

Una possibile dimensione europea del principio di offensività

Un'analisi integrata dei principi

A Possible European Size of the Harm Principle

An Integrated Analysis of the Principles

ALESSIO MOLINAROLLI

Dottorando di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Verona

OFFENSIVITÀ, PROPORZIONALITÀ, SUSSIDIARIETÀ

HARM PRINCIPLE, PROPORTIONALITY,
SUBSIDIARITY

ABSTRACT

Muovendo dalla constatazione della sostanziale ineffettività del sistema penale e dalla sua riconducibilità ad un'eccessiva proliferazione di norme incriminatrici, il presente contributo mira a dimostrare la necessità di validi criteri di politica criminale capaci di orientare e vincolare l'attività del legislatore. Data per scontata la feconda elaborazione dogmatica compiuta nei decenni scorsi con riguardo al principio di offensività, l'analisi si appunta, in particolare, sulla possibile integrazione di quest'ultimo principio con quelli "europei" di sussidiarietà e proporzionalità, al fine consentire valutazioni giudiziali sul merito delle incriminazioni alla luce di criteri assiologici sostenibili.

Starting from the extreme proliferation of the incriminating rules in our criminal law system and from its resulting insufficient effectiveness, this paper aims to demonstrate the necessity of serious criminal policy criteria able to guide and constrain the Legislator's activity in the criminal matter. The important dogmatic development achieved in the past with regard to the principle of harm represents the first requirement of this analysis, which aims to verify its possible integration with the "European" principles of subsidiarity and proportionality, in order to allow judicial evaluations, based on valid axiological criteria, on the matter of criminal law choice.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il possibile ruolo del principio di offensività. – 3. Diritto penale europeo e politica criminale europea. – 4. L'offensività integrata nel contesto dei principi europei.

1.

Premessa.

Il tema dei rapporti tra diritto penale e processo rappresenta indubbiamente un terreno fecondo per la riflessione scientifica, ricco di punti d'intersezione di sicuro interesse. Le suggestioni sono davvero molte e possono riguardare altrettanti profili caratterizzanti il sistema sostanziale e quello processuale. A voler tentare un approccio il più possibile armonizzante, anche al fine di verificare come quel rapporto oggi si lasci misurare "alla prova dei fatti", si è scelto di concentrare gli sforzi sul versante teleologico, al fine di comprendere se diritto e processo penale condividano quanto meno l'aspirazione ad una medesima finalità pratica.

Un felice angolo di osservazione può esser rappresentato dalla recente introduzione ad opera del d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28, dell'art. 131 *bis* c.p., che disciplina l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Senza voler in questa sede approfondire l'istituto, già oggetto di numerosi e appaganti contributi¹, è doveroso tuttavia osservarne il tratto caratterizzante: il legislatore ha inteso far uscire dal circuito processuale penale fatti tipici, antigiuridici e colpevoli, ritenuti nondimeno non meritevoli di pena per elementari esigenze di proporzione e di economia processuale². In piena coerenza con il principio di *ultima ratio*, l'esiguità dell'offesa è posta così al centro di un meccanismo di deflazione penale la cui peculiarità è data dal fatto che la sua stessa concretizzazione è affidata alla fase giurisdizionale. Sarà il giudice a decidere, sulla base di un accertamento in concreto (che, per definizione, terrà conto non solo delle modalità del fatto ma anche della personalità del reo), se il fatto che egli stesso è chiamato ad accertare sia o meno meritevole di pena³.

Da quanto osservato emergono con chiarezza alcuni spunti e alcune contraddizioni, sulla cui scia s'intende sviluppare il presente contributo.

Ora, già da una prima lettura dell'istituto è agevole rinvenire un tentativo di dare risposta alle note esigenze di economia processuale: risorse umane e finanziarie, tempi, riti, la considerazione, insomma, di tutto quello che, in genere, comporta il faticoso incedere della macchina della giustizia sconsiglia la celebrazione di un processo, sulla scorta di una ponderazione tra costi e benefici di una semplicità disarmante. Pene edittali molto blande, tempi processuali irragionevoli, prescrizione galoppante e riti alternativi che promettono benefici importanti, rischiano, infatti, di trasformare il processo in un mero esercizio di stile, azzerando l'efficacia generalpreventiva della pena e facendole perdere completamente credibilità.

Il criterio individuato dalla legge per operare la scelta deflattiva appare *prima facie* corretto. Appuntare il fuoco dell'istituto sull'esiguità dell'offesa al bene giuridico consente, infatti, di ancorare la valutazione condotta in termini di efficienza a parametri assiologici accettabili, anche dal punto di vista costituzionale.

