

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
Cattedra di diritto penale

## Il principio di proporzionalità nel diritto penale

Relatore  
Prof. Carmona

Candidato  
Ludovica Regard  
Matr. 097763

Correlatore  
Prof. Cupelli

Anno accademico 2012-2013

*A Benedetto.*



## INDICE

<b>Introduzione</b> .....	7
• I principi comunitari .....	7
• Scopo e oggetto dell'indagine .....	13
<b>1. Capitolo primo – Il principio di proporzionalità</b> .....	15
1.1.Premessa.....	16
1.2.Il principio di proporzionalità nell'Unione europea.....	20
1.2.1. <i>La nozione del principio di proporzionalità e la sua                 evoluzione</i> .....	20
1.2.2. <i>Natura e fondamento del principio di                 proporzionalità</i> .....	39
1.2.3. <i>La proporzionalità ed altri principi generali                 comunitari</i> .....	52
1.2.4. <i>La proporzionalità nell'ordinamento                 internazionale</i> .....	65

1.2.5. <i>Segue: la Corte europea dei diritti dell'uomo</i> .....	69
1.3. Il principio di proporzionalità negli ordinamenti giuridici nazionali.....	80
1.3.1. <i>La proporzionalità nell'esperienza della Gran Bretagna</i> .....	80
1.3.2. <i>La proporzionalità nell'esperienza francese</i> .....	84
1.3.3. <i>La proporzionalità nell'esperienza tedesca</i> .....	88
<b>2. Capitolo secondo – Il delitto di incesto e l'insider trading</b> .....	106
2.1. Il delitto di incesto.....	106
2.1.1. <i>Ricostruzione della vicenda e la decisione del BVerfGE</i> .....	107
2.1.2. <i>Le reazioni della dottrina e l'opinione dissenziente del giudice Hassemer</i> .....	130
2.1.3. <i>La decisione della Corte EDU ed il margine di apprezzamento</i> .....	143
2.1.4. <i>Il sindacato di costituzionalità negli ordinamenti giuridici italiano e tedesco</i> .....	151
2.2. Insider trading.....	169

2.2.1. <i>L'«Abuso di informazioni privilegiate»</i> .....	170
2.2.2. <i>L'«insider di se stesso»</i> .....	191
<b>3. Capitolo Terzo - Potenzialità integrative della proporzionalità nel tradizionale scenario proprio del binomio bene giuridico-offensività</b> .....	211
3.1. Il principio di offensività.....	212
3.2. Incesto e insider trading quali esemplificazioni della crisi del bene Giuridico.....	221
3.3. Reciproca potenzialità integrativa della proporzionalità e dell'offensività.....	236
<b>Conclusione</b> .....	244
<b>Bibliografia</b> .....	249

# Introduzione

## 1. I principi comunitari

Al pari di ogni altro sistema giuridico, anche quello istituito dai Trattati europei appare organizzato intorno ad un complesso di fonti normative. Nel suo ambito, una considerazione specifica meritano i principi generali di diritto.

I principi comunitari non scritti, elaborati dalla Corte di giustizia nell'esercizio della sua funzione di garante dell'osservanza del diritto nell'applicazione del Trattato, "appaiono frutto di un'interpretazione che tiene conto al tempo stesso dei metodi ermeneutici tradizionali e dei caratteri propri della Comunità"<sup>1</sup>. Dalla relativa parzialità dell'ordinamento giuridico comunitario, basato sul principio di competenza per attribuzione, e dalla relazione di reciproca integrazione che sussiste tra Comunità e Stati membri deriva il carattere di relatività attribuito al concetto di principio generale<sup>2</sup>. La naturale frammentarietà del complesso normativo europeo, derivante dal fatto che esso trova la sua fondamentale legittimazione in un atto internazionale

---

<sup>1</sup> In tal senso, T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, Padova, 1987.

<sup>2</sup> M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999.

qual è il Trattato istitutivo, comporta inoltre l'assenza di una rigida e netta distinzione tra i rispettivi sistemi giuridici. Ne discende che l'ordinamento comunitario, nell'ambito dell'attività di applicazione ed interpretazione del diritto, colma le inevitabili lacune presenti in esso tenendo conto delle istanze e delle concezioni comuni ai diritti degli Stati membri, nonché della sua originaria derivazione internazionale. I principi non scritti, rappresentando norme giuridiche dotate di particolare elasticità intesa nel senso della loro idoneità, da un lato, di influenzare la produzione normativa, dall'altro, di incidere su singole fattispecie concrete, svolgono in tale contesto un ruolo di coordinamento e completamento dell'ordinamento giuridico comunitario.

Nel novero dei principi generali comunitari, non vi rientrano solamente quelli che la Corte elabora sulla base di fattori esterni, estrapolati per lo più da istituti giuridici appartenenti a sistemi degli Stati membri mediante operazioni ermeneutiche di tipo dinamico, ma anche e soprattutto quelle regole generali dedotte direttamente dai Trattati istitutivi, per via di astrazione e mediante un'interpretazione teleologica-sistemica. Queste ultime vengono definite come principi *inespressi* o *impliciti* in quanto privi di disposizione<sup>3</sup>. Mi riferisco a principi elaborati o costruiti dal giudice comunitario che, tuttavia, non si pongono come il frutto di una pura e semplice attività interpretativa, bensì come il risultato di un'attività di integrazione del diritto, attraverso la quale egli elabora un principio autonomo che diviene automaticamente parametro di legittimità degli atti delle Istituzioni, nel quadro di una delicata opera di

---

<sup>3</sup> Sul punto, cfr. le osservazioni di F.CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, DCSI, 1986; A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991.

ravvicinamento sistematico e penetrazione dello spirito del Trattato.

L'esistenza e l'importanza dei principi in esame è fuori discussione e discende dalla natura stessa del Trattato istitutivo, atto sovranazionale che, tracciando solo un più o meno generico quadro di riferimento normativo nella maggioranza delle sue disposizioni e contenendo principalmente norme di carattere programmatico, descrive un sistema marcatamente lacunoso<sup>4</sup>.

Tali regole generali sono servite, di volta in volta o congiuntamente, a consentire una più completa ricostruzione del dettato normativo altrimenti frammentario; a rafforzare un certo risultato ermeneutico di disposizioni normative europee che si presentavano altrimenti a significato polivalente; ad elaborare ulteriori parametri di legittimità della condotta delle istituzioni o degli Stati membri<sup>5</sup>.

Da qui, la preferenza accordata dalla Corte al metodo interpretativo sistematico e teleologico, certamente non esente da critiche sotto il profilo del rischio di allontanamento eccessivo dal testo scritto<sup>6</sup>. Evidentemente, l'attività creatrice della corte in tale contesto è direttamente proporzionale all'intrinseca frammentarietà del testo, infatti "(...) Much is unexpressed in written texts and yet solutions have to be

---

<sup>4</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

<sup>5</sup> R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010

<sup>6</sup> Ad opinione di P. PESCATORE, (*Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972), è al metodo teleologico che : "(...) nous devons le développement à la fois dynamique et ordonné d'une jurisprudence orientée selon la ligne directrice de conceptions cohérentes." Molti autori hanno sviluppato apprezzamenti ma anche critiche all'uso di tal metodo; si vedano: H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, London, 1986; M. CAPPELLETTI, *Is the European Court of Justice "Running Wild?"*, 1985.

found by the Court”<sup>7</sup>. Il problema principale concerne a ben vedere la verifica del legittimo rinvio a tali principi da parte dell’ autorità giudiziaria europea, non essendo la Corte di Lussemburgo esplicitamente autorizzata dal Trattato a farvi ricorso, al pari della Corte internazionale di giustizia in relazione ai “principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili”, ex art.38 (par.1, lett. c) del suo Statuto. Trattasi, in definitiva, di un complesso di regole non scritte ispirate, formulate ed enucleate dalla Corte da fonti giuridiche differenti: principi comuni agli Stati membri o derivati da sistemi giuridici stranieri; principi espressamente menzionati nei Trattati ed applicati dalla Corte; regole generali di diritto internazionale pubblico. Secondo un autorevole dottrina essi incarnerebbero un ideale di “raison et de justice, conforme au fonds permanent de la nature humaine”<sup>8</sup>.

