

L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale

Gaetano Stea

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. Il giudice comune nel sistema europeo e l'ermeneutica conforme costituzionale e sovranazionale nella "manipolazione" delle scelte del legislatore penale. - 2. L'offensività nel sistema penale europeo. La situazione italiana: la deriva del principio di necessaria lesività e l'irrefrenabile anticipazione della tutela penale con la tipizzazione anche di illeciti di rischio. L'efficacia argomentativa o dimostrativa dell'offensività come parametro di controllo della politica criminale. - 3. La Corte costituzionale e la politica criminale sulla clandestinità: offensività ed *extrema ratio*. - 4. Il giudizio di proporzione nella Carta di Nizza come fondamento dell'offensività del reato europeo. La proporzione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli obblighi di tutela penale in chiave vittimocentrica. Necessaria lesività e dannosità sociale come elementi che individuano il fatto penalmente rilevante. - 5. La giustiziabilità degli obblighi di tutela contenuti nella norma penale europea da parte del Giudice costituzionale. - 6. Il sindacato di proporzionalità della Corte di Lussemburgo sulla norma penale europea. - 6.1 (segue) L'eccezione democratica e la razionalità del diritto penale positivo. Il giudizio di eguaglianza-proporzione come utile sindacato sull'opzione di politica criminale. - 7. Il principio di proporzione formale tra reato e sanzione previsto dall'art. 49, co. 3, della Carta di Nizza come criterio di coerenza intrasistemica del divieto penale. - 8. Considerazioni conclusive su un nuovo sistema di politica criminale tra offensività, proporzione e risocializzazione degli attori del conflitto.

1. Si può ricondurre all'illuminismo la propensione a confinare il potere giurisdizionale ad un ruolo ancillare rispetto alla supremazia del potere legislativo¹, costituendo il primo un ramo della pubblica amministrazione, con giudici-funzionari ed un'organizzazione di tipo gerarchico, per gradi², con loro selezione attraverso il concorso pubblico ed assegnazione della sola funzione di

¹ CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, Milano, 1982, 312, descrive il pensiero di Ludovico Antonio Muratori, tracciato nel libretto *Dei difetti della giurisprudenza*, pubblicato nel 1742, che stigmatizza la situazione giuridica del suo tempo, con una giurisprudenza dottrinale e giudicante, amministratrice in realtà di ingiustizie. Muratori distingue i difetti della giurisprudenza in intrinseci ed estrinseci. I difetti intrinseci sono ineliminabili ed essi sono: (a) le norme giuridiche non possono essere mai essere chiare, tanto è vero che debbono essere interpretate da sottili osservatori, con la conseguenza che il loro dettato è ancora più adeguata; (b) ciascuna norma non può prevedere tutti i casi che la realtà concretamente presenta; (c) gli uomini manifestano la propria volontà sempre in maniera diversa, con l'effetto che tale volontà è sempre difficilmente interpretabile e, dunque, è origine di litigi; (d) il diritto vivente poggia sull'opinione personale del giudice-uomo, inevitabilmente condizionata da passioni, sentimenti, pregiudizi e debolezze. I difetti estrinseci possono essere eliminati, perchè non dipendono dalla natura del diritto, ma da comportamenti perfettibili degli operatori del diritto. Essi sono: (a) il caos oceanico delle interpretazioni dottrinali e giudiziali che hanno soffocato il dettato legislativo, addirittura, sostituendosi a quest'ultimo; (b) l'applicazione giudiziale del diritto è arbitraria, poiché il giudice è libero nello scegliere a quale opinione interpretativa aderire. I difetti della giurisprudenza, descritti dal Muratori nella metà del XVIII secolo, *mutatis mutandis*, non sono molto diversi da quelli che oggi si addebitano alla magistratura.

² ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in www.associazionecostituzionalisti.it.

interpretare la legge, ovvero di sussumere il fatto concreto nella disposizione posta dal legislatore democraticamente eletto.

Già con l'avvento della Costituzione repubblicana, il ruolo del giudice comune muta, in quanto è prevista una limitazione alle prerogative del legislatore di porre norme regolanti i rapporti tra i cittadini ed tra i cittadini e lo Stato, attraverso i limiti sanciti dalla Costituzione, il cui rispetto è assicurato dal controllo dei giudici comuni unitamente alla Corte costituzionale. Il costituzionalismo impone, dunque, una soggezione del legislatore alla Carta fondamentale ed impone, altresì, al giudice comune di interpretare la legge conformemente ai principi costituzionali. Da ciò, già si incrina l'equilibrio illuministico della separazione dei poteri, non tanto per il controllo di legittimità costituzionale a cui è sottoposto il prodotto del legislatore, ma, in particolare, rispetto agli effetti che l'interpretazione costituzionalmente orientata ha sull'intangibilità dei contenuti della legge.

In materia penale, per ciò che ci interessa, il risultato dell'interpretazione conforme va ad incidere sulla descrizione del fatto tipico, restringendone³ la rilevanza penale, a discapito della volontà legislativa, ad onor del vero, non chiaramente delineata nella disposizione posta. I confini dell'ermeneutica sono così superati, fino a coinvolgere quelli propri del potere normativo.

L'ermeneutica conforme al dettato costituzionale, a ben guardare, si sostanzia nella formulazione dal principio fondamentale, da parte del giudice comune, di un limite (o, meglio, di una regola limitativa) alla legge e, successivamente, a dare applicazione al combinato disposto della disposizione normativa con la regola limitativa di origine costituzionale, ma di formulazione giurisdizionale. La partecipazione del giudice alla formulazione (e non solo all'applicazione) della norma, appare, dunque, già evidente⁴.

Il passo successivo mette in rilievo un ulteriore potenziamento del ruolo del giudice comune e si registra proprio con l'affermarsi del sistema delle fonti di diritto europeo e con esso con la legittimazione del giudice interno a non applicare la norma nazionale in contrasto con la norma europea. Qui il punto su cui riflettere non è tanto l'ampliamento del potere normativo del giudice nazionale attraverso il delicato esame valutativo dei rapporti interordinamentali⁵, quanto, piuttosto, l'effetto simbolico della supremazia attribuita al potere

³ Non essendo ammessa l'interpretazione in *malam partem* (ancora).

⁴ Per un'approfondita analisi del rapporto tra costituzionalismo e democrazia, cfr. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, Princeton University Press, 1999, trad. it. a cura di Valentini, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, 2004, con interessante introduzione di Bongiovanni, Palombella, *Frank I. Michelman e il significato della democrazia costituzionale*, con ampi richiami bibliografici sul costituzionalismo americano.

⁵ GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e*

giudiziario su quello legislativo che giunge al culmine della disapplicazione della legge, così ribaltando la funzione istituzionale del giudice interno che da semplice garante dell'applicazione della legge, nell'ottica illuministica, diviene artefice della sua inapplicazione⁶, nella prospettiva multilivello.

Ed è proprio la *primauté* del diritto europeo che accentua il sacrificio delle istanze di democrazia nazionale sottese alla riserva di legge (in materia penale), superando quel limite costituzionale all'operato del giudice interno collocato nell'art. 101, co. 2, Cost., tramite la cerniera aperta di pari rango posta nell'art. 117, co. 1, Cost. Non da meno è la necessità di adeguamento interpretativo della normativa nazionale ai principi ed alle disposizioni della Convenzione EDU⁷, nei limiti, comunque, delle regole dell'ermeneutica giuridica, salvo, in caso di conflitto insanabile, almeno a livello interpretativo, il ricorso all'intervento chirurgico⁸ della Corte costituzionale⁹. Ma l'applicazione diretta delle norme convenzionali è stata esclusa sia dalla Consulta¹⁰, che dalla Corte di Giustizia¹¹.

diritto europeo, in *Criminalia*, 2011, 111.

⁶ GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria?*, cit., p. 111.

⁷ TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 176 ss., con ampi richiami bibliografici e giurisprudenziali

⁸ Espressione di MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 136

⁹ Per un'approfondita analisi, CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della Cedu (lineamenti di un "modello" interamente composito)*, in www.forumcostituzionale.it. Per lavori monografici, CONTI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011.

¹⁰ Corte cost., n. 303 del 2011, *Considerato in diritto*, § 4.2.2 in cui si richiamano i precedenti nn. 349 del 2007 e 80 del 2011 con nota di BONOMI, *Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2 Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.)*, in www.consultaonline.it

¹¹ Corte Giust. U.E., Gr. Sez., 24 aprile 2012, Kamberaj, §§ 59-63, decidendo su una questione posta dal Tribunale di Bolzano in via pregiudiziale, «se, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la CEDU, il richiamo a quest'ultima effettuato dall'articolo 6 TUE imponga al giudice nazionale di dare diretta attuazione alle disposizioni di tale convenzione, nella fattispecie all'articolo 14 della medesima nonché all'articolo 1 del Protocollo n. 12, disapplicando la norma di diritto nazionale in conflitto, senza dovere previamente sollevare una questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale». La Corte di Lussemburgo ha evidenziato che, «ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali, così come garantiti dalla CEDU e quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Tale disposizione del Trattato UE consacra la giurisprudenza costante della Corte secondo la quale i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza (v., segnatamente, sentenza del 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine/Commissione*, C-521/09 P, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 112). Tuttavia, l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una

La crisi contemporanea della legalità penale nel sistema multilivello con il rafforzato ruolo del giudice nazionale evidenzia così la crisi della democrazia rappresentativa, ancor di più ove si osservi il *deficit* democratico del legislatore europeo, colmato dal ruolo propulsivo della Corte di Giustizia. Da ciò, l'importanza del limite al potere di disapplicazione della legge interna solo nell'ipotesi di norma europea (non convenzionale) con essa in contrasto, direttamente applicabile, altrimenti, il giudice comune, innanzi ad un principio comunitario od ad una norma di indirizzo (non direttamente applicabili), determinerebbe da sé la regola da sostituire a quella nazionale.

Il giudice, oggi, non è più o, meglio, non può essere più il tecnico della legge, il giudice-funzionario che applica quanto "scritto" nella norma posta dal legislatore penale, anche perchè il giudizio di responsabilità criminale comporta valutazioni che vanno oltre la mera sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta positiva.

Da un lato, vi sono norme (costituzionali ed europee) che pongono dei limiti all'attività legislativa, legittimando il giudice comune ad ampliare o restringere la rilevanza penale di un comportamento, disapplicando o interpretando conformemente alla norma europea, quella legislativa nazionale e così alterando la *voluntas legislatoris*, se non proprio quella *legis*. Dall'altro, la dichiarazione di responsabilità penale, come si affermava, implica giudizi di valore ispirati da principi costituzionali che vincolano, non solo, il legislatore che pone il divieto penale, ma anche (e soprattutto) il giudice che deve punire il comportamento vietato. E qui entrano in campo, in particolare, colpevolezza e offensività, che impongono, nella loro applicazione concreta, scelte valoriali necessariamente condizionate da cultura, opinioni, visione sociale e politica, personale e non laica (nel senso estremo del termine) del giudice¹².

norma di diritto nazionale. Si deve pertanto rispondere alla seconda questione dichiarando che il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa».

¹² Se il giudice dovesse omettere di svolgere tali giudizi valoriali sul fatto di reato, onde rimanere nell'alveo istituzionale riconosciutogli, la decisione aggirerebbe quei principi fondanti del diritto penale, frutto della giurisprudenza costituzionale. Se, invece, il giudice dovesse svolgere quelle valutazioni valoriali del comportamento del reo, dettate dai principi garantistici suddetti, allora, come detto, dovrebbe necessariamente pescare non nel bagaglio tecnico-professionale dell'ermeneutica giuridica, ma nell'esperienza culturale personale, intesa come *acquis* proprio del giudice-uomo filtrato dalla personale capacità critica del fenomenico che lo circonda, a discapito della certezza del diritto e dalla prevedibilità del giudizio. La caratteristica eccezionalità di ogni persona umana non consentirebbe di pensare ad un corpo di giudici-robot, tutti con le medesime idee, la medesima capacità di leggere gli accadimenti sempre diversi, nella stessa maniera, se non dovendo trascurare alcuni aspetti che concorrono alla stima del fatto di reato. Una visione utopica, sinceramente, non auspicabile.

In questa sede, si intende appuntare la riflessione sull'offensività come criterio di verifica della scelta di politica criminale adottata dal legislatore nazionale ed europeo.