Se si tiene a mente il criterio in parola, tuttavia, non può sfuggire un'evidente contraddizione, quasi un'eterogenesi dei fini tra diritto penale sostanziale e processuale. L'accertamento giurisdizionale della particolare tenuità del fatto, in effetti, porta a riflettere sull'esistenza o meno di un simile dovere a carico del legislatore già nella fase di creazione delle fattispecie penali. Detto altrimenti, il principio costituzionale di offensività e quello di sussidiarietà imporrebbero la costruzione dell'illecito penale esclusivamente in termini di offesa o esposizione a pericolo di un bene giuridico meritevole e bisognoso di protezione penale. L'offesa al bene, appunto, dovrebbe costituire l'elemento critico di selezione del penalmente rilevante.

Al contrario, l'incremento costante e incontrollato delle fattispecie penali (e la loro stessa costruzione) non sembra lasciar intravedere quelle finalità di deflazione proprie della nuova causa di non punibilità. Assecondando una deriva securitaria a bassissimo costo (solo apparente, peraltro), sembra piuttosto che il legislatore tenda a placare simbolicamente le crescenti

¹Tra in molti contributi in materia si segnalano R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 661; F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2015, p. 3.

²F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1706.

³G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2015, p. 2.

ansie da insicurezza che la società contemporanea vive, producendo più diritto penale⁴, per poi accorgersi che il sistema non può funzionare e delegare all'autorità giudiziaria un compito che troverebbe il suo terreno d'elezione nella politica criminale.

Il rapporto tra diritto penale e processo sembra così caratterizzato, almeno limitatamente al peculiare ambito disegnato, da una contraddizione insanabile: il secondo richiede meno penale e il primo continua a produrne.

2. Il possibile ruolo del principio di offensività nell'ordinamento interno.

Nel contesto descritto, per il diritto penale sostanziale una funzione primaria per dissolvere quella contraddizione potrebbe esser svolta dal principio di offensività. Si allude, ovviamente, al principio di offensività in astratto, quale canone di politica criminale capace di vincolare e indirizzare lo stesso legislatore nel momento di produzione delle norme penali⁵. Il principio esprime l'idea che il reato debba concretizzarsi necessariamente nella lesione o nell'esposizione a pericolo di un bene giuridico e si traduce in un duplice vincolo a carico, rispettivamente, del legislatore e del giudice. Nel primo caso, in particolare, il legislatore sarebbe vincolato dalla Costituzione alla creazione di illeciti penali rispettosi del paradigma dell'offesa ad un bene giuridico meritevole di tutela penale, sotto pena di caducazione delle relative norme per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Consulta.

Il fondamento costituzionale del principio in analisi è stato rinvenuto in diverse disposizioni costituzionali⁶. Al di là, però, delle varie impostazioni teoriche, sullo sfondo di ciascuna tesi sta il valore della libertà personale e la considerazione per cui la relativa limitazione mediante il diritto penale sarebbe possibile solo in vista della tutela di un altro bene di significativo rilievo costituzionale o, quanto meno, non incompatibile con la Costituzione.

Il principio, com'è naturale, necessita di essere concretizzato attraverso un giudizio di meritevolezza sui beni giuridici di volta in volta presi in considerazione come possibili oggetti di tutela penale. Si tratta, pertanto, di un principio di carattere contenutistico, capace di costituire un parametro di controllo delle scelte del legislatore in ordine al disvalore del fatto, ma che, al tempo stesso, è privo di un contenuto rigorosamente predeterminato, quasi a generare una sorta di paradosso metodologico⁷. Esso, in effetti, può esprimere la propria potenzialità soltanto grazie all'applicazione che la Corte Costituzionale ne ha saputo e saprà farne attraverso la complessa valutazione che concerne il merito dell'incriminazione.

Il principio di offensività, in definitiva, incarna meglio di qualunque altro quella tensione tra principio democratico e garanzie individuali, perché concerne direttamente gli oggetti di tutela e i contenuti delle norme incriminatrici ed è, altresì, deputato ad attuarne un controllo selettivo e critico.

Da un punto di vista pratico il principio non ha fino ad oggi trovato un'applicazione coerente con il rigore tecnico che lo contraddistingue, scontando un livello di ineffettività, per rendersi conto del quale è sufficiente avere riguardo all'inflazione penale sempre crescente, nonché ai fenomeni inarrestabili di amministrativizzazione dell'illecito penale e di anticipazione della tutela.

Senza entrare eccessivamente nel merito della questione, è noto che la Corte Costitu-

⁴ Per considerazioni più approfondite sull'argomento cfr. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3558.

⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, 1973, 82 ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974, 116 ss.; G. MARI-NUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, 1991, 72; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, 1977, vol. IV, 444 ss.; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, 793; G. AZZALI, *Offesa e profitto nella teoria del reato. Prospettive di parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 470; G. FIANDACA, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 61 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 278 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 18 ss.; più di recente V. MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; S. RIONDATO, *Un diritto penale detto ragionevole. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, 2005, 96 ss.; M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offence" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33 ss..

⁶ Al riguardo si rinvia alle pagine di F. BRICOLA, *Teoria generale cit.*, 82-83 e a quelle di E. MUSCO, *Bene giuridico cit.*, 116-118.