Dinnanzi ad un ordinamento per sua stessa natura incompleto e lacunoso (lacune che, nell’ opera menzionata di Ciciriello, vengono classificate in tre categorie: la “mancanza della esatta previsione di situazioni giuridiche che costituiscono il presupposto delle norme comunitarie; quelle che discendono dalla c.d. “mancanza di profondità normativa del diritto comunitario”<sup>9</sup>; le lacune di carattere assoluto), al giudice europeo viene attribuita una funzione intrinsecamente propulsiva, la cui caratteristica di creatività si evidenzia in modo rilevante allorquando la Corte applica i principi comuni degli Stati membri. Astenendosi da una valutazione di tipo

---

<sup>7</sup> N. EMILIOU, *The principle of Proportionality in the European Law, A Comparative Study*, London, 1996.

<sup>8</sup> F. GENY, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1954.

<sup>9</sup> In tal senso, G. BADIALI, *Il diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, Milano, 1977.

strettamente comparatistico, il giudice è chiamato a svolgere quella che alcuni autori chiamano l'*integrazione selettiva*<sup>10</sup>. Individuando la disciplina nazionale maggiormente idonea al soddisfacimento degli obiettivi del Trattato, il giudice perviene ad un adattamento di essa alle peculiari caratteristiche del sistema comunitario<sup>11</sup>. Da quanto appena osservato, il fondamento di legittimità del ricorso ai principi generali non scritti non va di certo rintracciato in un'ipotizzata norma dei Trattati che autorizzi implicitamente o espressamente il giudice a farvi ricorso, bensì, più realisticamente, nel generale ruolo creativo assunto dalla Corte innanzi ad un sistema intrinsecamente incompleto e nella prassi giurisprudenziale integrativa delle lacune, accompagnata da un atteggiamento acquiescente presentato dagli Stati membri.

Come ha enunciato l'Avvocato generale Dutheillet de Lamothe, la funzione principale dei principi vigenti nei vari Stati membri è quella di "(...) contribuire a formare quella base filosofica, politica e giuridica comune agli Stati membri sulla quale, secondo il sistema pretoriano, sorge un diritto comunitario non scritto che ha (...) lo scopo di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona"<sup>12</sup>. L'uso del metodo comparatistico, nell'applicazione dei principi suddetti, nei primissimi anni di attività vaghi, incerti e quantitativamente assai limitati (forse in ragione

---

<sup>10</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

<sup>11</sup> L'integrazione selettiva viene studiata tra gli altri da J. BOLOUIS, *Apropos de la fonction normative de la jurisprudence, Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, 1974; P. MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea, Trattato di diritto commerciale*, Padova, 1997, in particolare Cap. VII, *L'integrazione delle lacune del diritto comunitario*, in particolare p.260 ss.

<sup>12</sup> Cfr. sentenza, 17 dicembre 1970, causa n.11/70, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle fuer Getreide*, *Racc.*, 1970, p.1125 ss., in particolare p.1149.

dell'omogeneità giuridica dei sistemi dei sei Stati fondatori, appartenenti dalla medesima famiglia romano-germanistica)<sup>13</sup>, solamente a partire da una sentenza del 1957 viene espressamente menzionato dalla Corte<sup>14</sup>. Il metodo in questione tuttavia, non va inteso come uno “strumento meccanico di identificazione delle previsioni legislative, bensì come uno strumento dinamico in grado di cogliere una convergenza, una linea evolutiva di diritti nazionali”<sup>15</sup>. La Corte di Lussemburgo, in sostanza, deve optare per la soluzione più progressista, ovvero quella che in misura maggiore manifesta la tendenza evolutiva degli ordinamenti nazionali interni, concorrendo all'integrazione dinamica del sistema comunitario. Si dovrà in ogni caso astenersi dall'applicazione di un principio appartenente ad uno Stato considerato poco rappresentativo o che contraddica a specifiche norme di uno dei principali ordinamenti giuridici<sup>16</sup>. La categoria in esame è, quindi, prima di tutto frutto dell'elaborazione della Corte di Giustizia, la quale ha consolidato nel tempo e progressivamente i principi suddetti dei quali sono parte integrante, come la stessa Corte ha affermato<sup>17</sup>, i diritti fondamentali della persona, descrivendone e precisandone, di volta in volta, portata e contenuto. Al riguardo, può essere menzionato il principio di proporzionalità, oggetto principale di questa trattazione; dopo essere stato ricavato dall'ordinamento giuridico tedesco, attraverso la luminosa

---

<sup>13</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

<sup>14</sup> Trattasi della sentenza 12 luglio 1957, causa n.7/56, *Algera c. Assemblea*, *Racc.*, 1957, p.112 ss.

<sup>15</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

<sup>16</sup> In tal senso F. SALERNO, *Principi generali*.

<sup>17</sup> Nella sentenza, 12 novembre 1969, causa n.29/69, *Stauder c. Città di Ulm-Sozialamt* (*Racc.*, 1969, p.419 ss.).

opera della Corte di giustizia, quest'ultima l'ha progressivamente elaborato piegandolo alle esigenze ed alle peculiarità che un sistema originale ed innovativo come quello europeo necessariamente presenta. Da principio non codificato ma generalizzato, nel contesto tedesco, a seguito dello sviluppo nell'ambito della giurisprudenza costituzionale del *BVerfG*, a partire dalla seconda guerra mondiale, esso è divenuto progressivamente, a livello comunitario un principio di judge-made-law<sup>18</sup>. Anche nell'ambito della Convenzione dei diritti dell'uomo tale principio è sicuramente assunto una centralità via via crescente, quale metro di verifica circa la legittimità di atti normativi interni, adottati dagli Stati membri, restrittivi di diritti e libertà fondamentali in essa tutelati. Da alcuni autori, tuttavia, in tema di principio di proporzionalità, viene rimarcata una non rilevanza, per il nostro ordinamento giuridico- o più esattamente, un rilievo di tipo "rafforzativo"- degli apporti forniti dalla Corte di Strasburgo, rispetto alla "(...) assai più raffinata elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia comunitaria"<sup>19</sup>.

## **2. Scopo ed oggetto dell'indagine**

L'oggetto della presente indagine mira a ricostruire la funzione, la portata e le caratteristiche essenziali del principio di proporzionalità. Questo, quale regola

---

<sup>18</sup> Espressione usata da M. AKEHURST, *The application of the general Principles*, p.29 ss.

<sup>19</sup> Cf. D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p.837 ss.

generale non scritta, trova notoriamente la sua origine nell'ambito del diritto di polizia tedesco (*Polizeirecht*), e rappresenta il frutto di una "luminosa opera"<sup>20</sup> della Corte di Lussemburgo che gradualmente è andata ad elaborare una raffinata ed articolata giurisprudenza di controllo delle misure nazionali confliggenti con il diritto comunitario. In tal modo si è resa possibile l'estensione dinamica dell'azione europea a settori che fuoriescono dal paradigma rigorosamente economico-finanziario, e il rafforzamento dell'integrazione comunitaria nell'ambito della funzione unificatrice degli ordinamenti interni.