2. Nel nostro ordinamento, l'offensività della condotta umana è un carattere fondamentale della responsabilità penale, ormai di rango costituzionale, nel senso che non è più limitata a parametro di valutazione della sussistenza del fatto di reato, nel momento di accertamento e di applicazione, ma anche come criterio di sindacabilità della legittimità costituzionale delle norme penali, con alcuni limiti¹³.

L'offensività o necessaria lesività (unitamente al principio di materialità) fissa gli estremi contenutistici all'utilizzo della sanzione penale ed alla tipizzazione delle fattispecie solo in relazione a fatti esteriori connotati da un disvalore sociale particolarmente significativo, tale da poter giustificare la risocializzazione del reo solo con l'applicazione della sanzione afflittiva (pena). Tale principio quindi individua come meritevoli di tutela penale soltanto interessi socialmente rilevanti ed individuabili nella sola Costituzione¹⁴. La giurisprudenza costituzionale ha da tempo precisato che la necessaria lesività, astrattamente, costituisce un limite all'attività del legislatore e, concretamente, determina un onere per il giudice che, nel momento applicativo, deve accertare, in concreto, se

¹³ Nella sterminata bibliografia ci si limita a segnalare, tra i più recenti, BARTOLI, *Il principio di offensività in concreto alla luce di alcuni casi giurisprudenziali*, *Stud. iur.*, 2007, 419 ss.; CATERINI, *Reato impossibile offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004, pp. 10 ss.; DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in www.penalecontemporaneo.it; FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e Corte costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006; INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte costituzionale sull'art. 1, co. 4, l. n. 516 del 1982*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, 726; MANES, *Il principio di offensività tra codificazione e previsione costituzionale*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, 147; ID., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, pp. XVI, 329; MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1772; MAZZACUVA, *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, *Ind. pen.*, 1998, 324; MERENDA, *Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità. Le soglie di punibilità nelle false comunicazioni sociali*, Roma, 2007, pp. 10 ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, 350.

¹⁴ Nella lezione bricoliana (per cui si rinvia a CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 204) la ratio di tale necessaria scelta viene illustrata con il seguente semplice ragionamento: dal momento che la pena rappresenta la sanzione più afflittiva dell'ordinamento, in particolare quella detentiva, che pregiudica il bene primario costituzionalmente garantito della libertà (proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.), essa può essere adottata dal legislatore soltanto rispetto a condotte che pregiudichino beni almeno di pari grado, ossia beni costituzionalmente significativi, che trovino nella Costituzione riconoscimento, esplicito o implicito. In altri termini, si tratta di un limite della libertà legislativa, ma non di un obbligo.

il comportamento posto in essere lede effettivamente l'interesse tutelato dalla norma¹⁵, al fine di impedire una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale¹⁶.

Nella letteratura penalistica è evidenziato il consolidato orientamento della Consulta per cui il sindacato sulle scelte contenutistiche del legislatore penale è limitato al relativo esercizio distorto o arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza¹⁷. Si sottolinea sempre che la Corte costituzionale, invero, non ha mai utilizzato direttamente il principio di necessaria lesività come parametro autonomo per dichiarare l'illegittimità di una norma penale¹⁸, ma solo come riflesso (appunto) del criterio della ragionevolezza. Tale criterio si fonda sul principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. ed, in stretta connessione con il criterio di proporzione¹⁹, esige che la scelta legislativa rispetto al bene e rispetto alla predisposizione di tutela penale sia razionalmente argomentabile e controllabile: di fatto, si richiede una razionalità procedurale, quella che deriva dalla dialettica democratica della discussione parlamentare²⁰. Da ciò, l'impossibilità per la Consulta di utilizzare la necessaria lesività come parametro per il sindacato di costituzionalità, proprio perchè la Corte delle Leggi è estranea al circuito di legittimazione democratica, tant'è vero che, in più occasioni, nel prezioso rispetto dell'art. 28, legge n.

¹⁵ Corte cost. n. 519 del 2000

¹⁶ Corte cost. n. 263 del 2000; Id. n. 30 del 2007; Id., n. 333 del 1991 citata da Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 293, nota 33, in cui i giudici costituzionali, per i reati di pericolo astratto, pur ammessi nel nostro ordinamento, hanno affermato che «è riservata al legislatore l'individuazione (...) delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo (...), purchè non sia irrazionale o arbitraria, ciò che si verifica allorquando non sia ricollegabile all'id quod plerumque accedit». Si veda poi per un'aggiornata disamina della giurisprudenza costituzionale sempre Manes, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 13-15 ottobre 2011, in www.cortecostituzionale.it, in cui si richiamano anche Corte cost. n. 1 del 1971; Id., n. 71 del 1978; Id., n. 139 del 1982; Id., n. 126 del 1983; Id., n. 62 del 1986; Id., n. 133 del 1992; Id., n. 360 del 1995; relativamente all'irragionevolezza della presunzione di adeguatezza della sola misura cautelare custodiale per taluni reati cfr. Corte cost. n. 265 del 2010; Id., n. 164 del 2011; Id., n. 231 del 2011.

¹⁷ Corte cost., n. 262 del 2005; Id., n. 250 del 2010; Id., n. 447 del 1998.

¹⁸ È dibattuto se in Corte cost., n. 189 del 1987, i giudici costituzionali hanno implicitamente utilizzato il principio di offensività per la declaratoria di incostituzionalità del divieto di esposizione di bandiere estere senza autorizzazione per assenza del bene giuridico tutelato. Affermativamente, FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, cit., 94. In senso contrario, DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 160.

¹⁹ CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 218. Sul principio di proporzione, senza, però, uno specifico studio sulla funzione di limite al potere punitivo statale, nella manualistica, fra gli altri, cfr. MANNA, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 121; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 13 e 704.

²⁰ FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in FIANDACA, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 124 ss.

87 del 1953, ha affermato che le valutazioni da cui dipende la decisione di ricorrere alla sanzione criminale attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal modo d'applicazione delle sanzioni penali) che, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili in questa sede²¹. Sulla scorta di tale orientamento della giurisprudenza costituzionale, è stato osservato²² che la necessaria lesività, dunque, non può avere una valenza dimostrativa²³ (tanto da potere realmente costituire presupposto di declaratoria di illegittimità costituzionale quale principio suscettibile di essere utilizzato dalla Corte costituzionale per caducare le norme in contrasto con esso), ma meramente argomentativa (vale a dire, di indirizzo politico-culturale). A prescindere, quindi, dalle autorevoli dichiarazioni ed affermazioni sul rango costituzionale del principio di necessaria lesività, è un fatto che la sua valenza meramente interpretativa ha dissolto la ragione giustificativa che limita la tutela penale - nell'alveo del principio di sussidiarietà ed in quello dell'*extrema ratio* - ai soli beni giuridici costituzionalmente rilevanti, tanto che da più parti in dottrina si denuncia un processo di smaterializzazione-spiritualizzazione del bene giuridico²⁴. Fra gli effetti di questa deriva, fra l'altro, vi è l'utilizzo sempre più frequente di tecniche di anticipazione della tutela fino alla formulazione di illeciti di mero rischio, ispirati, questi ultimi, al principio di precauzione²⁵.

²¹ Corte cost. n. 409 del 1989.

²² CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 220.

²³ Sulla distinzione tra principi informativi o di indirizzo, dotati di mera efficacia argomentativa, e principi dotati di capacità dimostrativa, «tale da farli assurgere al rango di norme costituzionali cogenti nella costruzione di tutte le leggi ordinarie e suscettibili di essere applicati autonomamente (senza l'ausilio di altri principi) dalla Corte costituzionale per caducare le disposizioni in contrasto con essi», cfr. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Pen.*, XIV, 1999, § 6; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, Firenze, 2001, pp. 29 ss.

²⁴ Ampiamente cfr. CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 218 ss.

²⁵ In tema di precauzione, si rinvia a SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, pp. 10 ss.; BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2007, pp. 9 ss., e più di recente ID., *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Bari, 2008, pp. 5 ss.; JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la società globale*, Torino, 1990, pp. 12 ss.; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, pp. 174 ss.; GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 231; FORTI, *La "luce chiara della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, pp. 573 ss.; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, pp. 1743 ss.; CONSORTE, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Dif. pen.*, XXI sec., 2007, 269 ss.; PULITANÒ, *Gestione del rischio da espo-*

Nella prospettiva dell'indagine oggetto del contributo, è necessario appuntare ora l'attenzione sui riflessi della normativa europea sul ruolo imposto ai giudici costituzionali (e comuni) nel controllo della politica criminale ed, in particolare, nella selezione degli interessi da tutelare, ovvero se sia ancora attuale l'affermazione per cui le scelte di politica criminale, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili.

Per la verifica della problematica posta, appare opportuno esaminare ciò che sembra profilarsi come una diversa valenza del principio in commento, in chiave effettivamente dimostrativa, allorquando i giudici costituzionali hanno decretato l'illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante centrata su un semplice *status* soggettivo (lo *status* di soggetto illegalmente presente nel territorio dello Stato, ai sensi dell'art. 61, n. 11-*bis*, c.p.). Seppur, come è stato osservato²⁶, ciò risulta in linea con taluni precedenti che hanno dimostrato l'abiura di presunzioni di pericolo irragionevolmente radicate su mere condizioni o qualità soggettive, e poste a fondamento di peculiari discipline punitive, la Corte, nella pronuncia sull'aggravante di clandestinità, evidenzia la necessità di un vaglio positivo di ragionevolezza che la scelta legislativa deve superare per sottrarsi alle censure di illegittimità. Ma non solo. Si tratta anche di verificare se il sistema sinergico europeo impone delle limitazioni prepositive e sovraordinate alle scelte di politica criminale del legislatore nazionale, come di quello comunitario, apprestando per il giudice della legittimità del diritto positivo uno strumentario di controllo delle opzioni penali.

sizioni professionali, in *Cass. pen.*, 2006, 786, 788; PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza al tipo*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, 1695, 1696; CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, pp. 11 ss.; ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2006, 1276 ss.; SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, pp. 155 ss.; CORN, *Principio di precauzione e diritto penale? Il principio di precauzione nella disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica*, in *Forum BioDiritto*, 2008. *Percorsi a confronto*, a cura di Casonato, Piciocchi, Veronesi, Padova, 2009, p. 433; PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto «a distanza» tra disvalore d'azione e disvalore d'evento*, *Riv. dir. pen. eur.*, 2010, 225 ss.; MARTINI, *Incertezza scientifica, rischio e prevenzione. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, pp. 579 ss. Di recente, come lavori monografici, CONSORTE, *Principio di precauzione e tutela penale. Un connubio problematico*, Bologna, 2012, pp. 1 ss.; CASTRONOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, pp. 10 ss.; ID., *Principio di precauzione e beni legali alla sicurezza*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁶ MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 1, 2011, 99.

3. In materia di politiche dell'immigrazione, il legislatore nazionale è sottoposto a diverse limitazioni illegale nel suo territorio, essendo libero di adottare misure anche penali, senza però pregiudicare la realizzazione degli obiettivi perseguiti dagli strumenti normativi europei, così da privare questi ultimi del loro effetto utile. La Corte lussemburghese, nella nota pronuncia *El Dridi*²⁷, ha utilizzato uno strumento ermeneutico classico, la dottrina dell'effetto utile²⁸, con il conseguente allargamento della competenza europea, a fronte di una compressione delle competenze nazionali, ed in funzione espansiva alla tutela dei diritti²⁹.

Prima dell'intervento della Corte europea, adita dalla Corte d'appello di Trento, la Corte costituzionale, come già anticipato, con la sentenza n. 249 del 2010, ha dichiarato costituzionalmente illegittima, in riferimento agli artt. 3 e 25, co. 2, Cost., la previsione della circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale, rilevando l'incompatibilità della disposizione – che fa riferimento ad una condizione personale ai sensi dell'art. 3, co. 1, Cost. – con i principi di offensività del reato e di personalità della responsabilità penale³⁰.

La pronuncia parrebbe rivoluzionaria poiché si tratterebbe della prima pronuncia di illegittimità costituzionale per il tramite diretto del principio di offensività. Ma non è, del tutto, così.

