

# I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona

## SOMMARIO

1. INTRODUZIONE: I QUATTRO PRINCIPI DI NECESSITÀ E PROPORZIONALITÀ – 2. LA PROPORZIONE NELL'IDEOLOGIA UTILITARISTA E IN QUELLA RETRIBUZIONISTA (CENNI) – 3. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ MATERIALE. CONTENUTO E CAMPO DI APPLICAZIONE – 4. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ FORMALE PREVISTO ALL'ART. 49 TERZO COMMA DELLA CARTA DEI DIRITTI – 5. IL PRINCIPIO DI NECESSITÀ/INDISPENSABILITÀ DI PENNA PREVISTO ALL'ART. 83 PAR. 2 DEL TFUE – 6. CONCLUSIONE (OTTIMISTA): IL QUINTO PRINCIPIO

## 1 INTRODUZIONE: I QUATTRO PRINCIPI DI NECESSITÀ E PROPORZIONALITÀ

Queste pagine hanno ad oggetto due principi fondamentali del diritto penale dell'Unione europea dopo Lisbona: il principio di proporzionalità e quello di necessità. A ben vedere, tuttavia, i principi in questione, con l'approvazione del Trattato di Lisbona, non sono due, ma *quattro*; in particolare due di proporzione e due di necessità.

Quattro principi dicevo. Li elenco.

(1) Un *primo* principio di proporzione, di conio marcatamente *utilitaristico*, nato e sviluppatosi come principio non scritto, frutto di una luminosa opera della Corte di Giustizia che, sulla base del modello tedesco<sup>1</sup>, ha elaborato una articolata e raffinata giurisprudenza di controllo anche degli atti nazionali interferenti con il diritto comunitario, che tende, nel suo nucleo essenziale, a valutare il rispetto della proporzionalità tra i *mezzi impiegati e gli scopi perseguiti*. Così, quando la norma nazionale è una norma penale la valutazione di proporzionalità si traduce in una valutazione di proporzionalità della pena, contribuendo in questo modo a scolpire la visione proporzionalista della politica criminale europea. Questo primo principio di proporzione di origine giurisprudenziale e non scritto è, come vedremo, un tipico parametro di razionalità materiale. Lo chiameremo quindi principio di *proporzionalità materiale*.

(2) Un *primo* principio di necessità della pena legato a doppio filo all'idea di proporzionalità appena vista. Questo principio di necessità di pena è sia un *corollario* sia un *postulato* del principio di *proporzionalità materiale*.

Un *corollario*, perchè, sul filo della costruzione tedesca<sup>2</sup> costituisce il secondo polo dei tre snodi della idoneità, necessità e proporzione in senso stretto. In quanto corollario della proporzione, e sempre in prospettiva utilitarista, vuole che l'uso di un mezzo non necessario al perseguimento dello scopo sia di per sé sproporzionato e quindi illegittimo.

Ne costituisce, tuttavia, anche un *postulato* di tipo assiologico ancorato all'illuminismo penale e sancito e all'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789<sup>3</sup> in

1. Cf. D. U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria* in Riv. it. dir. pubbl. com., 1993, p. 837 s.; M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999.

2. G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Materiali del centro studi della Corte costituzionale*, Roma, 2004.

3. Art. 8 Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino: «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».

cui il rapporto tra necessità e proporzione è invertito<sup>4</sup> rispetto alla tradizione tedesca. In quanto postulato si assume che il diritto penale come tecnica di controllo sociale fondata sulla punizione lede i beni fondamentali della persona, beni che sono posti al gradino più alto della gerarchia di valori fatta proprio dall'Unione europea. Il postulato assiologico afferma quindi che il diritto penale rappresenta *il mezzo di intervento più lesivo*, con la conseguenza che la pena potrà essere utilizzata in modo conforme al principio di proporzione solo quando sia assolutamente necessaria a proteggere gli interessi in gioco. Diritto penale come *extrema ratio* quindi<sup>5</sup>.

Questa prima coppia di principi di necessità e proporzionalità di pena, come vedremo un pò più nel dettaglio più avanti, ha fatto sedimentare a livello europeo i “frutti buoni” delle grandi ideologie penalistiche dell'illuminismo europeo<sup>6</sup>, sia il principio di necessità di pena come *extrema ratio*, sia il principio di proporzione/necessità di pena in senso *utilitaristico*<sup>7</sup>. Insomma, per citare una celebre formula ripresa da *Geneviève Giudicelli-Delage*<sup>8</sup>, questo principio di proporzionalità materiale lega insieme le due garanzie fondamentali: punire «non più di quanto sia giusto, non più di quanto sia utile. I principi del giusto [*extrema ratio*] e dell'utile [proporzione necessità della pena in senso *utilitarista*] costituiscono i due elementi su cui poggia la legittimazione nell'uso della pena combinandosi tra loro per tracciarne le condizioni e i limiti – combinazione indispensabile, (...), poiché, isolati l'uno dall'altro, il giusto e l'utile condurrebbero a delle conseguenze ugualmente pericolose»<sup>9</sup>.

Come accennato, tuttavia, con Lisbona a questi due “classici” principi di proporzione e necessità di pena se ne affiancano altri due.

(3) Un *secondo* principio di proporzione, dal vago sentore retribuzionistico e posto sempre in funzione di garanzia, iscritto nell'art. 49, terzo comma, della Carta dei diritti di Nizza, ove è sancito che «*L'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato.*» e che, per ragioni che vedremo più avanti, chiamerò principio della *proporzionalità formale*.

(4) Infine un *secondo* principio europeo di necessità della pena. Qui si parla addirittura di “indispensabilità” nella formulazione del legislatore, a cui è subordinata la competenza del diritto dell'Unione a formulare obblighi di criminalizzazione rivolti agli Stati. Tale principio di necessità/indispensabilità è posto all'art. 83 2° comma TFUE dove è prescritto 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*». Questo principio limita il giudizio di necessità di pena, ma al contempo attribuisce la competenza comunitaria ad esercitarlo. Sembra quindi essere la specificazione, per quanto riguarda la produzione di atti comunitari rilevanti in materia penale, del generale principio di proporzionalità/necessità di attribuzione di competenza posto al quarto comma dell'art. 5 del TUE («*In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli*

4. Cf. X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Marseille, 1990, en part., 90 s., M. CAVERIVIERE, *Article 8 in CONAC e altri (dir.), La déclaration du droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Parigi, 1993, in part., p. 182 s.