⁷ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 2, 350 ss., p. 3 di 25 della versione digitale.

zionale ha sempre manifestato un atteggiamento di cautela nell'applicazione del principio di offensività, giungendo solo in rarissime occasioni alla declaratoria di incostituzionalità. Nonostante la Corte abbia più volte avallato in linea teorica la valenza costituzionale del principio⁸, ha sempre prevalso un certo *self restraint*, indotto dal timore di uno sconfinamento nella discrezionalità politica propria del legislatore. In particolare, la Consulta ha affermato che l'individuazione delle condotte punibili, la scelta e la quantificazione delle relative sanzioni rientrano nella discrezionalità del legislatore, censurabile solo nella misura in cui il suo esercizio "ne rappresenti un uso distorto e arbitrario, così da configgersi in modo manifesto con il canone della ragionevolezza"⁹.

A ben osservare, infatti, le decisioni di accoglimento fondate sul principio di offensività si sono quasi sempre basate su percorsi argomentativi riconducibili più che altro al canone della ragionevolezza, come è accaduto con la declaratoria di illegittimità del reato di esposizione non autorizzata di bandiera di Stato estero punita dagli artt. 1 e 3 della legge 1085 del 1929 o, ancora, della mendicizia non invasiva punita dall'art. 670 c.p.¹⁰.

Quanto esposto potrebbe apparire già di per sé sufficiente a far desistere dal compiere un'indagine sulla concreta operatività di principi in grado di orientare e vincolare la volontà del legislatore nel definire il merito, la struttura e il contenuto dell'incriminazione. Al contrario, alcuni segnali meno evidenti appaiono incoraggianti.

Al di là dell'utilizzo del principio come canone ermeneutico, infatti, non va dimenticato che più di recente la sua efficacia dimostrativa ha assunto maggiore consistenza con riguardo alla declaratoria di illegittimità costituzionale di norme penali riconducibili al paradigma del diritto penale d'autore¹¹. Il riferimento è, da una parte, alla sentenza sull'ubriachezza in luogo pubblico aggravata dalla presenza di precedenti presuntivamente indiziati, ma non collegati al fatto, rispetto alla quale la Corte ha ravvisato una evidente violazione del principio di offensività¹²; e, dall'altra, alla più recente sentenza n. 249 del 2010¹³. In quest'ultima occasione, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'aggravante della clandestinità di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p., introdotta dalla legge 125 del 2008, il cui disvalore era fondato unicamente su un'irragionevole presunzione di pericolosità collegata al semplice *status* di immigrato irregolare¹⁴.

Infine, non si può fare a meno di rilevare come in realtà il sindacato della Corte sul merito delle incriminazioni e, quindi, sul disvalore del fatto, sia molto più penetrante di quanto non appaia a prima vista. Accanto al principio di necessaria lesività, che ne costituisce un tassello ineliminabile, la Corte si avvale di un complesso di criteri estremamente duttili e funzionali. Non si tratta del semplice controllo sul bene giuridico e sulla sua meritevolezza di tutela, ma di una valutazione complessiva, attenta anche agli scopi perseguiti dalla legislazione penale. Con l'ausilio dei principi di ragionevolezza e di proporzione, il sindacato è divenuto meno centrato sull'offensività per appuntarsi sulle scelte di politica criminale e sulla legittimità del mezzo prescelto per conseguire gli obiettivi avuti di mira.

Infine, venendo in particolare all'oggetto del presente contributo, la statisticamente poco incoraggiante applicazione del principio di offensività non deve far demordere, avendo riguardo alle nuove possibilità anche dogmatiche che la dimensione europea del diritto penale può offrire. Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità di una dimensione europea del principio di offensività che, grazie alla valorizzazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, potrebbe arricchire la stessa politica criminale europea, attraverso un metodo che sappia combinare la pregevole elaborazione dogmatica del principio con la maggiore consuetudine della Corte di Giustizia a forme di controllo contenutistico sulla produzione normativa. A questo aspetto saranno dedicate le pagine che seguono.

⁸ Corte Cost., 24 luglio 1995, n. 360, in *Giur. cost.*, 1995, 2676; in senso conforme altresì Corte Cost., 11 luglio 2000, n. 263 e 21 novembre 2000, n. 519, entrambe reperibili sul sito istituzionale della Consulta attraverso l'apposito motore di ricerca. Nella sentenza n. 263 del 2000 la Consulta ha addirittura parlato di "un ininterrotto operare del principio di offensività dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta da parte del giudice".

⁹ Cfr. Corte Costituzionale, ordinanza 1 luglio 2005, n. 262, confermata dalle sentenze 28 dicembre 1998, n. 447 e dalla più recente sentenza 5 luglio 2010, n. 250.