Ora, i giudici costituzionali sottolineano due basilari fondamenti costituzionali in tema di trattamento giuridico dello straniero, ovvero la titolarità, in capo ai non cittadini, dei diritti inviolabili, che spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani³¹ e l'inammissibilità di trattamenti diversificati e peggiorativi dei non cittadini sulla base della sola condizione giuridica di stranieri, specie nell'ambito del diritto

²⁷ Corte Giust. U.E., 28 aprile 2011, Hassen El Dridi. La decisione trae origine dal caso di Hassen El Dridi, cittadino di un Paese terzo, detenuto in Italia in regime di custodia cautelare, nei confronti del quale è stata pronunciata in primo grado dal Giudice monocratico di Trento la condanna ad un anno di reclusione, in applicazione dell'art. 14, co. 5-ter, D. Lgs. 286 del 1998. La disposizione, introdotta in Italia nel 2009, disciplina il caso di illecito trattenimento nel territorio nazionale, senza giustificato motivo, in violazione dell'ordine impartito dal Questore di lasciare lo Stato, prevedendo come pena la reclusione da uno a quattro anni.

²⁸ L'effetto utile, quale fondamento ermeneutico dei rapporti tra Stato e Comunità, è stato dapprima affermato con riferimento alle norme del Trattato, poi esteso ai regolamenti ed, infine, seppur con notevoli problematiche, anche alle direttive. Dalla sistematica applicazione dell'effetto utile è nato il più significativo istituto comunitario: l'efficacia diretta.

²⁹ COSSIRI, *La repressione penale degli stranieri irregolari nella legislazione italiana all'esame delle Corti costituzionale e di giustizia*, in www.forumcostituzionale.it.

³⁰ MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, *Cass. pen.*, 2011, 446 ss.

³¹ Corte cost., n. 105 del 2001.

to penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato.

La Corte, in particolare, evidenzia il parallelismo illegittimo tra i trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto-reato ed il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili della persona umana, con l'effetto che qualsiasi previsione di una responsabilità penale d'autore sarebbe in aperta violazione del principio di offensività³². Ma non solo. Nella pronuncia in esame, poi, la Consulta individua l'altro carattere del principio di offensività nostrano, ovvero quello della proporzione tra diritto fondamentale e bene giuridico tutelato penalmente, nel senso che, in presenza di un diritto inviolabile, il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante. Il richiamo alla teoria bricoliana del bene giuridico prepositivo e costituzionalmente previsto, per giustificare l'uso del potere punitivo statale, appare evidente, anche se, a ben guardare, la Corte utilizza tale parametro (nell'accezione di necessaria lesività) per dichiarare l'incostituzionalità dell'aggravante di clandestinità, in stretta correlazione con il principio di materialità (altra accezione, se si vuole, di quello di offensività)³³.

Ed invero, i giudici costituzionali affermano che la disposizione censurata individua un tipo di autore – l'immigrato irregolare – illegittimamente assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento, per effetto di uno *stigma* che viene impresso sul soggetto e che ne caratterizza – con presunzione generale ed assoluta – tutte le successive condotte penalmente illecite, come segnate da un accentuato antagonismo verso la legalità. Tale presunzione

³² Corte cost., n. 354 del 2002

³³ Si ha l'impressione che la Corte costituzionale utilizzi l'espressione offensività per indicare accezioni del tutto eterogenee dal punto di vista concettuale. Nel testo, di contro, si preferisce la distinzione operata da CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 201, secondo cui, in prima battuta, il principio di offensività sancisce che il fatto proprio e colpevole, previsto dalla legge, per integrare gli estremi dell'illecito penale, deve essere *inoltre* un fatto offensivo di beni essenziali per la convivenza civile. La genericità di tale assunto non è che il precipitato della genericità della denominazione di offesa, sotto la quale vengono fatte rientrare problematiche affatto eterogenee dal punto di vista concettuale. Per ragioni metodologiche è invece corretto distinguere tre diversi principi che presiedono alla fondazione dell'illecito penale e che si trovano reciprocamente in relazione di progressione ascendente: dal principio di materialità; al classico canone del *neminem laedere* rivisitato come principio di offesa a terzi; al moderno e ben più pregnante principio di necessaria lesività. In questa prospettiva, dunque, è evidente che la Corte costituzionale ha utilizzato il principio di materialità per sanzionare l'art. 61, co. 11-*bis*, c.p.

non trova giustificazione nella violazione delle norme sul controllo dei flussi migratori, visto che detta trasgressione non è univocamente sintomatica di una particolare pericolosità sociale. Ciò determina un contrasto – scrive la Corte – tra la disciplina censurata e l'art. 25, co. 2, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato.

La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore.

In conclusione, dunque, il principio di offensività, nella sua accezione concettuale della materialità³⁴, non ammette alcuna scelta o modulazione sanzionatoria giustificata su connotati d'autore *sic et simpliciter*, qualora tale differenziazione soggettiva sia di per sé inespressiva – almeno secondo l'*id quod plerumque accidit* – di un maggior danno o di un maggior pericolo per il bene giuridico tutelato³⁵, risultando altresì, in tali casi, tanto più irragionevolmente discriminatoria alla luce del principio di eguaglianza³⁶.

Nella successiva pronuncia³⁷ sul reato di clandestinità di cui all'art.10-bis, D. Lgs. 286 del 1998, impugnato per sospetta tensione con i principi di materialità e necessaria lesività, la Corte costituzionale ha, prima d'ogni altro, ribadito che l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie³⁸. Tale discrezionalità del legislatore può essere esercitata già con la selezione del bene giuridico da tutelare. Su tale aspetto ed in relazione alle censure oggetto del giudizio di costituzionalità, la Corte ha rigettato l'eccezione di illegittimità che evidenziava il reato di clandestinità posto a tutela di un bene giuridico privo di meritevolezza penale, e diretto a sanzionare

³⁴ Il fondamento costituzionale del principio di offensività in genere è individuato sia nell'art. 27, co. 3, Cost., sia nell'art. 25, co. 2, Cost. che, oltre al principio di materialità (e quindi di non punibilità di puri atteggiamenti interiori o attinenti al *forum conscientiae*), vieterebbe anche l'incriminazione di fatti inoffensivi come meri indizi sintomatici di personalità deviante o indici diagnostici della dimensione soggettiva. Cfr. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1973, pp. 82 ss.

³⁵ Corte cost., n. 249 del 2010, *Considerato in diritto*, § 5.

³⁶ MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., p. 105

³⁷ Corte cost., n. 250 del 2010.

³⁸ Corte cost., n. 250 del 2010, *Considerato in diritto*, § 5.

una mera disobbedienza, affermando che il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi del resto, del bene giuridico “di categoria”, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero³⁹. In questa pronuncia, dunque, la Corte pare discostarsi dalla teoria bricoliana, richiamata, come verificato nell'immediato precedente⁴⁰, offrendo legittimazione alla tec-

³⁹ Corte cost., n. 250 del 2010, Considerato in diritto, § 6.3, ove, inoltre, i giudici costituzionali evidenziano che «l'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale – specie contravvenzionale – accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovraindividuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell'ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Caratteristica, questa, che, nel caso in esame, viene peraltro a riflettersi nell'esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario. È incontestabile, in effetti, che il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio. Come questa Corte ha avuto modo di rimarcare, «lo Stato non può [...] abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza vanno dunque rispettate, e non eluse [...], essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali» (sentenza n. 353 del 1997). La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è, difatti, «collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione» (sentenze n. 148 del 2008, n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994): vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla “sostenibilità” socio-economica del fenomeno. Il controllo giuridico dell'immigrazione – che allo Stato, dunque, indubbiamente compete (sentenza n. 5 del 2004), a presidio di valori di rango costituzionale e per l'adempimento di obblighi internazionali – comporta, d'altro canto, necessariamente la configurazione come fatto illecito della violazione delle regole in cui quel controllo si esprime. Determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa (com'era anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009), rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo – in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse – la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia».

⁴⁰ Nella pronuncia n. 249 del 2010, la Corte afferma che, in presenza di un diritto inviolabile, «il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante» (sentenze n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994).

nica di seriazione dei beni giuridici⁴¹, e così riconoscendo espressamente al legislatore piena discrezionalità nel definire il profilo qualitativo (e, o il tasso di artificialità) degli interessi ritenuti meritevoli di tutela⁴², utilizzando così l'argomento bricoliano del bene presupposto suscettivo di tutela penale, in maniera però più ampia, tanto da distinguere beni giuridici strumentali da quelli finali di sicuro rilievo costituzionale, senza, però, individuare alcun nesso di presupposizione necessaria tra gli uni e gli altri⁴³.

Ma si tratta, a ben vedere, solo di una pseudo-libertà del legislatore ordinario nella selezione del bene giuridico da tutelare penalmente. Ed infatti, se fosse vero che il principio di necessaria lesività è indifferente alla selezione degli interessi da tutelare in sé considerati, allora, tali interessi non classificabili potrebbero sacrificare il diritto fondamentale alla libertà personale del reo, così ledendo il principio secondo cui, in presenza di un diritto inviolabile della persona umana, il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante (n. 249 del 2010). Allora, bisogna andare oltre.

Tirando le fila del discorso e cercando di comporre in armonia la giurisprudenza costituzionale delle decisioni esaminate, si può affermare che il principio di offensività, nella sua accezione di necessaria lesività, ha fondamento costituzionale ed è parametro di sindacabilità delle leggi penali anche in relazione alla scelta del bene giuridico da tutelare, nel senso che la libertà del legislatore ordinario nella selezione dell'interesse meritevole di tutela penale trova il solo limite della proporzione con il sacrificio della libertà personale. È un primo passo dell'argomentazione che si svilupperà in seguito.

Ora limitiamoci a segnare un punto, affermando che, su questa linea, il controllo costituzionale si affaccia timidamente (ancora) al "balcone" della giustiziabilità dell'*extrema ratio*, via che porta al sindacato degli obblighi di tutela penale, entrando così in un campo dove la ritrosia del giudice costituzionale ad intervenire si fa più accentuata⁴⁴, anche in ragione della perdurante assenza

⁴¹ FIORELLA, voce *Reato in generale*, *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 814 ss. In materia ambientale, MUSCO, *Il principio di offensività nei reati ambientali*, in www.dirittoambiente.com.

⁴² MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., p. 101.

⁴³ Per la critica della selezione di beni strumentali, cfr. CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 219.

⁴⁴ MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., 102, nota 12, ove l'A. richiama DONINI, *Democrazia e scienza penale*, cit., 1083 ss., 1087 ss.; inoltre ID., *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., § 6 (ma anche § 4), e già ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, pp. 85 ss. ove si evidenzia l'importanza della motivazione delle leggi penali quale presupposto per costruire la giustiziabilità dell'*extrema ratio*, mediante il successivo con-

di un affidabile strumentario concettuale, che, come si constaterà più avanti, andrebbe individuato nelle norme sovranazionali in virtù dei vincoli imposti dall'art. 117, co. 1, Cost.

4. Il principio di offensività a livello europeo⁴⁵ può essere teorizzato sulla scorta del medesimo ragionamento su cui si fonda la giustificazione costituzionale nel sistema italiano (cd. *argumentum libertatis*). Dal momento che la pena rappresenta la sanzione più afflittiva dell'ordinamento, in particolare quella detentiva, che pregiudica il bene fondamentale della libertà personale, essa può essere adottata dal legislatore soltanto rispetto a condotte che pregiudichino beni almeno di pari grado, ossia beni significativi, che trovino in norme sovraordinate riconoscimento, esplicito o implicito.

La libertà personale è riconosciuta dall'art. 6 Carta, richiamata dall'art. 6 TUE, con l'effetto che la competenza penale europea, nei limiti di quanto attribuite dal Trattato, dunque, non può prevedere la punibilità di comportamenti che ledono (o mettono in pericolo) interessi estranei alla Carta di Nizza o alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a cui l'Unione aderisce ai sensi dell'art. 6 TUE.

La Corte di Giustizia è custode della conformità delle norme europee alle previsioni pattizie, secondo la procedura di annullamento disciplinata dall'art. 263 TFUE.

Ad ogni modo, seppur è vero che l'offensività costituisce un prodotto della dogmatica italiana, tale principio, nella sua più ampia accezione, appare non più essere una categoria del solo diritto penale nostrano, ma appartiene alla cultura europea, come risulta dai più recenti codici penali adottati da alcuni Paesi europei, con cui si è espressamente prevista la dannosità sociale del fatto come misura della sua rilevanza penale⁴⁶. L'offensività (in questa accezione

trollo della Corte costituzionale, e sottolineando più in generale la necessità di disporre di saperi empirici per rendere più penetranti - *inter alia* - i sindacati di offensività, ragionevolezza e sussidiarietà.

⁴⁵ Evidenzia l'assenza del riconoscimento esplicito di tale principio da parte della Corte di Giustizia e, comunque, a livello europeo (ad eccezione di Spagna e Portogallo), da ultimo, SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, pp. 430 ss.