5. Sul rapporto tra proporzione comunitaria ed *extrema ratio* v. M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, ora in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, p. 115 ss. e A. BARLETTA, *Le controle de la repartition des competences en matiere penale : la recherche de l'equilibre institutionnel* in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA (a cura di), *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Parigi, 2010, p. 130.

6. Sull'incontro e sulle relative intersezioni tra tali ideologie (quella utilitaristica, quelle umanistica e quella proporzionalistica/retribuzionistica) come tratto caratterizzante emergente dal c.d. “problema penale” del diritto moderno post-illuminista v. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 387 ss..

7. Oggi questa coppia trova un richiamo nell'art. 52 della carta di Nizza.

8. G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi*, in *Rev sc. crim.*, 2010 p. 69.

9. *Ibidem*. Nostra traduzione, questo il passo in originale: «*pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile. Les principes du juste et de l'utile constituant les deux éléments sur lesquels repose la légitimité de la peine en se combinant pour en tracer les conditions et limites - combinaison indispensable, (...), car, isolés l'un de l'autre, le juste et l'utile conduiraient à des conséquences également dangereuses*».

obiettivi dei trattati»). Lo chiameremo *principio di indispensabilità/necessità della pena*.

Insomma: (1) un principio di proporzionalità *materiale*, intimamente legato ad un (2) principio di necessità di pena; (3) un principio di proporzionalità *formale*, (4) un principio di indispensabilità/necessità di pena.

Il quadro di partenza è quindi decisamente ricco ed abbondante ed impone di fare delle scelte drastiche per poter sviluppare una relazione secondo una direttrice di indagine. Vi sarebbero infatti molti modi, tutti legittimi, di affrontare il tema: ad esempio si potrebbe riflettere a fondo sul complesso (e pernicioso) rapporto tra il concetto di proporzione e quello di necessità o sul rapporto tra la proporzionalità necessità europea e quella penale. Io ho ritenuto invece di dedicare l'attenzione al rapporto tra i "vecchi" e i "nuovi" principi inseriti con Lisbona. La ragione per cui ho scelto questo taglio deriva da una domanda provocatoria e imbarazzante che mi sono posto nel preparare questa relazione.

La domanda parte da un dato che a prima vista potrebbe sembrare paradossale. Secondo una logica aritmetica ci si aspetterebbe che il raddoppio dei principi prodotto da Lisbona comporti un raddoppio della protezione e delle garanzie. I conti però non tornano, perchè se andiamo a leggere la *prima direttiva* con cui l'Unione chiede agli Stati di membri di adottare norme penali (il primo atto cioè in cui è il diritto comunitario ad avere svolto *lui* il giudizio di necessità di pena<sup>10</sup>) alcune scelte di criminalizzazione adottate sembrano essere *sia* non proporzionate *sia* non necessarie. Detto più diplomaticamente, prestano il fianco a critiche sia rispetto all'idea del diritto penale come *extrema ratio* sia rispetto alla valutazione utilitaristica di proporzione/necessità in senso materiale.

Ci riferiamo evidentemente alla direttiva del 2008<sup>11</sup> sulla tutela penale dell'ambiente<sup>12</sup>.

(a) Per un verso, questa direttiva (chiedendo di punire violazioni di precetti di natura puramente formale) fomenta un uso della pena critico rispetto al principio dell'*extrema ratio* del diritto penale. Come segnalato dal bel *Manifesto sulla politica criminale europea*<sup>13</sup> redatto da un gruppo di penalisti su iniziativa di *Helmut Satzger* tale direttiva pone ad esempio ai sensi dell'articolo 3 c) un rigido obbligo di penalizzazione di violazioni del tutto formali, ad esempio quando il trasporto ha luogo senza notificazione a tutte la autorità coinvolte (v. art. 2 n. 35 lett. a) del Regolamento (CE) n. 1013/2006) o non è conforme a determinati formulari (cfr. art. 2 n. 35 lett. d) et g) iii del Regolamento (CE) n. 1013/2006)<sup>14</sup>.

(b) D'altra parte a risultare violato da questa direttiva è anche il principio di proporzionalità/necessità di pena nella sua accezione *utilitarista*, di *effettiva* capacità di tutela dell'interesse protetto (che è l'ambiente).

La direttiva del 2008 impone, in effetti, agli Stati membri di penalizzare tutta una serie di condotte *dannose* per l'ambiente<sup>15</sup>. Tuttavia è ben nota l'incapacità di sanzioni

---

10. È utile chiarire che i numerosi obblighi di penalizzazione posti con atti di terzo pilastro (segnatamente con le decisioni quadro), almeno da un punto di vista formale non presupponevano un giudizio comunitario di necessità di pena. La ragione della penalizzazione per questi atti infatti era sempre – e necessariamente – collegata, ai sensi degli artt. 29 e 31 TUE nella versione di Amsterdam, a necessità *processuali* di cooperazione giudiziaria orizzontale. Sul punto sia consentito il rinvio a C. Sotis, *Il diritto senza codice. uno studio sul sistema penale europeo vigente*. Milano, Giuffrè, 2007, p. 88 ss. e 179 ss.

11. È appena il caso di aggiungere che nonostante la direttiva sia precedente all'entrata in vigore del trattato di Lisbona essa funge da battistrada delle nuove competenze in materia penale previste nel trattato, segnatamente agli artt. 82 ss. TFUE, basandosi sulla sentenza 13 settembre 2005 della Corte di giustizia che come ben noto ha avuto proprio l'effetto di anticipare per via giurisprudenziale alcune delle più importanti novità previste dal trattato. Segnatamente per quanto qui più direttamente ci interessa la possibilità per il diritto comunitario di emettere obblighi di tutela penale, cioè, per l'appunto, di svolgere il giudizio di necessità di pena.