¹⁰ Cfr. rispettivamente, Corte Cost., sentenza 21 maggio 1987, n. 189 e 28 dicembre 1995, n. 519.

¹¹ Così anche M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *questa Rivista*, 4, 2013, p. 20..

¹² Corte Costituzionale, sentenza 10 luglio 2002, n. 354, reperibile sul sito istituzionale della Corte attraverso l'apposito motore di ricerca.

¹³ Corte Costituzionale, sentenza 8 luglio 2010, n. 249, reperibile sul sito istituzionale della Corte attraverso l'apposito motore di ricerca.

¹⁴ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *questa Rivista*, 1, 2012, 104.

3.

Diritto penale europeo e politica criminale europea.

Appare indubbiamente condivisibile l'affermazione per cui il principio di offensività rappresenta un elemento peculiare e caratterizzante del diritto penale italiano costituzionalmente orientato¹⁵. Nondimeno, non si può non evidenziare come il principio conosca declinazioni simili in altri ordinamenti europei nei quali si è posto il problema della dannosità sociale del fatto. È noto, ad esempio, il dibattito sorto in ambito tedesco e inglese in ordine alla punizione dei soli fatti offensivi di beni giuridici e non, al contrario, della mera disobbedienza o delle condotte vergognose e riprovevoli¹⁶. Così come, oggi, è possibile affermare che, in definitiva, le categorie del *principle of harm*, della *Sozialschädlichkeit* e della *lesividad* esprimono quella stessa idea di fondo¹⁷, tanto che attualmente in Germania la scienza penale si sta interrogando proprio sull'ancoraggio costituzionale del tema del bene giuridico¹⁸.

Oltre alle valutazioni comparatistiche, peraltro, altre considerazioni di non minore importanza devono essere esplicitate.

In primo luogo, deve osservarsi come la lenta e progressiva conquista di competenze penali da parte dell'Unione Europea, frenata soprattutto dalla gelosia degli Stati nazionali per le proprie prerogative sovrane, rappresenta un aspetto storico coerente con l'esigenza di limitazione dell'esercizio del potere punitivo stesso da parte del soggetto sovranazionale. Il principio di sussidiarietà, accordando preferenza al livello di governo più vicino al cittadino, potrebbe esser considerato espressione della stessa indicazione di massima, soprattutto in ragione della sua declinazione forte nell'art. 83 TFUE, che parla addirittura di "indispensabilità" dell'esercizio delle competenze penali europee. Analogamente, il sindacato di proporzionalità, riguardante anche le norme prodotte dalle Istituzioni europee, esprime non soltanto l'idea di un minimalismo degli interventi, ma anche la concreta possibilità di un vaglio contenutistico sulle scelte di politica criminale sulla scorta di valutazioni assiologiche e improntate a criteri di efficienza.

Del resto, pare che un diritto penale europeo possa avere senso solo a condizione che sorga e si sviluppi un approfondito dibattito sulla sua legittimazione, con auspicabile ampio coinvolgimento della scienza giuridica. Come ha efficacemente rilevato Francesco Palazzo in un importante scritto, il fondamento del potere dello Stato sulla sovranità popolare disegnato dal moderno costituzionalismo ha posto in evidenza la tendenziale insufficienza del principio democratico a garantire un equilibrato rapporto tra libertà e autorità e, così, ad evitare che il potere punitivo si riduca a strumento di sopraffazione. La continua e reiterata affermazione di diritti fondamentali soprattutto da parte delle Carte e dei Trattati internazionali pone in luce la necessità di assecondare una decisa aspirazione garantista, da attuarsi in particolare attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi penali; un controllo non solo formale, ma anche contenutistico, avente ad oggetto cioè la congruità rispetto alla Costituzione delle scelte in termini di disvalore del fatto da parte del legislatore. Di certo, la dialettica descritta è suscettibile di generare momenti di frizione o di tensione tra democrazia e garanzia, dando vita a momenti di potenziale conflitto che spetta alla Corte Costituzionale gestire con accortezza¹⁹.

Nonostante a livello di Unione Europea non sia possibile parlare tecnicamente di un ente sovrano, vista la natura attributiva delle sue competenze, è innegabile, tuttavia, che la sua rappresentatività consenta di trasferire il medesimo ragionamento sul piano europeo e di richiamare all'uopo il principio espresso da von Listz, per il quale "il diritto penale è il potere punitivo dello Stato delimitato giuridicamente, nei presupposti e nei contenuti e nell'interesse della libertà individuale"²⁰.

In altri termini, non è sufficiente l'espressa attribuzione delle competenze penali all'Unione per legittimare le norme che ne costituiscono il frutto, occorrendo altresì un controllo sostanziale sul contenuto di disvalore da esse espresso. Per convincersi di questo, è sufficiente porre l'accento sulla persistente attenzione alla tutela dei diritti fondamentali sia da parte della Carta di Nizza che della CEDU, che è integrata nell'ordinamento europeo, a dimostrare la costante riaffermazione del richiamato principio di garanzia. E l'affermazione di quei diritti fondamentali deve vincolare l'Unione nello svolgimento delle sue attività istituzionali, compresa

¹⁵ M. DONINI, *Il principio di offensività cit.*, 4.