⁴⁶ FORNASARI, MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, III ed., Padova, 2012, pp. 8 ss., in cui, dopo aver evidenziato la rilevanza dell'offesa come indice di qualificazione del fatto di reato nelle previsioni codicistiche di Polonia e Slovenia, con un distinguo sulla previsione di mera non punibilità nel codice di procedura penale tedesco (Einstellung) e nel progetto Grosso di riforma del Codice Rocco, viene riportato l'art.1 del codice penale croato del 1997 secondo cui (in lingua originale): «1. *Kaznena djela i kaznenopravne sankcije propisuju se samo za ona ponašanja kojima se tako ugrožavaju ili povređuju osobne slobode i prava čovjeka te druga prava i društvene vrijednosti zajamčene i zaštićene Ustavom Republike Hrvatske i međunarodnim pravom da se njihova zaštita ne bi mogla ostvariti bez kaznenopravne prisile. 2. Propisivanje pojedinih kaznenih djela te vrste i mjere kaznenopravnih sankcija za njihove počinitelje temelji se na nužnosti kaznenopravne prisile i njezinoj primjerenosti jakosti i na-*

più ampia rispetto alla definizione nostrana, comprendente quella del *neminem laedere*) è dunque l'indice prepositivo di selezione penale di un fatto, come misura della proporzione della tutela penale del bene giuridico, così configurandosi come un criterio dimostrativo da limite alle scelte di politica criminale del legislatore¹⁷.

ravi opasnosti za osobne slobode i prava èovjeka te druge društvene vrijednosti (traduzione: «1. I reati e le sanzioni penali sono previsti solo per gli atti che ledono o mettono in pericolo la libertà personale e i diritti umani e altri diritti e valori sociali garantiti e protetti dalla Costituzione croata e dal diritto internazionale, la cui tutela non potrebbe essere raggiunta senza la repressione penale. 2. La previsione di alcuni reati e il tipo e l'entità delle sanzioni penali si basa sulla necessità della repressione penale e sulla sua adeguatezza all'intensità e alla natura del pericolo per le libertà personali e per i diritti dell'uomo, nonché per altri valori sociali»). Il primo comma dell'articolo suddetto è espressamente riprodotto nel nuovo art.1, del Codice croato del 7 novembre 2011.

¹⁷ Per la differenza tra principio di offensività e quello di esiguità, MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 58, 59, che li distingue per due fondamentali ragioni: *in primis*, mentre l'offensività reclama la non rilevanza dei fatti inoffensivi, con il principio di esiguità ci si intende riferire a fatti, invece, offensivi del bene giuridico, ma in modo così marginale, da non risultare bisognosi di pena. La seconda differenza, che rende a questo proposito più accettabile quest'ultimo principio - scrive l'A. -, rispetto alle esigenze sottese alla legalità penale, consiste nella previsione di una pluralità di criteri orientativi per il giudice, che attengono anche alla colpevolezza ed ai precedenti penali dell'imputato, nonché all'opinione espressa in proposito dalla persona offesa, che al contrario non si rinviengono a proposito dell'offensività, al contrario limitata all'aspetto relativo alla lesione e, o alla messa in pericolo del bene giuridico. Da ciò, parrebbe evincersi che l'offensività costituisce un principio dimostrativo rivolto al legislatore che pone un divieto penale, mentre l'esiguità è un criterio ermeneutico rivolto, dunque, al giudice nel momento applicativo del divieto penale. Andrebbe chiarito, comunque, se l'esiguità necessita di un'espressa previsione legislativa che autorizzi il giudice a valutare l'irrelevanza penale del fatto pur astrattamente offensivo, come le ipotesi positivizzate di cui agli artt. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 e 34 D. Lgs. n. 274 del 2000. Secondo la Corte costituzionale, come indicato da MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale)*, cit., «il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell'esercizio del proprio potere ermeneutico (offensività "in concreto")», di modo che «esso rimanendo impegnato ad una lettura "teleologicamente orientata" degli elementi di fattispecie, tanto più attenta quanto più le formule impiegate dal legislatore appaiano, in sé, anodine o polisense - dovrà segnatamente evitare che l'area di operatività dell'incriminazione si espanda a condotte prive di un'apprezzabile idoneità lesiva», (Corte cost., n. 225 del 2008). Da ciò, è agevole dedurre che l'esiguità (offensività *in concreto*), per utilizzare le parole della Consulta) non necessita di alcuna previsione espressa del legislatore, essendo un criterio di interpretazione delle norme penali per renderle conformi al principio costituzionale di offensività (*in astratto*) e, dunque, obbligatorio per il giudice a pena di inammissibilità di un'eventuale questione di costituzionalità. Tale lettura offerta dalla giurisprudenza costituzionale parrebbe ammettere, nelle ipotesi di esiguità espressa (artt. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 e 34 D. Lgs. n. 274 del 2000), una distinzione tra inoffensività concreta del fatto e tenuità del fatto (*rectius*, irrilevanza penale del fatto, cfr. *Relazione Progetto di riforma del Codice penale del 15 luglio 1999, § Inoffensività e irrilevanza del fatto*; MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni, Critica del diritto*, 2001, pp. 381 ss.), con l'effetto che un fatto tenue potrebbe essere comunque concretamente offensivo, e viceversa, un fatto non tenue potrebbe essere concretamente inoffensivo. Ma la difficoltà di individuare una distinzione esegetica sarebbe ardua, se non impossibile. Per tali ragioni, ma soprattutto per ricercare punti certi nel sistema, la tentazione sarebbe quella di utilizzare la previsione di cui all'art. 34 D. Lgs. n. 274 del 2000 come parametro ermeneutico di valutazione dell'offensività in concreto per tutto il sistema penale nostrano. Però osterebbe la natura processuale di tale disposizione. Forse la soluzione

Da ciò va appuntata l'attenzione su un'importante disposizione della Carta di Nizza, utile a rafforzare la convinzione della necessaria correlazione del sacrificio della libertà personale del reo con la tutela di beni significativi di pari rango.

L'art. 52, co. 1, Carta stabilisce: «*Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*».

La norma pattizia sovraordinata impone dunque una proporzione tra le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla Carta e la tutela di interessi generali, che possa essere valutata come effettiva. L'avverbio effettivamente, oltre a rafforzare il principio enunciato su un piano empirico, ammette il sindacato sulla scelta del legislatore europeo, da parte dell'organo giurisdizionale preposto alla salvaguardia del rispetto delle disposizioni sovraordinate (costituzionali), affinché si verifichi che le scelte punitive rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Tale giudizio di proporzione affonda le sue radici nella giurisprudenza della Corte EDU ed, in particolare, nell'ambito della fondamentale valutazione della necessità in una società democratica, che costituisce uno dei tre requisiti (accanto alla previsione legale e allo scopo legittimo) stabiliti da diverse disposizioni della Convenzione EDU ai fini di verificare la legittimità dell'ingerenza pubblica nell'esercizio di un diritto⁴⁸. Il giudizio di proporzione, dunque, costituisce uno dei momenti di maggiore penetrazione della Corte EDU nelle scelte di politica criminale del legislatore nazionale, andando a sindacare le ragioni che possano giustificare la limitazione della libertà personale da parte della sanzione penale. Invero, la libertà personale non va intesa nell'accezione minimale come libertà fisica e, dunque, il giudizio di proporzione, nella giurisprudenza della Corte EDU, non si limita a valutare se la detenzione per la tutela di un determinato interesse collettivo è la reazione proporzionata per il

migliore sarebbe quella più rigorosa: valutare l'irrelevanza del fatto solo nell'ipotesi di esiguità espressa; l'offensività in concreto come criterio di commisurazione della pena; l'offensività in astratto come criterio di sindacato costituzionale dell'opzione penale. Sulle ipotesi di esiguità espressa, definite *clausole di irrilevanza*, cfr. LO FORTE, *Il principio di offensività*, in *Trattato di diritto penale, Parte Generale, II, Il reato*, a cura di Capodoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 2013, pp. 933 ss.; CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, pp. 12 ss.

⁴⁸ MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., p. 459.

richiesto sacrificio della libertà personale, ma se la tutela penale in genere di un determinato bene giuridico è proporzionata al sacrificio dei diritti e delle libertà fondamentali del reo. Su tale aspetto si tornerà a breve.

È indubbio, pertanto, che la Corte EDU valuta la legislazione criminale nazionale secondo un criterio valoriale degli interessi coinvolti, finalizzato a stimare l'effettivo equilibrio della scelta di politica penale tra l'esigenza di tutela di un determinato interesse ed il sacrificio imposto al reo. Tale sindacato sostanziale⁴⁹ presuppone delle limitazioni costituzionali alle scelte di criminalizzazione che si traducono, certamente, in divieti di incriminazione di diritti e libertà fondamentali⁵⁰, ma anche in obblighi di tutela penale di determinati diritti primari⁵¹. I giudici di Strasburgo, invero, sono andati oltre⁵², non solo, pretendendo delle incriminazioni in astratto della violazione di determinati diritti fondamentali individuali, ma anche di concreta inflizione della pena all'autore del reato, per due ragioni: la maggior efficacia dissuasiva dello strumento penale e le esigenze di soddisfazione morale della vittima⁵³.

I richiami alla funzione generalpreventiva (positiva, in particolare) della pena, da un lato, per cui la tutela rafforzata di taluni valori o beni giuridici garantisce la pacifica convivenza e indirizza l'orientamento culturale⁵⁴, e quella della retribuzione, dall'altro, per cui il reato come fatto intrinsecamente disvaloriale impone di essere sanzionato⁵⁵, sono le coordinate teleologiche degli obblighi di tutela penale di beni giuridici fondamentali, secondo la lettura della Corte di Strasburgo.

Allora perchè non ammettere un tale controllo da parte del giudice istituzionalmente competente al sindacato del diritto positivo dell'ordinamento a cui è preposto?

⁴⁹ MAZZACUVA F., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi nel sistema penale*, cit., p. 461.

⁵⁰ In tema di equilibrio tra libertà di cronaca e tutela dell'onore, cfr. Corte eur. dir. uomo, 31 maggio 2011, Sabanovic c. Montenegro e Serbia; in tema di accertamento della pericolosità delle condotte di apologia di pur gravi reati, cfr. Corte eur. dir. uomo, 15 gennaio 2009, Orban e altri c. Francia; Corte eur. dir. uomo, 2 ottobre 2008, Aktan c. Turchia; in tema di compatibilità tra diritto alla vita privata e familiare e divieto di penalizzazione di rapporti omosessuali, cfr. Corte eur. dir. uomo, 21 settembre 2010, Santos Couto c. Portogallo; in tema di libertà di religione, cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 7 luglio 2011, Bayatyan c. Armenia.

⁵¹ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 832; critico cfr. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1983, 522 ss. che negava l'ammissibilità di obblighi costituzionali di tutela penale se non riallacciati al principio di uguaglianza.

⁵² Ampiamente VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 2657 ss.

⁵³ In una visione vittimo-centrica del diritto penale.

⁵⁴ CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 59.

⁵⁵ VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, cit., pp. 2685 ss.

Chiudendo il cerchio del ragionamento, si può affermare, quindi, che il giudizio di proporzione previsto dall'art. 52 Carta, attribuito alla cognizione della Corte di Lussemburgo (art. 263 TFUE), alla stregua della lettura esegetica della Corte di Strasburgo, esige che la norma penale europea venga posta per la tutela di diritti fondamentali previsti dai Trattati (e dalla Carta di Nizza), nei limiti delle attribuzioni conferite all'Unione, non altrimenti tutelabili, attraverso la previsione di una sanzione effettivamente dissuasiva. Il coordinato intreccio di divieti di incriminazione e di doveri di tutela penale di fondamentali diritti individuali delinea l'ambito del diritto penale sovranazionale (di vocazione universale), nel rispetto del principio di offensività e di quello di *extrema ratio* delle scelte di criminalizzazione.