12. Direttiva 2008/99/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente.

13. *Manifesto sulla politica criminale europea* in ZIS (12/2009), versione in italiano pubblicata a p. 737 ss. (pubblicato in internet sul sito della rivista [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com)).

14. Così il *Manifesto sulla politica criminale europea* cit. p. 741.

15. Cf. per esempio la lettera a) dell'art. 3 della direttiva del 2008 (le altre lettere sono simili) :

Articolo 3. « Ciascuno Stato membro si adopera affinché le seguenti attività, qualora siano illecite e poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza, costituiscano reati:

## 2 LA PROPORZIONE NELL'IDEOLOGIA UTILITARISTA E IN QUELLA RETRIBUZIONISTA (CENNI)

penali arroccate sull'evento di danno a poter fungere da baluardo a difesa del bene ambiente, data la cronica indimostrabilità in un processo penale del nesso di causalità intercorrente tra la condotta e il danno ad un bene giuridico così vasto e inafferrabile. Sanzioni criminali che scattano in caso di danno sono incapaci di proteggere realmente il bene ambiente tenuto conto della cronica difficoltà di dimostrare in un processo penale il nesso di causalità tra una condotta riconducibile alla personale responsabilità di un soggetto e il danno all'ambiente. La storia dei processi in materia ci insegna infatti che è praticamente impossibile accertare un tale danno.

Ritorniamo dunque alla nostra domanda: come è possibile che di fronte ad una tale ricchezza di principi questi siano stati messi in crisi in modo "quasi imbarazzante" già nella prima occasione in cui il legislatore comunitario ha fatto uso del giudizio di necessità di pena? E' appena il caso di ricordare che nell'architettura di Lisbona, con l'abolizione dei pilastri la forma tipica con cui l'Unione europea esprimerà le sue istanze di penalizzazione sono le direttive. Il fatto quindi che già con la *prima* direttiva con cui l'Unione europea ha posto dei rigidi obblighi di penalizzazione vi siano dei punti di criticità con i principi di proporzione e necessità non ci può lasciare indifferenti.

Perché questo è avvenuto? La mia ipotesi, lo dico subito, è che questo sia avvenuto *proprio perché tali principi sono stati raddoppiati*: i "nuovi" principi anziché affiancarsi ai vecchi ne hanno preso il posto nel controllo sugli obblighi europei di penalizzazione.

Per cercare di dare risposta a questa domanda e alla mia ipotesi procederò in questo modo: prima ci occuperemo dei "vecchi" principi di proporzionalità materiale e di necessità di pena (par. 3.), poi passeremo a riflettere sui nuovi principi di proporzionalità formale (par. 4.) e di indispensabilità/necessità di pena (par. 5). Infine, come conclusione (par. 6.) potremo cercare di verificare la nostra ipotesi e avanzare qualche soluzione.

Prima di tutto è utile tracciare un paio di coordinate (par. 2.) sui vari significati che il principio di proporzione e quello di necessità possono assumere.

L'idea della proporzione è da sempre connaturata al ragionamento giuridico; a scolpirne il volto specifico, sono i differenti connotati ideologici di riferimento che cambiando l'oggetto e il metodo ne modificano il contenuto e la funzione<sup>16</sup>. Basti pensare che la proporzione è alla base sia dell'ideologia utilitarista sia dell'ideologia retribuzionista<sup>17</sup>.

Nella prospettiva *retributiva* l'idea della proporzione tra gravità del reato e gravità della pena (comminata o inflitta a seconda che sia un giudizio in astratto o in concreto) trova varie diramazioni, ma in linea generale evoca un giudizio di razionalità formale (assimilabile sul piano del metodo al c.d. principio di uguaglianza). In questo modo esso opera sulla base di uno o più reati di riferimento in cui si assume che la pena sia proporzionata (esempio classico di *tertium comparationis* è partire dalla pena per l'omicidio volontario come parametro di riferimento della pena "giusta"). E' un giudizio di proporzionalità in senso *formale* quindi, come valutazione della *coerenza* interna nell'uso della pena.

Nella prospettiva *utilitaristica* invece il giudizio di proporzione evoca un giudizio di adeguatezza del mezzo al perseguimento dello scopo (assimilabile agli altri *standard* di razionalità materiale come l'effettività, l'adeguatezza, la ragionevolezza). Qui la prima essenziale caratteristica è sul piano del metodo. Questa volta la proporzione evoca un parametro di razionalità *materiale* da svolgersi con la tecnica del bilanciamento,

a) lo scarico, l'emissione o l'immissione illeciti di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti nell'aria, nel suolo o nelle acque che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o *danni rilevanti* alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora; (...) (corsivo aggiunto).

16. Cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie ed ideologie del diritto penale nell'Italia unita* in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2010 (ed. or. 1990), p. 148 ss., G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 383 ss.

17. Riprendiamo qui la distinzione di contenuti tra prospettiva retribuzionistica e prospettiva utilitaristica del principio di proporzione posta da F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, p. 66 s.

condotto facendo appello a saperi esterni, a valutazioni di impatto. Gli argomenti di tipo formale sono marginali e il giudizio prescinde da criteri di coerenza interna (come il c.d. *tertium comparationis*). Per dire se un determinato reato è sproporzionato non occorre insomma chiedersi se è punito in modo coerente rispetto ad un altro che si assume come proporzionato. Occorre invece valutare se, sulla base di indici fattuali e assiologici, quella pena sia il mezzo ragionevole per il raggiungimento di uno scopo che di per sé si assume come legittimo. Proporzionalità questa volta in senso *materiale*, come valutazione dell'uso *ragionevole* della pena.

