiede che la politica finalizzata alla prevenzione del delitto non si esaurisca nella risposta punitiva, ma anzi si rassegni a questa solo dopo (ed in ogni caso senza prescindere dall'esigenza) che lo Stato abbia adempiuto integralmente alla lotta alle cause del crimine con gli strumenti extrapenali della prevenzione».



illusoria»<sup>203</sup> dei diritti proclamati nella Convenzione possa talora esigere l'intervento penale da parte degli Stati. Quest'impostazione è stata per la prima volta proposta nella sentenza *X e Y. c. Paesi Bassi*<sup>204</sup> ed ha ricevuto conferme in parecchie pronunce successive<sup>205</sup>.

Questa giurisprudenza si fonda sull'assunto in base al quale una protezione efficace dei diritti fondamentali consacrati dalla Convenzione – terreno fertile, non a caso, è stato quello rappresentato dal diritto alla vita di cui all'art. 2<sup>206</sup> – rechi

---

<sup>203</sup> Espressione ormai celebre ripetuta costantemente dalla Corte Edu a partire dalla sentenza *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979.

<sup>204</sup> Corte edu, *X e Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985. Sentenza relativa al caso di una diciassettenne affetta da handicap psichico vittima di abusi sessuali. La legislazione olandese subordinava la punibilità dei reati sessuali alla querela di parte, che poteva essere presentata dai genitori della vittima solo nel caso in cui questa fosse infrasedicenne. Nel caso di specie, dunque, l'autore del fatto non era perseguibile. La Corte, su ricorso proposto dal padre della ragazza, ritenne dunque che la normativa vigente in Olanda determinasse la lesione del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione e stabilì l'obbligo per lo Stato olandese di predisporre una tutela adeguata di natura penale, valutando inadeguata e insufficiente una tutela meramente risarcitoria di natura civile. Interessanti le considerazioni sugli effetti di tale sentenza contenute in M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, 1992 e in M. VAN DEN KERCHOVE – F. TULKENS, *Les droits de l'homme: bonne ou mauvaise conscience du droit pénal?*, in AA. VV. *Strefrecht als röntgen. Liber amicorum Lieven Dupont*, a cura di R. Verstraeten, D. van Daele e B. Spriet, Louvain, 2005, II, p. 945 e ss.

<sup>205</sup> Per i riferimenti cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2666;

<sup>206</sup> Dal punto di vista dei valori protetti, la Corte di Strasburgo ha fatto ricorso allo strumento degli obblighi positivi in tre gruppi di casi: per la protezione della vita e dell'integrità fisica, per la tutela della libertà

naturalmente con sé la necessità di ricorrere in via prioritaria al più severo degli strumenti di cui lo Stato dispone<sup>207</sup>. La scelta dello strumento penale sembra dunque «un'opzione di *default*» cui i giudici strasburghesi riscorrono ogniqualvolta intendano «lanciare il messaggio di una tutela forte» di un interesse<sup>208</sup>. Quanto alle motivazioni delle sentenze, tuttavia, queste si caratterizzano per essere quantomai succinte e talora poco perspicue<sup>209</sup>, invocando la

---

sessuale e per impedire forme di lavoro forzato o riduzione in schiavitù. Bisogna tenere presente, tuttavia, che il carattere casistico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rende la lista necessariamente aperta. cfr., a proposito, F. MASSAIS, *Penaliser: une obligation positive très circonscrite*, in AA. VV., *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, 2007, p. 743 e ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 264 e ss.; S. MANACORDA, «*Dovere di punire?*» *Gli obblighi di tutela penale nell'epoca della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1364 e ss.

<sup>207</sup> S. VAN DE DROOGHENBROECK, *Droit pénal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 75 e ss.

<sup>208</sup> F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2687, ID., *Obblighi convenzionali*, cit.; cfr. inoltre F. TULKENS, *The paradoxical relationship between human rights and criminal law*, in *Journal of International Criminal Law*, 9/2011, p. 577 e ss.

<sup>209</sup> Cfr. F. VIGANÒ, op. ult. cit.; S. MANACORDA, «*Dovere di punire?*», cit., p. 2688; Si veda altresì E. NICOSIA, op. ult. cit., p. 259, che osserva come l'affermazione di obblighi positivi di tutela dei più importanti diritti dell'uomo attraverso il diritto penale «in genere non viene motivata in maniera particolarmente approfondita sul piano delle finalità di una simile forma di tutela: la Corte europea generalmente si limita ad affermare l'insufficienza della tutela extrapenale già eventualmente esistente, magari richiamando in maniera generica la forza deterrente e

risposta penale alla stregua di un «dovere primordiale – che quindi non può essere revocato in dubbio – di garantire il diritto alla vita» di cui all'art. 2 Cedu<sup>210</sup>.

Pur non riconoscendo un obbligo generale di sanzionare penalmente ogni violazione dei diritti convenzionali<sup>211</sup>, la Corte procede caso per caso nel valutare se si tratti di «uno dei valori fondamentali delle società democratiche che formano il Consiglio

---

generalpreventiva connessa all'utilizzo dello strumento penale». Lamenta inoltre una scarsa formazione penalistica dei giudici di Strasburgo Y. CARTUYVELS, *Droit de l'homme et droit pénal, un retournement*, in AA. VV., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, cit., p. 23 e ss., in particolare a p. 43, secondo il quale «a l'exception de la juge Fr. Tulkens, penaliste et criminologue [...] les autres magistrats semblent peu pétris de culture pénale. De la lecture de plusieurs arrêts [...] il ressort quel es juges restent peu perméables aux débats du champ pénal et criminologique sur les effets du recours au pénal comme mode de réaction sociale, affichant une confiance inébranlable dans les vertus dissuasive et préventives de la sanction pénale, dans les moyens de la justice pénale pour faire émerger la vérité judiciaire ou dans le recours nécessaire au pénal pour assurer l'effectivité d'un droit à protéger».

<sup>210</sup> Così, Corte edu, sent. *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002. L'espressione è utilizzata dalla Corte con una certa costanza. V. ad es., le sentt. *Osman c. Regno unito*, 28 ottobre 1998 e *Perk et al. c. Turchia*, 28 marzo 2006.

<sup>211</sup> Cfr. Corte edu, sent. *Alikaje e al. c. Italia*, 2011, § 95: «L'articolo 2 non può essere interpretato nel senso di implicare, in quanto tale, il diritto per il ricorrente a far perseguire o a condannare penalmente un terzo, o un obbligo di risultato che preveda che ogni procedimento debba sfociare in una condanna, ovvero alla comminatoria di una pena determinata».

d'Europa»<sup>212</sup> che implichi una necessaria criminalizzazione del comportamento lesivo.

### 3.4. «Prendere l'idea semplice sul serio»<sup>213</sup>: quale necessità?

L'impressione che un'analisi della giurisprudenza della Corte edu restituisce è che, al di là del quanto mai generico ma costante richiamo alla proporzione ed alla necessità di penalizzare un dato comportamento, le scelte di criminalizzazione sembrano sottendere una vera e propria torsione funzionale del diritto penale. In breve, come si è visto, il più delle volte l'«appello al diritto penale» dei giudici di Strasburgo si fonda sull'esigenza di fornire una forma di soddisfazione morale per le vittime<sup>214</sup>, ritenendo la dimensione

---

<sup>212</sup> Così, ad es. Corte edu, sent. Siliadin c. Francia, 4 dicembre 2005: «La Cour estime que, conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer quel es obligations positive qui pèsent sur les Etats membres en vertu de l'article 4 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne dans ce genre de situations» (§112). Si tratta di formule pressoché costanti nelle giurisprudenza della Corte in materia di obblighi positivi.

<sup>213</sup> L'espressione di ascendenza dworkiniana è riferita al principio di proporzionalità da P. MUZNY, *La technique de proportionnalité*, cit.

<sup>214</sup> V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistematico dell'attuale giustizia europea*, in [lus17@unibo.it](mailto:lus17@unibo.it), 2011, p. 97 e ss., intervento poi ampiamente sviluppando in ID., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, p. 47 e ss.; C. ELIACHEFF - D. SOULEZ LAVRIÈRE, *Il tempo delle vittime. Come*

processuale penale quella più consona all'accertamento della verità ed al soddisfacimento delle ragioni di chi ha subito – in vario modo – un torto grave. L'introduzione della fattispecie di reato sarebbe dunque funzionale a fornire alle vittime uno strumento processuale di cui servirsi, anche al di là della necessità di una risposta di tipo punitivo da parte dell'ordinamento.

Quello che manca, in realtà, è una riflessione generale sulla dimensione teleologica della sanzione penale, da cui un ragionamento intorno al concetto di proporzione non può prescindere<sup>215</sup>. Nella logica che affiora dalla giurisprudenza in esame, invece, sembra prevalere un'idea della pena fortemente connotata in modo retributivistico che postula l'insufficienza una qualsivoglia tutela meramente risarcitoria o conciliativa e reputa imprescindibile – nella logica del diritto ad un ricorso effettivo di cui all'art. 13 CEDU – una tutela penale che sfoci in una condanna effettiva degli autori della violazione ad una pena in rapporto di giusta proporzione con la gravità della violazione.

Se il diritto penale moderno si è strutturato intorno alla

---

*sono le vittime sono diventate i nuovi eroi della società contemporanea*, Milano, 2008. ; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 326 e ss. Per alcuni rilievi critici cfr. inoltre M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*. cit., 79 e ss. ;

In generale, V. DEL TUFO, *Profili critici della vittimodomatica*, Napoli, 1990;

<sup>215</sup> Sul rapporto tra politica criminale e fini della pena si vedano le osservazioni di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 75 e ss.. Per una più ampia riflessione sul punto, v. infra....

necessità di «neutralizzare la vittima»<sup>216</sup>, i giudici di Strasburgo sembrano al contrario protesi verso una restituzione alla vittima di un ruolo cardine all'interno del processo penale, concependo quest'ultimo come strumento (anche) al servizio dei suoi diritti fondamentali<sup>217</sup>.

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

---

<sup>216</sup> V. per tutti L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, p. 313; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., p. 233.

<sup>217</sup> Cfr. S.MANACORDA, op. ult. cit.. Per uno sguardo al ruolo assegnato alla vittima nella concezione penalistica dell'Unione europea cf. R.PARIZOT, *Les interaction en procédure pénale: la victime, vecteur symbolique de la circulation des jurisprudences*, in AA. VV., *Cour de justice et justice pénale en Europe*, cit., p. 177 e ss.

pubblica e a distoglierla dal suo vero obiettivo?»<sup>218</sup>

Sul piano della tutela delle vittime, invero, sarebbe probabilmente più conducente orientarsi direttamente verso meccanismi di intervento di tipo riparativo<sup>219</sup> senza abusare, fino a sovvertirlo, dello strumento penale e del suo statuto epistemologico.

Peraltro non bisogna trascurare questo «moralismo punitivo» può comportare il rischio che la scelta dei valori da proteggere porti per l'ordinamento ad una «indifferenza ai diritti degli autori dei

---

<sup>218</sup> F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions*, cit.; sia consentito riportare un altro passaggio della opinione parzialmente dissenziente del giudice Tulkens già richiamata: «Abbiamo coscienza del fatto che anche le vittime del crimine, le loro famiglie ed il pubblico più ampiamente hanno tutti interesse a che coloro che realizzano condotte penalmente rilevanti siano perseguitati e sanzionati. Tuttavia, dal nostro punto di vista, esiste un interesse pubblico concorrente del pari essenziale ed imperativo che siano preservati i valori delle società civili fondate sulla preminenza del diritto».

<sup>219</sup> A. GASPARRE, *La giustizia riaprativa :un'analisi delle aperture dell'ordinamento italiano al c.d. paradigma riaprativo*, Roma, 2013; AA. VV., *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di F. Palazzo e R. Bartoli, Firenze, 2011; F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della restorative justice*, Milano, 2010; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010; AA. VV., *Punire mediare riconciliare*, a cura di G. Fiandaca e c. Visconti, Torino, 2009; M. BOUCHARD-G. MINEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005; G. MANNOZZI, *Giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

reati»<sup>220</sup>.

L'argomento della necessità<sup>221</sup> è proposto dai giudici di Strasburgo quasi come verità evidente e trasforma il ricorso alla «via penale», da opzione sussidiaria da mettere in opera nella impossibilità di ricorrere a strumenti alternativi, in strumento ordinario, se non addirittura prioritario<sup>222</sup>. Da «diritto d'eccezione riservato ai casi più gravi, il diritto penale sembra adesso imporsi come un diritto della normalità, come se tutto o quasi, in una società securitaria e vittimaria, fosse ormai indicizzato su una gravità estrema. Con, in primo luogo, un'inversione del carico motivazionale: le autorità sono ormai incaricate di giustificare il *non*-ricorso alla penalizzazione di un certo comportamento giudicato nefasto, laddove, ancora ieri, era la strategia eccezionale dell'incriminazione che bisognava motivare»<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005, p. 228; F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions. À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme*, in AA. VV., *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, cit., p. 14.

<sup>221</sup> Nella consolidata formula che giustifica gli interventi come «necessari in una società democratica». V. *supra*, parte I, cap. II.

<sup>222</sup> F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions*. cit., p. 14.