Rispetto all'impostazione bricoliana per cui i diritti e le libertà fondamentali sono il catalogo necessario dei beni meritevoli di tutela penale, la lettura europea dell'offensività-proporzionalità va ben oltre, in quanto, in chiave retribuzionistica, individua dei veri e propri doveri di tutela penale di determinati interessi: se, nella lezione bricoliana, l'offensività è il limite della punizione imposta al reo, nel senso che in mancanza della lesione o messa in pericolo del bene, il fatto non ha alcuna rilevanza penale (aspetto negativo dell'offensività o necessaria lesività); nell'ottica europea, l'offensività diventa anche obbligo di tutela penale della vittima, nel senso che la lesione o messa in pericolo di un bene fondamentale impone la sanzione punitiva per il reo, nell'interesse della collettività e della vittima (aspetto positivo dell'offensività o *neminem laedere* o dannosità sociale)⁵⁶. La necessaria lesività e la dannosità sociale sono i criteri di valutazione della rilevanza penale del fatto, con l'effetto che non è possibile punire un comportamento che non sia, ad un tempo, lesivo e dannoso (o pericoloso), per cui la pena deve curare la lesione del bene giuridico e *risarcire* il danno sofferto dalla vittima (anche solo collettiva). Sono i due aspetti della stessa *medaglia* che contengono le scelte di criminalizzazione del legislatore europeo⁵⁷.

⁵⁶ CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 203, in cui si osserva che l'*harm principle*, oggetto di un imponente dibattito nei paesi anglosassoni, vieta di sacrificare la libertà di un cittadino, secondo la lettura già di John Stuart Mill, laddove la sua condotta non abbia prodotto un danno a qualcuno, e quindi di sanzionare penalmente meri doveri verso se stesso, di automiglioramento morale o di cura della propria vita, salute e incolumità individuale. In questo senso, cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 99.

⁵⁷ Tali caratteri del reato europeo sono stigmatizzati nell'*incipit* del Considerando n. 9 della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce *norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, secondo cui: «Un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime...»

5. È noto che il contrasto tra norma nazionale e norma europea non direttamente applicabile impone la dichiarazione di incostituzionalità della prima per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., anche *in malam partem*, laddove ci si trovi innanzi ad un conflitto *triadico* (o a tre norme)⁵⁸, il parametro normativo europeo di riferimento costituisce una regola ed, in particolare, nei casi in cui la prima norma penale nazionale sia in attuazione espressa e la seconda norma nazionale sia compresente.

La problematica che qui si pone, invece, non riguarda un caso di inadempimento sopravvenuto all'obbligo comunitario di penalizzazione, né a quello di inadempimento originario (ovvero di conflitto diadico), ma di inadempimento assoluto o, meglio, di mancato intervento del legislatore nazionale in adempimento dell'obbligo comunitario.

Riprendendo l'analisi interrotta più sopra, può, dunque, la Corte costituzionale, nell'inerzia del legislatore ed in adempimento dell'obbligo di fedeltà comunitaria, ampliare l'area di un'incriminazione già esistente a fatti simili a quelli in essa compresi, al fine di dare adempimento all'obbligo comunitario di penalizzazione? Prima d'ogni altro, è ormai indubbio⁵⁹ che la Corte costitu-

⁵⁸ Secondo la nota sistematica di SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale vigente*, Milano, 2007, pp. 230 ss.

⁵⁹ I giudici costituzionali nostrani hanno rifiutato, per molti decenni, l'opinione che la Corte possa essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde le differenze fra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali (Corte cost., ord. n. 13, del 1960), così chiudendo a qualsiasi ipotesi di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come previsto allora dall'art. 177 TCE (poi, art. 234 TCE ed, oggi, art. 267 TFUE). Tale atteggiamento di chiusura è ribadito da Corte cost., ord. n. 536 del 1995, in cui si afferma che «il giudice comunitario non può essere adito come pur ipotizzato in una precedente pronuncia (sentenza n. 168 del 1991) dalla Corte costituzionale, la quale «esercita essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni» (sentenza n. 13 del 1960), con la conseguenza che nella Corte costituzionale non è ravvisabile quella "giurisdizione nazionale" alla quale fa riferimento l'art. 177 del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, poichè la Corte non può «essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali» (sent. n. 13 del 1960). Conf. Corte cost., (ord.) n. 319 del 1996; Id., (ord.) n. 109 del 1998. Nonostante l'ampia critica in dottrina (ex multis, RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, pp. 151 ss.), solo con Corte cost., (ord.) n. 103 del 2008 (annotata, fra gli altri, da PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, in www.federalismi.it; SPIGNO, *La Corte costituzionale e la vexata questio sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in www.osservatoriodellefonti.it; CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giur. cost.*, 2008, 1292 ss.; SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, 1288 ss.) si afferma che «la Corte costituzionale, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza (in quanto

zionale sia autorità nazionale sottoposta all'obbligo di garantire l'applicazione del diritto comunitario, in ossequio alla costante giurisprudenza europea ed in virtù di quanto previsto dall'art. 117, co. 1, Cost. per cui, come più volte affermato, la norma comunitaria funge da parametro interposto di sindacato della legittimità delle leggi nazionali. Da ciò, la conseguenza riferita dell'obbligo anche per i giudici costituzionali di assicurare la primazia del diritto comunitario⁶⁰, anche per il tramite del rinvio pregiudiziale alla Corte lussemburghese.

Introducendo in sintesi, nei paragrafi introduttivi, l'offensività nel nostro ordinamento, si sono richiamati i principi di ragionevolezza e di proporzione, che trovano il comune parametro costituzionale nell'art. 3 Cost. Il filo dell'argomentazione sulla possibilità di sindacato costituzionale sulle opzioni di criminalizzazione non può dunque non percorrere tale traccia.

Ed invero, la giurisprudenza costituzionale si è confrontata con la problematica delle scelte punitive del legislatore, in relazione al principio di uguaglianza e rispetto a norme penali che si assumono discriminatorie in difetto. È noto, però, che su tale via è stata (auto)evidenziata l'incompetenza dei giudici costituzionali a creare norme penali od ad estendere la rilevanza penale di determinati fatti già selezionati dal legislatore, ad altri simili o analoghi⁶¹. L'inammissibilità di una giurisprudenza creativa o sostitutiva è stata fatta derivare, in un primo tempo, da una ragione meramente processuale, con riguardo al sindacato incidentale della rilevanza della questione nel giudizio *a quo*, correlato al principio costituzionale intertemporale di irretroattività della norma penale più sfavorevole al reo⁶². Successivamente, si è registrato un progressivo cambio di orientamento in senso sostanziale: il sindacato di costituzionalità è inammissibile, si è detto, in virtù del rispetto del principio di legalità, nella dimensione della riserva di legge, sancito dall'art. 25, co. 2, Cost.⁶³

*contro le sue decisioni - per il disposto dell'art. 137, terzo comma, Cost. - non è ammessa alcuna impugnazione): essa, pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE. I giudici costituzionali, dunque, escludono la possibilità del rinvio pregiudiziale per i giudizi promossi in via incidentale, poiché, in tali giudizi, non è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia». Tale limitazione è stata, sic et simpliciter, superata da Corte cost., (ord.) 207 del 2013, ove si afferma che la Corte abbia la natura di «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 267, co. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea anche nei giudizi in via incidentale. Per un quadro comparativo, cfr. PASSAGLIA (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale*, in www.cortecostituzionale.it, *Studi di diritto comparato*, Documentazione, 2010.*

⁶⁰ SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale*, cit., pp. 337 ss.

⁶¹ Per un'ampia disamina, cfr. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, pp. 329 ss.

⁶² L'ultima decisione che utilizza tale argomento processuale è Corte cost., n. 122 del 1977.

⁶³ Da ultimo, Corte cost., n. 230 del 2012.

In questo quadro pessimistico l'argomentazione va comunque approfondita: escludendo ipotesi estreme ed inverosimili, quale l'introduzione di una nuova fattispecie di reato nell'ordinamento interno ad opera della Corte costituzionale, va affrontata la problematica, certamente più realistica, relativa al recepimento di una norma penale europea adottata ai sensi dell'art. 83 TFUE per il tramite di una pronuncia di incostituzionalità di una norma nazionale preesistente.

Si è già avuto modo di evidenziare⁶⁴ che la norma europea costituisce un limite minimo di tutela penale da apprestare in favore del bene giuridico prescelto, ferma restando la facoltà del legislatore nazionale, in armonia con il proprio ordinamento, di allestire un sistema tutorio penale più severo. Con una ripetuta puntualizzazione: la risposta punitiva più severa del legislatore nazionale non significa dare rilevanza penale ad altri elementi o fatti o comportamenti o soggetti per tutelare in maniera più ampia il bene giuridico, che non siano già inclusi nella previsione europea che funge da cornice oltre la quale il legislatore interno non può spingersi. In altri termini, la descrizione degli elementi costitutivi del reato contenuta nella norma penale minima europea determina l'area di rilevanza penale (proporzionata) di comportamenti che ledono o pongono in pericolo un determinato bene giuridico. Il legislatore interno non può ampliare (né restringere) quest'area di rilevanza penale, ma, all'interno dell'area tracciata dalla norma europea, individuare elementi che meritano una risposta punitiva più severa. Così sarebbe rispettato il margine di apprezzamento riservato al legislatore domestico, garantendo, nel rispetto della riserva di legge nazionale, la necessaria democraticità della norma penale di ispirazione europea nella fase discendente (o di recepimento).

Ora, l'obbligo di recepimento della norma penale europea (art. 4 TUE), da un lato, ed il contenuto minimo che circonda il margine di apprezzamento democratico nazionale, dall'altro, paiono due criteri sufficientemente dettagliati per consentire alla Corte costituzionale di intervenire sull'incriminazione impugnata già esistente nell'ordinamento nazionale, al fine di estenderne l'area di rilevanza penale fino a comprendere il fatto analogo descritto nella norma europea inadempita. Ed invero, la tradizionale eccezione di inammissibilità del sindacato per il rispetto del principio di legalità non coglierebbe nel segno, laddove si osservi che la discrezionalità legislativa garantita dalla riserva di legge è già contenuta dalla norma sovranazionale ed i giudici costituzionali si limiterebbero ad ampliare un'incriminazione preesistente fino a ricomprendere la tutela minima penale per l'interesse selezionato a livello eu-

⁶⁴ STEA, *Gli enti responsabili dell'illecito da reato nella prospettiva europea*, in *Riv. pen.*, 2013, 735 ss.

ropeo⁶⁵. Senza, dunque, intaccare la prerogativa del legislatore (ovvero quella di rendere più severo l'intervento punitivo sempre nell'area descritta dal legislatore comunitario, semmai con un intervento postumo - forse sollecitato - dalla pronuncia additiva della Corte costituzionale).

Non parrebbe porsi, poi, alcun problema di inammissibilità per irrilevanza della questione⁶⁶. La Corte costituzionale, infatti, nella pronuncia in materia di rifiuti (n. 28 del 2010), ha evidenziato che il sindacato *in malam partem* deve essere ammesso per ragioni di coerenza sistematica e per evitare un effetto paradossale: «*se si stabilisse che il possibile effetto in malam partem della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie - che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost. - non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie [di volta in volta considerate - n.d.r.], ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano [...]*». Ma vi è di più. Una volta dichiarata l'illegittimità della norma sindacata per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., la valutazione degli effetti della sentenze di accoglimento secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali andrà rimessa al giudice *a quo*, conformemente al consolidato orientamento per cui le questioni inerenti alla cosiddetta retroattività delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale attengono all'interpretazione delle leggi e pertanto devono essere risolte dai giudici comuni⁶⁷.

Diversamente, appare difficile trovare argomenti più significativi per garantire la giustiziabilità anche degli obblighi convenzionali di tutela penale che non superino il limite sancito dall'art. 25, co. 2, Cost. Un eventuale intervento

⁶⁵ SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale*, cit., 257, in tema di esegesi della previsione di cui all'art. 25, co. 2, Cost., evidenzia la necessità di una rilettura dell'indubbia *voluntas* del costituente nel riservare alla legge statale la materia penale, alla luce del mutato assetto della legalità, non più considerata nell'ottica squisitamente nazionale, bensì come legalità europea, cioè in combinato disposto con l'art. 117, co. 1, Cost. Tale intuizione sollecita una deduzione. La lettura combinata delle disposizioni costituzionali suddette sposterebbe, di fatto, la questione della necessaria democraticità della norma penale, che la riserva di legge garantisce, a livello euromionista, stante la sostanziale funzione notarile attribuita al legislatore nazionale nella fase di recepimento della direttiva penale, fatto salvo il limitato margine di apprezzamento già indicato. Nel senso che l'obbligo costituzionale di adeguamento ai vincoli comunitari imposto al legislatore ordinario dall'art. 117, co. 1, Cost., traduzione domestica dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 4 TUE, costringe la prerogativa del libero dibattito parlamentare che la riserva di legge tradizionalmente intende preservare.