### 3

#### IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ MATERIALE. CONTENUTO E CAMPO DI APPLICAZIONE

Il principio “classico” di proporzione/necessità (*proporzionalità materiale*) elaborato in circa quaranta anni dalla Corte di giustizia è un tipico canone di razionalità materiale di valutazione del rapporto di adeguatezza tra mezzi e scopi. La sua natura duttile, la possibilità di fare meno del *tertium comparationis* e la sua “logica combinatoria”<sup>18</sup> lo rendono perfetto per effettuare la valutazione di tipo *esterno*, di un sistema altrui. Esso infatti non a caso ha forti affinità, sul piano del metodo con il giudizio di proporzione elaborato dalla Corte di Strasburgo (che, per definizione, è chiamata ad esercitare un controllo di tipo *esterno*). Il campo tipico di applicazione e di evoluzione di *questo* principio di proporzionalità è il conflitto tra una libertà comunitaria e una norma penale interna che frustra quella libertà. Nei casi in cui la Corte ritiene legittimo l'interesse nazionale che fonda la misura restrittiva, il principio di proporzione/necessità finisce in seconda battuta per denunciare che il controinteresse nazionale, per quanto legittimo, è tuttavia tutelato in modo sproporzionato. Quando la misura restrittiva nazionale è di tipo penale questo giudizio si traduce in un giudizio di proporzionalità materiale sul diritto penale.

Qui lo schema decisorio pur non essendo espressamente codificato in questi termini richiama da vicino quello elaborato dalla giurisprudenza del tribunale costituzionale tedesco, secondo cui il giudizio di proporzione si snoda, come detto, nei tre canoni della *idoneità*, *necessità* e *proporzionalità in senso stretto*. In modo analogo il principio europeo di proporzionalità materiale, una volta appurato che vi è una restrizione da parte di una norma penale nazionale e che essa persegua un fine legittimo, deve superare una analoga serie di *test* di bilanciamento: quello dell'*idoneità*, quello della *necessità*, e quello della proporzione in senso stretto (e della non discriminazione). La cosa interessante è sul piano del metodo. La Corte di giustizia nello sviluppare questi *test* fa vera “scienza penale integrata” mediante un largo uso di valutazioni di impatto e di conoscenze extragiuridiche.

Qualche esempio per i tre *test*.

##### (a) *Idoneità*

A volte la Corte di giustizia dichiara sproporzionate le norme (penali) nazionali perché *inidonee* a tutelare l'obiettivo dichiarato che, in quanto tale, sarebbe un legittimo controinteresse alla libertà comunitaria. Qui il problema riguarda l'*idoneità* di un precepto, comunque sanzionato, non trova quindi una peculiarità nel fatto che il divieto nazionale sia di tipo penale.

Un esempio è il caso *Commissione c/Portogallo* del 2008<sup>19</sup> in cui la Corte di giustizia era chiamata a pronunciarsi sul divieto portoghese di importazione di pellicole colorate per i vetri delle macchine, fondato sulla esigenza di tutela della criminalità e sicurezza stradale. La Corte non nega la legittimità dello scopo perseguito (la lotta contro

18. Così S. MANACORDA, *Le contrôle des clauses d'ordre public. La « logique combinatoire » de l'encadrement du droit pénal* in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA (a cura di), *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Parigi, 2010, p. 57 ss.

19. Corte di giustizia, 10 aprile 2008, *Commissione c/Portogallo*, C-265/06. Il caso è segnalato da S. MANACORDA, *Le contrôle des clauses d'ordre public*, cit., p. 73.



l'insicurezza stradale), ritiene tuttavia la misura *sproporzionata perchè inidonea* alla luce delle conoscenze al perseguimento dello scopo: «La repubblica portoghese – dice la Corte – non ha dimostrato che il divieto (...) è necessario (*rectius*: idoneo) alla tutela della sicurezza stradale e alla lotta contro la criminalità»<sup>20</sup>.

Altro esempio, forse il più famoso, è il caso c.d. “*Cassis de Dijon*”<sup>21</sup> in cui era stata giudicata inidonea allo scopo di proteggere la salute dei consumatori la regolamentazione tedesca concernente le prescrizioni relative al contenuto minimo di alcol per le bevande da introdursi sul mercato tedesco<sup>22</sup>.

#### (b) *Necessità*

Altre volte la Corte considera la norma *penale* restrittiva della libertà comunitaria sproporzionata perchè non *necessaria*, pur essendo di per sé astrattamente idonea a tutelare un legittimo controinteresse. Questa volta è *proprio la natura penale* della norma nazionale ad essere sotto i riflettori. Così facendo la Corte di giustizia prende (agli occhi di un penalista) due piccioni con una fava: (i) per un verso assume come postulato l'idea del diritto penale come *extrema ratio* e, (ii) per altro verso, costruisce un giudizio di necessità di pena di tipo marcatamente utilitaristico che fa uso di conoscenze esterne al diritto, proponendo soluzioni argomentative molto avanzate sul piano del metodo, molto più avanzate di quelle delle stesse Corti costituzionali che hanno ispirato la Corte di Giustizia nell'uso dei canoni di razionalità materiale<sup>23</sup>.

Un caso che esemplifica bene quanto detto sul piano del metodo è quello portato all'attenzione da Alessandro Bernardi<sup>24</sup> sul divieto penalmente sanzionato di importazione di pastasciutta di grano tenero che ha dato luogo ad una trentennale battaglia tra il *totem* comunitario della libertà di circolazione delle merci e il *tabù* italiano del grano tenero nella pasta. La Corte di giustizia nel caso *Zoni* del 1988<sup>25</sup> riconosce che lo scopo perseguito dalla misura di per sé è legittimo (la tutela dei coltivatori di grano duro che avviene in una zona economicamente depressa come il sud dell'Italia). Quello che la Corte contesta è che per perseguire questo (legittimo) obiettivo occorra usare la sanzione penale invece di mezzi meno invasivi come – ad esempio – chiare procedure di etichettamento del prodotto che indichino al consumatore se sta comprando pastasciutta di grano duro o tenero. Quello che mi preme evidenziare è che lo scontro tra l'Italia e la Corte di giustizia sulla necessità di pena dipende da *argomenti di tipo fattuale*, segnatamente dalla capacità o meno della pasta di grano duro (che è necessariamente più costosa di quella di grano tenero) di competere sul mercato: se, come sostenuto dal governo italiano, la concorrenza di un prodotto più economico spazzerebbe fuori dal mercato i produttori di grano duro potrebbe essere necessaria la loro (legittima) tutela mediante un divieto penalmente sanzionato. Ecco allora che la Corte di giustizia trova un argomento decisorio estremamente interessante sul piano del metodo per costruire il giudizio di necessità di pena: “*Occorre osservare infine che l'andamento della situazione sui mercati d'esportazione dimostra che la concorrenza attraverso la qualità va a vantaggio del grano duro. Infatti, dai dati statistici forniti alla Corte risulta che la quota di mercato occupata dalla pasta prodotta esclusivamente con 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*”

20. Corte di giustizia, 10 aprile 2008, Commissione c/Portogallo, cit., parr. 40 e 45

21. Corte di giustizia, 20 febbraio 1979. - *Rewe-Zentral AG C/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* C-120/78.