Alla luce di tali osservazioni, si intende quindi pervenire alla ricostruzione del principio succitato, in primo luogo, all'interno di alcuni dei più rappresentativi sistemi nazionali penali, con l'ausilio di alcune emblematiche pronunce giurisprudenziali in materia, ed in secondo luogo, in ambito sovranazionale. Solo al termine di tale studio sarà possibile tracciare un collegamento tra la questione attinente al rispetto della proporzionalità tra i *mezzi impiegati* e gli *scopi perseguiti* (ed il conseguente uso dello strumento penalistico nell'ottica dell'*extrema ratio*)<sup>21</sup> e l'interrogativo tradizionale, e tutt'ora controverso, se la presunta mera immoralità di alcune condotte può legittimamente fondare un'incriminazione strettamente penalistica.

---

<sup>20</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, Milano, 2011.

<sup>21</sup> Sul rapporto tra proporzione comunitaria ed *extrema ratio* v. M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, ora in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003; A. BARLETTA, *Le controle de la repartition des competences en matière pénale: la recherche de l'équilibre institutionnel* in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, *Court de Justice et justice pénale en Europe*, Parigi, 2010, p.130.

## CAPITOLO PRIMO

### **Il principio di Proporzionalità**

*Sommario:* 1. Premessa – 2. Il principio di proporzionalità nell'Unione europea – 3. Il principio di proporzionalità negli ordinamenti giuridici nazionali

## 1. Premessa

Se le origini del principio di proporzionalità sono certamente da farsi risalire all'ordinamento giuridico tedesco, è solo attraverso l'attività giurisprudenziale della Corte di giustizia UE che esso si è successivamente diffuso anche all'interno di altri ordinamenti nazionali. Lo sviluppo tutto europeo del principio di proporzionalità, oltre ad avere avuto importanti effetti di ritorno (cd. *feed-back effect*) sull'ordinamento (germanico) di discendenza del principio, ha comportato, infatti, anche un importantissimo fenomeno di espansione graduale del principio suddetto all'interno di altri sistemi nazionali dell'area comunitaria. In particolare, “(...)ordinamenti quale quello italiano, in cui il principio di proporzionalità era del tutto sconosciuto come tale alla tradizione giuridica nazionale, si sono ritrovati progressivamente ad applicare in modo estensivo detto principio anche per fattispecie senza alcuna diretta rilevanza per il diritto UE”, nell'ambito di quello che viene definito l'effetto di «*spill-over*», elemento paradigmatico della categoria dei principi generali del diritto UE. Effetto che nel nostro ordinamento ha trovato peraltro applicazione limitatamente al settore amministrativo (e largamente ampliato grazie alla disposizione di cui all'art. 1, co. 1 della l. n. 241/90, come modificata nel 2005).

L'elaborazione, a livello europeo, del principio di proporzionalità è stata influenzata

ed ispirata dall'esame di diverse fonti di natura sia interna che internazionale. Di tali "fonti" è fatta esplicita menzione nel TUE; "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (art.6, par.3). A sua volta il TFUE contiene un espresso richiamo ai "principi generali comuni ai diritto degli Stati membri" nell'ambito della responsabilità extracontrattuale dell'Unione (art.340). Nell'attività di elaborazione creativa dei principi europei, quindi, il giudice comunitario utilizza un metodo di comparazione delle soluzioni accolte nei diversi Paesi membri. Da una consolidata prassi giurisprudenziale si evince, ad ogni modo, che il criterio della comunanza dei principi vada inteso in senso estensivo ed elastico, e non già restrittivo e letterale<sup>22</sup>. Un primo orientamento dottrinale afferma, infatti, che gli autori del previgente art.215 del Trattato CE avrebbero coscientemente riconosciuto la possibilità di rintracciare negli Stati un "fondo comune", di cui si necessita l'osservanza e la ricerca<sup>23</sup>. Una tesi opposta, invece, sottolinea il requisito dell'uniforme applicazione nella maggioranza degli Stati membri del singolo principio generale, al pari di ciò che avviene nell'ambito della Comunità internazionale con riferimento all'art.38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit*

<sup>23</sup> In tal senso, B. DU BAN, *Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté*, *Cah. dr. eur.*, 1977, p.402.

<sup>24</sup> I. CASSONI, *I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati menti quale fonte sussidiaria del diritto applicato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee*, 1959.

In ogni modo, trattasi di un metodo definito solo impropriamente comparatistico, “perché difetta di rigore scientifico e di una approfondita analisi critica della legislazione e della giurisprudenza di tutti gli Stati membri”<sup>25</sup>. Pertanto, a livello sovranazionale comunitario, detta regola presenterà sviluppi e caratteristiche autonomi e frequentemente divergenti rispetto a quelli che andremo ad analizzare nel prosieguo dell'elaborato, in relazione ai singoli ordinamenti giuridici nazionali.

Le osservazioni fin qui formulate valgono anche con riferimento alla ricostruzione del principio di proporzionalità. Si è rilevato, tuttavia, che uno studio più o meno approfondito delle soluzioni accolte nei diversi ordinamenti nazionali non può, per completezza d'indagine, mancare. Nonostante il principio in esame sia stato riconosciuto, espressamente o in modo implicito, nella maggioranza dei paesi membri (con notevoli diversità di approccio al problema), l'attenzione verrà rivolta soprattutto all'ordinamento germanico; come è stato rilevato in dottrina, infatti “l'assenza di una puntuale analisi comparativa nella giurisprudenza comunitaria e la libertà della Corte nella ricostruzione dei principi non escludono, tuttavia, che la Corte, nell'enunciare dei principi generali, valorizzi alcune esperienze giuridiche proprie di ordinamenti degli Stati membri”<sup>26</sup>. Il principio oggetto della presente indagine costituisce il classico esempio del metodo con cui la Corte di Lussemburgo preferisce recepire la soluzione interna accolta da un singolo Stato, anziché ricercare una disciplina uniforme negli ordinamenti di tutti i Paesi membri. Avendo fatta

---

<sup>25</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*; P.PESCATORE, *Les recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à des norme déduites de la comparaison des droit des Etats membres*, *Rev. int. dr. comparé*, 1980.

<sup>26</sup> In tal senso, cfr. A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria*, 1994.

propria, pressoché *in toto*, l'elaborazione ideata dalla Corte costituzionale tedesca, la giurisprudenza comunitaria ha finito, tuttavia, per adattarla alle esigenze ed alle specifiche peculiarità dell'Unione europea. In tal modo, come già accennato, la proporzionalità europea finisce per delinearci come un principio indipendente e dai caratteri propri rispetto alla regola di proporzione valevole in ambito interno. Infatti, come è stato osservato in dottrina, i principi generali, “una volta trasposti nell'ordinamento comunitario, vivono di vita propria, per soddisfare le esigenze proprie dell'ordinamento giuridico comunitario, nel quale le caratteristiche derivanti dall'ordinamento di origine perdono rilevanza”<sup>27</sup>.

Di frequente, inoltre, la nozione in esame viene impiegata, quale limite al ricorso a contromisure in caso di reazione all'illecito, anche nell'ambito internazionale. Sulla base di tali considerazioni sommarie, si osserva come tale concetto venga invocato in articolazioni normative molto eterogenee. Il problema principale diviene, quindi, quello della possibilità ed opportunità di prospettare regole e criteri uniformi e comuni e, qualora si pervenisse alla ricostruzione di una definizione comune di proporzionalità, questa possa venir intesa quale generica esigenza di moderazione ed equilibrio, o se invece possa essere connotata da un maggior spessore tecnico<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*; Sul punto si vedano anche le osservazioni di M. LUGATO, *Principio di proporzionalità ed invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, DCSI, 1991.

<sup>28</sup> E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, 2000.