<sup>223</sup> Ivi. Cfr. anche M. VAN DER KERCHOVE – S. VAN DROOGHENBROECK, *La subsidiarité et le droit pénal: aspects nouveaux d'une question ancienne*, in AA. VV., *Le principe de subsidiarité*, a cura di F. Delperee, Bruxelles, 2002, p. 159., secondo i quali si è assistito ad una vera e propria inversione



Ma quello che qui rileva è che l'argomento della necessità lungi dal costituire un passaggio di un ragionamento rigoroso, finisce con affievolirsi<sup>224</sup> fino a degradare a poco più che una formula di stile.

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

---

metodologica, tale per cui «il ne s'agit plus, en effect, de justifier le recours à la voie pénale au détriment d'autres mesures alternatives; c'est tout au contraire l'absence de recours à la voie pénale qui devient object de justification».

<sup>224</sup> Cfr. D. ZEROUKI-COTTIN, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in *Revue de sciences criminelles*, 2012, p. 575 e ss.

quest'ultimo non è il solo strumento per prevenire comportamenti indesiderabili»<sup>225</sup>.

In assenza di un più ampio retroterra assiologico, dunque, il richiamo alla proporzionalità non riesce da solo a fornire elementi utili alla definizione o ad orientare una vera politica criminale, che - a seconda dei casi - può essere utilizzato come freno o come amplificatore del diritto penale<sup>226</sup>. Inoltre, il giudizio di idoneità rispetto agli scopi presupporrebbe una previa individuazione degli scopi medesimi. Ci si domanda, allora, come sia possibile sviluppare un ragionamento sulla proporzionalità delle scelte punitive adottate in ambito europeo senza che vi sia una condivisione di fondo (o senza averne chiarito i contorni del problema) intorno alle funzioni ed agli scopi della pena. Esiste in proposito una "tradizione costituzionale comune" che possa fungere da puntello argomentativo?

Questo modo di strumentalizzare i diritti umani in chiave legittimante dell'intervento punitivo promanante dagli obblighi internazionali di tutela penale costituisce la cartina di tornasole per saggiare il grado di trasformazione dell'orizzonte penalistico e dei

---

<sup>225</sup> M. C. c Bulgaria, 4 marzo 2004.

<sup>226</sup> Y. CARTUYVELS, *Les droits de l'Homme, frein ou amplificateur de criminalisation?*, cit., 292 ss..

suoi connotati post-moderni<sup>227</sup> e misurare la crescente distanza rispetto ai princìpi moderni e alla tradizionale teleologia della pena<sup>228</sup>.

Ogni serio tentativo di sciogliere il nodo gordiano<sup>229</sup> della relazione tra diritti dell'uomo e repressione penale, dunque, è destinato ad essere frustrato in assenza di una presa di posizione sui caratteri e sulle funzioni da attribuire alla pena<sup>230</sup>. Nella prospettiva della Corte europea, invece, l'enfasi posta sul requisito della necessità è adoperata - piuttosto che un passaggio tecnico-argomentativo - come fondamento assiologico in assenza del quale si

---

<sup>227</sup> Si vedano a proposito le riflessioni contenute in AA. VV., *Un droit pénal postmoderne? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, a cura di M. Massé, J-P. Jean, A. Giudicelli, Paris, 2009;

<sup>228</sup> con espressione ossimorica F. OST (op. ult. cit.) parla di diritto penale liberl-autoritario. Che taluni orientamenti delle corti sovranazionali comportino un preoccupante allontanamento rispetto alle idee guida del diritto penale liberale - in particolare con riferimento al principio di stretta legalità e all'idea del diritto penale come *extrema ratio* di tutela -, da ultimo, è evidenziata da D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 132. V. inoltre le considerazioni critiche di S.MANACORDA, «Dovere di punire»?», cit., ID., *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte*, cit. più ottimistiche invece le considerazioni di F.VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.

<sup>229</sup> L'espressione è di M. VAN DE KERCHOVE, *Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droit de l'homme*, in *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?*, cit. 377.

<sup>230</sup> Cfr. D. ZEROUKI-COTTIN, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, cit. p. 585; S. MOCCIA, *Funzioni della pena e implicazioni sistematiche*, cit.

troverebbe del tutto sprovvista di una propria legittimità nell'imporre obblighi positivi<sup>231</sup>.

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

---

<sup>231</sup> D. ZEROUKI-COTTIN, op. loc. ult. cit., secondo il quale «la nécessité d'incriminer comme justification de l'obligation jurisprudentielle est fragile»

proporzione in senso stretto dell'intervento penale»<sup>232</sup>.

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

Questo crescente a richiamo allo strumento penale si iscrive in

---

<sup>232</sup> F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2688. Segnalano peraltro gli osservatori più attenti che il ricorso - più o meno disinvolto - allo strumento penalistico conduce la giurisprudenza di Strasburgo ad una «curiosa contraddizione. Mentre essa si è sforzata di costruire una nozione autonoma di "materia penale" al fine di accordare agli individui le garanzie simili nel caso di sanzioni propriamente penali e sanzioni punitive a contenuto repressivo, ma di natura amministrativa, la Corte sembra dimenticare i propri insegnamenti: "più diritto penale per tutti!" è la parola d'ordine che rischia di caratterizzare il meccanismo degli obblighi positivi, se non correttamente intesi, segnando così il declino della materia penale e la paradossale espansione ad opera della Corte del diritto maggiormente repressivo»: S. MANACORDA, «*Dovere di punire*»?, cit. p. 1397. In generale, sugli usi simbolici del diritto penale, cfr. S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?* in *Ind. pen.*, 2003, p. 491 e ss.

un contesto in cui l'opinione pubblica, resa iper-reattiva dalla pressione dei media, esprime una «emotività collettiva», una «sensibilità esacerbata» nei confronti della sofferenza individuale che rende difficile per la classe politica resistere a questi «straripamenti emotivi e far prevalere la mediazione del giuridico»<sup>233</sup>.

#### **4. Le relazioni paradossali tra diritti dell'uomo e diritto penale.**

---

<sup>233</sup> F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions*, cit., 20; rispetto all'incidenza della rappresentazione mediatica sulle politiche criminali, si veda l'interessante intervento di M. CATERINI, *La legalità penal-mediatica. La mercificazione del 'prodotto' politico-criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione*, in AA. VV., *Sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, a cura di E. Raùl Zaffaroni e M. Caterini, Padova, 2014, p. 151 e ss.; sulle interazioni fra rappresentazione del crimine e consenso si veda G.FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 e ss.; C. A. PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed effetti penali dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 526 e ss.; interessante anche la presa di posizione di M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 e ss., con cui l'A. auspica una responsabilizzazione della scienza penale che dovrebbe esercitare una forma di controllo sugli eccessi irrazionali della democrazia penale dedicandosi maggiormente ad una attività divulgativo-didattica, anche sui mass-media, per consentire una genuina assimilazione dei principi del garantismo penale da parte dell'opinione pubblica; v. negli stessi termini, di recente, ID., *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1067 e ss. Si tratta di un aspetto centrale che riguarda, più in generale, il funzionamento delle deliberazioni democratiche, come evidenziato da R.A. DAHL, *The problem of Civic Competence*, in *Journal of democracy*, 1992, p. 95 e ss. ora anche in ID., *Politica e virtù. La teoria democratica del nuovo secolo*, a cura di S. Fabbrini, Roma-Bari, 2001, p. 134 e ss.

A fronte di questa mutazione dell'orizzonte teleologico della sanzione penale al cui centro - anche e soprattutto per il prevalere del paradigma vittimario - si stagliano le componenti della retribuzione e della prevenzione generale negativa<sup>234</sup>, il principio dell'*extrema ratio*, lungi dall'essere valorizzato, viene spinto sempre più ai margini dell'argomentario penalistico, relegato definitivamente ad una dimensione informativa o di indirizzo<sup>235</sup>, se

---

<sup>234</sup> S. MANACORDA, op. ult. cit., p. 1395; ID., *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale à la carte*? Note a margine delle sentenze *Fransson e Melloni* della Corte di giustizia, in *Diritto penale contemporaneo - Riv. Trim.*, 3/2013, p. 242 e ss.; M. VAN DE KERCHOVE, *Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal eet droits de l'homme*, cit.; F.VIGANÒ, op. ult. cit.; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 103; R.BARTOLI, "Chiaro e oscuro" dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto, in AA. VV., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. Meccarelli - P. Palchetti - C. Sotis, Madrid, 2014, pag. 137 e ss.. In termini più generali si veda D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra costi nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 25 che evidenzia le «inquietudini» scaturenti dal complesso fenomeno della tutela multilivello dei diritti dell'uomo, adombrando che questa costituisca oggi la «causa principale della debolezza dei diritti nell'era della globalizzazione». Negli stessi termini, G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 240 e ss.

<sup>235</sup> Sulla distinzione, in materia penale, tra principi informativi o di indirizzo, dotati di mera efficacia argomentativa, e principi dotati di capacità dimostrativa «tali da farli assurgere al rango di norme costituzionali cogenti nella costruzione di tutte le leggi ordinarie e suscettibili di essere applicati autonomamente (senza l'ausilio di altri

non smaccatamente retorico-esornativa.

È dunque lecito l'interrogativo sollevato dalla dottrina più attenta se tali obblighi non abbiano una «portata sovversiva»<sup>236</sup> tanto per i diritti dell'uomo quanto per il diritto penale. Guardando in filigrana, i cosiddetti obblighi positivi consentono infatti di riflettere sulla natura ancipite sottesa alla logica della protezione dei diritti dell'uomo: «mentre lo *ius criminale* è stato storicamente concepito come la *magna charta* del delinquente, esso viene oramai ad attingere ai diritti fondamentali dell'individuo per giustificare la propria esistenza»<sup>237</sup>.

E ciò si evidenzia in modo particolare nel sistema multilivello di tutela dei diritti dell'uomo, le cui giunture sono spesso costituite (più che da una visione sistematica) da argomenti di tipo meramente fattuale, utilizzati in una prospettiva di «aggiramento delle incoerenze»<sup>238</sup> vuoi per disinnescare conflitti frontali rispetto ai valori in gioco, vuoi per aggirare l'annoso problema relativo alla legittimazione dell'intervento penale o *lato sensu* sanzionatorio

---

principi) dalla Corte costituzionale per caducare le disposizioni in contrasto con essi» cfr. M. DONINI, sub voce *Teoria del reato*, in *Digesto disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, § 6.

<sup>236</sup> S. MANACORDA, «*Dovere di punire?*», cit., p. 1393.

<sup>237</sup> S. MANACORDA, «*Dovere di punire?*», cit.; Si vedano anche i contributi contenuti nel volume AA. VV., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, cit.

<sup>238</sup> C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, cit.,



(specie se sottoposto alla diffrazione del prisma dell'ordinamento reticolare, in cui non mancano distonie o inversioni prospettiche fra punti di vista domestico, sovranazionale e convenzionale<sup>239</sup>).

Ed è questa continua frizione che frequentemente spinge le corti alla ricerca di una artificiale assiologia condivisa nei diritti umani trasformandoli in strumento di legittimazione capace di dotare indimostrati argomenti di una propria trascendenza, riproponendo – per attingere ancora una volta alle efficaci immagini di Schmitt – una forma di teologia politica fondata sui diritti umani, gravati del nuovo ed arduo compito di costruire una trascendenza laica al diritto e di legittimare l'intervento punitivo (*shadow side of humans rights*<sup>240</sup>).

Com'è stato da più parti evidenziato il continuo richiamo alla tutela dei diritti fondamentali – specie dinnanzi alla moltiplicazione di testi a tutela dei diritti dell'uomo e alla proliferazione di questi in

---

<sup>239</sup> Mette in guardia rispetto al rischio di «creare un cortocircuito di tutele che necessitano di essere ordinate se non gerarchicamente, almeno per competenza, evitando una Babele di Tribunali e di pseudo-diritti» D. TEGA, *Il diritto costituzionale e i diritti in crisi*, in *Etica e politica/Ethics & politics*, XV, 1/2013, 171; ID., *I diritti in crisi*, cit. p. 23 e ss..

<sup>240</sup> efficace immagine posta come tema del convegno “ *Il lato oscuro dei diritti umani. Dimensioni della soggettività moderna nello spazio globale tra imposizioni e negazioni*” tenuto all'Università di Macerata i giorni 26 e 27 maggio 2011, i cui atti sono oggi raccolti in AA. VV., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. Meccarelli – P. Palchetti – C. Sotis, Madrid, 2014.

via pretoria<sup>241</sup> – come «tema federatore» reca con sé il rischio di trasfigurare i connotati del sistema penale, a scapito di una visione sistematica più incline a valorizzare le categorie tradizionalmente care al penalista di ispirazione liberal-garantista<sup>242</sup>: si fa riferimento,

---

<sup>241</sup> Desta perplessità il fenomeno della smisurata e disordinata proliferazione di diritti sempre nuovi rispetto ai quali aspettative di tutela sociali ed individuali destinate a restare deluse. Significativo a proposito degli stessi giudici di Strasburgo in un'opinione parzialmente concordante (giudici Tulkens, Ziemele e Bianku nella sent. Corte edu 1 giugno 2010 n. 22978) si domandino se «en affirmant comme postulat l'effet dissuasif de sanction pénales plus lourdes [...] la cour ne risque pas de créer ou d'entretenir une illusion». V. in proposito D. ZEROUKI-COTTIN, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, cit., 585. Negli stessi termini, in ambito italiano, cfr. G. FIANDACA, (*Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit.), secondo il quale «la tendenza crescente alla proliferazione dei diritti può comportare, come conseguenza pressoché automatica, un corrispondente aumento delle aspettative di protezione penale, e ciò addirittura in termini di sostanziale obbligo di penalizzazione: infatti proprio per l'importanza di rango che la stessa etichettatura di diritto fondamentale vale a conferire, al momento di scegliere come tutelare ogni nuovo diritto che si candida alla protezione nessun altro strumento di tutela apparirà davvero adeguato all'infuori della sanzione penale. Sicché il fenomeno della proliferazione dei diritti rischia a sua volta, alla fine, di contribuire in misura rilevante alla più volte denunciata inflazione del diritto penale». Sull'attitudine dei diritti fondamentali a mostrarsi «insaziabili» cfr. A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in ID., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, 2010, p. 83 e ss. e, sul fronte penalistico, O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, cit..