22. Corte di giustizia, 20 febbraio 1979., C-120/78, cit. v. in particolare per il giudizio di inidoneità della restrizione v. il par. 11 («considerazioni del genere non sono decisive, dal momento che il consumatore può procurarsi sul mercato una gamma estremamente varia di prodotti con gradazione alcolica bassa o media ed inoltre una parte rilevante delle bevande alcoliche con forte gradazione, liberamente poste in vendita sul mercato tedesco, viene consumata correntemente in forma diluita»).

23. Mi riferisco evidentemente alla Corte costituzionale tedesca con il giudizio di proporzione e, per quanto di mia conoscenza, alla Corte costituzionale italiana con il giudizio di ragionevolezza che sulla questione dei c.d. giudizi di fatto, cioè fondati sulla verifica di corrispondenza alla realtà di una determinata normativa si muovono con grande cautela. V. in particolare A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19/03/2004*, Torino 2005 e nella letteratura penalistica D. PULITANO, *Il Giudizio di fatto nel controllo di costituzionalità delle norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss.

24. Sulla annosa vicenda della pasta tra sentenze della Corte di giustizia e della Corte costituzionale italiana v. A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, in particolare p. 1005 ss.

25. Corte di giustizia, 14 luglio 1988, *Proc. pén. c/Zoni*, C-90/86.

*continuamente. I timori del governo italiano quanto alla scomparsa della coltura del grano duro sono pertanto infondati.»<sup>26</sup>*

Fondare su saperi extrapenalistici, su valutazioni di impatto (dati statistici di natura macroeconomica in questo caso) il giudizio di necessità di pena è il vero modo di rendere giustiziabile il giudizio di necessità di pena. È la vera concretizzazione dell'idea della scienza penale integrata da saperi extrapenalistici. Un tipo di ragionamento giuridico a cui guardano con ammirazione e timore le stesse Corti costituzionali nazionali.

### *(c) Proporzionalità in senso stretto*

Altre volte ancora il giudizio si sviluppa su un giudizio di proporzionalità in senso stretto (e/o di non discriminazione). Qui l'aspetto caratteristico è un uso molto approfondito e coraggioso del ragionamento giuridico fondato sul bilanciamento.

Un tipico settore di applicazione sono le misure di espulsione degli stranieri, comunitari e extracomunitari<sup>27</sup>. Anche qui la Corte di giustizia percorre soluzioni penalistiche di grande civiltà giuridica dando grande respiro al principio di proporzionalità: essa dichiara – testualmente – non proporzionati i provvedimenti di espulsione fondati esclusivamente su ragioni di prevenzione generale. La Corte infatti impone che le espulsioni possano avvenire solo *in modo proporzionato*, valutando le specifiche circostanze oggettive e soggettive del caso e bilanciandole con le esigenze di ordine pubblico. Forse in modo inconsapevole ha costruito un nucleo estremamente avanzato di proporzionalità-colpevolezza come limite alle esigenze generalpreventive, in cui sembrano emergere i frutti buoni della proporzionalità sia in prospettiva utilitarista, sia in prospettiva retributiva.

Insomma, con questa giurisprudenza la Corte di giustizia ha dato alla proporzionalità materiale un significato estremamente innovativo. Sul piano del metodo vengono dalla Corte di giustizia effettuati ragionamenti con grandi aperture alle valutazioni di impatto di tipo empirico<sup>28</sup>, ragionamenti che possono anche del tutto prescindere da giudizi di coerenza interna del sistema<sup>29</sup>. Essi sono celebrati come veri baluardi europei di garanzia penalistica.

Tuttavia occorre segnalare che *queste caratteristiche* del principio europeo di proporzionalità/necessità materiale dipendono dal *contesto* in cui sono germinate: il controllo di proporzionalità e necessità *delle norme penali nazionali che effettuano una restrizione ad una libertà comunitaria*. Il punto è fondamentale perché *questa* giurisprudenza della Corte di giustizia è legata a doppio filo a *questo* contesto che le ha permesso di svilupparsi a partire da una presunzione di difformità della sanzione penale (la misura restrittiva è illegittima tranne nei casi in cui sia proporzionata). Nel controllo interno, nazionale, di costituzionalità invece la pena è legittima tranne nei casi in cui sia sproporzionata. Ed è quindi evidente che i margini concessi al funzionamento del principio europeo di proporzionalità materiale sono particolarmente sviluppati. Molto più di quando una Corte costituzionale nazionale è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una sua norma penale nazionale. E' infatti molto più agevole sviluppare il giudizio di proporzionalità

---

26. Corte di giustizia, 14 luglio 1988, *Proc. pén. c/Zoni* cit., par. 27.

27. V. per esempio Corte di giustizia, 19 gennaio 1999, C-348/96 *Calfa*; Corte di giustizia, 10 febbraio 2000, C-347/97 *Nazli e altri*; Corte di giustizia, 19 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01 *Orfanopoulos e altri*. Un profilo peculiare relativo al mancato rispetto della proporzionalità in senso stretto è aperto ora dal conflitto tra la normativa italiana e la direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008 «recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare» il cui termine per l'attuazione è appena scaduto (il 24 dicembre 2010). Su questa importante vicenda v. il *seminal article* di F. VIGANÒ e L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 560 ss. che ha registrato grande attenzione in magistratura che ha percorso le più variegate soluzioni. Su queste e sull'imponente dibattito derivato dalla pubblicazione dei lavori di Viganò e Masera v. i vari materiali raccolti sulla rivista *Diritto Penale Contemporaneo*. Come noto della questione è stata investita con procedura di urgenza la Corte di giustizia.