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

*Sommario:* 2.1. La nozione del principio di proporzionalità e la sua evoluzione – 2.2. Natura e fondamento del principio di proporzionalità – 2.3. La proporzionalità ed altri principi generali comunitari – 2.4. La proporzionalità nell'ordinamento internazionale – 2.5. Segue: la Corte europea dei diritti dell'uomo

### *2.1. La nozione del principio di proporzionalità e la sua evoluzione*

Nonostante il diffuso riconoscimento che soprattutto il diritto tedesco ha direttamente influenzato la Corte nell'elaborazione della regola in parola, non dev'essere sottaciuta l'autonoma rilevanza che in tale studio ha giocato il lavoro esegetico-creativo del giudice europeo; nell'ambito di un peculiare rapporto di costante osmosi tra quest'ultimo e l'autorità giudiziaria nazionale (che si realizza grazie all'istituto del rinvio pregiudiziale ex articolo 177 Trattato CE, e, attualmente, contemplato dall'articolo 267 TFUE), la Corte ha tentato di rappresentare le tradizioni dei diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri e quella delle altre Istituzioni con le quali la Corte di Lussemburgo deve confrontarsi<sup>34</sup>. Attraverso l'introduzione pressoché

---

<sup>34</sup> L'influsso preponderante dell'istituto tedesco a livello sovranazionale, viene ricondotta da alcuni autori al fatto che, soprattutto negli anni '70, molti casi venivano sottoposti al giudice europeo da parte di tribunali nazionali tedeschi "... *in replying to the questions raised by the german Courts or Tribunals [ex articolo 177 Trattato CE], the Court will naturally try to frame its reply in terms which German judges can understand and that means using German legal concepts and terminology*". Cfr. in tal senso, M. AKEHURST, *The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of*

univoca nel diritto europeo di un istituto giuridico proveniente da un singolo Stato membro, la Corte è pervenuta ad un progressivo adattamento delle sue caratteristiche essenziali alle esigenze particolari che il sistema comunitario presenta, formulando, infine, una norma indipendente nell'ambito di quest'ultimo e svolgendo al contempo "una funzione di raccordo e di reciproco ravvicinamento tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali da un canto, e tra diversi sistemi giuridici nazionali tra loro, dall'altro"<sup>35</sup>. Contestualmente essa ha tenuto in debita considerazione le prassi invalse negli altri Paesi membri, considerando che questi ultimi conoscono ed impiegano nei rispettivi sistemi giuridici interni formule e concetti che, seppur sotto appellativi differenti (ragionevolezza, eccesso di potere, bilancio costi/benefici ecc.), richiamano una relazione di equilibrata proporzione tra mezzi e scopi<sup>36</sup>.

Fin dalle origini del fenomeno europeo, il principio della proporzionalità si è sempre posto come una direttiva di tendenza per l'attività delle Istituzioni comunitarie.

Come affermato dalla dottrina<sup>37</sup>, pur non essendo esplicitamente sancito dal Trattato di Roma, le disposizioni di quest'ultimo presupponevano implicitamente tale concetto, immanente e insito nella stessa idea di giustizia giuridica. I primi fattori per

---

*European Communities.*

<sup>35</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

<sup>36</sup> Per un approfondimento sul tema della trasposizione di norme giuridiche da un sistema ad un altro, cfr., A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un approccio al diritto comparato*, Napoli, 1987, in particolare, p.31 ss.; per maggiori informazioni in materia, si veda P. PESCATORE, *Le recours dans la jurisprudence de la CJCE à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, *Rev. int. dr. comp.*, 1980, p.352 ss.

<sup>37</sup> Per un commento puntuale su tale obbligo, si veda D. U. GALETTA, *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità*, *RIDPC*, 1997.

il riconoscimento del concetto della proporzionalità si scorgono già a far data dalle pronunce della Corte di giustizia relative al Trattato CECA.

Sin dal 1969 la dottrina si inizia a porre l'interrogativo relativo al fondamento giuridico da cui tale regola deriva; in questo anno, infatti, per la prima volta si sostiene la tesi della provenienza del principio suddetto dal divieto di abuso di diritto esistente nel diritto internazionale pubblico e valevole anche nel contesto comunitario, la cui inosservanza comporta l'illegittimità della misura che non vi si conformi<sup>38</sup>. E' solo più tardi che, ad opera dell'Avvocato generale Dutheillet de Lamothe, viene individuata la fonte della "proporzionalità"; la regola giuridica non scritta, formulata dal giudice europeo sulla base del necessario rapporto di proporzione che deve sussistere tra trattamento sanzionatorio e gravità oggettiva e soggettiva della violazione posta in essere, nonché l'articolo 40 del Trattato CEE che, in materia di agricoltura, dispone la liceità unicamente di quelle misure che si limitino a "perseguire gli obiettivi enunciati nell'articolo 39". Complessivamente si osserva come il principio di proporzionalità venne collocato, fin dal principio del fenomeno comunitario, nella categoria dei principi giuridici generali non scritti. Ai sensi dell'art.164 del Trattato CEE ed alle corrispondenti norme degli altri due trattati istitutivi, alla Corte venne conferito il compito di assicurare l'uniforme applicazione ed interpretazione delle norme comunitarie. Tale attribuzione costituiva inoltre, insieme ai previgenti artt. 178 e 215, il fondamento dell'attività giurisprudenziale di integrazione delle regole europee scritte con i principi generali non scritti comuni

---

<sup>38</sup> Tali norme non possono sicuramente rimanere limitate al settore della responsabilità extracontrattuale della Comunità. Cfr. sul punto KUTSCHER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Heidelberg, 1985.

agli ordinamenti degli Stati membri<sup>39</sup>.

Come ha affermato in passato una parte della dottrina, la proporzionalità, come tutti i principi generali, ha rango costituzionale e natura di norma giuridica vincolante “alla quale può appellarsi qualunque cittadino dinnanzi al tribunale e che i tribunali sono tenuti a rispettare ed applicare”<sup>40</sup>. Si osserva inoltre che, situandosi al di sopra del diritto comunitario secondario, qualsiasi atto normativo di provenienza europea deve essere misurato con il suo metro. Secondo un diverso orientamento, il principio suddetto, concepito originariamente come limite all’intervento europeo nonché come contrappeso all’estesa discrezionalità di cui godono le Istituzioni nell’esercizio dei loro poteri, la proporzionalità viene a configurarsi in un secondo momento come una regola dal contenuto complesso che occupa, nella gerarchia di fonti normative comunitarie, il rango delle norme del Trattato<sup>41</sup>.

Soggette al controllo giurisprudenziale di proporzione sono sia gli atti legislativi ed amministrativi degli organi comunitari, sia le misure nazionali interne con le quali i singoli Paesi membri eseguono i primi o esercitano le deroghe concesse in loro favore dai Trattati, garantendo in tal modo il rispetto della legalità dell’intero

---

<sup>39</sup> D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

<sup>40</sup> In tal senso, J. BOULOUIS, *Droit institutionnel des Communautés européennes*, Coll. *Précis Domat*, Paris, 1984. Si vedano inoltre le osservazioni formulate dallo stesso autore (*Principes généraux*, *Précis Dalloz*, 1992), secondo il quale: “Le caractère jurisprudentiel des principes généraux leur confère une autorité qui est celle-là même dont dispose le juge communautaire dans l’exercice des pouvoirs dont il est investi. En d’autres termes, ces principes sont revêtus d’une autorité qui les place sur le même rang que les Traités eux-mêmes dans la hiérarchie des règles de droit communautaire. Leur respect s’impose donc aux institutions qu’il s’agisse du droit dérivé dont ils conditionnent la légalité, ou de la responsabilité de la Communauté, susceptible d’être engagée par la violation d’une règle supérieure de droit protégeant les particuliers”.