¹⁶ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 441 ss..

¹⁷ Cfr. ID, *ult. op. loco cit.* e l'ampia bibliografia ivi riportata.

¹⁸ C. ROXIN, *The Legislation Critical Concept of Goods-in-law under Scrutiny*, in *EuCLR*, 2013, 1, 3 ss., citato da M. DONINI, *ult. op. cit.*, 20.

¹⁹ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza cit.*, 350 ss..

²⁰ F. VON LISZT, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, II, 59.

quella di produzione normativa, anche considerando che, come già evidenziato, non è affatto estraneo alla Corte di Giustizia un sindacato contenutistico sulle norme giuridiche in ragione del rispetto di criteri o principi determinati (è il noto caso del sindacato di proporzionalità sulle norme nazionali in relazione alle libertà di circolazione e al mercato unico, da un lato, ed agli obiettivi perseguiti dagli Stati membri con le misure adottate, dall'altro).

In considerazione del rispetto della persona umana e della sua dignità, inoltre, non pare possa ritenersi estranea alla dimensione europea una valutazione sostanziale delle norme incriminatrici, che tenga conto proprio di quei valori e che si ribelli, di conseguenza, a forme di strumentalizzazione dell'uomo, funzionali all'affermazione di particolari scopi politico-criminali o meri simboli. E così, modelli d'incriminazione nei quali la tutela sia eccessivamente quanto irragionevolmente anticipata sembrano assecondare una deriva securitaria dalle venature spiccatamente simboliche del diritto penale, inconciliabile con quelle garanzie; allo stesso modo, paradigmi delittuosi incentrati sul tipo di autore e sulla sua pericolosità pre-esistente al fatto offensivo, evocano scenari particolarmente indesiderabili, se non addirittura aberranti.

Un controllo contenutistico sulle norme penali, condotto soprattutto con l'occhiale del giudizio di meritevolezza, appare dunque indispensabile. Non solo. La necessità di quest'operazione riposa addirittura sull'esigenza di dare concretezza al principio, universalmente riconosciuto, di *ultima ratio*, essendo evidente che una tutela immeritata non può, a rigore, ritenersi neppure necessaria.

4.

L'offensività integrata nel contesto dei principi europei.

Le considerazioni appena svolte suggeriscono pertanto l'opportunità di acquisire al discorso politico criminale europeo un principio di carattere contenutistico e a forte efficacia dimostrativa, capace di soddisfare quelle esigenze di selezione e di deflazione cui un sistema, non si vuol dire giusto, ma almeno razionale, dovrebbe tendere. Il principio di offensività del reato, in particolare, potrebbe assolvere tale funzione, probabilmente non in modo autonomo quanto piuttosto attraverso uno sviluppo e un utilizzo integrato con altri principi. Si allude, in questa sede, tanto al principio del diritto penale come *ultima ratio*, che sicuramente appartiene alle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri, quanto in modo particolare a quello europeo di proporzionalità.

Anticipando per un istante una considerazione, e venendo anche a descrivere le ragioni dalle quali scaturiscono le riflessioni che seguono, il problema della proporzionalità sul versante, per così dire, valoriale, è rappresentato proprio dal criterio di riferimento attraverso il quale compiere la ponderazione sottesa al principio stesso. La proporzionalità, in altri termini, da sola non basta a radicare un controllo sul disvalore delle norme (penali), apparendo di per sé come un mero schema di giudizio i cui contenuti vanno ricercati altrove.

Quanto al principio di *extrema ratio*, possono valere analoghe considerazioni. Si tratta, com'è noto, di un principio tipicamente penalistico, orientato alla deflazione delle fattispecie incriminatrici in forza di considerazioni riconducibili, ancora una volta, al c.d. *argumentum libertatis*. In particolare, è proprio quella sorta di bilanciamento tra il valore della libertà personale e l'esigenza di utilizzare lo strumento della pena che mette in evidenza la necessità di un ulteriore supporto epistemologico. A chi scrive, infatti, appaiono evidenti gli stretti legami esistenti tra la sussidiarietà penale e l'idea della protezione del bene giuridico. In ogni testo classico di diritto penale, del resto, le due idee sono addirittura solitamente compendiate in un'espressione unitaria, affermandosi sovente che il diritto penale interviene a protezione di beni meritevoli e bisognosi di tutela. Quasi a dire che, prima di tutto, deve essere condotto un vaglio di meritevolezza di tutela del bene stesso e, solo in seguito, una valutazione improntata a parametri di efficienza per quel che concerne la presenza di strumenti alternativi ugualmente idonei ed efficaci.