⁶⁶ Forse è una lettura un po' forzata, ma, si sa, con l'ovvio si fa poca strada. Sull'impossibilità di intervento della Corte su un inadempimento *tout court* (definito sopra assoluto), cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 122.

⁶⁷ Corte cost., nn. 148 del 1988, nn. 22 del 1975 e 155 del 1973.

creativo della Consulta in adempimento di un obbligo convenzionale di tutela penale di un determinato interesse stimato nella lettura della Corte EDU andrebbe ad incidere effettivamente sulla prerogativa democratica del legislatore interno⁶⁸.

6. La proporzione è un canone assiologico del ragionamento giuridico⁶⁹, sia utilitarista, che retribuzionista, che ne determina, a seconda dell'oggetto e del metodo, il contenuto e la funzione⁷⁰. Il diritto europeo stima la norma penale con diversi pesi, in quanto tra Trattato e Carta, è possibile individuare distinti canoni di proporzione⁷¹.

Nelle pagine che precedono si è fatto aperto riferimento al principio di offensività-proporzione, ancorato all'art. 52, co. 1, Carta, come parametro di valutazione di tutela effettiva di beni giuridici fondamentali con l'uso della pena. Sindacato istituzionalmente devoluto alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 263 TFUE, poiché la norma penale europea deve essere posta per la tutela di diritti fondamentali previsti dai Trattati (e dalla Carta di Nizza), nei limiti delle

⁶⁸ Ampiamente e condivisibilmente MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 123 ss.

⁶⁹ DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 89, nota 74, in cui si richiama il fondamento storico della proporzione come parametro di valutazione della legittimità delle leggi, evocando le prime applicazioni del XIX secolo nel diritto pubblico tedesco. Si richiama un'ampia bibliografia, tra cui cfr. GRASSO, *Diritti fondamentali e pena nel diritto dell'Unione Europea*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di Bernardi, Milano, 2006, pp. 105 ss.

⁷⁰ SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2010 (nuova ed.), pp. 148 ss.; SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2012, 114, 115, evidenzia che, 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"). È 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, 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.

⁷¹ Sul punto si rinvia a SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, cit., 112 ss.

attribuzioni conferite all'Unione, non altrimenti tutelabili, attraverso la previsione di una sanzione effettivamente dissuasiva.

Il principio di proporzione delineato dall'art. 52 Carta è elaborato sulla scorta della giurisprudenza costante della Corte di Giustizia ed è un tipico canone di razionalità materiale di valutazione del rapporto di adeguatezza tra mezzi e scopi, utilizzato, tradizionalmente, in relazione, in particolare, al conflitto tra una libertà comunitaria e una norma penale interna che frustra quella libertà, ma che dovrebbe costituire, dopo Lisbona, il criterio di valutazione anche dell'incidenza della norma penale europea su una libertà e, o diritto garantito dal Trattato e, o dalla Carta⁷².

Ed invero, la norma suddetta indica i parametri di valutazione (*rectius*, di proporzionalità) della previsione di pena e, dunque, di limitazione della libertà personale del reo:

- a) necessità della limitazione del diritto o della libertà (in breve: necessità della pena);
- b) effettiva finalità di interesse generale;
- c) anche in alternativa rispetto a quanto *sub b)*, effettiva esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

I parametri di valutazione (necessità ed effettività) non sono alternativi, ma devono essere verificati contestualmente. Tali parametri, poi, sono rafforzati dal presupposto dell'indispensabilità richiesto dall'art. 83, co. 2, TFUE, per l'adozione di direttive penali, che sintetizza l'elaborazione giurisprudenziale dei limiti agli obblighi di penalizzazione, richiedendo, oltre al rispetto del principio di proporzionalità indicato dall'art. 5 TUE, in base al quale l'azione comunitaria non deve andare al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi e, quindi, può realizzarsi solo in assenza di una adeguata normativa penale previgente negli Stati membri⁷³ anche il rispetto del principio di sussidiarietà, nella combinazione dei suoi corollari dell'efficacia e della necessità, con il principio di proporzionalità⁷⁴.

In sintesi, il principio di offensività-proporzione è canone di sindacato delle scelte criminali effettuate a livello europeo, dapprima, rispetto alla valutazione

⁷² SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, cit., 114, esclude la possibilità di estendere il giudizio di proporzione tradizionalmente effettuato sulla norma interna limitativa di una libertà comunitaria, al sindacato sulla norma europea, perchè è un giudizio cucito addosso alla 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).

⁷³ EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007, p. 30.

⁷⁴ SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale*, cit., p. 84.

di indispensabilità dell'intervento europeo alla stregua della legislazione nazionale di settore e, poi, in relazione al giudizio di proporzione materiale tra limitazione della libertà personale del reo e bene giuridico tutelato penalmente. Ma vediamo come.

La necessità della pena è parametro marcatamente utilitaristico, traducendosi, non solo, nella valutazione della necessità dell'intervento penale per la tutela dell'interesse selezionato (principio dell'*extrema ratio*), ma anche (e soprattutto) in un giudizio di natura fattuale con cui si argomenta l'irrazionalità della scelta del legislatore, non solo, sulla stima sanzionatoria (a cui fa riferimento la proporzionalità voluta dall'art. 49, co. 3, Carta⁷⁵), ma sull'*an* della stessa scelta punitiva. Tale giudizio va effettuato alla stregua dell'*iter* logico del controllo (anch'esso esterno) svolto dalla Corte EDU o, comunque, seguendo la tradizione del *Bundesverfassungsgericht* che declina il principio di proporzione (*Verhältnismäßigkeit*)⁷⁶ in diversi criteri che, fra l'altro, guardano alla idoneità, alla necessità ed alla adeguatezza della specifica opzione di criminalizzazione⁷⁷. La necessità di pena, dunque, prevista dall'art. 52 Carta (nell'espressione della necessità della limitazione imposta al diritto fondamentale), si traduce in uno strumento di controllo di legittimità razionale della scelta punitiva del legislatore europeo. Tale controllo, del resto, è agevolato e forse giustificato (o imposto) dall'obbligo di motivazione di tutti gli atti di diritto derivato comunitario.

La finalità di tutela di un interesse generale o di un diritto o libertà particolare è l'ulteriore criterio di controllo della legittimità dell'opzione penale che, come suggerisce l'avverbio utilizzato, deve essere effettiva e, dunque, suscettibile di essere messa in pericolo o danneggiata dalla condotta punita, ma anche verificabile in astratto, nel vaglio di legittimità della stessa norma, ed in concreto, all'atto di applicazione della previsione punitiva. Tale criterio materiale di bilanciamento degli interessi coinvolti, sotteso alla valutazione di offensività-proporzione della norma penale europea, accentua la deviazione del sindacato sulla norma penale europea dal piano della necessaria lesività a quello

⁷⁵ Su cui *infra* § 6.1.

⁷⁶ Indicato qui come di offensività-proporzione, ma certamente diverso dall'offensività utilizzata dalla Corte costituzionale nostrana. Nella letteratura tedesca, HASSEMER W., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in ID., *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt am Main, 2007, pp. 191 ss.; ID., *Perchè punire è necessario*, Bologna, 2012, pp. 153 ss.; nella prospettiva italiana, cfr. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, pp. 278 ss.

⁷⁷ MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 145; SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, cit., 115 ss.

della sussidiarietà e dell'*extrema ratio* della stessa scelta di politica criminale, entrando così in tensione con il metodo democratico.

6.1 Nell'ambito dell'argomentazione sulla giustiziabilità, innanzi alla Corte costituzionale domestica, degli obblighi di penalizzazione dettati da una direttiva penale (ex art. 83 TFUE), si è superata l'eccezione democratica, se si vuole, con un *escamotage* o aggiramento, affermando che la discrezionalità legislativa garantita dalla riserva di legge è già contenuta dalla norma comunitaria ed i giudici costituzionali si limiterebbero ad ampliare un'incriminazione preesistente fino a ricomprendere la tutela minima penale per l'interesse selezionato a livello europeo. Senza, dunque, intaccare la prerogativa del legislatore (ovvero quella di rendere più severo l'intervento punitivo sempre nell'area descritta dal legislatore comunitario).

La riflessione va approfondita per superare la medesima eccezione che possa essere opposta al vaglio di offensività-proporzionalità della Corte di Giustizia sulla norma penale europea⁷⁸

Va fatta una premessa. Il principio di legalità, come consacrato nella Carta di Nizza, riguarda espressamente la sola dimensione del divieto di retroattività, non garantendo o, meglio, non interessando gli altri aspetti del principio in questione come inteso nel nostro ordinamento (riserva di legge e tassatività, fra gli altri). Però, l'assenza della dimensione della riserva di legge nella legalità europea come enunciata dall'art. 49, co. 1, Carta, non significa che tale aspetto sia estraneo al sistema comunitario, né che la democraticità della norma

⁷⁸ Sulla democrazia delle istituzioni eurounioniste, nell'ampio dibattito, si segnala BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2012, 58, il quale osserva che, sebbene le due fondamentali norme europee concernenti il principio di legalità penale (vale a dire l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 7 CEDU) nulla dicano al riguardo, è pacifico che in ambito europeo tale principio contenga anche il corollario della democraticità. Infatti, osserva l'A., in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia il diritto primario dell'Unione non contiene solo principi di diritto scritto, ma anche i principi di diritto non scritto ricavati, oltreché dalle convenzioni internazionali ratificate dagli Stati membri, dalle Costituzioni di questi ultimi. Come si sa, questa giurisprudenza pretoria è stata da tempo recepita dai Trattati, cosicché in base all'art. 6, n. 3 TUE, «*I diritti fondamentali, (...) risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*». Orbene, precisato che per essere "comuni" tali tradizioni non devono necessariamente appartenere a tutti i Paesi membri, bastando che esse esprimano un orientamento prevalente all'interno dell'Unione, è un dato di fatto che il principio di democraticità delle fonti penali – tendente il più delle volte (ma non sempre) a coincidere col principio di riserva di legge – presenti questa caratteristica e dunque rientri tra i principi generali dell'Unione. Appare pertanto indiscutibile che le direttive in materia penale debbano caratterizzarsi per la loro democraticità. Per più ampi sviluppi, cfr. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 48 ss.; ID., *"Riserva di legge" e fonti europee in materia penale*, *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, XX, 2006, pp. 60 ss.; GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, pp. 81 ss.

penale europea non appartenga all'assetto sovranazionale, in quanto, da un lato, la riserva di legge è connaturata all'identità nazionale degli Stati continentali e, dall'altro, la necessaria democraticità del divieto penale si ricava dai corollari (e non solo) del principio di uguaglianza dei cittadini europei. Ed invece, il principio di legalità-riserva di legge (nazionale) non è estraneo all'ordinamento comunitario, in quanto la Corte di Giustizia lo considera pacificamente un principio generale dell'ordinamento comunitario⁷⁹, che costituisce il riconosciuto limite della primazia del diritto europeo rispetto alle norme penali interne con esso in conflitto.

Per tali ragioni, l'eccezione democratica, dunque, al controllo materiale da parte della Corte di Giustizia sull'*an* della politica criminale comunitaria, è certamente rilevante anche nel contesto comunitario e merita il dovuto approfondimento.

Proviamo a prendere le mosse dall'*argumentum libertatis* posto a fondamento della tesi realistica del bene giuridico in lettura costituzionale di Franco Bricola: il legislatore, nel porre il divieto penale, seleziona alcuni comportamenti del cittadino, che altro non sono che modalità di esercizio delle libertà garantitegli, ritenendoli meritevoli di pena in considerazione della loro dannosità o pericolosità per interessi di singoli o della collettività⁸⁰. In questa maniera, tali comportamenti o modalità di esercizio di libertà individuali sono oggetto di un trattamento particolare e differenziato⁸¹, con l'effetto che la scelta incriminatrice non andrà valutata o giustificata con il solo parametro dell'offensività-proporzionalità, ma va sindacata alla stregua del principio di uguaglianza, che offre uno strumentario concettuale ben più solido⁸². Il collegamento,

⁷⁹ GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi limiti riflessi sui sistemi penali degli stati membri*, Riv. it. dir. dell'Uomo, 1991, 617 ss. In giurisprudenza, cfr. Corte Giust. C.E., 8 ottobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, in *Racc.*, 1987, 3986, punto 13; da ultimo, Corte Giust. C.E., 3 maggio 2005, Berlusconi ed altri.

⁸⁰ PULITANO, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Stile, Atti del seminario organizzato dall'ISICS di Siracusa, 14-18 ottobre 1981, 1983, p. 187, secondo cui la formulazione di tipi di illecito anche) penale significa classificare fatti omogenei dando rilievo ad alcuni elementi di uguaglianza.