<sup>41</sup> D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

ordinamento comunitario. Il principio in parola esplica in definitiva la sua efficacia in due diverse direzioni: da un lato, esso limita gli effetti degli atti comunitari in senso stretto; dall'altro pone un consistente freno all'efficacia delle misure nazionali che vanno ad incidere (negativamente) su posizioni giuridiche soggettive tutelate, direttamente o indirettamente, a livello europeo<sup>42</sup>, non rilevando al riguardo se tali posizioni siano garantite dal diritto comunitario primario o secondario<sup>43</sup>.

Gli studi in materia hanno fin da subito evidenziato come tale principio da un canto imponga il rispetto dell'equilibrata proporzione tra gli obiettivi pubblici perseguiti (dalle Istituzioni e dagli Stati membri) ed i mezzi usati, nonché, nel settore sanzionatorio, il "giusto" rapporto tra violazione e reazione autoritativa; dall'altro, nella possibilità di scegliere tra una pluralità di mezzi potenzialmente disponibili, il dovere di optare per quello che, in una prospettiva di lesione delle libertà garantite dai Trattati, comporta un pregiudizio minore per il singolo.

La nozione in esame si arricchisce gradualmente nell'ambito dell'attività ermeneutica svolta nelle aule giudiziarie dalla Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi su casi concreti. Attraverso l'importante opera giurisprudenziale svolta da parte di quest'ultima, dapprima settorialmente in materia di politica agricola comune e successivamente in tema di tutela dei diritti fondamentali della persona umana, la definizione di proporzionalità si è andata a sviluppare progressivamente, fino a pervenire ai nostri giorni come un concetto denso di pregnante contenuto

---

<sup>42</sup> È il giudice PESCATORE che ha fornito la definizione maggiormente sintetica e precisa del concetto in parola. Cfr. *Principe de proportionnalité, XIIème Congrès F.I.D.E.*, Paris, 1986, p.19.

<sup>43</sup> D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

tecnico-giuridico.

Con la famosa sentenza *Balkan* del 1973, la Corte di Lussemburgo sottolinea che “(...) le Istituzioni nell’esercitare i loro poteri devono avere cura di evitare che gli oneri imposti agli operatori economici superino la misura necessaria al raggiungimento degli scopi che le Istituzioni stesse devono perseguire”<sup>44</sup>. A sua volta, nella sentenza *Hauer* del 1979, con riferimento al diritto di proprietà, il principio di proporzionalità viene applicato in modo negativo nel suo aspetto di sproporzione eccessiva tra limiti applicati alla piena esplicazione di diritti fondamentali in rapporto alle necessità dell’organizzazione comune interessata<sup>45</sup>.

La stessa Corte si preoccupa poi di dare una definizione precisa al concetto di proporzione, inizialmente con connotati più restrittivi rispetto all’interpretazione avvalsa nell’ordinamento tedesco: “(...) Al fine di stabilire se una disposizione di diritto comunitario è conforme al principio di proporzionalità è necessario valutare, in primo luogo se i mezzi impiegati per perseguire lo scopo corrispondano o meno all’importanza dell’obiettivo indicato e, in secondo luogo, se detti mezzi sono necessari al suo perseguimento”<sup>46</sup>.

Più recentemente, il giudice europeo inizia a sviluppare il giudizio di proporzione in forma articolata, analogamente a quanto già avveniva da tempo nell’ambito dell’ordinamento tedesco. Dando rilievo a singoli ed autonomi momenti di

---

<sup>44</sup> Cfr. sentenza 24 ottobre 1973, causa n.5/73, *Blakan Import-Export c. Hauptzollamt*, *Racc.*1973, p.1112

<sup>45</sup> Cfr. sentenza 13 dicembre 1979, causa n.44/79, *Hauer c. Land Rheinland Pfalz*.

<sup>46</sup> *Racc.*, 1983; su causa n. C-118/89, *Lingenfelser*, *Racc.*, 1990, I, p.2637 ss.; su causa C-155/89, *Philipp Bros*, *Racc.*, 1990.

espressione del principio in questione, la Corte enuncia che la proporzionalità "(...) richiede che le misure adottate dalle Istituzioni comunitarie non eccedano i limiti di quanto congruo e necessario per perseguire gli obiettivi imposti dalla legislazione in questione; quando c'è la scelta tra numerose misure idonee, fare ricorso a quelle che si configurino come meno onerose, e i pregiudizi arrecati non devono essere sproporzionati ai fini perseguiti"<sup>47</sup>.

(1) *Idoneità*. - Con riferimento alla prima fase del procedimento attraverso il quale il giudizio di proporzionalità comunitario si va snodando, la Corte di Lussemburgo sottolinea come un atto normativo sia conforme al principio succitato solo allorché il mezzo utilizzato sia idoneo al raggiungimento dello scopo desiderato<sup>48</sup>. Secondo le soluzioni ermeneutiche ampiamente accolte dalla giurisprudenza tedesca, da cui evidentemente i giudici comunitari prendono spunto, un mezzo appare idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato solo "allorché col suo aiuto si possa sensibilmente favorire il risultato desiderato"<sup>49</sup>. Tuttavia, se l'esame ha ad oggetto una misura di carattere legislativo, il giudice europeo evidenzia che "(...) la sua valutazione può essere oggetto di censura solo qualora

---

<sup>47</sup> Cfr. in tal senso la sentenza del 1989, causa n C-331/88, *Fedesa ed altri, Racc.*, 1990, I, p.4023 ss., in particolare, p.4063; nonché sentenza, 5 ottobre 1994, cause riunite nn. C-133-93, 300/93 e 362/93, *Crispoltoni ed altri, Racc.*, 1994, I, p.4863 ss., in particolare, p.4905.

<sup>48</sup> Si vedano le sentenze 17 dicembre 1970, in causa 25/70, in *Raccolta*, 1970, p.1161 ss.; 26 giugno 1980, in causa 808/79, in *Raccolta*, 1980, p. 2103 ss.; 11 marzo 1987, in cause riunite 279, 280, 285, 286/84, in *Raccolta*, 1987, p.1069 ss. Per la dottrina si vedano SCHILLER, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Europaischen Gemeinschaftsrecht* cit., p.929; RESS, *Verhältnismäßigkeit im Deutschen Recht* cit., p.38.

<sup>49</sup> Bundesverfassungsgericht, sentenza 16 marzo 1971, in *BVerfGE* 30, p.292 ss.

essa appaia manifestamente erronea alla luce degli elementi di cui (il legislatore) disponeva al momento dell'adozione della normativa stessa"<sup>50</sup>. Di conseguenza, posto che l'autorità giudiziaria non può, di regola, addentrarsi in valutazioni di politica criminale e di ponderazione dei valori in gioco, "(...) solo il carattere manifestamente inidoneo di un provvedimento emanato, in relazione allo scopo che l'Istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di un siffatto provvedimento"<sup>51</sup>. La restrizione del potere di controllo giurisprudenziale è, pertanto, diretta conseguenza della sussistenza in tale ambito dell'ampio margine di discrezionalità, corrispondente alla responsabilità politica del legislatore europeo. Ne consegue che sporadiche sono state le pronunce giudiziali che hanno espressamente sancito la non-conformità al principio di proporzionalità dell'atto legislativo comunitario, sotto il profilo della mancanza di idoneità<sup>52</sup>. L'orientamento prevalente in dottrina sottolinea il ruolo del tutto subordinato di tale parte del principio in parola nel complessivo giudizio di proporzionalità svolto a livello comunitario, sebbene sussistano anche alcuni casi in cui la Corte ha ritenuto degli atti palesemente inidonei al raggiungimento dello scopo, senza tuttavia constatarlo per espresso.

In molte occasioni la Corte ha poi evidenziato come sia arduo svolgere una

---

<sup>50</sup> Cfr. sentenza, 5 ottobre 1994, cause riunite nn. C-133/93, *Crispoltoni*, *Raccolta*, 1994, I, p.4863 ss.