28. Sull'uso delle valutazioni di impatto in diritto penale e sulle loro connessioni con i principi di razionalità materiale v. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss. M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale*, ora in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 37 ss.

29. Un caso estremamente significativo della libertà argomentativa e relativa creatività che comporta l'essere svincolati da vincoli di coerenza interna è il noto caso *Omega* (Corte di giustizia, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*).

e necessità di pena su valutazioni empiriche di impatto quando si tratta di contestare agli Stati che non sono riusciti a provare il contrario piuttosto che doverlo affermare positivamente.

Questo legame con il contesto è il punto di *forza*, ma anche il punto *debole* di questo principio di necessità e proporzionalità materiale.

Il suo punto di *forza* perchè questo contesto tipico di applicazione, partendo da una presunzione di sproporzione della misura, ne ha permesso il grande sviluppo.

Il suo punto *debole* perchè è un giudizio cucito addosso a questo oggetto (valutazione di proporzionalità delle norme penali nazionali restrittive di una libertà comunitaria), con la conseguenza che risulta di difficile esportabilità, segnatamente al controllo degli atti del diritto derivato dell'Unione europea e alle norme penali nazionali poste in attuazione degli obblighi europei di penalizzazione (in cui quindi il giudizio di necessità di pena è già stato svolto a Bruxelles).

Ma allora, e veniamo al *punto chiave del nostro ragionamento*, se con Lisbona può essere direttamente il diritto dell'Unione europea mediante direttive a effettuare le scelte di penalizzazione, questa scelte di penalizzazione sulla base di quali principi di proporzionalità e necessità di pena potranno essere giudicati dalla Corte di giustizia?

Evidentemente sulla base dei nuovi principi introdotti dal Trattato di Lisbona.

## 4

### IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ FORMALE PREVISTO ALL'ART. 49 TERZO COMMA DELLA CARTA DEI DIRITTI

Per quanto riguarda la valutazione di proporzionalità degli obblighi di tutela penale posti con direttive a funzionare potrebbe quindi essere il principio posto a chiusura dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali (*"L'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato"*).

Tuttavia questo principio di proporzione è ben diverso da quello appena visto.

E' un principio di stampo retribuzionistico, che tesse una relazione tra la gravità del reato e le pene inflitte. Esso evoca quindi uno schema tipico di razionalità formale. Il problema è che per giudicare in modo formale la proporzionalità tra la gravità del reato e le pene inflitte bisogna sapere (perlomeno) tre cose: (1) quale è la gerarchia degli interessi in gioco, (2) quale è la scala di pene, e (3) alla luce di quale ideologia penalistica dobbiamo valutare il concetto di "gravità del reato".

E qui sorgono i problemi perchè l'Unione ha solo una di queste tre cose: la scala di interessi.

Il diritto dell'Unione europea con la Carta dei diritti fondamentali ha infatti posto al centro la persona e la sua dignità. Questo le permette di dire ad esempio che l'omicidio è più grave della truffa<sup>30</sup> Però per effettuare il giudizio di proporzionalità formale questo non basta per potere affermare – ad esempio – che la pena inflitta di quindici anni per una truffa sia o meno proporzionata: dobbiamo ancora sapere due cose: (a) quale è la pena proporzionata, (b) quale è un reato di gravità simile punito con una pena che si assume come proporzionata. E su questo l'Unione europea – e quindi la Corte di giustizia – sarebbe in grande difficoltà. Con Lisbona infatti l'Unione europea ha finalmente la potestà a formulare un giudizio astratto di necessità di pena, ma non ha ancora lo *ius puniendi*<sup>31</sup>, non ha cioè la capacità di costruire un sistema di pene. Come fa allora la Corte di giustizia a dire che una pena è formalmente sproporzionata se non ha i punti di riferimento? Forse anche qui potrebbe superare l'ostacolo trovando il suo *tertium comparationis* ad esempio nel *medium* standard nazionale, ma sarebbe assai difficile

30. Segnalo cursoriamente che in prospettiva europea anche questa affermazione è tutt'altro che ovvia: soprattutto se dovesse emergere un nucleo di diritto penale europeo a partire dai "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", come recita il secondo comma dell'art. 86 TFUE. Gli interessi finanziari, sono beni dalla cui tutela dipende l'esistenza dell'Unione e questa loro caratteristica esistenziale cambia il rango dei beni in gioco rispetto alle scale di valori nazionali, e, di conseguenza, modifica anche i termini di un eventuale giudizio di proporzione.

31. Sull'assenza di *Ius puniendi* da parte dell'unione rinvio a C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea* in *Cass. pen.*, 2010 p. 326 ss.



interessare un discorso del genere per sviluppare un giudizio di tipo formale dato che non esiste uno standard comune europeo per quanto concerne le pene inflitte<sup>32</sup>.

Ma anche se si superasse questo ostacolo la Corte di giustizia continuerebbe ad avere grande difficoltà a valutare gli atti di diritto europeo (e i relativi atti nazionali in adempimento) con il giudizio di proporzionalità formale previsto all'art. 49 3° comma della Carta perchè gli mancherebbe comunque il terzo requisito: una chiara ideologia penalistica costituzionale attraverso cui stabilire la gravità dei reati.

Quale è il principale metro europeo di misurazione della gravità dei reati? La modalità di offesa ad un determinato bene giuridico? La riprovevolezza del comportamento? La pericolosità sociale del reo? Si ripropone insomma il dilemma che ripercorre da duecento anni il processo di secolarizzazione del diritto penale: quale è il volto costituzionale del diritto penale dell'Unione europea? Quello oggettivista che si basa sul bene giuridico o quello soggettivista che si basa sulla personalità del delinquente e la sua pericolosità?