<sup>242</sup> Paventa un rischio di una deriva paternalistico-repressiva D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit.; dello stesso tenore le preoccupazioni avanzate da S. MANACORDA, «*Dovere di punire?*», cit., 1394 e ss.; cfr.

in ispecie, alla teoria del bene giuridico, al principio di offensività.

Questo incoercibile richiamo fondativo ai diritti dell'uomo, operanti insieme come fondamento e limite delle scelte punitive, è ormai da tempo sotto osservazione della dottrina che ne ha evidenziato gli aspetti problematici <sup>243</sup>, se non addirittura paradossali<sup>244</sup>. Come osserva Manacorda, «nutriti da una visione largamente ottimista, se non più esplicitamente strumentale e simbolica, del ricorso allo strumento penale, i diversi giudici internazionali sembrano volergli affidare il compito palinogenetico di salvaguardare i valori essenziali consacrati nelle rispettive Carte, senza preoccuparsi affatto delle ricadute di questa opzione politico-criminale»<sup>245</sup>.

Sul piano teorico, in realtà, si tratta di un tentativo non inedito.

---

inoltre O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1474 e ss.

<sup>243</sup> si vedano in generale i contributi contenuti in AA. VV., *Les droit de l'homme : bouclier ou épée du droit pénal ?*, cit.; O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili*, cit.; D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit.; Y. CARTUYVELS, *Les droits de l'Homme, frein ou amplificateur de criminalisation?*, cit.; L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e come limite del diritto penale internazionale*, in *Indice penale*, 2003, pp. 259 e ss.; V. MILITELLO, *I diritti fondamentali tra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, in *Ragion pratica*, 2004, p. 139 e ss.

<sup>244</sup> M. DELMAS-MARTY, *Postface: d'un paradoxe l'autre*, in AA. VV., *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?*, cit., p. 613.

<sup>245</sup>

Per restare al dibattito italiano, la suggestione di un diritto penale minimo che giustifichi sé stesso come presidio posto a tutela dei diritti dell'uomo risale - quasi trent'anni orsono - alla riflessione di A. Baratta<sup>246</sup> e, con un approccio di marca utilitaristica, L. Ferrajoli<sup>247</sup>. Ora, al di là della difficoltà connesse poi all'esigenza pratica di dar concretezza all'intento di servirsi in tal modo del paradigma dei diritti umani<sup>248</sup>, si trattava comunque di un tentativo di porre un argine alla pretesa punitiva dello Stato. Non a caso, Ferrajoli piuttosto che appellarsi ai diritti umani in funzione direttamente legittimante, concepisce questi ultimi *a contrario* come «criteri di delegittimazione» della potestà sanzionatoria statale<sup>249</sup>. In questo senso, i diritti non devono far ombra alla categoria del bene giuridico, ma agiscono separatamente ed in un momento successivo.

Si tratta, com'è evidente, di posizioni molto distanti rispetto alla concezione dei diritti che traluce dalla giurisprudenza

---

<sup>246</sup> A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limite della legge penale*, in ID., *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, fascicolo della rivista *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985, p. 443 e ss.

<sup>247</sup> L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in A. BARATTA *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, cit., 493; ID., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 330.

<sup>248</sup> Per una rilettura critica delle teorie in questione, v. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit., p. 106 e ss.

<sup>249</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 330.

sovranazionale, secondo la quale il diritto penale costituisce un ottimo strumento di promozione dei valori fondamentali. A livello teorico, invece questo tipo di approccio, secondo un'angolazione prospettica di filosofia morale di ispirazione kantiana, da O. Höffe<sup>250</sup>. Secondo quest'autore, infatti, il diritto penale «rappresenta un elemento irrinunciabile dell'organizzazione di una società che intenda se stessa come vincolata all'ideale dei diritti umani [...] nella funzione concreta di scudo protettivo dei diritti umani ed espressione del legame della società con le vittime della loro violazione [...] in questa funzione esso avanza a buona ragione la pretesa di possedere una validità interculturale»<sup>251</sup>.

In quest'ottica, «affermare che si ha diritto a qualcosa - per esempio alla vita ed all'integrità fisica - significa che il soddisfacimento di questo diritto è dovuto a ognuno e che in caso contrario si può ottenere tale soddisfacimento con la forza»<sup>252</sup>. Com'è ovvio, peraltro, questo modo di intendere il nesso fra diritto penale e diritti umani non è neutrale rispetto al problema dei fini della pena ed esprime una concezione della sanzione penale di tipo retributivistico, ritenuta assorbente anche delle istanze legate alla

---

<sup>250</sup> O. HÖFFE, *Gibt es eine interkulturelles Strafrechts? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt a. M., 1999, trad. it. *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001.

<sup>251</sup> O. HÖFFE, op. ult. cit., p. VIII

<sup>252</sup> O. HÖFFE, op. ult. cit., p. 70.

prevenzione e delle esigenze di risocializzazione<sup>253</sup>.

Al di là degli elementi di forte suggestione e delle eleganti argomentazioni di Höffe, tuttavia, è lecito dubitare che una loro proiezione pratica possa avere esiti appaganti in termini liberal-garantistici. Se ne trae una plastica dimostrazione dall'esperienza sopra richiamata degli obblighi positivi di fonte convenzionale, il cui contributo in termini di maggiore o migliore tutela è - come si è visto - piuttosto dubbio.

A questo punto del nostro percorso è probabilmente più opportuno abbandonare il tentativo di affidarsi alla giurisprudenza sovranazionale per ricostruire il volto della proporzionalità,

---

<sup>253</sup> O. HÖFFE, op. ult. cit., p. 88: «Finché il diritto penale fa riferimento ad azioni intenzionali, che avvengono a seguito della violazione di una regola e soprattutto a causa di tale violazione, esso può essere sì riformato in più sensi, ma non può mai perdere il suo carattere di ritorsione. Poiché anche le alternative, l'effetto intimidatorio tramite la minaccia della pena e il reinserimento [...] riconoscono - eventualmente à *contre cœur* - l'idea della ritorsione». Per uno sguardo critico nei confronti di questi tentativi di «rilegittimare il diritto penale in chiave gius-filosofica» cfr. G. FIANDACA, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sovranazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2007, 69 e ss., e, in particolare, p. 88 e ss.; ID. *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in AA. VV., *La mediazione penale tra diritto italiano e internazionale*, a cura di F. Palazzo e R. Bartoli Firenze, 2011, 108 e ss. in cui, a partire dall'esperienza sudafricana di reazione all'apartheid, l'A. ragiona sulla migliore attitudine mostrata dalle strategie riconciliative per riaffermare i diritti violati. Cfr. inoltre L. BACCELLI, *Il pluralismo preso sul serio: quali diritti, quale giustizia penale?*, in *Jura gentium*, 1/2005, p. 25 e ss.

quantomeno come strumento dotato di una sua cogenza per limitare la pretesa punitiva da parte degli Stati (o, eventualmente, da parte delle Istituzioni sovranazionali). Concepita in linea teorica come divieto di “eccessi di misura” (*Übermaßverbot*), si rivela invece – in mancanza di una sufficiente tematizzazione – uno strumento *bon à tout faire*<sup>254</sup>, incapace di far da argine alle pretese punitive abusive o sproporzionate. Bisogna interrogarsi senza infingimenti se si tratti della fisiologica trasformazione connessa al più vasto fenomeno di internazionalizzazione proprio del nuovo sistema reticolare<sup>255</sup> ovvero se si tratti di un arretramento inaccettabile – di una «deriva», come pure si è detto<sup>256</sup> – delle categorie del garantismo penale.

Pur senza giungere a conclusioni drastiche in un senso o nell’altro, sicuramente si rende necessario impegnarsi ad aumentare la capacità di resistenza dei principi garantistici rispetto all’irruenza della retorica dei diritti umani e alla sua vocazione totalizzante. A tal

---

<sup>254</sup> talora, osserva Y. CARTUYVELS (*Droits de l’homme et droit pénal, un retournement?*, cit., p. 36), «la proportionnalité est mise en avant pour justifier le retour d’un rétributivisme pénal plus strict, alors que l’égalité [...] pourrait signifier plus “decision également sévère” que “également modérée”»

<sup>255</sup> M. VOGLIOTTI, *Introduzione*, in AA. VV., *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, a cura di M. Vogliotti, p. 1 e ss.

<sup>256</sup> S. MANACORDA, «*Obblighi di punire?*», cit., p. 1399; ma il termine ricorre anche in altri autori. Di «deriva securitaria» si parla ad esempio A M. MAUGERI, *La proporzione*, cit. a proposito della strada che rischia di imboccare la politica penale europea.

fine è opportuno dotare la materia di una visione sistematica, perduta probabilmente quale effetto collaterale di un approccio giurisprudenziale essenzialmente casistico. In questo senso, i giudici di Strasburgo - come pure quelli lussemburghesi - dovrebbero rivolgere uno sguardo più attento alle giurisprudenze costituzionali domestiche e alle indicazioni provenienti dalla dottrina per evitare gli esiti paradossali di cui si è finora parlato.



### Capitolo III

## I limiti costituzionali al potere punitivo. Dalla ragionevolezza alla proporzionalità.

### 1. Premessa.

Restano adesso da esplorare, ai fini della nostra indagine, le «dimensioni» nazionali (italiane, in particolare) della proporzionalità in materia penale.

Com'è noto, il tema non è stato mai compiutamente tematizzato, ma non per questo è stato assente da percorsi giurisprudenziali e dal dibattito dottrinale. Si può dire piuttosto che è rimasto sottotraccia. Una sorta di concetto carsico che qua e là affiora: infatti, pur appartenendo da sempre al patrimonio del penalista<sup>257</sup> - considerato alla stregua di un «principio assoluto e

---

<sup>257</sup> Nella manualistica il principio viene richiamato come principio fondamentale del sistema penale. cfr. Ad esempio G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 57 ; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, p. 7 ; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit. p. 318 ; D. PULITANÒ,

supremo del magistero punitivo»<sup>258</sup> - ha assunto sempre contorni piuttosto nebulosi ed indeterminati.

Come già emerso nel corso di questa trattazione, può in via di prima approssimazione dirsi che le categorie logiche a cui ci si è tradizionalmente affidati per ottenere prestazioni corrispondenti a quelle richieste alla proporzionalità sono i principi di sussidiarietà(penale)/*extrema ratio*, offensività e ragionevolezza<sup>259</sup>. Si tratta, specie nei primi due casi, di concetti dotati di grande vitalità nel dibattito dottrinale, ma connotati nella dinamica giudiziaria da una alterna capacità dimostrativa che ne determina una difficile giustiziabilità.

A tutta prima può dirsi che nel dibattito dottrinale italiano, pur con alcune sfumature, si contendono il campo due posizioni.

Una prima che guarda fiduciosa alle capacità ordinanti di

---

*Diritto penale*, cit. 647 e ss., volendo v. anche G. FIANDACA - G. DI CHIARA, *Introduzione al sistema penale*, cit.; Per un efficace quadro ricostruttivo della parabola del principio di proporzione nella dottrina penalistica italiana, cfr. M.SBRICCIOLI, *La penalistica civile. Teoria e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in AA. VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, a cura di A.Schiavone, Roma-Bari, 1990, p. 167 e ss.

<sup>258</sup> F.CARRARA, *Programma del corso di diritto penale*, Firenze, 1867, § 495.

<sup>259</sup> V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, paligenesi, cross-fertilization*, cit..

questo principio ed anzi ne auspica un maggiore e più rigoroso utilizzo. Faccio riferimento, ad esempio, alle recenti posizioni di Vittorio Manes<sup>260</sup>, il quale guarda all'esperienza sovranazionale come riferimento per giungere ad una «rifondazione» del giudizio di ragionevolezza della norma penale sulla base di canoni di razionalità capaci di sottoporre a controllo critico la stessa idoneità della norma rispetto agli scopi, se possibile suffragando il giudizio su dati empirici<sup>261</sup>.