<sup>51</sup> Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza, 5 giugno 1996, causa n. T-162/94, *NMB SARL e.a. c. Commissione delle Comunità europee*, *Racc.*, 1996, II, p.427 ss. Sulla manifesta inidoneità quale causa di invalidità dell'atto, si vedano anche: Corte di giustizia, sentenza, 5 ottobre 1994, causa n. C-280/93, *Germania c. Consiglio delle Comunità europee*, *Racc.* 1994, I, p.4973 ss., in particolare punti 93-95 della motivazione.

<sup>52</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

verifica aprioristica circa la congruità di misure economiche complesse<sup>53</sup>. Rispetto ad esse è solo in casi estremi di manifesta inidoneità e lampante deviazione dall'obiettivo perseguito che il giudice comunitario potrà dichiarare il contrasto della misura con il principio in esame, essendo in questo caso la discrezionalità concessa al legislatore europeo di particolare spessore.

Per quanto concerne i casi di maggior rilevanza in cui il requisito dell'*idoneità* è stato applicato, va richiamato innanzitutto la famosa sentenza *Cassis De Dijon*. La normativa vigente in Germania concernente il contenuto minimo di alcol per le bibite da introdursi nel mercato tedesco, era stata ivi ritenuta inidonea al soddisfacimento dell'obiettivo prefigurato dal legislatore, ovvero quello di tutelare il bene della salute del consumatore<sup>54</sup>.

Con un percorso argomentativo non molto dissimile, la Corte di Lussemburgo, nell'altrettanto nota sentenza *Wurst- Waren*, giudicando sul divieto tedesco di importazione concernente taluni derivati della carne, conclude per l'inidoneità di tale regola ai fini dello scopo perseguito (salute dei consumatori tedeschi)<sup>55</sup>.

Un più recente esempio di dichiarazione di sproporzione di una norma

---

<sup>53</sup> Corte di giustizia, sentenza 7 febbraio 1973, in causa 40/72, *Schroder*, in *Raccolta*, 1973, p.125 ss. Analogamente si veda la sentenza 16 febbraio 1982, in causa 276/80, *Ferriera Padana*, in *Raccolta*, 1982.

<sup>54</sup> Corte di giustizia, sentenza 20 febbraio 1979, in causa 120/78, in *Raccolta*, 1979, p.649 ss., in particolare punto 11.

<sup>55</sup> Corte di giustizia, sentenza 2 febbraio 1989, in causa 274/87, in *Raccolta*, 1989, p.229 ss. (in particolare p.253 s.).

(penale) nazionale sotto il profilo della sua inidoneità a proteggere lo scopo dichiarato che, in quanto tale, sarebbe un legittimo controinteresse alla libertà comunitaria è il caso affrontato dalla Corte di giustizia *Commissione c/ Portogallo* del 2008 (sentenza 10 aprile 2008, causa C-265/06). La Corte di Lussemburgo dichiara del tutto lecito il fine perseguito dalla normativa nazionale portoghese avente ad oggetto il divieto di importazione di pellicole colorate per i vetri delle automobili (ovvero quello della lotta contro l'insicurezza stradale), ma dichiara tuttavia la misura sproporzionata perché non idonea alla luce delle conoscenze empiriche acquisite. “La repubblica portoghese – dice la Corte – non ha dimostrato che il divieto (...) è necessario (*rectius*: idoneo) alla tutela della sicurezza stradale e alla lotta contro la criminalità”.

(2) *Necessarietà*. - Diversamente da quanto osservato con riferimento all'elemento dell'idoneità, l'esame relativo alla *necessarietà* ha dominato nella maggioranza di casi in cui il giudice europeo ha proceduto all'applicazione del principio di proporzionalità. In numerose occasioni, infatti, la Corte chiarisce che tra più misure appropriate disponibili, “(...) è necessario ricorrere alla meno restrittiva”<sup>56</sup>. Come si evince chiaramente dal diritto tedesco, un mezzo appare come necessario per il soddisfacimento

---

<sup>56</sup> Cfr. sentenza, 16 ottobre 1991, causa n. C-24/90, *Haptzollamt Hamburg- Jonas c. Werner Faust*, *Racc.*, 1991, I. D'altronde già a partire da numerose sentenze adottate intorno agli anni '70, la Corte aveva costantemente valutato il carattere necessario dell'atto per il raggiungimento degli scopi perseguiti. Si vedano tra le molte pronunce rilevanti in materia: sentenza 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*; sentenza 24 ottobre 1973, causa 5/73.

dell'obiettivo per il quale era stato preposto, solamente allorché non sia esistente altro strumento egualmente efficace ma incidente negativamente nella sfera del singolo in misura inferiore. La regola in questione viene sovente ricondotta al cosiddetto “obbligo del mezzo più mite”<sup>57</sup>. Approfondendo ulteriormente il suo pensiero, la Corte di giustizia collega lo standard della necessità alla rilevanza dell'obiettivo perseguito<sup>58</sup>. Nel momento in cui il giudice comunitario è chiamato a sindacare misure nazionali esecutive di norme europee ovvero vada a svolgere il suo controllo giudiziale su provvedimenti interni nazionali derogatori delle libertà tutelate nel Trattato a favore dei singoli, il sindacato diviene più stringente; esempio emblematico di quanto appena affermato è il caso *Bond van Adverteerders* del 1988, laddove il divieto olandese censurato è stata riconosciuto come non giustificato sulla base della deroga di cui all'articolo 56 del Trattato CEE, il quale “(...) deve essere interpretato in modo che i suoi effetti siano limitati a quanto necessario per la tutela degli interessi che esso mira a garantire”<sup>59</sup>. Contrariamente a quanto avviene con riferimento agli atti legislativi, in cui il giudice pone in essere un controllo giudiziale estensivo e costante, rispetto

---

<sup>57</sup> Giurisprudenza costante della Corte costituzionale federale. Cfr., tra le altre, le sentenze 9 marzo 1971, in BVerfGE 30; sentenza 18 dicembre 1968, in BVerfGE 25.

<sup>58</sup> Infatti, nella sentenza 16 dicembre 1992, sul caso *Reading Borough Council c. Payless Diy Ltd e.a.* (Racc., 1992), la Corte afferma che:“(...) Per valutare la conformità di una norma di diritto comunitario (...) con il principio di proporzionalità (...) occorre verificare se le misure cui essa fa ricorso per conseguire lo scopo che si prefigge siano confacenti all'importanza dello scopo stesso e se siano necessarie per raggiungerlo”.

<sup>59</sup> Cfr. sentenza 26 aprile 1988, causa n.352/85. Sulla tematica oggetto della sentenza, da ultimo cfr. G. VENTURINI, *Servizio di telecomunicazione e concorrenza*, Torino, 1999, *passim*.

alle misure di carattere amministrativo occorre invece osservare come il sindacato della Corte in genere si limita alle statuizioni di principio, chiarendo che esse sono da considerarsi proporzionate sotto lo specifico aspetto della necessità allorquando “(...) non sono state preferite a torto ad altri provvedimenti meno rigorosi ma altrettanto efficaci”<sup>60</sup>. Una parte consistente della dottrina rileva che, disponendo gli organi pubblici interni (così come dal canto loro anche quelli europei) un esteso margine di discrezionalità nella configurazione delle misure da adottare nell'ambito della politica di mercato, l'opera di controllo della Corte, sotto il profilo della necessità, sarebbe in ogni caso contrassegnata da ponderata accortezza e prudenza<sup>61</sup>.