⁸¹ DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 392.

⁸² Corte cost., n. 163 del 1993, *Considerato in diritto*, § 4, secondo cui il principio di eguaglianza pone al giudice di costituzionalità l'esigenza di verificare che non sussista violazione di alcuno dei seguenti criteri: a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati, tenuto conto della disciplina normativa apprestata; b) la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita.

dunque, tra uguaglianza e proporzione, come acutamente suggerito⁸³, a cui si fa riferimento a proposito della ragionevolezza, è la chiave di controllo della legittimità delle opzioni di politica criminale che si rivelano non necessarie o non idonee, per la ragione che comportano una limitazione priva di giustificazione, di un diritto fondamentale, ugualmente riconosciuto a tutti gli individui. Attraverso tale binomio è possibile stimare la ragionevolezza di una scelta politica incidente su un diritto individuale di libertà anche rispetto alla misura del sacrificio imposto alla libertà medesima, così rivalutando i principi materiali del diritto penale (necessaria lesività, *extrema ratio*, colpevolezza) da meri criteri argomentativi o di logica, a veri e propri parametri di razionalità prepositivi e sovraordinati, giustiziabili nell'ambito e nei limiti del sindacato sul rispetto dell'eguaglianza⁸⁴. Il rispetto dell'eguaglianza fra i cittadini, come noto, è il fondamento di qualsiasi società democratica.

Secondo questa lettura, pertanto, che richiama il principio di ragionevolezza-eguaglianza usualmente praticato dai giudici costituzionali domestici, ma arricchito dall'offensività-proporzione di cui all'art. 52 Carta, la Corte di Giustizia potrebbe sindacare la scelta di criminalizzazione del legislatore europeo al fine di verificare l'effettivo rispetto dell'eguaglianza come fondamento della democrazia. Si badi, non solo, in negativo, ovvero eliminando dall'ordinamento divieti penali sproporzionati rispetto al sacrificio della libertà personale del soggetto attivo (reo), ma anche in positivo, ovvero espandendo la forza incriminatrice di norme già poste onde garantire la tutela di libertà e, o diritti dei soggetti passivi del reato (vittime), alla stregua del controllo svolto dalla Corte EDU (non appena anche l'Unione aderirà alla Convenzione).

7. La dosimetria proporzionata della pena⁸⁵, relativa alla *species* ed al *quantum*, è imposta dall'art. 49, co.3, Carta («*L'intensità delle pene non deve essere sproportionalizzata rispetto al reato*»)⁸⁶, secondo il principio di retribuzione, tessendo una stretta relazione tra la gravità del reato e le sanzioni inflitte⁸⁷.

⁸³ DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., pp. 394, 395.

⁸⁴ Così DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 394.

⁸⁵ CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 73, 74. Per un'analisi approfondita, CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Persona pena e processo*, in *Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, a cura di Caterini, Amisano, Napoli, 2012, pp. 49, 79.

⁸⁶ Non va trascurato che la previsione della pena da parte del legislatore europeo costituisce un'indicazione di indirizzo minima per il legislatore nazionale, con l'effetto che, ovviamente, andrà tenuto conto che la proporzione richiesta alla norma penale europea è anch'essa minima, presupponendo un limite massimo discrezionalmente determinato dallo Stato membro, ma pur sempre proporzionato alla gravità del reato, ma sindacabile solo dal giudice costituzionale nazionale.

⁸⁷ L'introduzione della pena convenzionale ha posto il problema della proporzione tra questa ed il fatto

Il sistema eurounionista non possiede un catalogo di pene proprio, per la diversità degli ordinamenti particolari che lo compongono e dove concretamente il divieto penale va ad inserirsi. Ad ogni modo, è logicamente desumibile una distinzione qualitativa (detentiva o pecuniaria) e quantitativa della pena. La scelta qualitativa o quantitativa della pena andrà rapportata alla gravità del reato secondo una scala di valori delle offese tutelate (per cui il bene della vita è certamente superiore a quello del patrimonio)⁸⁸, ma anche in relazione al grado di rimproverabilità dell'autore del fatto, con l'effetto che la proporzione è criterio a cui si deve parametrare sia l'astratta fase edittale riservata al legislatore (gravità del danno), sia quelle successive fasi di concreta inflizione giudiziale e di esecuzione della sanzione penale (gravità della condotta).

È indiscutibile che tale proporzione è *convenzionale*, poiché non esiste alcun canone ontologico che possa ragguagliare l'eterogeneità di pena e reato, senza

di reato. Su tale rapporto tutti i maggiori studiosi, sin dal periodo illuminista, si sono interrogati e confrontati. E così, con la dovuta e necessaria sintesi, si deve ricordare MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, 1748, Libro VI, Cap. XVI, trad. it. a cura di Boffito Serra, Milano, 1989, p. 240, il quale dedicava un Capitolo alla giusta proporzione tra le pene e il delitto, affermando l'essenzialità dell'armonia tra le pene e la loro proporzione con la gravità del reato era garanzia di libertà. Anche BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, ed. a cura di Burgio, Milano, 1991, p. 44, il quale significativamente affermava, in chiave, se si vuole, utilitaristica, che se la geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane, alla scala dei disordini sarebbe dovuta corrispondere una scala delle pene. Approfonditamente, ZANUSO, *I «fluidi» e «le bestie di servizio»*. *Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in *Ripensare la pena*, a cura di Zanuso, Fuselli, Padova, 2004, pp. 111 ss. Poi, va ricordato FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, 1783, Parigi, 1853, rist. anastatica, Napoli, 2003, Libro III, Parte II, Capo XXV, p. 189, n. 19: «Se ogni delitto deve avere la sua pena proporzionata all'influenza che ha sull'ordine sociale il patto, che si viola, ed al grado di malvagità che si mostra, nel violarlo; le leggi debbono dunque ben distinguere i delitti, per ben distinguere le pene». Va, infine, ricordato il pensiero di BENTHAM, *Traité de législation civile et pénal*, 1802, Bruxelles, 1840, Tomo I, Cap. II, p. 157, che, a differenza di Montesquieu e Beccaria, elaborò le regole principali del principio definite di *arithmétique morale*. Significativa è la IV Regola: «Plus un délit est grand, plus on peut hasarder une peine sévère pour la chance de le prévenir. N'oublions pas qu'une peine infligée est une dépense certaine pour acheter un avantage incertain. Appliquer de grands supplices à de petits délits, c'est payer bien chèrement la chance de s'exempter d'un mal léger. La loi anglaise qui condamnait au supplice du feu les femmes qui avaient distribué de la fausse monnaie, renversait entièrement cette règle de proportion. La peine du feu, si on l'adopte, devrait au moins être réservée à des incendiaires homicides». Nella letteratura più recente, a cui si rinvia, cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, pp. 395 ss.; EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, XXVI, 1983, 914 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 228; per un quadro storico della dottrina penalistica fino al '900, cfr. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teoria e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, a cura di Schiavonea, Bari, 1990, pp. 167 ss. Nella letteratura tedesca lo studio sulla proporzione nella cornice edittale è approfondito, *ex multis*, più recenti, GÖTTING, *Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis. Eine empirische Untersuchung anhand der Strafverfolgungsstatistik für die Jahre 1987 bis 1991*, Frankfurt, 1997; SCHOTT, *Gesetzliche Strafrahmen und ihre trichterliche Handhabung*, Baden Baden, 2004.

⁸⁸ Critico sull'utilizzabilità della proporzione formale in parola, SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, cit., p. 116.

utilizzare criteri valoriali, almeno con riferimento alla fase di determinazione della cornice edittale, con la conseguenza che la relativa determinazione si traduce in una mera valutazione politica e difficilmente controllabile se non invadendo le prerogative del legislatore democratico.

Ma a ben guardare una coerenza può (o, forse, deve) essere ricercata anche in un sistema convenzionale.

Il criterio assiologico di stima della cornice edittale, infatti, è individuabile *a posteriori*, osservando il sistema penale in cui si colloca il nuovo intervento di politica criminale e così trovando i parametri di comparazione in norme preesistenti alla novella. Pene e reati, infatti, sono posti su due piani distinti: se il nesso pena-reato è meramente convenzionale e, dunque, difficilmente dotato di proporzionalità ontologica⁸⁹, quello tra reati può essere informato ad una proporzionalità interna, frutto di una costruzione razionale e coerente dei rapporti tra le diverse fattispecie. In altri termini, se è inverosimile valutare ontologicamente la gravità del reato⁹⁰, è certamente possibile individuare il criterio di proporzionalità razionale del sistema penale attraverso la comparazione delle fattispecie⁹¹: se due diverse fattispecie sono sanzionate con la stessa pena, nell'apprezzamento discrezionale del legislatore dovrebbero possedere medesimo disvalore. E qui si può evidenziare l'incoerenza, ovvero può accadere che la scelta di politica penale del legislatore entri in collisione con la necessaria proporzione: ad esempio⁹², due reati che offendono lo stesso bene giuridico con modalità analoghe, sanzionati con pene differenti; oppure due reati aventi ad oggetto sempre lo stesso interesse, ma con modalità distinte, le une palesemente e obiettivamente più gravi delle altre, sanzionati, comunque,

⁸⁹ V. JHERING, *Lo scopo del diritto* (1877-1883), trad. it. a cura di Losano, Torino, 1972, p. 346.

⁹⁰ Anche se l'orientamento della Corte costituzionale è costante nell'affermare che il principio di proporzione della pena è fondato anche sull'art. 27, co. 3, Cost., in quanto la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale provocata dalla previsione di una sanzione penale manifestamente eccessiva rispetto al disvalore dell'illecito, vanifica il fine rieducativo della pena. *Ex multis* Corte cost., n. 313 del 1995. I giudici costituzionali hanno precisato che le valutazioni in merito alla proporzione astratta tra reato e pena afferiscano al potere discrezionale del legislatore, le stesse possono essere comunque censurate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, nel momento in cui oltrepassino i limiti della ragionevolezza. Fra le tante, Corte cost., n. 47 del 2010. Ad ogni modo, tale affermazione è rimasta priva di concreta applicazione, poiché la Consulta non è mai giunta ad una declaratoria di incostituzionalità della pena posta dal legislatore. Da ciò, è necessario guardare alla proporzione della pena della nuova incriminazione in relazione al sistema in cui si colloca.

⁹¹ Sul tema della ragionevolezza, fra i tanti, DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della corte costituzionale in un caso facile*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, 100 ss.; ID., *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, 159 ss.

⁹² Tali esempi sono indicati da CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, cit., 65.

con la medesima pena o, addirittura, invertendo i disvalori, il primo con una sanzione meno severa del secondo⁹³.

In tali ipotesi di tecnica legislativa, dunque, si evidenziano delle incoerenze sistematiche, appuntando il giudizio di proporzione non all'interno della singola incriminazione, bensì in riferimento alla possibile disparità sanzionatoria tra fattispecie affini, con identica *ratio incriminandi*⁹⁴. Per questa via, è evidente che il principio di proporzione ha valenza solo negativa, nel senso che tale principio è capace di individuare quale non è la giusta proporzione, ovvero di svelare le sproporzioni, alcune volte anche lampanti, nel sistema delle relazioni tra fattispecie⁹⁵, attraverso il metro dell'eguaglianza in connubio con l'offensività.

Ora, la Corte di Giustizia ha la possibilità di sindacare la proporzione (minima) della pena indicata nella direttiva penale? Si crede di sì. Prima di Lisbona, tale sindacato veniva rinviato al giudice nazionale onde verificare l'effettivo adempimento dell'obbligo di penalizzazione comunitario. Oggi, è onere della Corte lussemburghese quale unica giurisdizione sul diritto europeo derivato, poiché è la stessa norma comunitaria, a differenza di quanto accadeva *ante* Lisbona, ad indicare una pena minima per il reato da recepire nell'ordinamento nazionale.

Seppur l'ordinamento penale europeo (di mero indirizzo) è giovane, non per questo non è sistematizzato, ove si guardi anche all'esperienza delle decisioni-quadro che poco differiscono dalle direttive adottate ai sensi dell'art. 83 TFUE, con l'effetto che è certamente possibile comparare la novella con le incriminazioni affini e, dunque, verificarne la coerenza intrasistemica⁹⁶.