Il percorso argomentativo che in questa sede si propone con particolare riguardo al recupero del principio di offensività in chiave di politica criminale europea muove dall'analisi

integrata dei due principi richiamati, incominciando da quello di proporzionalità²¹.

L'art. 5, par. 4 del TUE dispone che “*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*”²². Il principio in parola assume una chiara valenza limitativa dell'azione dei pubblici poteri in favore di un equilibrato bilanciamento degli interessi dei privati e della comunità.

La circostanza che la proporzionalità costituisca un momento di verifica generale delle azioni e degli interventi dell'Unione, inoltre, rivela le potenzialità deontologiche del principio stesso sotto il profilo del vaglio critico delle scelte sanzionatorie. Del resto, già la Corte di Giustizia in passato ha richiamato l'esigenza che le sanzioni per le violazioni del diritto comunitario siano proporzionate, oltre che effettive e dissuasive²³.

La chiara matrice razionale del principio, capace di porre al centro del giudizio la correlazione tra mezzo impiegato e fine perseguito, evidenzia la sua attinenza con valutazioni di adeguatezza fondate su criteri assiologici e teleologici, e talvolta anche su misurazioni di efficienza, perfettamente coerenti sia con il momento retributivo, sia con quello utilitaristico della prevenzione²⁴. In altri termini, il principio di proporzionalità presuppone valutazioni proprie della scienza della legislazione che potrebbero esser sviluppate con profitto nel quadro di una politica criminale seria e avanzata²⁵.

L'origine del principio si fa comunemente risalire all'elaborazione della Corte Costituzionale tedesca avviata con il noto *Apothekenurtei*²⁶ e, in adesione alla pregevole analisi che ne è derivata, si suole descrivere il principio stesso mediante la scomposizione nei tre criteri dell'idoneità (*Geeignetheit*), necessità (*Erforderlichkeit*) e proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismässigkeit*)²⁷. L'idoneità deve essere intesa come capacità del mezzo prescelto di perseguire l'obiettivo, chiamando le istituzioni a compiere una valutazione prognostica in ordine agli effetti che l'atto o l'azione produrrà²⁸.

La necessità, invece, è un criterio che rimanda all'idea del minimalismo degli interventi, richiedendo che tra più mezzi ugualmente idonei a raggiungere lo scopo si adotti quello in grado di produrre minori restrizioni nei confronti dei singoli²⁹. L'adozione del mezzo più mite e l'idea della non eccedenza rispetto agli scopi rappresentano, in verità, una sorta di manifestazione naturale del fondamento primo del principio di proporzionalità, quale limite alle limitazioni dei diritti fondamentali poste in essere da parte dei pubblici poteri nei confronti dei privati cittadini³⁰. L'obiettivo è, in sostanza, quello del raggiungimento di un equilibrio armonico tra interessi del singolo e interessi della comunità e può dirsi raggiunto nel momento in cui è riscontrato che rispetto al mezzo prescelto per raggiungere un certo obiettivo non ne

²¹ La bibliografia in materia è vastissima. Tra i tanti contributi, si citano i lavori monografici di D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Aut.*, 2005, 541; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, vol. II, 227 ss.

²² Il principio era già stato elaborato dalla Corte di Giustizia prima che la disposizione del Trattato venisse introdotta. In materia la giurisprudenza della Corte è sterminata. Tra le tante sentenze, si rinvia alla preziosa rassegna di decisioni adottate prima del 1993 operata da D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, 836 ss.; successivamente, cfr. Corte di Giustizia, 21 gennaio 1993, in causa C-188/91, Deutsche Shell; 19 maggio 1994, in causa C-36/92, Samenwerkende; 17 ottobre 1995, in causa C-450/93, Kalanke; 4 luglio 1996, in causa C-295/94, Huepeden; 19 febbraio 2002, in causa C-309/1999, Wouters; 16 maggio 2006, in causa C-372/04, Watts; 19 maggio 2009, in causa C-171/07, Apothekenkammer des Saarlandes; 28 aprile 2001, in causa C-61/11 PPU, El Dridi; 16 febbraio 2012, in cause riunite C-77/10 e C-77/10, Costa e Cifone; 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni, tutte reperibili all'url http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ attraverso l'apposito motore di ricerca messo a disposizione sul sito istituzionale della Corte.

²³ Fra le tante, cfr. Corte di Giustizia, 10 luglio 1990, in causa C-326/1988, Hansen; 17 ottobre 1995, in causa C-83/94, Leifer, entrambe reperibili all'url http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/.

²⁴ M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 17, p. 6 di 30 della versione digitale.

²⁵ Circa il riferimento al concetto di scienza della legislazione applicato al diritto penale ed alla politica criminale si rinvia alle pagine di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 85 ss.; sulla possibile valenza in chiave politico criminale del principio di proporzione v. R. SICURELLA, *"Prove tecniche" cit.*, 45 ss.; in senso analogo, ma con menzione anche del principio dell'*extrema ratio*, L. PICOTTI, *Limiti garantistici cit.*, 230.