Ma l'autore forse più attento a valorizzare il principio di proporzionalità è da tempo A.M. Maugeri. Già a partire dalla metà degli anni '90 del secolo scorso, ben prima che il dialogo fra corti nell'ordinamento multilivello acquisisse un'impronta così dinamica, quest'Autore guardava al modello di proporzionalità di matrice tedesca come «criterio di controllo dell'operato del legislatore da parte della Corte costituzionale [...] fondato sul rispetto dei diritti fondamentali» di cui lamentava una «insufficiente o inesistente valorizzazione». Un vero scrutinio sui calcoli prognostici presupposti

---

<sup>260</sup> Si fa riferimento ovviamente al lavoro di V.MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, paligenesi, cross-fertilization*, cit.; ID., *metodi e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio penale*, 1/2012, p. 29 e ss.; ID., *Principio di proporzionalità. scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, cit.; poi ampiamente sviluppati in ID., *Il giudice nel labirinto. Profili e intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit.;

<sup>261</sup> V. MANES, *I principi penalistici*, cit., p. 856.

all'attività di penalizzazione - aggiunge - non sarebbe possibile «attraverso un principio di ragionevolezza fondato sul mero art. 3, comma 1, Cost., che impone un principio di uguaglianza giuridica, ma piuttosto su un principio di proporzione fondato sui *Grundrechte* riconosciuti dalla Carta costituzionale» (e che perciò fa derivare dall'art. 2 Cost.)<sup>262</sup>.

Altri autori, invece, e faccio riferimento soprattutto alle tesi radicali di Massimo Donini <sup>263</sup> , avanzano forti perplessità sull'attitudine del principio di proporzionalità ad essere utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale per controllare la pretesa punitiva statale. A monte è la stessa consistenza del principio ad essere revocata in dubbio, considerato «cieco e relativistico, buono davvero per tutte le stagioni». Secondo quest'impostazione, dunque,

---

<sup>262</sup> Cfr. A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 1999, p. 434 e ss.; tema poi ripreso per ragionare intorno alla razionalità dell'opzione punitiva sottesa all'introduzione del delitto di atti persecutori in ID., *Lo Stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, in particolare a p. 36 e ss.; Alla dimensione europea del principio di proporzione è dedicato invece ID., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, cit.

<sup>263</sup> M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., § 5 e 8; ID., *Prospettive europee del principio di offensività*, in AA. VV. *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 124 e ss; ID, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*. cit. p. 132.

per evitare che diventi un concetto «*passepartout*, la proporzione andrà non solo concretizzata sulla coerenza delle *scelte di ogni ordinamento*, ma anche sulla griglia di *altri principi* parigrado costituzionali o sovranazionali». Il riferimento è al principio di offensività che invece sarebbe dotato di una dimensione assiologica propria. Piuttosto che importare nel nostro ordinamento «concetti allotri»<sup>264</sup>, infatti, Donini auspica una esportazione del principio di offensività quale canone da applicare alle politiche penali dell'Unione<sup>265</sup>. In questo contesto, peraltro, l'obbligo di motivazione degli atti che grava sulle Istituzioni potrebbe dare un contributo in termini di controllo di razionalità del principio<sup>266</sup>.

---

<sup>264</sup> Si attinge ancora una volta alla prosa di V. MANES, *I principi penalistici*, cit.

<sup>265</sup> M.DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 19.

<sup>266</sup> Ivi. È, questo, un tema molto presente nel pensiero di Massimo Donini, che da tempo sostiene la necessità di introdurre un obbligo di motivazione delle leggi penali quale «strumento tecnico per il controllo della dialettica democratica e del metodo discorsivo della sua formazione. [...] la motivazione della legge costituisce la premessa epistemologica e politica per assicurare alla riserva di legge una dimensione sostanziale che renda possibile l'attuazione dei percorsi della ragione pubblica secondo parametri noti e *steps* tracciabili e controllabili: domani anche in termini di ragionevolezza (razionalità rispetto ai valori e agli scopi) e sussidiarietà (razionalità rispetto alle conseguenze) da parte della Corte costituzionale»: ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 189; ma negli stessi termini v. anche ID., *Il volto attuale*, cit. 272 e ss.; ID., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit..

Ma, prima di proseguire è opportuno soffermarsi sugli strumenti utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale sui limiti al potere punitivo.

## 2. La giurisprudenza costituzionale.

Rispetto all'intervento sulle opzioni di politica criminale del operate dal legislatore, com'è noto, il giudice delle leggi ha tradizionalmente assunto un atteggiamento «defilato»<sup>267</sup> di prudente

---

In generale sulla motivazione della legge cfr. S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova 2008.

<sup>267</sup> L'espressione è di G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in AA. VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, p. 1021. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale cfr. ID., *Introduzione*, AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, p. IX e ss.; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, ivi e 91 e ss.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 e ss.; ID., *Il principio di offensività*, cit., p. 213 e ss.; G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA. VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Milano, 2009, p. 115 e ss.; ID., *Diritto penale*, in *Una introduzione al sistema penale*, cit.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1998, 350 e ss..

moderazione. Prudente, ma non distratta. Piuttosto, i giudici delle leggi si sono dovuti misurare con l'esigenza di svolgere un controllo contenutistico rispetto a scelte che la Costituzione - attraverso la riserva di legge assoluta di cui all'art. 25 Cost. - ha assegnato alla discrezionalità del legislatore<sup>268</sup>.

Così, su questo difficile crinale, la Corte ritiene che non esistano «strutture ontologiche delle condotte criminose tali da vincolare il legislatore a valutarle allo stesso modo; quand'anche si fosse d'accordo sull'esistenza di strutture ontologiche dei comportamenti criminosi, rimarrebbe pur sempre salva la libertà del legislatore di valutare giuridicamente le medesime in maniera coerente alle varie finalità immediate perseguite nei diversi momenti storici ed alle svariate conseguenze, dannose o pericolose, dirette od indirette, che, nei tempi e nei luoghi nei quali i comportamenti criminosi si realizzano, questi ultimi sono idonei a produrre. Ed è quasi superfluo aggiungere che anche le opzioni legislative in tema di qualità e quantità delle sanzioni penali sono motivate dalle ragioni

---

<sup>268</sup> Si veda a proposito F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., che osserva come «tutti i principi di garanzia implicano una tensione con l'istanza democratica nella misura in cui si pongono come limiti al potere legislativo» (p. 365). In proposito, più diffusamente cfr. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, n. 36, 2007, p. 1262 e ss..

innanzi indicate»<sup>269</sup>.

Sulla base di quest'ispirazione di fondo, per evitare che la capacità intrusiva della discrezionalità legislativa sulla libertà personale sia senza controllo o limiti<sup>270</sup>, i giudici costituzionali hanno attinto allo strumento della ragionevolezza<sup>271</sup>. Scrutinio che in

---

<sup>269</sup> Corte cost., sent. 26 marzo 1986, n. 62 (rel. Dell'Andro), in *Cass. pen.*, 1986, p. 1053 e ss. con nota di PALAZZO, *Ragionevolezza dell' previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplosivi*.

<sup>270</sup> Come, ad es., emerge chiaramente da Corte cost., 6 luglio 1989 (rel. Dell'Andro), n. 409, intema di obiezione di coscienza: «Non v'è dubbio, infatti, che il legislatore *non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici* ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante ma è anche indubbio che le valutazioni, dalle quali dipende la riduzione del numero delle incriminazioni, attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui 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 in questa sede. La non applicazione, da parte del legislatore ordinario, dei criteri informativi di politica criminale (quale quello di "sussidiarietà" del diritto penale) costituzionalmente sanciti, possono, infatti, essere censurati da questa Corte solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto».

<sup>271</sup> La prima decisione di accoglimento fondata sul parametro della ragionevolezza ricavato dall'art. 3 Cost in materia penale risale alla sentenza 5 maggio 1979, n. 26 (rel. Paladin), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, con



materia penale «deve essere compiuto con particolare rigore, per le conseguenze che ne discendono, sia per la libertà dei singoli che per la tutela della collettività»<sup>272</sup>.

Attraverso questo criterio di controllo - originariamente sperimentato come giudizio di ragionevolezza/uguaglianza (c.d. *nucleo forte* dell'art. 3 Cost.<sup>273</sup>) per comparare *quoad poenam* fattispecie diverse<sup>274</sup> - la Corte ha messo su un suo strumento argomentativo

---

nota di N.ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, p. 200 e ss.. Pronuncia con cui la corte con cui la corte dichiarò illegittima l'art. 186, co. 1, del codice penale militare di pace che prevedeva la parificazione, sul piano sanzionatorio, delle fattispecie di omicidio tentato e omicidio consumato. Cfr. G. INSOLERA, *Principio di uguaglianza e controllo di ragionevolezza delle norme penali*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacova, M. Pavarini e M. Zanotti, Torino, 1997, p. 264 e ss. Sul canone della ragionevolezza ci si limita a segnalare i fondamentali L. Paladini, sub *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, I, 1997, p. 899 e ss.; J.LUTHER, sub *Ragionevolezza (delle leggi)* in *Dig. Disc. pubb.*, XII, Torino, 1997; A. CERRI, sub *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, XXV; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G.SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit.

<sup>272</sup> Corte cost., sent. 16 aprile 1998 (rel. Vassalli), n. 114, in *Giur cost.*, 1998, p. 965 e ss.

<sup>273</sup> Cfr. A. CERRI, sub *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994.

<sup>274</sup> Secondo questo modello di giudizio l'irragionevolezza va valutata guardando al trattamento sanzionatorio complessivo (ad es. ricorrenza di cause estintive, possibilità di accedere a riti speciali, previsione di

che consentisse di valorizzare in quella sede l'idea illuministica dell'intervento penale *extrema ratio* di tutela<sup>275</sup> e di restituire centralità alla funzione rieducativa della pena, solennemente riaffermata dalla sentenza n. 313 del 1990<sup>276</sup>.

L'evoluzione giurisprudenziale ha quindi visto il canone della ragionevolezza evolversi verso un paradigma più vicino a quello della proporzionalità: in questo senso, un riferimento più pregnante alle relazioni fra finalità della pena e interesse tutelato ha consentito l'estensione del controllo anche all'equilibrio *interno* della scelta sanzionatoria e le stesse tecniche di strutturazione della fattispecie<sup>277</sup>.

---

cause di procedibilità), non necessariamente legato alla mera misura della sanzione.

<sup>275</sup> Con riferimento a questo profilo si veda la ricostruzione definita di recente da G. DE MURO, *Ultima ratio. Alla ricerca di limiti all'espansione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654 e ss.

<sup>276</sup> Corte cost., sent. 26 giugno 1990, n. 313 (rel. Gallo), in *Foro it.*, 1990, I, c. 2385, con nota di G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*. Sulle relazioni fra finalismo rieducativo della pena e principio di ragionevolezza, cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 131 e ss. (§6).

<sup>277</sup> Si vedano ad esempio le argomentazioni della sentenza n. 370 del 1996 intorno alla possibilità di censurare modelli di incriminazione fondati sul tipo dei c.d. reati di sospetto: Corte cost., sent. 17 ottobre 1996, 370 (rel. Guizzi) in *Riv. it. dir. proc. pen.*, con osservazioni di A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, cit., riguardante la costituzionalità dell'art. 708 c.p., («possesso ingiustificato di valori»); cfr. anche Corte cost., sent. 10 luglio

In questi casi il c.d. *tertium comparationis* viene ad assumere un valore soltanto «indiziante» circa la sperequazione sanzionatoria, cedendo il passo a valutazioni direttamente legate all'interesse tutelato dalla norma e al coefficiente di offensività del tipo<sup>278</sup>. Così facendo, il diaframma di valutazione a disposizione dei giudici costituzionali si è allargato fino a consentire valutazioni intorno alla *razionalità politico-criminale* sottesa all'opzione legislativa. Sotto due profili.

In primo luogo, sul versante *valutativo* la Corte effettua valutazioni circa la qualità dei beni giuridici in gioco per verificare l'esistenza di un rapporto di proporzione con l'entità del sacrificio

---

2002, n. 354 (rel. Mezzanotte) in *Giur. Cost.*, 2002, p. 2653, con nota di S. SILVANI, *Definitivamente espulsa dal sistema penale l'ubriachezza manifesta* e in *Foro it.*, 2003, I, c. 2923 e ss., con nota di A. TESAURO. Sentenza con cui la corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 688, co. 2, c.p. che prevedeva la punibilità di colui che fosse colto in stato di manifesta ubriachezza, se avesse riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale. Sui reati di sospetto, per una panoramica più vasta, v. adesso R. CALISTI, *Il sospetto di reati. Profili costituzionali e prospettive attuali*, Milano, 2003.

<sup>278</sup> Così V. MANES, *il principio di offensività*, cit., p. 221 a cui si rinvia per la ricca casistica riportata. Si vedano inoltre le riflessioni scaturite dall'analisi di Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394 (rel. Flick) di O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sent. 394 del 2006 sui falsi elettorali*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2007, p. 100 e ss., dove si evidenzia l'attitudine della Corte, in un «giudizio *trincerato* sulla disparità di trattamento», si diffonda in apprezzamenti sostanziali legati alle caratteristiche e al rango dei beni giuridici rispettivamente protetti dalle fattispecie poste a raffronto considerati nel sistema dei valori costituzionali.

imposto con l'introduzione della fattispecie penale (c.d. razionalità *assiologica*). In altri casi, invece, il giudizio assume connotati di carattere empirico, soffermandosi sulla idoneità e sulla adeguatezza della tecnica di tutela adottata rispetto allo scopo di protezione perseguito<sup>279</sup> (c.d. razionalità *strumentale*)<sup>280</sup>. Non si tratta, tuttavia di due criteri che operano separatamente<sup>281</sup>. Al contrario, l'esperienza

---

<sup>279</sup> Sull'uso delle valutazioni di impatto nel diritto penale e delle loro proiezioni in termini di razionalità materiale cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 e ss. Interessante in proposito la posizione assunta dalla Corte in materia di reati di pericolo astratto, la cui teorica ammissibilità va sempre verificata sulla base di «collaudate regole di esperienza» (v. Corte cost., sent. 10 luglio 1991, n. 313 (rel. Granata), in *Foro it.*, I, c. 2628 e ss., con nota di G.FIANDACA, *La nuova legge antidroga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*).