La questione è ovviamente cruciale perchè se il concetto dell'offesa al bene giuridico perde di centralità la proporzione formale cambia completamente faccia (e funzione!). Quando ad esempio la scuola positiva propose di agganciare il concetto di proporzionalità alla pericolosità sociale del delinquente le cose cambiarono radicalmente<sup>33</sup>, e questa come è noto è una questione che si ripresenta in continuazione come dimostra tutta la nuova politica criminale italiana ad esempio in tema di prescrizione del reato commesso dall'incensurato, di aggravante di clandestinità o in Francia la recente riforma e le evidenti discussioni<sup>34</sup> che ne sono emerse sulla rétention de sûreté prevista con la *loi* del 25 febbraio 2008.

Per cercare di spiegarmi faccio un esempio: l'obbligo di penalizzazione anche della pedopornografia previsto nella *Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile* del 2004<sup>35</sup> che chiede di punire la pedopornografia, sia quella *reale*, sia quella *virtuale*<sup>36</sup>. Può la Corte di giustizia censurare alla luce del 49 3° comma della Carta la richiesta di penalizzare la pedopornografia virtuale? Io ne dubito. Seconda domanda, se vogliamo ancora più inquietante: ma l'Unione europea con gli strumenti della forma giuridica può (perlomeno) affermare che la pedopornografia virtuale è *meno grave* della pedopornografia reale o sono per lei *la stessa cosa*? Di conseguenza per la Corte di giustizia se uno Stato punisce allo stesso modo quella virtuale e quella reale ha o no violato il principio di proporzionalità formale? Se poniamo al centro del concetto di gravità del reato l'offesa all'interesse protetto, piuttosto che la personalità dell'autore la risposta cambia radicalmente. A mio avviso, sviluppando gli schemi della proporzionalità formale non penso che la Corte di giustizia sia in grado di rispondere nemmeno a questa domanda. Insomma, io dubito seriamente che senza *jus puniendi* e senza una chiara ideologia penalistica costituzionale europea la Corte di giustizia possa giudicare della proporzionalità formale tra gravità dei reati e pene inflitte.

Lascio aperti questi problemi, ma pongo una nuova domanda. Ma allora a cosa serve questo principio di proporzionalità formale? Che uso ne potrà fare la Corte di giustizia? Io non ho la risposta<sup>37</sup>. Spero di sbagliarmi, ma penso che non è con questo principio che

32. E' quanto è emerso nella importante ricerca: M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (a cura di), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003.

33. Cf. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 207 s.

34. Si può «tastare» il polso di questo dibattito leggendo G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité* cit., p. 69 ss.

35. Decisione quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003.

36. L'articolo 1 b ii) et iii) definisce come pedopornografia la rappresentazione visiva di una persona « che sembra essere un bambino o «le immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta». cf. Sulla dubbia compatibilità della opzione incriminatrice della pedopornografia virtuale adottata da questa decisione quadro con il diritto penale del fatto v. *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 740 s. Volendo, sulla questione come paradigmatica di un contrasto tra obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'unione europea e obbligo di interpretazione conforme a Costituzione v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 304 s.

37. Mi conforta il fatto che lo stesso imbarazzo emerge chiaramente dalla lettura dei più autorevoli commentari della Carta. Gli autori che hanno con pur grande limpidezza analizzato l'art. 49 della Carta dedicano infatti poche righe a questo «strano» terzo comma, che non sanno bene come inquadrare.

5  
IL PRINCIPIO DI NECESSITÀ/  
INDISPENSABILITÀ DI PENA  
PREVISTO ALL'ART. 83 PAR. 2 DEL  
TFUE

la Corte di giustizia potrà giudicare della proporzionalità dei futuri obblighi europei di penalizzazione posti con una direttiva, come quella sull'ambiente del 2008 da cui siamo partiti.

Facciamo il punto. Da quanto detto fino ad ora abbiamo dedotto che il "classico" principio di proporzionalità/necessità *materiale* è cucito addosso alla valutazione esterna delle norme penali nazionali in collisione con una libertà comunitaria e che quindi non trova il suo campo di applicazione nella valutazione degli atti comunitari che esprimono obblighi di penalizzazione.

Al tempo stesso che nemmeno il principio di proporzionalità *formale* posto all'art. 49 terzo comma della Carta sembra avere maggiori *chances* di potere giudicare le istanze politico criminali espresse da Bruxelles. Ma allora? Quale è il principio chiamato a vigilare sugli atti con cui l'Unione europea esprimerà le sue richieste di penalizzazione?

Il vero baluardo posto da Lisbona sembra essere il principio di necessità/indispensabilità di pena posto proprio lì dove si attribuisce la competenza penale indiretta all'Unione europea: nell'art. 83 TFUE.

Art. 83 par. 2 TFUE: «*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*».

Questo è un principio, di stampo utilitaristico, che assolve una duplice funzione: di garanzia, ma anche di competenza (per questo lo abbiamo posto in termini di specialità rispetto al principio di proporzione/necessità sancito all'art. 5 TUE) limitando, ma attribuendo all'Unione la competenza a emettere obblighi di tutela penale con direttive qualora si rivelino indispensabili. L'osservazione è importante perché questo lascia intendere che esso assolve una funzione di *legittimazione positiva* e non negativa. Il che vuol dire che se una norma rispetta questo canone di indispensabilità di pena allora l'Unione europea è per ciò solo tenuta ad chiedere la pena. Agisce in definitiva in surrogata degli altri principi.

Tale principio, tuttavia, dovrebbe farci dormire sonni tranquilli: il giudizio di necessità di pena diviene addirittura un giudizio di *indispensabilità* della pena.

Personalmente non sono per nulla convinto invece che questa clausola di "indispensabilità" sia idonea a garantire al diritto penale quel carattere di strumento sussidiario di protezione dei beni giuridici, che è ciò che attualmente caratterizza e legittima il c.d. volto costituzionale dell'illecito penale.