L'esame relativo alla necessità emerge con particolare chiarezza nella sentenza *Danischen Pfanflaschen*. In tale caso la Corte di Lussemburgo, dopo aver riconosciuto il carattere di necessità ai fini del perseguimento dell'obiettivo normativo (la tutela dell'ambiente) dell'introduzione di un meccanismo di cauzioni e restituzione dei contenitori, rigetta la sussistenza di tale caratteristica con riferimento all'obbligo di commerciare le bevande solo in recipienti autorizzati dalle autorità nazionali tedesche per la tutela

---

<sup>60</sup> Cfr. sentenza 16 luglio 1993, cause nn. C- 296/93, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee* e C-307/93, *Irlanda c. Commissione delle Comunità europee*, *Racc.*, 1993, I, rispettivamente p.4181 ss. e 4191 ss.

<sup>61</sup> A tal proposito ha osservato l'avvocato Roemer come eventuali critiche vadano espresse solo per il caso di un palese cattivo uso del potere discrezionale. Si vedano le sue conclusioni in causa 72/72, in *Raccolta*, 1973; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

dell'ambiente<sup>62</sup>. In modo non dissimile i giudici comunitari avevano poi deciso il caso *Wurst-Waren*, avente ad oggetto il divieto d'importazione tedesco. Ivi la Corte aveva statuito che “(...) secondo una giurisprudenza costante (...), se la salute e la vita delle persone rientrano nel novero degli interessi tutelati dall'art. 36 e se spetta agli Stati membri decidere nei limiti del trattato il livello al quale essi intendono assicurarne la tutela, una normativa nazionale avente un effetto restrittivo sulle importazioni è compatibile con il trattato solo qualora sia necessaria per l'efficace tutela di detti interessi e qualora questo scopo non possa essere conseguito mediante provvedimenti meno restrittivi per gli scambi intracomunitari”<sup>63</sup>.

(3) *Proporzionalità in senso stretto*. - Il terzo parametro di valutazione è, infine, la proporzionalità in senso stretto, affermatasi pienamente quale canone di giudizio solamente al concludersi dell'esperienza totalitaria dello Stato nazionalsocialista. Il rispetto di questo terzo parametro implica, infatti, in estrema sintesi, che l'atto adottato dagli organi pubblici non deve essere tale da gravare in maniera eccessivamente onerosa sul singolo e da risultargli, perciò, intollerabile. Di conseguenza, la valutazione comparativa inerente all'operatività del metro di giudizio in esame è necessariamente influenzata,

---

<sup>62</sup> Corte di giustizia, sentenza 20 settembre 1988, in causa 302/86, in *Raccolta*, 1988. Per un caso analogo, concernente il tipo di confezione previsto per la messa in commercio della margarina, si veda la sentenza 10 novembre 1982, in causa 261/81.

<sup>63</sup> Corte di giustizia, sentenza 2 febbraio 1989, in causa 274/87, in *Raccolta*, 1989, p.229 ss., in particolare punto 6 della motivazione.

nel suo esito finale, dall'incisività dell'intervento lesivo programmato: quanto più sensibilmente si ritiene di dovere intervenire nella sfera giuridica dell'interessato, tanto più pregnante ed importante dovrà essere l'interesse generale della collettività che con quella misura, amministrativa o legislativa, si intende raggiungere<sup>64</sup>. Trattasi, in sostanza, di un paragone obiettivo tra scopo e mezzo nonché di una valutazione ponderata della rispettiva importanza, prognosi questa che fa principalmente riferimento al grado di intensità dell'intervento lesivo.

In particolare, quando si tratta di procedere ad una verifica della liceità delle misure nazionali, il *test* di proporzionalità in senso stretto appare di particolare severità e rigore, soprattutto relativamente alle misure restrittive delle libertà sancite nel Trattato<sup>65</sup>. La Corte di giustizia infatti ha disposto che “(...) in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri gli interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di ogni persona, sia fisica che giuridica, devono essere fondati sulla legge ed essere giustificati da motivi contemplati dalla legge; questi ordinamenti prevedono, pertanto, pur se con modalità diverse, una protezione nei confronti di interventi arbitrari o sproporzionati”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Diana-Urania Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; sul punto, P. LERCHE *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Köln e.a., 1961, 129 ss

<sup>65</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

<sup>66</sup> Cfr. sentenza 21 settembre 1989, cause riunite nn. 4787 e 227/88, Hoechst A.G. c. Commissione delle Comunità europee, Racc., 1989, p.2859 ss., in particolare, p.2924 (nella

Con riferimento poi alla giurisprudenza europea su tale specifico aspetto della proporzionalità, va fin da subito osservato che il numero maggiore di decisioni riguarda giudizi aventi ad oggetto misure comunitarie, rimanendo invece le pronunce concernenti violazioni del principio di proporzionalità relegate a casi del tutto marginali. Interesse particolare suscita soprattutto il caso *Watson e Bellmann*, attinente alle sanzioni previste dall'ordinamento giuridico italiano per l'inosservanza dell'obbligo per lo straniero di presentarsi innanzi alle autorità di pubblica sicurezza entro tre giorni dall'ingresso nel Paese. Nel caso di specie la Corte di Lussemburgo concluse che “(...) se le autorità nazionali hanno facoltà di comminare, per l'inosservanza dell'obbligo di notifica imposto agli stranieri, sanzioni della stessa gravità di quelle previste per equivalenti infrazioni del diritto interno, sarebbe tuttavia ingiustificato ricollegare a quell'inosservanza sanzioni talmente sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo alla libera circolazione delle persone”<sup>67</sup>.

Se poi si relaziona la ponderazione tra valori in parola alla dimensione penalistica nazionale, quest'ultima si presenta come un *balancing test* tra interesse incorporato nella norma incriminatrice e la limitazione del diritto conseguente alla scelta di penalizzazione, precisando che la posizione

---

motivazione si veda il punto 9).

<sup>67</sup> Corte di giustizia, sentenza 7 luglio 1976, causa 118/75, in *Raccolta*, 1976, p. 1185 ss., in particolare p.1199, punto 21. in argomento si veda anche NASCIMBENE, *L'obbligo irragionevole di “dare contezza di sé”: un'abrogazione annunciata /l'art. 142 t.u.l.p.s. E il diritto comunitario*, in questa Rivista, 1991, p. 115 ss., che annota la sentenza della Corte del 12 dicembre 1989, in causa 265/88, Messner.

“sacrificata” dalla legge penale esaminata non è quella compresa dal trattamento sanzionatorio, bensì, più a monte, quelle incise dal divieto normativo penale. Si osserva peraltro che, la tecnica di bilanciamento in parola, non rappresenta un *novum* nella giurisprudenza costituzionale italiana, come dimostra ad esempio la sentenza n. 126 del 1985 in tema di limitazione della libertà di manifestazione del pensiero; nel caso di specie veniva in rilievo l'art. 180 comma 1 c.p.m.p., il quale punisce il reclamo collettivo da parte dei militari. Secondo la Corte esso “(...) rappresenta un eccesso di tutela della disciplina militare” rispetto alla libertà in questione (la quale invece viene considerata legittimamente compresa nelle sentenze n. 123 del 1976 e n. 73 del 1983, in tema di aggio). Nondimeno, a causa del disincanto formatosi in dottrina attorno alla funzione effettivamente selettiva svolta dalla teoria del bene giuridico, l'impiego della tecnica del bilanciamento è andata via via scemando nel tempo.