<sup>280</sup> Questa ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ancorata ai modelli weberiani di 'razionalità assiologica' e 'razionalità strumentale' si deve a G. FIANDACA, *Introduzione al sistema penale*, cit. p. 148 e ss.. Sul punto giova ricordare anche la distinzione di G. ZAGREBELSKY (*La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, p. 147 e ss.) tra 'razionalità' e 'ragionevolezza': mentre la prima è legata alla *coerenza logica*, la seconda esprime *l'adeguatezza rispetto ad un valore*. In questi termini v. anche A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2014, p. 125 e ss.. Altri autori, invece preferiscono distinguere tra razionalità sistematica o ragionevolezza strumentale e giustizia-equità. Cfr. in questo senso G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

<sup>281</sup> V. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, p. 107.

giurisprudenziale mostra come questi due moduli argomentativi finiscono spesso per spesso si intersecarsi ed interagire fra loro<sup>282</sup>.

La pronuncia con cui si è compiutamente raggiunto questo livello di maturazione della giurisprudenza costituzionale è senz'altro la sentenza n. 354 del 2002<sup>283</sup> sull'incostituzionalità dell'ubriachezza manifesta. In quest'arresto la Corte la corte eleva finalmente l'offensività a criterio dotato di autonoma dimostratività e capace dunque di giustificare, da solo, una declaratoria di incostituzionalità<sup>284</sup>.

Ma già a partire dagli anni '80 del secolo scorso, il giudizio di costituzionalità in materia penale è andato assumendo caratteri peculiari che lo hanno visto progressivamente sganciarsi dal canone della ragionevolezza/uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., per assumere a parametro gli articoli 25 e 27 della Costituzione. Il punto focale del vaglio di costituzionalità in materia penale tende dunque a spostarsi su valutazioni incentrate sulla proporzionalità della misura, direttamente riconnessa alla congruità delle cornici edittali rispetto ai

---

<sup>282</sup> si veda ad es. Corte cost., sent. 6 luglio 2000, n. 263 (rel. Mezzanotte), in *Giur. Cost.*, 2000, con nota di G.M. SALERNO, *Il canone di efficienza e il controllo di discrezionalità legislativa in materia penale*, p. 2071 e ss..

<sup>283</sup> Corte cost., sent. 10 luglio 2002, n. 354, cit.; cfr. altresì Corte cost., sent. 7 luglio 2005, n. 265 (rel. Neppi Modona), in *Giur. cost.*, 2005, p. 2432 e ss.; sent. 11 giugno 2008, n. 225 (est. Flick), *ivi*, 2008, p. 2528 e ss..

<sup>284</sup> cfr. V.MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 232.

fini della pena e della capacità di questa di raggiungere gli scopi prefissati dal legislatore. I criteri di giudizio sono sempre più vicini a quelli della idoneità, della necessità e della proporzionalità elaborati in ambito tedesco ed europeo.

Cominciando dall'idoneità, la Corte non si è sottratta dal rimarcare che «la repressione penale non costituisce, di per sé, l'unico strumento di tutela di interessi come quello ambientale, ben potendo risultare altrettanto e perfino più efficaci altri strumenti, anche sanzionatori, specialmente quando si tratti di regolare e di controllare, più che condotte individuali - le uniche assoggettabili a pena, in forza del principio di personalità della responsabilità penale - , attività di impresa»<sup>285</sup>. A voler ulteriormente esemplificare, si pensi alla sent. n. 249 del 2010<sup>286</sup> che ha dichiarato l'incostituzionalità

---

<sup>285</sup> Corte cost., sent. 16 dicembre 1998, n. 456 (rel. Onida), in *Giur. cost.*, 1998, p. 3795 e ss. nel caso di specie la corte concluse per la non fondatezza della questione di costituzionalità, riconoscendo ancora al legislatore un «apprezzamento largamente discrezionale, se ricorrere alle sanzioni penali o a quelle amministrative in relazione alle violazioni in oggetto». Ma non mancano casi successivi in cui, avendo a disposizione un *tertium comparationis* idoneo la corte è giunta a censurare la scelta del tipo di sanzione operata dal legislatore, ritenendo irragionevole l'opzione per la sanzione penale in luogo di quella amministrativa. Cfr. Corte cost., sent. 25 luglio 2001, n. 287 (rel. Capotosti), in *Giur. cost.*, 2001; sent. 29 dicembre 2004, n. 426 (rel. Maddalena) in *Cass. pen.*, 2005, p. 1567 e ss.

<sup>286</sup> Corte cost., sent. 8 luglio 2010, n. 249 (rel. Silvestri), in *Giur. cost.*, 2010, p. 2996 e ss., on osservazioni di F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*.

dell'aggravante relativa al fatto commesso da un soggetto che si trovi illegalmente nel territorio nazionale. In quest'occasione, la Corte ha specificato che «non potrebbe essere ritenuta ragionevole e sufficiente, d'altra parte, la finalità di contrastare l'immigrazione illegale, giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto alle identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari. Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall'azione criminosa contemplata dalla norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce, specificamente ritenuti dal legislatore meritevoli della tutela rafforzata costituita dalla sanzione penale»<sup>287</sup>. È peraltro significativo che, pur potendo agganciare il proprio ragionamento all'art. 3 Cost., la Corte preferisce assumere la più ampia angolazione prospettica fornita dall'art. 25, co. 2, Cost., ritenuto espressivo della logica del «diritto penale del fatto» e direttamente connesso al principio di offensività. Spostato in questo modo il punto focale, la Corte si ricava uno spazio di valutazione più ampio che le consente un «bilanciamento serrato con le ragioni di tutela dei diritti fondamentali (non limitati soltanto alla libertà personale) dei destinatari della norma penale»<sup>288</sup>.

Emerge anche, nell'agomentare del giudice delle leggi,

---

<sup>287</sup> *ivi*, § 5.

<sup>288</sup> Dalla nota di commento di F.VIGANÒ, *cit.*, p. 3021.

un'attenzione nei confronti dell'esigenza di raggiungere le finalità pubbliche col mezzo meno incidente sulla libertà dei singoli: «Il principio di proporzionalità [...] nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni»<sup>289</sup>.

Quanto poi alla proporzionalità in senso stretto, la linea direttrice è che la sanzione deve essere espressione del disvalore del reato<sup>290</sup>. Ma il giudizio sulla congruità edittale è uno dei più delicati da svolgere per la Corte, perché saturo di valutazioni assiologiche, più adatte ad essere affidate al gioco democratico. In linea di massima, infatti, «non spetta alla corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie»<sup>291</sup>. L'unica via che i giudici costituzionali possono percorrere in questi

---

<sup>289</sup> Corte cost., 6 luglio 1989, n. 409, cit..

<sup>290</sup> cfr. F. BAILO, *La struttura della sanzione. Una prospettiva costituzionale*, Milano 2012; P. CHIRULLI, *La sanzione penale : « se », « come », « quando » e « quanto » punire alla luce della giurisprudenza costituzionale*, cit. p. 61 ; C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 951 e ss.

<sup>291</sup> Corte cost., sent. 19 luglio 1994, n. 341 (rel. Spagnoli).



casi, dunque, resta quella tradizionale del giudizio di ragionevolezza/uguaglianza<sup>292</sup>, stante l'impossibilità di commutare le valutazioni qualitative sul "se punire" in una stima sulla quantità

---

<sup>292</sup> riservato però ai soli casi di «scelte normative palesemente arbitrarie o radicalmente ingiustificate, ovvero contrastanti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, che si traducono in un uso distorto della discrezionalità (v. anche, tra le decisioni più recenti, sentenze n. 313 del 1995, n. 217 del 1996 e n. 287 del 2001, nonché ordinanze numeri 110 e 323 del 2002, n. 172 del 2003 e n. 158 del 2004). In particolare, questo indirizzo ha trovato applicazione anche con riferimento a questioni relative alla determinazione del minimo edittale della sanzione (sentenza di accoglimento n. 341 del 1994 e ordinanza di manifesta infondatezza n. 163 del 1996), nonché in caso di mancata previsione di una ipotesi attenuata per le violazioni di minor rilievo (ordinanza n. 456 del 1997)». Così Corte cost., sent. 13 luglio 2005, n. 325 (rel. Neppi Modona) in *Cass. pen.*, 2005, p. 3336 e ss. (corsivi aggiunti) che non ravvisa irragionevolezza nella mancata previsione dell'attenuante di minore gravità nella violenza sessuale di gruppo, a differenza della violenza sessuale monosoggettiva. In altri casi - ravvisando un quadro sanzionatorio squilibrato ma non al punto da essere affetto da «intrinseca irragionevolezza» - la corte si è limitata a «rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate». V. Corte cost. sent. 22 gennaio 2007, n. 22 (rel. Silvestri) in *Giur. cost.*, 2007, con nota di commento di D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sull'entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, p. 181 e ss.; nonché la recente sent. 23 marzo 2012, n. 68 (rel. Frigo), in *Giur. cost.*, p. 892 e ss., con nota di C.SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione un diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso- troppo - sul serio»*. Negli stessi termini anche le recenti sent. 14 aprile 2014, n.106 (rel. Lattanzi); sent. 14 aprile 2014, n.105 (rel. Lattanzi);

ottimale di pena (“quanto punire”)<sup>293</sup>. Si tratta dunque di un giudizio essenzialmente comparativo, da svolgere necessariamente attraverso il ricorso ad un *tertium comparationis*<sup>294</sup>. Nella valutazione del *quantum* del trattamento sanzionatorio la proporzionalità viene ricavata «dall’art. 27, terzo comma, Cost., nel suo valore fondante, in combinazione con l’art. 3 Cost.»<sup>295</sup>.

### **3. Il sindacato di proporzionalità/ragionevolezza come modulo di sintesi delle istanze garantistiche.**

---

<sup>293</sup> anche ad assumere come punto di riferimento la griglia dei valori costituzionali, l’incomensurabilità sottesa al rapporto fra reato e pena impedisce la derivabilità logica della misura della sanzione. La massima di R. V. JHERING secondo la quale «la tariffa della pena misura il valore sociale dei beni» (*Lo scopo del diritto*, ed. it. A cura di M. Losano, Torino, 1972, 346, che riecheggia il brocardo di PAPINIANO per il quale *poena est aestimatio delicti*) può avere forse una certa attitudine descrittiva - con molti *caveat!* -, ma mai deontologica.

<sup>294</sup> Sulla impossibilità di sanzionare un reato singolarmente preso cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 395.

<sup>295</sup> Sent. 23 marzo 2012, n. 68, cit. (§ 5). Il finalismo della risocializzazione acquisisce in questi casi un ruolo dirimente, ché «una pena sproporzionata alla gravità del reato commesso, da un lato non può correttamente assolvere alla funzione di ristabilimento della legalità violata, dall’altro non potrà mai essere sentita dal condannato come rieducatrice: essa gli apparirà solo come brutale e irragionevole vendetta dello stato, suscitatrice di ulteriori istinti antisociali» sent. 27 dicembre 2012, n. 312 (rel Lattanzi).

Come si è cercato di mettere in luce, nonostante il paradigma di giudizio adoperato dalla Corte non sia strutturato in una sequenza di valutazioni complessive<sup>296</sup>, il giudizio di legittimità costituzionale delle norme penali mostra già muoversi entro le dimensioni della proporzionalità. Se si prescinde dal dato terminologico, non sembra che, nella sostanza, la giurisprudenza costituzionale italiana si discosti dalle altre esperienze costituzionali europee.

Né può dirsi che il ricorso ad una proporzione *more germanico structurata* sia in grado di ridurre i margini di valutatività del vaglio di ragionevolezza operato dai giudici costituzionali<sup>297</sup>, trattandosi comunque di un giudizio intrinsecamente valoriale<sup>298</sup> e come tale esposto ad un certo tasso di opinabilità. D'altro canto, la convivenza di principi e valori costituzionali si caratterizza per un equilibrio

---

<sup>296</sup> Di approccio «de-strutturato» e «informale» parla M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione svolta alla conferenza trilaterale delle corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola del 24-26 novembre 2013, disponibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>297</sup> Si vedano in proposito le notazioni critiche alla giurisprudenza costituzionale tedesca di E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., p. 259 e ss.

<sup>298</sup> La ragionevolezza è addirittura rappresentata come lo strumento di mediazione tra sentimento e logica formale da A. SPADARO, *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, in *Ars interpretandi*, 2002 p. 325 e ss.;

instabile che non può cristallizzarsi in regole rigide di giudizio. Piuttosto, come ha specificato di recente la Corte, «il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro contenuto essenziale»<sup>299</sup>.

Da questo punto di vista, dunque, il richiamo alla proporzione costituisce una «risposta priva di grandi contenuti selettivi» che si rivela necessaria più che altro per chi «non dispone (o non valorizza a sufficienza) un autonomo principio di offensività»<sup>300</sup> come avviene soprattutto in Germania<sup>301</sup> ed in Spagna<sup>302</sup>. Ed è

---

<sup>299</sup> Corte cost., 9 giugno 2013, n. 85 (est. Silvestri).