²⁶ *Bundesverfassungsgericht*, sentenza 11 giugno 1958, in *BVerfGE* 7, 377 ss. citata da D.U. GALETTA, *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 01, 88, nella versione digitale presente nella banca dati Juris Data, p. 2 di 9.

²⁷ Sulla struttura del principio di proporzionalità e sul suo articolarsi nei criteri qui menzionati cfr. altresì, nella dottrina penalistica, JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Berlin, 1985.

²⁸ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità cit.*, 250 ss..

²⁹ D.U. GALETTA–DETLEV KROGER, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà cit.*, 10 di 17; in tal senso anche M. DONINI, *Sussidiarietà cit.*, 6 di 30; G. SCACCIA, *ult. op. cit.*, 259.

³⁰ Nella letteratura tedesca si utilizza a tal proposito l'espressione “*Schranken-Schranken*”. Cfr. SCHNAPP, *Die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffes*, in *Jus*, 1983, 851 ss.

risulta disponibile nessun altro, ugualmente efficace ma meno incisivo della sfera del singolo³¹.

Il criterio della proporzionalità in senso stretto impone, infine, che avvenga una sorta di bilanciamento tra gli interessi pubblici e le posizioni individuali, affinché sussista un rapporto di adeguatezza tra la tutela dei primi e il sacrificio delle seconde³². La relazione tra mezzo e fine deve così rispettare il canone della ragionevolezza, in modo che l'atto adottato possa dirsi ragionevolmente proporzionato³³.

È evidente, peraltro, che la verifica in questione implica anche valutazioni di carattere politico ed economico che ne rendono difficile il controllo. Orbene, a questo riguardo viene in rilievo uno dei temi più difficili che ogni indagine sui principi presto o tardi deve affrontare, vale a dire quello della loro giustiziabilità e, in definitiva, del carattere dimostrativo o meramente argomentativo che essi possiedono³⁴.

È quindi necessario verificare se le direttive che il principio concretamente esprime individuino anche uno spazio per il controllo giudiziale da parte della Corte di Giustizia.

A questo proposito, è noto che la Corte attui stabilmente il controllo sul rispetto del principio di proporzionalità, allorché si trovi a dover giudicare della legittimità alla luce del diritto dell'Unione di misure adottate dagli Stati membri, per quanto tale sindacato tenda ad attenuarsi nel caso in cui abbia ad oggetto un atto dell'Unione³⁵.

Rapportato al diritto penale, il principio di proporzionalità potrebbe allora rappresentare un valido strumento di orientamento della politica criminale europea, capace, se applicato con il giusto "spirito", di bilanciare adeguatamente il rapporto tra autorità e libertà, contribuendo a rendere l'intervento penalistico realmente sussidiario³⁶. In effetti, i punti di contatto tra i due principi, osservati ciascuno nel proprio contesto naturale di riferimento, sono numerosi. Com'è stato autorevolmente rilevato, infatti, la proporzionalità in prospettiva penale contiene in sé almeno quattro direttive: l'esistenza di un collegamento oggettivo e ragionevole tra il mezzo scelto e lo scopo perseguito, una volta che quest'ultimo sia legittimo; l'adeguatezza del mezzo adottato per il raggiungimento dello scopo, valutabile *ex ante* ma poi anche *ex post*; l'esigenza che i costi da sostenere non siano quanto meno manifestamente superiori ai benefici che l'ordinamento comunitario si prefigge; l'insussistenza o impraticabilità di misure meno gravose (criterio quest'ultimo che parrebbe riconducibile forse più coerentemente al principio di *extrema ratio*)³⁷.

Riprendendo a questo punto la considerazione espressa in apertura di paragrafo, sembra che il principio di proporzionalità, da solo considerato, non possa però assumere una valenza "taumaturgica" e salvare il sistema dall'alluvione penalistica, dal momento che esso necessita di un criterio di riferimento per valutare alla stregua di quale elemento (*tertium comparationis*) la previsione di una norma (penale) debba considerarsi necessaria e indefettibile. Ogni giudizio

³¹ D.U. GALETTA-DETLEV KROGER, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà cit.*, 9 di 17.

³² G. SCACCIA, *ult. op. cit.*, 266; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo cit.*, 111.

³³ Cfr. in tal senso; P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, a cura di P. Ridola, Roma, 1993. Sulla tendenziale sovrapposizione tra la ragionevolezza e la proporzionalità nel senso dell'uso del primo principio in appoggio a tutti gli altri nel giudizio costituzionale si rinvia alle pagine di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Atti della Conferenza trimestrale della Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, pubblicato dal Centro studi della Consulta all'url: www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_QuadernoStudi_Roma2013.pdf.

³⁴ Sulla distinzione tra principi argomentativi e dimostrativi cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale cit.*, 63.