Il problema ovviamente non è il termine utilizzato, ma il fatto che il giudizio di necessità o di indispensabilità richiesto dall'art. 83 par. 2 TFUE registra uno slittamento del termine di riferimento dell'indispensabilità: *non* la tutela del *bene giuridico*, ma *l'attuazione efficace di una politica dell'Unione*. E non è una differenza di poco conto. Subordinare, infatti, il giudizio di necessità o indispensabilità di pena a una valutazione di efficace protezione dei beni giuridici sottostanti piuttosto che di efficace attuazione normativa comporta in sostanza che ad essere giudicato necessario è l'intervento penale "a tutela di una norma e non di un bene"<sup>38</sup>.

In questo modo cambia radicalmente il tipo di giudizio a cui è subordinato l'intervento penale poiché una norma incriminatrice può a buon diritto essere perfettamente *idonea* a difendere la tenuta complessiva di un impianto normativo – ad esempio

Cfr. tr agli altri J. VERVAELE, *Article II-109 Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article*, L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (a cura di), Bruxelles, 2005, Vol. 2. p. 627 s., M. D'AMICO, *Articolo 49*, in *L'Europa dei diritti*, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), Bologna, 2001, p. 339 ;

38. Così G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 926 s.

stabilendo dal punto di vista simbolico ciò che è giusto e ciò che è sbagliato o indicando la corretta scala di valori in gioco –, 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’ (o funzionalista, ma ovviamente in un’accezione diversa da quella che il concetto ha in diritto comunitario) al ben diverso paradigma del diritto penale ‘normativista’<sup>39</sup>.

Il migliore esempio di questa differenza lo offre la direttiva del 2008 sulla protezione penale dell’ambiente<sup>40</sup> che chiede agli Stati membri, nel suo art. 3, di penalizzare tutta una serie di condotte dannose per l’ambiente<sup>41</sup>.

Ora, se svolgiamo un giudizio di *necessità* o anche di *indispensabilità* di pena per garantire un’efficace attuazione delle politiche ambientali, è del tutto plausibile ritenere che norme incriminatrici siffatte possano essere perfettamente coerenti. Stabilire che nei casi di maggiore gravità occorre reagire con la pena significa delineare la scala dei valori in gioco e rafforzare in generale la politica normativa: viene tutelata, per l’appunto, la norma. Se, invece, ci riferiamo non più alla tutela della norma, ma a quella del bene giuridico sottostante, le cose cambiano radicalmente. Come già detto è, infatti, ben nota l’incapacità di sanzioni penali arroccate sull’evento di danno a poter fungere da baluardo a difesa del bene ambiente. Se ci poniamo nell’ottica di tutela del bene giuridico, quindi, norme siffatte, risultando inutili, non possono certo essere considerate “necessarie”, né, a maggior ragione, “indispensabili”.

## 6

### CONCLUSIONE (OTTIMISTA): IL QUINTO PRINCIPIO

Ecco la risposta alla nostra domanda: sono i “nuovi” principi, introdotti con Lisbona della proporzione formale e dell’indispensabilità/necessità della pena a *garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione* e (non alla protezione efficace del bene giuridico) ad avere messo a tacere il “buon vecchio” principio di proporzionalità/necessità materiale e a rendere quindi possibile prevedere in modo non proporzionato e non necessario l’uso della pena.

Giunti alla conclusione mi rendo conto che il quadro tracciato è triste, eccessivamente triste. Cerco di rimediare parzialmente provando a offrire qualche tocco finale di colore e di ottimismo.

Il diritto penale dell’Unione europea dopo Lisbona ha previsto infatti anche un *quinto* principio di proporzione, questa volta *molto materiale*: quello elaborato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. Con la prevista adesione dell’Unione europea alla Convenzione dei diritti dell’Uomo la Corte di Strasburgo, potrà anche nei confronti dell’Unione europea esercitare a fondo il suo controllo di proporzionalità<sup>42</sup>, liberandosi degli imbarazzi che l’hanno finora relegata a non potere giudicare direttamente e *in concreto* della attività politico criminale dell’Unione, come è avvenuto ad esempio nel caso *Bosphorus*<sup>43</sup>. In questo modo il cerchio si chiude: l’Unione non è stata in grado di

39. Su cui v. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, p. 484 ss. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., p. 430 s. Una sintesi efficace dei differenti paradigmi, con particolare riferimento al differente modo di affrontare la vicenda dell’interruzione volontaria di gravidanza da parte del Tribunale costituzionale tedesco e delle Corti costituzionali italiana è offerta da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.

40. Direttiva 2008/99/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell’ambiente.

41. Cf. per esempio la lettera a) dell’art. 3 (le altre lettere sono simili):

Articolo 3. «Ciascuno Stato membro si adopera affinché le seguenti attività, qualora siano illecite e poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza, costituiscano reati:

a) lo scarico, l’emissione o l’immissione illeciti di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti nell’aria, nel suolo o nelle acque che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell’aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora; (...)

42. Su cui v. per tutti l’approfondita analisi di S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l’homme. Prendre l’idée simple aux sérieux*, Bruxelles, 2001.

43. Corte europea dei diritti dell’uomo, aff. *Bosphorus c. Irlanda*, sentenza del 30 juin 2005 su cui, per i risvolti qui evocati e per gli ulteriori rinvii volendo v. C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto comunitario in La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*

dotarsi di strumenti in grado di giudicare dall'interno della proporzionalità e necessità delle decisioni che prenderà in virtù delle sue accresciute competenze in materia penale, ma ha anche ammesso i suoi limiti decidendo di farsi giudicare dall'esterno, e secondo logiche diverse. E questo garantisce scenari futuri più rosei di qualunque formulazione di un principio scritto. I principi in questo modo sono posti nella migliore condizione per evolvere e potersi liberare da infelici formulazioni testuali. Le nuove strategie argomentative hanno disegnato cammini così inaspettati in questi anni che forse, con l'aiuto di Strasburgo, il principio di proporzionalità previsto all'art. 49 3° comma della Carta potrebbe assumere un nuovo significato molto più fertile di quello che vi ho tracciato e quel principio normativista di necessità/indispensabilità di pena che non attira per nulla la mia simpatia potrebbe essere messo da parte: la prima a guadagnarne sarebbe l'integrazione europea.