<sup>300</sup> così M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 12.

<sup>301</sup> cfr. E.R. BELFIORE, op. loc. ult cit.

<sup>302</sup> Per le forti affinità che emergono fra il controllo italiano in termini di ragionevolezza/offensività e la giurisprudenza in materia di *proporcionalidad* del *Tribunal constitucional* spagnolo cfr. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, 2007; AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, 1999. Va peraltro rilevato che anche secondo il *Tribunal constitucional* il principio di *proporcionalidad* non è un parametro costituzionale autonomo, ma un criterio generale che consente di valutare se determinate retribuzioni di un diritto di rilevanza costituzionale siano o non siano ammissibili. Cfr. GONZALES BEIFLUSS, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del tribunal constitucional*, Cizur menor, 2003.

significativo che in in paesi in cui la dottrina lamenta una scarsa implementazione del principio di proporzionalità come la Francia<sup>303</sup>, alcuni autori guardano all'elaborazione italiana sul principio di offensività per «dare un contenuto» al *principe de nécessité des incrimination*<sup>304</sup>.

Ad ogni modo non possono riporsi soverchie aspettative su una eventuale importazione del *dreistufige Prüfung* come strumento atto a garantire la controllabilità delle decisioni della Consulta. La non predeterminabilità dell'esito del controllo di ragionevolezza/proporzionalità attiene a ragioni che prescindono dalla eventuale schematicità del vaglio operato dai giudici<sup>305</sup>, dovute

---

<sup>303</sup> Per un'efficace quadro di insieme v. M. SORDINO, *De la proportionnalité en droit pénal*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur du professeur JacquesHenri Robert*, Parigi, 2012, p. 711 e ss.; nonché l'ampia ricostruzione dei problemi connessi alla scarsa attenzione nei confronti del *prinpe de nécessité* contenuta in R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Parigi, 2010, p. 155 e ss.

<sup>304</sup> così R. PARIZOT, *Pour véritable principe de nécessité des incriminations*, in *Politique(s) Criminelle(s). Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, a cura di J. Alix, P. Beauvais e R. Parizot, Parigi, 2012. I pregi della prospettiva italiana sono riconosciuti anche da W. HASSEMER nella *Prefazione* a E.R.BELFIORE, cit.

<sup>305</sup> si vedano sul punto, in un'ottica teorico-generale, le acute osservazioni di C.LUZZATI, *Principi e princìpi. La genericità del diritto*, Torino 2012, p. 176 e ss. e ID., *Elogio dell'indifferenza. la genericità scarnificata*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, p. 377 e ss. che bolla come «mito» o «credenza

alla «malleabilità» del materiale di cui è fatta la Costituzione<sup>306</sup>. D'altro canto, la suggestione di un sindacato di costituzionalità strutturato a partire da teorizzazioni forti - piuttosto che giocare a favore della democraticità complessiva del sistema - finirebbe, al contrario, col comprimere la discrezionalità politica del legislatore. «Un uso accentuatamente “costruttivistico” dell'interpretazione costituzionale potrebbe portare a ridurre o, addirittura, eliminare quello spazio, saturandolo di diritto e di giurisdizione e sottraendolo illegittimamente alla politica e alla legislazione»<sup>307</sup>. Il punto di equilibrio non è predeterminabile in astratto, ma si deve riprodurre di volta in volta «nell'esercizio della virtù principe delle corti

---

superstiziosa» l'idea che al bilanciamento possa conseguire un risultato certo ed oggettivamente controllabile.

<sup>306</sup> L'espressione è di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 268. Si veda anche, R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in AA. VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di A. La Torre e M. Spadaro, 59 e ss., dove si spiega che «Le costituzioni moderne non sono riconducibili ad un unico ed omogeneo sistema di principi a causa della loro natura intimamente pluralista. [...] Sbaglia chi ritiene che ciò rappresenti una debolezza, un difetto dei testi costituzionali, così come sbaglia chi insegue la disperata *reductio ad unum*, della pluralità conflittuale dei principi, cercando il “vero” significato della costituzione o impossibili gerarchie culminanti in un valore o un principio dominante. Attendarsi coerenza dalle disposizioni di una costituzione rigida come la nostra è altrettanto assurdo, oltre che ingeneroso, che attendersi “coerenza” tra i generi alimentari conservati in un frigorifero: l'analogia funziona perché entrambi i «contenitori» sono accomunati *dall'eadem ratio*: conservare alcuni beni più a lungo possibile.

<sup>307</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 298.

costituzionali, la prudenza. La prudenza che non è timidezza e, meno che mai, subalternità, ma capacità di guardare ogni problema di costituzionalità “da entrambi i lati”: la garanzia dei diritti ma anche l’integrità del campo di esplicazione dei diritti medesimi»<sup>308</sup>. L’esercizio di questa «prudenza» consisterebbe appunto nella capacità di coordinare i principi costituzionali concorrenti per garantire una ragionevolezza politico-criminale complessiva. Il principio di ragionevolezza-proporzione di volta utilizzato dalla corte si atteggia dunque come un criterio di sintesi<sup>309</sup> che non può essere dominato da una logica cogente di tipo dimostrativo<sup>310</sup>, ma affidato piuttosto ad una ampia razionalità argomentativa non univocamente vincolante. La proporzionalità/ragionevolezza si

---

<sup>308</sup> G. ZAGREBLESKY, op. ult. cit., p. 281. Si veda sul punto anche G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 28, 2007, p. 220 e ss.

<sup>309</sup> Alla stregua di tutti i principi, secondo R.ALEXY, la proporzionalità può essere definita come un ‘precepto di ottimizzazione’ (*Optimierungsgebote*), con ciò intendendo un principio che prescrive che qualcosa deve essere realizzato nella misura più ampia possibile. Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, ed. it. a cura di L. Di Carlo, Bologna, 2012.

<sup>310</sup> Non mancano tuttavia tentativi di formalizzazione del ragionamento fondato sulla proporzionalità in termini logico-formali, a partire dall’illustre esempio di R. ALEXY, *La formula per la quantificazione del peso del bilanciamento*, in *Ars interpretandi*, 2005, p. 97 e ss.; cfr. inoltre G. SARTOR, *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2/2012, p. 337 e ss.. si vedano a proporsito le critiche di C. LUZZATI, *Elogio dell’indifferenza*, cit. sopra richiamate.

rivela come il «saldo finale della verifica della razionalità politico-criminale complessiva della disposizione censurata, condotta alla luce dell'insieme dei parametri costituzionali di volta in volta messi in tensione dalla fattispecie in discussione»<sup>311</sup>. Su questo versante le interferenze con la sfera del merito politico sono inevitabili. La stessa Corte ammette trattarsi di valutazioni non «strutturalmente diverse, sotto il profilo logico, dal procedimento argomentativo proprio dei giudizi valutativi implicati dal sindacato di legittimità» differenziandosene piuttosto perché in quest'ultimo le regole che devono essere assunte a parametro di giudizio sono formalmente sanciti dalla Costituzione <sup>312</sup>. Tuttavia, proprio perché il bilanciamento contiene elementi discrezionali e intuitivi, è più che mai opportuno farne un utilizzo sorvegliato. Inoltre, com'è stato ben rilevato, un «uso onesto e trasparente sparente di questa tecnica deve rendere chiaro che il bilanciamento implica appunto scelte costose, invece che occultarle dietro la dichiarata scoperta di un ordine oggettivo o intrinseco o, peggio ancora, logico, tra diritti»<sup>313</sup>.

Tuttavia il dato innegabile è che il discrimine tra il

---

<sup>311</sup> Così A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4909 e ss.

<sup>312</sup> Così, Corte cost., sent. 22 dicembre 1988, n. 1130 (rel. Baldassarre).

<sup>313</sup> G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, cit.



costituzionalmente decidibile e la dimensione di pertinenza del legislatore democratico è la stessa Corte a stabilirla. Ma la corte è una giurisdizione, «non un ufficio di conciliazione»<sup>314</sup>. E come tale, fra le istanze confliggenti, infine decide. Si tratta di decisioni che «si impongono per la particolare autorità di cui sono investiti i giudici delle leggi, e non perché esse scaturiscano da una misurazione matematica, o quasi, dell'importanza relativa delle ragioni confliggenti»<sup>315</sup>. Nelle democrazie contemporanee, d'altro canto, il processo deliberativo non approda mai ad un'ultima e definitiva istanza di definizione e le decisioni della Corte producono una forma di interlocuzione col legislatore. Può dirsi, infatti che il senso del costituzionalismo contemporaneo «consiste nel porre sempre nuovi limiti, ostacoli, impedimenti a quest'istanza di decisione ultima: nel dilazionare il più possibile, circoscrivendolo, e in tal modo depotenziandolo, il momento dell'esplicazione della sovranità»<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit. p. 287

<sup>315</sup> C. LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, cit. , p. 380.

<sup>316</sup> B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in *Filosofica politica*, n.3/2005, p. 440

## BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv. *Persona pena e processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, raccolti sotto la direzione di M. Gallo e a cura di M. Amisano e M. Caterini, Napoli, 2012, p. 49 e ss..

Aa.Vv. *Strefrecht als ræentgen. Liber amicorum Lieven Dupont*, a cura di R. Verstraeten, D. van Daele e B. Spriet, Louvain, 2005, II, p. 945 e ss.

Aa Vv., *Obblighi convenzionali di tutela penale*, in V. Manes – V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, 2011.

Aa.Vv., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, 2007.

Aa.Vv., «*Devoir de punir ?*» *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, sous la direction de G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda et J. Tricot, Paris, 2013, 79 e ss..

Aa.Vv., *Diritto penale – Parte speciale*, vol. I, a cura di D. Pulitanò, Torino, 2013, p. 474.

Aa.Vv., *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013.

Aa.Vv., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura

di E. D'Orlando e L. Montanari, Torino, 2009, 39 p. e ss.

Aa.Vv., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. Meccarelli – P. Palchetti – C. Sotis, Madrid, 2014.

Aa.Vv., *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006.

Aa.Vv., *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, a cura di M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage e E. Lambert. Abdelgawad, Parigi, 2003.

Aa.Vv., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes e V. Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 243 e ss.

Aa.Vv., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea e A. Spataro e L. Ventura, Torino, 2003, p. 70.

Aa.Vv., *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di F. Palazzo e R. Bartoli, Firenze 2011.

Aa.Vv., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain di Traité de Lisbonne*, a cura di G. Genevielli-Delage e C. Lazerges, Parigi, 2012.

Aa.Vv., *Le principe de subsidiarité*, a cura di F. Delperee,

Bruxelles, 2002, p. 159.

Aa.Vv., *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, 2007, p. 743 e ss.

Aa.Vv., *Sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, a cura di E. Raùl Zaffaroni e M. Caterini, Padova, 2014, p. 151 e ss.

Aa.Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, Napoli, 2011, p. 2413 e ss..

Id, *Les obligations de protection pénale des droits fondamentaux*.

Aa.Vv., *Un droit pénal postmoderne? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, a cura di M. Massé, J-P. Jean, A. Giudicelli, Paris, 2009;

Aa.Vv., *Punire mediare riconciliare*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino, 2009.

Aa. Vv., *I delitti di pedopornografia. Tra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psicofisico dei minori*, a cura di M. Bianchi e S. Delsignore, Padova, 2008, p. 113 e ss.

Adam, R. - Tizzano, A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014.

Aguado CorreaT. , *El principio de proporcionalidad en derecho*

*penal*, Madrid, 1999.

Ajani, G. – Pasa, B., *Diritto comparato. Casi e materiali*, Torino, 2013, p. 71.

Aleinikoff, T.A., *Constitutional law in the age of balancing*, in *Yale law journal*, vol 96, 1987, p. 943.

Alemanno, A., *Le principe de précaution en droit communautaire*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2001, p. 917.

Alexy, R., *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio juris*, june 2003, p. 131;

Alexy, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

Azzariti, G., *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 240 e ss.

Baccelli, L., *Il pluralismo preso sul serio: quali diritti, quale giustizia penale?*, in *Jura gentium*, 1/2005, p. 25 e ss.

Barack, A., *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, trad. ing. a cura di D. Kalir, Cambridge, 2012, p. 175 e ss.

Barak, A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge U.P., 2012, cap. 7, p. 742.

Baratta, A., *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra*

*riduzionismo e abolizionismo*, fascicolo della rivista *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985, p. 443 e ss.

Baratta, A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limite della legge penale*.

Barile, P., *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951.

Barletta, A., in Aa.Vv., *Cour de justice et justice pénal en Europe, Cour de Justice et justice pénale en Europe*, a cura di, G. Giudicelli-Delage e Stefano Manacorda, Parigi, 2010, p. 111 e ss.

Bartoli, R., "Chiaro e oscuro" dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto, in Aa. Vv., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. Meccarelli - P. Palchetti - C. Sotis, Madrid, 2014, pag. 137 e ss..

Beccaria, C., *Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di G. D. Pisapia, Milano, 1964 (1764), § XXIII.

Beck, U., *Condicio humana. Il rischio nell'età globale*, Bari, 2008.

Beck, U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2007.

Belfiore, E., *Giudice delle leggi e diritto penale. diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, p. 213.

Bernardi, A., *L'armonisation pénale accessoire*, in Aa.Vv., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain di Traité de Lisbonne*, p. 153 e ss.