³⁵ In tal senso, cfr. D.U. GALETTA, *Dall'obbligo di trasposizione cit.*, 2-3 di 9; dopo aver affermato la valenza potenzialmente limitatrice del principio di proporzionalità, ammette che lo stesso è stato quasi sempre applicato per censurare limitazioni del diritto comunitario da parte di misure adottate dagli Stati membri R. SICURELLA, *ult. op. cit.*, 46. Viceversa, quando si tratta di valutare la proporzionalità (diremmo, intrinseca) di un atto delle Istituzioni Europee, quel particolare rigore tende a diminuire sensibilmente attraverso una diversa distribuzione processuale dell'onere probatorio. Mentre nel primo caso, infatti, incombe sullo Stato membro dimostrare positivamente l'idoneità dello strumento prescelto e l'impossibilità di adottarne altri meno incisivi ma capaci ugualmente di realizzare lo scopo preso di mira, nel secondo la prospettiva è diametralmente opposta. Il giudizio di proporzionalità si considera risolto positivamente qualora non venga rilevata una manifesta non necessità delle misure concretamente impiegate. Afferma la Corte di Giustizia nella sentenza 13 luglio 1994, in causa C-131/93 che "la validità di un atto comunitario non può dipendere da considerazioni retrospettive riguardanti i suoi risultati. Quando il legislatore comunitario deve valutare, nell'emanare una normativa, i suoi effetti futuri e questi non possono essere previsti con certezza, la sua valutazione può essere oggetto di censura solo qualora appaia manifestamente erronea alla luce degli elementi di cui disponeva al momento dell'adozione della normativa stessa". Più di recente nell'ambito del settore della commercializzazione di specialità farmaceutiche, con la sentenza 9 settembre 2003, in causa C-236/01 la Corte è tornata ad affermare: "Trattandosi di un settore ove il legislatore comunitario è chiamato a effettuare valutazioni complesse, il sindacato giurisdizionale dell'esercizio della sua competenza deve limitarsi ad esaminare se esso non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere o se il legislatore non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del suo potere discrezionale".

³⁶ Sull'importanza dell'utilizzo del principio di proporzionalità al fine di controllare l'operato del legislatore europeo nelle scelte di incriminazione, anche in considerazione della deriva securitaria che il diritto europeo stesso sta assumendo, cfr. A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzionalità nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 75 ss.

³⁷ M. DONINI, *ult. op. loco cit.*

di necessità della pena o di proporzione delle misure adottate ha bisogno, in un'ottica liberale, di un *tertium comparationis* ideologicamente, e quindi contenutisticamente, caratterizzato. Non potendo coincidere il suddetto termine di confronto né con la sicurezza in generale né con la mera osservanza delle norme extrapenali, per evidenti ragioni di rispetto della dignità umana da parte di un diritto penale secolarizzato, non è possibile far altro che ricorrere, nuovamente, al bene giuridico.

A questa categoria è necessario dedicare attenzione nella sua dimensione puramente concettuale di situazione di fatto modificabile e, pertanto, offendibile, perché, solo così facendo, sarà possibile promuovere una politica criminale europea che non si dimostri aliena da istanze etico liberali minime.

In definitiva, sembra che un utilizzo integrato dei principi evocati, tra cui va compreso quello di offensività, abbinato a quella sorta di *know-how* che la Corte di Giustizia vanta in materia di controllo contenutistico delle norme, possa condurre ad uno sviluppo positivo della scienza della legislazione ed all'elaborazione di una razionale politica criminale europea senza la quale un diritto penale europeo non pare avere diritto di cittadinanza.

Nello specifico, i principi di proporzionalità, *ultima ratio* e offensività si possono considerare legati l'uno all'altro da una logica che, se applicata con rigore, consentirebbe un efficace vaglio critico delle scelte di incriminazione compiute dall'Unione. Secondo il modello qui proposto, in una prima fase sarebbe possibile valorizzare il principio di offensività, incardinando sullo stesso la valutazione assiologica di adeguatezza del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito. Quest'ultimo, infatti, potrà esser giudicato legittimo, soltanto qualora coincida con la tutela di un bene giuridico ritenuto meritevole di protezione penale alla stregua delle disposizioni dei Trattati.

Allorché si passi, in un momento logicamente successivo, a verificare il requisito della necessità dell'azione intrapresa, potranno rientrare nel circuito le istanze tipiche del principio di *ultima ratio*, che sconsigliano l'opzione penale quando, nonostante la meritevolezza dell'interesse, esso non risulti anche bisognoso di esser protetto con l'arma della pena, grazie alla disponibilità di altri strumenti più miti ma ugualmente efficaci.

Da ultimo, la proporzionalità in senso stretto potrebbe consentire una verifica finale, attraverso il parametro della ragionevolezza, con riguardo al complessivo rapporto tra il valore del bene protetto e il grado di sacrificio delle posizioni individuali coinvolte nell'incriminazione.