⁹³ Per la distinzione tra razionalità e ragionevolezza, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147 ss., secondo cui la razionalità è determinata dalla coerenza logica, mentre la ragionevolezza, dall'adeguatezza ad un valore. Da ciò discende che la comparazione dell'importanza di due beni giuridici in relazione alla misura delle pene predisposta a loro tutela, non è un processo solamente razionale, ma anche ispirato ai canoni della ragionevolezza in quanto involge valutazioni assiologiche di tipo ideologico-politico. Del resto, se dette ultime valutazioni sono cristallizzate nella gerarchia dei valori costituzionali, il criterio della ragionevolezza può essere utilizzato anche dall'interprete.

⁹⁴ La Corte costituzionale, in più occasioni, ha sindacato la proporzione della pena con la comparazione *inter delicta*. Si segnalano come decisioni di rigetto, Corte cost., n. 22 del 2007; Id., (ord.) n. 229 del 2006; Id., (ord.) n. 170 del 2006. Tra le pronunce di illegittimità delle norme denunciate per la sproporzione delle pene rispetto a fattispecie affini: Id., n. 394 del 2006; Id., n. 168 del 2005; Id., n. 327 del 2002.

⁹⁵ Evidenzia la valenza negativa del principio di proporzione, CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1998, p. 104.

⁹⁶ Corte Giust. C.E., 21 settembre 1989, Commissione c. Grecia, richiamata, fra le tante, in Corte Giust. C.E., 30 settembre 2003, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd., § 62, secondo cui «qualora una disposizione di diritto comunitario non contenga alcuna disposizione specifica che preveda una sanzione in caso di trasgressione o faccia rinvio, al riguardo, alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali, l'art. 10 CE impone agli Stati membri di adottare

8. L'offensività non è, dunque, estranea all'ordinamento europeo e, per il tramite del principio di proporzione, materiale e formale, diviene criterio di sindacato delle scelte di politica criminale del legislatore sovranazionale, da parte della Corte lussemburghese. Non pare essere sacrificato il principio di democraticità delle opzioni di carattere penale, allorquando la giustificazione del controllo penetrante del giudice costituzionale (o para-costituzionale, come quello europeo) sulle modalità di esercizio della potestà legislativa, si rinviene nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali garantite in via prepositiva e sovraordinata, all'indomani dell'esperienza traumatizzante del secondo conflitto mondiale e della conseguente necessità di verificare costantemente la democrazia maggioritaria, affinché non degeneri in sopraffazione della minoranza.

Gli obblighi di tutela penale, negativi e positivi, giustiziabili, come verificato, attraverso l'offensività-proporzione, pongono al centro del sistema la libertà personale, nella sua più ampia accezione, fino a giungere al concetto di dignità, del reo e della vittima. In questa prospettiva di un diritto penale dei diritti fondamentali, è difficile rendere coerente e, dunque, proporzionata, la pena alla gravità del reato, ovvero alla gravità che il comportamento vietato ha inferito al diritto o alla libertà della vittima. In altri termini, il disvalore del fatto di reato (ad eccezione di quelli più gravi) può essere misurato meglio non con la graduazione della pena detentiva, che, quindi, va ad incidere sulla libertà fisica del reo, ma solo con la limitazione proporzionata di un altro aspetto della libertà personale del reo, che non sia quello fisico, quale, ad esempio, l'uso di un veicolo per poter circolare, l'obbligo di prestare attività di volontariato, l'interdizione o la sospensione dall'esercizio dell'attività lavorativa, *etc.* Per il nostro sistema, si tratterebbe di considerare le pene accessorie o alcune amministrative (si pensa a quelle relative al Codice della Strada), come pene principali, rivalutando, altresì, l'effettività della pena pecuniaria⁹⁷. In questa

tutte le misure atte ad assicurare la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur mantenendo la scelta delle sanzioni, essi devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo». In dottrina, GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica degli Stati membri: nascita di una politica criminale europea?*, *Ind. pen.*, 1993, 77 ss.; FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di Fondaroli, Padova, 2008, p. 22; SICURELLA, *La tutela mediata degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione Europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di Grasso, Sicurella, 2007, pp. 276 ss.

⁹⁷ Per un'analisi sul grave stato di ineffettività in cui versa la pena pecuniaria, ma anche per una rifonda-

prospettiva, dando cioè concretezza alla pena inflitta, la certezza del diritto penale e la sua efficacia preventiva certamente ne gioverebbero.

Ma andrebbe anche sviluppato il sistema di giustizia riparativa.

Nei limiti dovuti all'ospitalità concessa al contribuente, va osservato che la sanzione penale, come noto, deve essere afflittiva, nel senso che deve essere capace di porre un onere sulla libertà personale dell'individuo, e dissuasiva, poiché è finalizzata ad evitare il perpetrarsi di comportamenti identici o analoghi rispetto a quelli, di volta in volta, puniti, ed a soddisfare moralmente la vittima. L'afflittività e la dissuasività devono tendere alla rieducazione del condannato, come previsto dall'art. 27, co. 3, Cost., ed, in quest'ottica, la contrapposizione tra visione reo-centrica e visione vittimo-centrica, trova una composizione, un punto di equilibrio e di mediazione.

La tendenza risocializzante della pena nostrana non è espressamente prevista a livello europeo, ma l'equilibrio evidenziato tra gli interessi coinvolti tramite la sintesi della pena inflitta al reo può essere argomentato positivamente dalla necessaria proporzione tra sanzione e reato richiesta dall'art. 49, co. 3, Carta, che, come noto, costituisce il principio generale di cui la tendenza rieducativa è un corollario. Per queste ragioni, si può affermare che la pena europea deve tendere alla risocializzazione del reo in attuazione del principio generale di proporzionalità enunciato dall'art. 49, co. 3, Carta (nonché nel rispetto della dignità umana consacrato nell'art. 1 Carta⁹⁸).

La tendenza rieducativa della pena assume un ruolo egemone ed escludente ogni altra finalizzazione, principalmente quella retributiva⁹⁹, ove si guardi alla necessaria mediazione che la pena sintetizza nell'ottica di una risocializzazione dialogica, come momento di incontro conciliativo tra reo e vittima (e collettività). In altri termini, il reo, compiendo il reato, non solo, assume un comportamento ostile alle regole comuni e, dunque, alla vigenza della norma¹⁰⁰, eser-

zione della pena pecuniaria in prospettiva comparatistica con i sistemi spagnolo e tedesco, in particolare, GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012; ID., *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008, pp. 8 ss.

⁹⁸ VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano, Concetto, fonti, validità, interpretazione*, cit., 33, secondo cui le pene non devono presentare contenuti tali da rendere il condannato insensibile a spinte interiori verso il riadattamento sociale, come sarebbero le sanzioni che mortificassero la sua dignità umana.

⁹⁹ Per una critica all'idea retribuzionista della pena cfr. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, cit., 914 ss.; ID., *Cristianesimo e retribuzione penale*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1987, 275 ss.; ID. (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, pp. 173 ss.; ID., *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, 811 ss.; ID., *Le istanze del pensiero cristiano e il dibattito sulla riforma del sistema penale nello stato laico*, in *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, a cura di Acerbi, Eusebi, Milano, 1998, p. 207.

¹⁰⁰ Nella lettura di Günther Jakobs, il diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*) - come evidenzia CORNACCHIA, *La moderna hostis iudicatio tra norma e stato di eccezione*, in *Serta iuridica, Scritti dedicati*

citando la libertà riconosciutagli dall'ordinamento, al di fuori dei limiti da esso segnati¹⁰¹, ma lede anche un interesse fondamentale proprio della vittima (in genere); l'espiazione della pena, come percorso di formazione valoriale, costituisce il tramite per il reingresso nella comunità sociale del reo; la comunità sociale accoglie il reo ricollocandolo all'interno della collettività, una volta, dunque, che, con l'espiazione della pena, il reo ha compreso l'importanza dei valori lesi dal comportamento punito e così riequilibrato il pregiudizio alla vigenza della norma. Ma la ricomposizione della frattura istituzionale tra reo-cittadino e società non è sufficiente al ripristino integrale della vigenza della norma, come punto di riferimento della cittadinanza in un'ottica di ricostituzione della fiducia nella sicurezza collettiva¹⁰², ove il percorso di formazione valoriale in cui consiste l'espiazione, ignorasse la posizione della vittima-cittadino¹⁰³. Da ciò, la necessaria comunicazione tra reo e vittima è il fondamento del riadattamento sociale: se non si compone anche la frattura interpersonale reo-vittima in maniera condivisa tra gli attori del reato, non solo,

dalla Facoltà di Giurisprudenza a Francesco Grelle, a cura di Lamberti, De Liso, Sticchi, Damiani, Vallone, Napoli, 2011, 114, già ID., *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*, Centro de Estudios Constitucionales, 94, Madrid, 2008, pp. 71, 110 - rappresenta la conseguenza di una precisa considerazione del ruolo che assume l'effettività nella validazione delle norme dell'ordinamento: una norma vigente, corretta dal punto di vista formale e materiale, che tuttavia non sia stabilizzata nella realtà sociale in modo tale da poter essere confermata controfattualmente in caso di sua violazione - attraverso la definizione del comportamento deviante del soggetto che viola la norma, e non l'aspettativa normativa, come motivo del conflitto - è diritto astratto, puro feticcio, fino a quando non vi sia un minimo di effettività. Mentre, dunque, per il diritto penale del nemico, la pena è pura privazione dello *ius civis*, dello *status* di cittadino, per il diritto penale del cittadino (*Bürgerstrafrecht*), di contro, la pena è sì afflizione, ma in funzione di garanzia della *vigenza della norma*. Nella bibliografia si segnala, naturalmente, JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in *Derecho penal del enemigo*, a cura di Jakobs, Cancio Melià, Madrid, 2003, pp. 41 ss.; ID., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht*, 2004, pp. 88 ss.; ID., *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di Donini, Papa, Milano, 2007, p. 5, fra gli ultimi; nella letteratura italiana, DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 772; ID., *Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, a cura di Gamberini, Orlandi, Bologna, 2007, p. 131; RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, 181 ss.; BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 10; PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Quot. giur.*, 2006, 667 ss.; INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 895 ss.; KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 293; ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Dir. quest. publ.*, 10, 2010, 526 ss.

¹⁰¹ Così CORNACCHIA, *La moderna hostis iudicatio*, cit., 112.

¹⁰² MANNA, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 981.

¹⁰³ MANNA, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., p. 966, evidenzia la necessità di un sistema sanzionatorio meno afflittivo e stigmatizzante, ma tuttavia idoneo al reinserimento sociale, tanto del reo, quanto della vittima.

non si potrà mai definire un effettivo reingresso del reo nel tessuto sociale e, dunque, riequilibrare il pregiudizio alla vigenza della norma, intenso anche nel significato di ripristino del senso di sicurezza sociale, ma, poi, si giungerebbe ad escludere la vittima che non riuscirà a comprendere la nuova offerta di ospitalità della comunità per il suo aggressore¹⁰⁴. Il percorso rieducativo, dunque, imposto dalla pena svolge una doppia funzione: per il reo, è responsabilizzazione, ma anche comprensione del danno provocato con il suo illegittimo comportamento e conferma della validità della norma; per la vittima, è soddisfazione morale del male subito, ma anche comprensione della sofferenza conseguente all'aggressione patita e, dunque, capacità di superare l'umano istinto vendicativo, con affidamento nell'attitudine del sistema penale a garantire la sicurezza sociale¹⁰⁵.

Così la comunicazione è il necessario presupposto della risocializzazione del reo e carattere principale di un nuovo sistema penale di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della vittima.

¹⁰⁴ Significativamente, MANNA, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., p. 986, afferma, in particolare, che un sistema sanzionatorio dialogico rende possibile ipotizzare un catalogo di pene meno stigmatizzate di quelle tradizionali, che assolvano ad ineludibili finalità di risocializzazione del reo come della vittima, consentendo così a tali soggetti, ma anche alla società interna, di superare la lacerazione ingenerata dal reato, in virtù di un dialogo costruttivo e di una rinnovata fiducia in un sistema penale che, nel pieno rispetto delle garanzie individuali del reo, sappia anche ascoltare e soddisfare le esigenze della vittima

¹⁰⁵ Una pena dialogica, che si trasformerebbe, più che altro, in un percorso di riconciliazione, afferma un riconoscimento più significativo del diritto offeso rispetto all'impostazione retributiva, proprio grazie alla cooperazione necessaria del reo, cfr. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto tra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Verso una giustizia penale conciliativa*, a cura di Picciotti, Spangher, Milano, 2002, pp. 49 ss. Nello stesso senso, MANNA, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., p. 982.