Bernardi, A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen cont.- Riv. trim.*, 1/2012, p. 43 e ss..

Bilancia, P. - Pizzetti, F., *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004.

Bin, R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva « quantistica »*, Milano, 2013.

Bin, R., *Gli effetti del diritto dell'Uninone e il principio di entropia*, in *Scritti in onore di Francesco Modugno*, I, Napoli, 2011, p 369 e ss.

Bin, R., *Diritti e argomenti*, Milano, 1992.

Bin, R., *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Napoli, 2009, p. 35 e ss.

Boccalatte S., *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova 2008.

Bongiovanni, G., *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e*

*Habermas.*, in *Ars Interpretandi*, 2006, 10, p. 177 ss.

Bouchard M. - G. Minerolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005.

Branca, M., nota di, Corte cost., sent. n. 108 del 1981, in *Giur. Cost.*, 1981, p. 948, *Norme penali di favore: dall'irrilevanza al rifiuto della sentenza-legge*.

Bricola, F., *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto di tutela*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di G. Delitala*, I, Milano, 1984, p. 107 e ss.

Bricola, F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss.. dig. It.*, XIX, Torino, 1973, p. 5 e ss..

Buoso, E., *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, p. 39-40.

Buoso E., *Il dialogo fra corti e l'emersione della proporzionalità amministrativa*, in AA. VV., *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità*, Padova, Cedam, 2013, 405 - 433.

Çali, B., *Balancing th human rights? Metodological problems with weights, scales and proportions*, in *Human rights quarterly*, vol 29, 2007, 251.

Canestrari, R., sub *I reati di pericolo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI,



Roma, 1991.

Carbonnier, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 2001, p. 181.

Cardone, A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012;

Cardone A., sub voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, 2010, p. 335 e ss.

Cartabia, M. *I Principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione svolta alla Conferenza trilaterale della Corte costituzionale italiana, portoghese e spagnola, 24- 26 ottobre 2013, disponibile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Cartuyvels, Y., *Droit de l'homme et droit pénal, un retournement*, Aa. Vv., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, 2007, p. 23 e ss..

Castronuovo, D., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza sui luoghi di lavoro. La logica della precauzione come fattore espansivo del «penale» nella giurisprudenza della Cassazione*, in Aa.Vv., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del trattato di lisbona*, Roma, 2012.

Caterini, M., *La legalità penal-mediatica. La mercificazione del 'prodotto' politico-criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione*.

Caterini, M., *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *La giustizia penale*, 2/2012.

Caverivière, M., *Article 8*, in Aa. Vv., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, a cura di G. Conac, M. Debène e G. Teboul, Parigi, 1993, p. 182 e ss.

Celano, B., *Dialettica della giustificazione pratica: saggio sulla legge di Hume*, Torino 1994.

Chenal, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. Pen.*, 2006, p. 181 e ss.

Chirulli, P., *La sanzione penale: ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in Aa. Vv., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'Orlando e L. Montanari, Torino, 2009, 39 p. e ss.

Ciavola, A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010.

Cicirello, M.C., *La Comunità europea e i suoi principi giuridici*, Napoli, 2007, p. 176.

Cognetti, S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 46.

Consorte, F., *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e*

sugli obblighi di tutela penale, in *Diritto penale del XXI sec.*, 2007, p. 271 e ss.

Corbetta, S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc. Pen.*, 1997, p. 134 e ss.

Corn, C., *Il principio di proporzione nel diritto penale. Studio sui limiti dell'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013.

Corn, E., *Il principio di precauzione, Il principio di precauzione nella disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica*, in C. Casonato - C. Piciocchi - P. Veronesi (a cura di, *Forum BioDiritto*, 2008, *Percorsi a confronto - Inizio vita, fine vita ed altri problemi*, Padova, 2009, p. 55 e ss.

Crisafulli, V., *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

D'Alessandro, F., *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano, 2012.

D'Amico, M., sub *Articolo 49*, in Aa.Vv., *L'Europa dei diritti*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna, 2001, p. 339 e ss.

D'Atena, A. - Grossi, P., *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004.

Dahl, R.A., *The problem of Civic Competence*, in *Journal of democracy*, 1992, p. 95 e ss.;

Dahl R.A., *Politica e virtù. La teoria democratica del nuovo secolo*, a cura di S. Fabbrini, Roma-Bari, 2001, p. 134 e ss.

De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Napoli, 2001.

De Vero, G., *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012.

De Vero, G., *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in Aa.Vv., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Milano, 2008, p. 285 e ss.

Del Tufo, V., *Profili critici della vittimodomatica*, Napoli, 1990

Delmas, M. - Marty, *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006.

Delmas, M. - Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, 1992.

Delmas, M. - Marty, *Postface: d'un paradoxe l'autre*, in Aa. Vv., *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 613-622.

Di Giovine, O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1474 e ss.

Di Gregorio, L., *L'identità strutturale tra il principio di*

*ragionevolezza e il Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in Aa.Vv., *La ragionevolezza del diritto*, a cura di M. La Torre - A. Spadaro, Torino, 2002, p. 237.

Dodaro, G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.

Dogliani, M., *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982.

Donati, F. - Milazzo, P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*.

Donini, M., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 37 e ss..

Donini, M., *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1067 e ss.

Donini, M., *Prospettive europee del principio di offensività*, in Aa. Vv. *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 124 e ss.

Donini, M., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 e ss.

Donini, M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 4/2013, p. 4 e ss.

Donini, M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale*

*tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

Donini, M., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 27 ss.

Donini, M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29 ss.

Donini, M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 ss.

Donini, M., sub voce *Teoria del reato*, in *Digesto disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 6.

Donini, M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 2003, 1-2. 141.

Dumont, H. – Hachez, I., *Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme: dans quelles limites?* in *Aa. Vv.*, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes e V. Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 243 e ss..

Eliacheff C. – D. Soulez Lavrière, *Il tempo delle vittime. Come sono le vittime sono diventate i nuovi eroi della società contemporanea*, Milano, 2008.

Engle, E., *The general principle of proportionality of Aristotle*, in

Aa.Vv., *Aristotle and the philosophy of law: theorie, practice and justice*, a cura di L. Huppés Cluysenaer e N. M.M.S. Coelho, Heidelberg-New York-London, 2013, p. 265 e ss.

Engle, E., *The history of the general principle of proportionality: an overview*, in *X Dartmouth Law Journal*, Winter 2012, p. 1.

Esposito, A., *Il diritto penale "flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.

F. Ost, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions. À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme*.

Falzea, A., *sub voce Complessità giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, 2007, p. 201 e ss.

Fanti, V., *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi fra attività e processo amministrativo*, Torino 2012.

Fernández Nieto, J., *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Madrid, 2009, p. 53 ss..

Ferrajoli, L., *Costituzionaliamo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 2809 ss.

Ferrajoli, L., *Democrazia e paura*, in Aa.Vv., *La democrazia in nove lezioni : per la buona politica*, a cura M. Bovero e V. Panzè, Roma-Bari, 2010, p. 115 ss.

Ferrajoli, L., *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990.

Ferrajoli, L., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983.

Ferrajoli, L., *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Roma-Bari, 2013, p. 125.

Ferrajoli, L., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in Aa.Vv., *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi e G. Palombarini, Roma-Bari, 2002, p. 3 e ss.

Fiandaca, G. - Di Chiara, G., *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.

Fiandaca, G., *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in Aa. Vv., *La mediazione penale tra diritto italiano e internazionale*, a cura di F. Palazzo e R. Bartoli Firenze, 2011, 108 e ss.

Fiandaca, G., *Intorno a Scopi e funzioni nel diritto penale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, a cura di A. Castaldo, V. De Francesco, M. Del Tufo, S. Manacorda, L. Monaco, Napoli, 2014.

Fiandaca, G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, V, 2001, 7 ss.



Fiandaca, G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2000, V, p. 175 ss.

Fiandaca, G., *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in Aa.Vv., *Gli ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, 2012,

Fiandaca, G., *Legalità penale e democrazia*, in Aa.Vv., *Studi sulle fonti del diritto*, a cura di G. Verde e S. Pajno, Milano, 2010, p. 269.

Fiandaca, G., *Quale diritto penale per l'Europa*, in Aa.Vv., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Truijlo e F. Viola, Bologna, 2007, p. 143 e ss.

Fiandaca, G., *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sovranazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2007, 69 e ss., e , in particolare, p. 88 e ss..

Fiandaca, G., *Sui "giudizi di fatto" nel sindacato di costituzionalità in materia penale. Tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in Aa.Vv. *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, Napoli, 2011, p. 265 e ss.

Fiandaca, G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, p. 106 e ss.

Fiandaca, G., *Sull'approccio costituzionale al diritto penale. attualità e limiti*, in *La Corte d'Assise*, 1-2/2012, p. 95 e ss.

Fiandaca G., *Uguaglianza e diritto penale*, in Aa. vv., *Le ragioni dell'uguaglianza*, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Milano, 2009, p. 115 e ss..

C. Fiore, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, Aa.Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, e 91 e ss

Fioravanti, M., *Stato e costituzione*, in Aa. Vv., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, 2002, p. 3 ss..

Fleiner, *Institutionen d1es Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354.

Flore, D. - Bosly, S., *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, II ed., Bruxelles, 2014

Fornasari, G., *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in Aa.Vv., *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di D. Fondaroli, 2009, Padova, p. 17 e ss., in particolare p. 33.

Francolini, G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e visione conservatrice*, in Aa.Vv. *Sulla legittimazione del diritto penale:*

*culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008, p. 1 e ss.

Fromont, M., *Le principe de proportionnalité*, in *AJDA*, 1995, p.156 ss.

Fronza V. E. , *Il negazionismo come rato*, Milano, 2012.

Galetta, D.U., *Il principio di proporzionalità comunitario e i suoi effetti di spill-over negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 541.

Galetta, D.U., *Le principe de proportionnalité*, in J. B. Auby – J. Dutheil de la Rochere (sous la direction de), *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

Galetta, D.U., *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 460.

Galetta, G.U., *Il principio di proporzionalità*, in Aa.Vv., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di F. Saitta e M. Renna, Milano, 2012, p. 389 ss.

Galetta, G.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 11.

Gambardella, M., *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013.

Garland, D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, ed it. a cura di A. Ceretti, Milano, 2004.

Gasparre, A., *La giustizia riaprativa: un'analisi delle aperture dell'ordinamento italiano al c.d. paradigma riaprativo*, Roma 2013.

Genevielli, G. - Delage, *Conclusion*, in Aa.Vv., *Cour de justice et justice pénal en Europe, Cour de Justice et justice pénale en Europe*, a cura di G. Giudicelli-Delage e Stefano Manacorda, Parigi, 2010, p. 315.

Giudicelli-Delage G., *L'epace pénale européen au sein de l'Union européenne*, in Aa. Vv., *L'epace pénal européen à la croisée des chemins?*, a cura di D. Zerouki-Cottin, Bruxelles, 2013

Giunta, F., sub *Principio di precauzione*, in *Dizionario di diritto penale*, a cura di F. Giunta, Milano 2008.

Giunta, F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia* 2006, p. 231 e ss.

Grandi, C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010.

Grasso, G. - Sicurella, R., *Presentazione*, in Aa.Vv., *Per un rilancio del progetto europeo, Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Milano, 2008, p. XVIII e ss.

Grasso, G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento*

*comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penale degli Stati membri, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 1991, p. 648 e ss.*

Greer, S., "Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, in *Cambridge law journal*, Juin 2004, p. 63.

Häberle, P., *Lo stato costituzionale*, Roma, 2005.

Häberle, P., *Stato costituzionale. I) Principi generali*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXX, Roma 1993.

Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria dei diritti e della democrazia*, Milano, 1996, p. 306 ss.

Hassemer, *Sicurezza mediante il diritto penale*, trad.it., in *Critica del diritto*, n. 1-2/2008, 15 ss..

Hassemer, W. (*Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a. M., 1973) da *legittimazione negativa* per il legislatore penale.

Hassemer, W., *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, p. 233.

Höffe, O., *Gibt es eine interkulturelles Strafrechts? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt a. M., 1999, trad. it. *Gobalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001.

Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Trad. it. a cura di G. Vitagliano, Milano, 1912, 115.

Jonas, H., *Il principio di responsabilità. Un'etica per la società globale*, Torino, 1990.

Khosla, M., *Proportionality: an Assault on human rights? A Reply*, *ivi*, vol 8, n. 2, 2010, p. 298.

Klatt, M. - Meister, M., *Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy*, *ivi* vol 10, n. 3, p. 687.

Luther, J., *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. Soc.*, 1993, p. 307 ss..

M. Cohen-Eliya - I. Porat, *Proportionality and the culture of the justification*, in *American journal of comparative law*, 2010, 463 p. ss.

Madeo S., commento sulla Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente, 2008/99/CE pubblicato in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 1052 ss.

Manacorda S., «*Devoir de punir?*» *Les obligations de protection pénale à l'heure de l'internationalisation du droit*, in Aa.Vv., «*Devoir de punir ?*» *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, sous la direction de G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda et J. Tricot, Paris, 2013, 79 e ss..

Manacorda, S., *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale à la carte?* *Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo - Riv. Trim.*, 3/2013, p. 242 e ss.

Manacorda, S., «Dovere di punire?» *Gli obblighi di tutela penale nell'epoca della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p 1364 e ss.

Manacorda, S., «L'age de la maturité» *stabilisation et traits conservateurs dans la politique pénale de l'Union européenne*, in *Revue de Sciences criminelles*, 2012, p. 931 e ss.

Manacorda, S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di M. Romano*, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi e G. Forti, Napoli, 2011, p. 2373 e ss..

Manacorda, S., *Le contrôle des clauses d'ordre public. La «logique combinatoire» de l'encadrement du droit pénal*, in Aa.Vv. *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, a cura di, G. Giudicelli-Delage e Stefano Manacorda, Parigi, 2010, p. 57 e ss.

Manes, V., *Cour constitutionnelle italienne et obligations de protection pénale*.

Manes, V., *I principi penalistici nel network multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2012, p. 819 e ss.

Manes, V., *Il giudice nel labirinto. Profili e intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

Manes V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto*,

*palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 819 e ss..

Manes, V., *La lunga marcia della convenzione europea ed i «nuovi» vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno.*

Manes, V., *Principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico e parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 184.

Manes, V., *Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro Treccani dell'anno 2013*, Roma, 2013, p. 104.

Manna, A., le note critiche di, *La "nuova" legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente. Tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale*, in *Arch. penale*, 3/2011, p. 3 e ss.

Mannozi, G., e Consulich, F., *La sentenza della Corte di giustizia C-176/2003: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2006, p. 926 e ss..

Mannozi, G., *Giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

Marinucci, G. - Dolcini, E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.

Marinucci, G. - Dolcini, E., *Manuale di diritto penale*, p.g., Milano, 2012, p. 3 e ss.



Marinucci, G.- Dolcini, E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 335 e ss.

Martens, P., *L'irresistible ascensione du principe de proportionnalité*, in A.a.V.v., *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Vol. I, Bruxelles, 1992, p. 48.

Massais, F., *Penaliser: une obligation positive très circonscrite*, in Aa. Vv., *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, 2007, p. 743 e ss.

Matthews, J. - Stone Sweet, A., *All things in proportion? American rights review and the problem of balancing*, in *Emory law journal*, 2011.

Maugeri A. M., *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex art. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc .pen.*, 2011, p. 1134 e ss.

Maugeri, A.M., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in Aa.Vv., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti e R. Sicurella, Milano, 2011, p. 67 e ss.

Maurer, H., *Droit Administratif Allemand*, traduit de l'allemand par M. Fromont, Paris: L.G.D.J., 1994, p. 248-249.

Mazzarese, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione "politicamente scorretta"*, in *Ragion pratica*, 2010, n. 35, p 509 ss.

Mazzarese, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*.

Mazzarese, *Diritti fondamentali*, in Aa.Vv., *Atlante di filosofia del diritto*. Torino, Vol. I, 2012, p. 179 ss..

Mazzarese, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, 2002, p. 1 ss..

Moccia, S., *Funzioni della pena ed implicazioni sistematiche, tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 924 e ss.

Montaldo, S., *La competenza dell'Unione europea ad adottare norme di diritto penale ex art. 83, par. 2, TFUE e sue possibili applicazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, VIII/2013, p. 101 e ss.

Moscarini, A., *Il principio di sussidiarietà*, in S. Mangiameli, *L'ordinamento europeo*, Milano, 2008.

Mowbray, A., *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights*, London, 2001.

Musco E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.

Muzny, P., *La technique de proportionnalité et le juge de la*

*Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, Aix-en-Provence, 2005.*

Muzny, P., *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme: essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, Aix-Marseille, 2005, p. 564.*

Nicosia, E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale, Torino, 2006.*

Nicosia, E., *Le linee guida della Commissione europea sull'uso del diritto penale per l'attuazione delle politiche dell'UE, in Dir. pen. cont., 22 settembre 2011.*

Notargiacomo, S., *Medietà e proporzione. Due concetti matematici e il loro uso da parte di Aristotele, Milano, 2009.*

Ost, F., *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions, A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme, in Y. Cartuyvels et al. (a cura di), Le droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?, Bruxelles, 2007, p. 8 e ss.*

Packer, H.L., *I limiti della sanzione penale, ed. it a cura di G. Vassalli, Milano, 1978, p. 382.*

Padovani, T., *Diritto penale, p. g., Padova, 2012.*

Palazzo, F., *Charte européenne des droits fondamentaux et droit*

*pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, p. 5e ss.

Palazzo F., *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione. Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, in Aa VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, 1996, p. 74 e ss..

Palazzo F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1998.

Palazzo, F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 481 e ss.

Palazzo, F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

Paliero, C. A., *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed effetti penali dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 526 e ss.

Paonessa, C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 65 e ss.

Parizot R., *Les interaction en procédure pénale: la victime, vecteur symbolique de la circulation des jurisprudences*, in Aa. Vv., *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, a cura di, G. Giudicelli-Delage e Stefano

Manacorda, Parigi, 2010 p. 177.

Pennicino, S., *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Roma, 2012, p.

Pernice, I., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 36, p. 703 e ss..

Piergallini, C., *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.

Pino, G., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014.

Pino, G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 28, 2007, p. 220.

Pino, G., *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo e F. Viola, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 109-141 (in particolare il par. 2.3).

Pino, G., *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e società*, 3/2014.

Pintore, A., *Diritti insaziabili*, L. Ferrajoli, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, (a cura di) E. Vitale, Bari, 2001, p.

179 e ss..

Pintore A., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, 2010, p. 83 e ss.

Poelmans, M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruxelles-Paris, 2004, p. 560.

Pozzolo, S., *Costituzioni, Interpretazioni, disaccordi. Appunti per un diritto che cambia*, Roma, 2012, p. 99.

Pugiotto A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2013.

Pulitanò, D., *Diritti umani e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* - 2013.

Pulitanò, D., *Diritto penale*, V ed., Torino, 2013, p. 124 e ss.

Pulitanò, D., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 651 e ss.

Pulitanò, D., *Diritto penale e costruzione europea*, Atti del convegno "Il diritto penale nella prospettiva di riforma dei trattati europei" del 27 e 28 giugno 2008.

Pulitanò, D., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 e ss.

Pulitanò, D., *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 e ss.

Pulitanò, D., *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, p. 14.

Pulitanò, D., *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 547 ss.

Putnam, H., *Fatto-Valore. Fine di una dicotomia*, Roma, 2004.

Raimondi, G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II ed., Napoli, 2008.

Reggio, F., *Giustizia dialogica. Luci e ombre della restorative justice*, Milano, 2010.

Romano, M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 551.

Ruga Riva, C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1743.

Salas, D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005, p. 228

Salcuni, G., *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e*

*prospettive*, Milano, 2011.

Sandulli, A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

Sandulli, A., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano 2006, pp. 4642-4650).

Sandulli, A.M., *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1995, p. 341.

Satger, H., *Der Mangel am EuropäischerKriminalpolitik. Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftler- gruppe "European Criminal Policy Initiative"*, *ivi*, p., p. 691.

Scaccia, G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, p.. 264 s..

Scaccia, G., *Il controllo della proporzionalità della legge in Germania*, in *Materiali del centro studi della Corte costituzionale*, Roma, 2004.

Scaccia, G., *Il principio di proporzionalità*, in Aa.Vv., *L'ordinamento europeo. V. I - I principi dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano 2006, p. 225 e ss. e, in particolare, p. 227.

Scaccia, G., *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in Aa.Vv.,



*La ragionevolezza del diritto*, a cura di M. La Torre - A. Spadaro, Torino, 2002, 387.

Schiavello, A., *La fine dell'età dei diritti?* In *Etica & Politica*, XV, 2013, p. 120.

Schmitt, C., *Dottrina della costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, p. 179.

Shlink, B., *Proportionality in constitutional law. Why everywhere but here?* In *Duke journal of comparative and international law*, vol. 22, 2012, p. 302.

Shlink, B., *Proportionality*, in *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford, 2013, p. 727.

Shwarze, J., *The principle of proportionality and the principle of impartiality in the european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 55.

Sicurella, R., «*Prove tecniche*» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, in Aa.Vv. *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti e R. Sicurella, Milano, 2011, p. 3 e ss.

Sicurella, R., *La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea: deriva simbolico-repressiva o occasione perduta di approfondimento*

*dei presìdi garantistici, in Riv. trim. dir. proc. pen., 3/2013, p. 414 e ss.*

Sicurella, R., *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale, in Aa.Vv., Studi in onore di Mario Romano, a cura di M. Bertolino, Napoli, 2011, p. 2569 e ss.*

Simon, J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America, ed. it. a cura di A. De Giorgi, Milano, 2008.*

Siracusa, L., *L'attuazione della direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tramite il diritto penale, in Dir. pen. cont., 22 febbraio 2011.*

Siracusa, L., *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione, Milano, 2007.*

Sotis, C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona, in Dir. pen. cont. – Riv. trim 1/2012, p. 111 e ss.*

Sotis, C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente, Milano, 2007.*

Sotis, C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea, in Cassazione penale, 2010, p. 326 e ss.*

Sotis, C., *Le "regole dell'incoerenza", Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale, Roma, 2012.*

Sotis, C., *Obblighi comunitari di tutela penale?*, in Aa.Vv., *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, dei vincoli comunitari, delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*, a cura di C. Ruga Riva, Milano, 2007, p. 193 e ss.

Sotis C., «Criminaliser sans punir». *Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne*, in *Revue de sciences criminelles*, p. 773 e ss.

Sudre, F., *Les obligations positives dans la jurisprudence européenne ede droits de l'homme* in *Revue trimestrelle des Drets de L'homme*, 1995, p. 363 e ss.

Sunstein, C.R., *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010.

Tanzarella, P., *Il margine di apprezzamento*, in Aa. Vv., *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, p. 149 ss.

Tarello, G., *Il «problema penale» nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della giuridica*, 5/1975, p. 16.

Tarello, G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1998, cap. IV e VII.

Tega, D., *I diritti in crisi. Tra costi nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 25.

Tega, D., *Il diritto costituzionale e i diritti in crisi*, in *Etica e politica/Ethics & politics*, XV, 1/2013, 171.

Tesauro A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propoaganda razzista*, Torino, 2014.

Toscano, A., *La funzione della pena e garanzia dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.

Tridimas, T., *The general principles of EC law*, Oxford, 1999, 93.

Tsakyraakis, S., *Proportionality: an Assault on human rights?*, in *I.Con*, vol. 7, 2010, p. 474.

Tsakyraakis, S., *Proportionality: an Assault on human rights?A rejoinder to Midh Khosla*, *ivi*, vol. 8, n. 2., 2010, p. 307 ss.

Tulkens F., *The paradoxical relationship between human rights and criminal law*, in *Journal of International Criminal*, 9/2011, p. 577 e ss.

Vagliasindi, M.G., *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2011, p. 133.

Valentini, V., *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistematico dell'attuale giustizia europea*, in [lus17@unibo.it](mailto:lus17@unibo.it), 2011, p. 97 e ss.

Valentini, V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, p. 47 e ss.

Van de Drooghenbroeck, S., *Droit pénal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme, Les droits de l'Homme. Bouclier ou épée du droit pénal ?* M. van de Kerchove, Y. Cartuyvels et S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, FUSL, 2007, p. 75 e ss.

Van de Drooghenbroeck, S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, 2001.

Van de Kerchove, M., *La subsidiarité*, in Aa.Vv., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*.

Van de Kerchove, M., *Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme*.

Van den Kerchove, M. - Tulkens, F., *Les droits de l'homme: bonne ou mauvaise conscience du droit pénal?*, in Aa. Vv. *Strefrecht als roentgen. Liber amicorum Lieven Dupont, a cura di R. Verstraeten, D. van Daele e B. Spriet*, Louvain, 2005, II, p. 945 e ss.

Van der Kerchove, M. - Van Drooghenbroeck, S., *La subsidiarité et le droit pénal: aspects nouveaux d'une question ancienne*, in Aa. Vv. *Strefrecht als roentgen. Liber amicorum Lieven Dupont, a*

cura di R. Verstraeten, D. van Daele e B. Spriet, Louvain, 2005, II, p. 945 e ss.

Vassalli, G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, XII.

Vassalli G., *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in Aa. Vv., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, p. 1021.

Verdirame, G., *Rescuing human rights from proportionality*.

Vervaele, J., sub *Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines*, in Aa.Vv., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article - Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, sotto la direzione di L. Burgourgue-Larsen, A. Levade e F. Picod, Bruxelles, 2005, p. 627.

Viceconte, N., *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle corti*, in Aa.Vv., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino 2005, p. 191.

Viganò, F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 42 e ss.

Viganò, F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*.

Viganò, F., *Les interaction en droit pénal de fond: la perturbation des hiérarchies internes*, in Aa.vv., *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, a cura di, G. Giudicelli-Delage e Stefano Manacorda, Parigi, 2010, p. 137 e ss.

Villamena, S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008.

Villani, U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2011.

Vogliotti, M., *Introduzione*, in Aa. Vv., *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, a cura di Vogliotti, M., p. 1 e ss.

Zagrebel'sky, G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

Zagrebel'sky, V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in Aa.Vv., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes e V. Zagrebel'sky, Milano, 2011, p. 69 e ss..

Zerouki-Cottin, D., *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in *Revue de Sciences Criminelles*, 2012, p. 575 e ss.