L'accoglimento, in linea di principio, in tempi relativamente recenti dell'articolazione del giudizio di proporzionalità in tre distinte fasi (*l'idoneità*, la *necessarietà* e la *proporzionalità in senso stretto*) non ha impedito alla Corte di giustizia, in non rari casi, di esimersi da un vaglio così approfondito<sup>68</sup>. Infatti, nel risolvere in concreto i singoli casi sottoposti al suo giudizio quest'ultima sovente esamina solo uno dei tre

---

<sup>68</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

aspetti richiamati<sup>69</sup>. In effetti, anche nella giurisprudenza tedesca appaiono sporadici i casi in cui il giudizio si sviluppa nelle tre fasi successive. Ciò poiché molto spesso non appare necessario approfondire la valutazione allorché per esempio sia stata già constatata la violazione del principio in esame sotto il profilo dell'idoneità della misura adottata. Nella maggioranza delle sentenze peraltro la violazione viene assodata nella fase della necessarietà. Un ottimo punto di riferimento per quanto concerne lo sviluppo dell'esame in tutte e tre le sue fasi è fornito dalla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 17 luglio 1961, in *BverfGE* 13, p.97 ss.

Una tappa sicuramente fondamentale nel percorso di graduale ravvicinamento della formulazione della proporzionalità comunitaria a quella elaborata nei sistemi germanici è costituita dal caso *Rocher*<sup>70</sup>, avente ad oggetto il rapporto tra legge tedesca sulla concorrenza sleale e articolo 30 del Trattato. In esso la Corte di giustizia spinge il suo sindacato ben oltre l'accertamento negativo della manifesta inidoneità della misura adottata in relazione all'obiettivo perseguito, svolgendo per contro un'approfondita valutazione in positivo<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

<sup>70</sup> Cfr sentenza 18 maggio 1993, cause riunite nn. C-356/90 e C-180/91, *Regno Unito c. Commissione delle Comunità europee* (aiuti alla costruzione navale), *Racc.* 1993, I, p. 2323 ss.; cause riunite, C-126/91, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft c. Yves Rocher GmbH* (libera circolazione merci), *Racc.* 1993; causa n. C-220/91, *P: Commissione delle Comunità europee c. Stahlwerke Peine-Salzgitter AG*, *Racc.*, 1993, I, p. 2393 ss. Per un commento si veda D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

<sup>71</sup> Rilevano al riguardo le osservazioni formulate dalla Corte di giustizia nella sentenza del 26 febbraio 1996, relativamente alle misure adottate dalla Commissione e dal Comitato di gestione, nell'ambito dell'organizzazione dei mercati della carne bovina. Valutando la limitazione imposta dal Regolamento n.685/93, al peso delle carcasse ammissibili all'intervento, la Corte, richiamando la sua pregressa giurisprudenza nell'ambito della regola

Nella pronuncia in esame, il giudice comunitario, forse per la prima volta, applica il principio di proporzionalità in modo del tutto indipendente ed autonomo, articolando il suo percorso logico-argomentativo secondo lo schema *idoneità-necessarietà- proporzionalità in senso stretto*. Dopo aver constatato la legittimità dell'obiettivo nazionale perseguito dalla norma (la tutela del consumatore nell'ambito dell'ordinamento comunitario), la Corte afferma che la liceità degli atti interni in materia di pubblicità deve essere dedotta dall'idoneità di questi di soddisfare lo scopo, senza travalicare i confini di quanto strettamente necessario. Conclude, quindi, che “(...) l'informazione e la tutela dei consumatori possono essere garantiti attraverso misure che agiscano in maniera meno restrittiva rispetto alle misure controverse nel procedimento”.

In definitiva la Corte, svolgendo un controllo giurisdizionale diretto sull'osservanza del principio di proporzionalità attraverso un sostanziale raffronto tra importanza dell'interesse protetto dalla normativa e rilevanza degli effetti che deriverebbero dall'applicazione della regola tedesca, concludendo che tale attuazione provocherebbe risultati eccessivamente negativi nelle sfere dei singoli e contrastanti con il diritto europeo.

Secondo un orientamento dominante in dottrina, il giudizio della Corte di Lussemburgo in materia viene modulato con maggiore o minore intensità non già a seconda della natura della misura presa in considerazione, bensì del tipo di interessi

---

di proporzionalità, svolge un controllo alla luce della ricostruzione e della valutazione delle circostanze fattuali che sono poste a fondamento dell'atto adottato: Lo stesso ragionamento viene poi riportato in numerose pronunce successive. (Cfr., sentenza 12 settembre 1996 e sentenza 4 luglio 1996).

contrapposti dei quali essa deve garantire un'armoniosa ed equilibrata tutela<sup>72</sup>. E' proprio questa la ragione dei continui ripensamenti e ridimensionamenti circa il contenuto e la portata del controllo in esame, che oscilla tra sindacabilità diretta e mediata, fermo restando il generale approccio pragmatico usato dal giudice comunitario in ragione delle peculiari caratteristiche dell'ordinamento nel cui ambito egli viene a collocarsi e tenuto conto dell'approccio caso per caso che esclude la sindacabilità diretta da parte della Corte.

---

<sup>72</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

## 2.2. Natura e fondamento del principio di proporzionalità

Come già osservato nello sviluppo dell'indagine, la Corte di giustizia dopo aver provveduto all'introduzione, pressoché univoca, nel diritto comunitario di un istituto di matrice esclusivamente tedesca, lo ha "piegato" alle esigenze ed alle caratteristiche proprie del sistema giuridico di riferimento.

Si è poi a più riprese aggiunto che, nel contesto del diritto UE, il principio di proporzionalità va certamente collocato fra quei principi generali del diritto che sono stati enucleati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in base al noto metodo della comparazione giuridica<sup>73</sup>. La Corte di Lussemburgo vi ha fatto infatti esplicito riferimento sin dagli esordi della sua attività istituzionale<sup>74</sup> ed esso si è poi gradualmente sviluppato come necessario strumento di sindacato giurisdizionale, applicato alla maggior parte dei settori del diritto dell'Unione europea.

Secondo quanto esplicitamente affermato dalla stessa Corte di giustizia, alla proporzionalità spetta rango costituzionale, quale regola generale non scritta che si propone come fine ultimo quello di limitare gli atti comunitari (negativamente) restrittivi, compresi quelli adottati dal legislatore europeo<sup>75</sup>. Tuttavia come afferma la

---

<sup>73</sup> Diana-Urania Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998

<sup>74</sup> Vedi ad esempio Corte di giustizia, 16.7.1956, causa n. C-8/55, *Fédération Charbonnière*, in *Raccolta*, 1955-56, p.199 ss.; Corte di giustizia, 14.12.1962, in cause riunite C-5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, in *Raccolta*, 1962, p. 917 ss.; Corte di giustizia, 19.3.1964, in C-18/63, *Schmitz*, in *Raccolta*, 1964, p. 175 ss.

<sup>75</sup> Vedi anche Corte di giustizia, 17.12.1970, in causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Raccolta*, 1970, 1125 ss.; Corte di giustizia, 24.10.1973, in causa C-5/73, *Balkan-Import-Export*, in *Raccolta*, 1973, 1091 ss.

dottrina, il Trattato di Roma, pur permeato della nozione di proporzionalità, agli albori del fenomeno comunitario non vi faceva esplicito riferimento in nessuna delle sue disposizioni. Il problema della fonte del principio ha subito ulteriori sviluppi nel momento in cui, con il Trattato di Maastricht del 1992, la proporzionalità – limitatamente alla fase della necessità – è stata introdotta nel Trattato stesso, all'articolo 3 B (“[...] l'azione delle Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato”) con riferimento alla sola attività delle Istituzioni comunitarie. In un momento successivo, con il Trattato di Amsterdam del 1997, ai principi di sussidiarietà e proporzionalità è stato dedicato un apposito protocollo, la cui prima disposizione ricalca essenzialmente quella di cui all'art. 3 B “(...)con l’aggiunta, però, della precisazione espressa che l’obbligo di rispetto del principio incombe a ciascuna istituzione”<sup>76</sup>.

L'espressa e puntuale formalizzazione del principio in esame nei Trattati europei, risulta tuttavia ancora del tutto incompleta, in quanto fa riferimento solamente al secondo momento esplicativo della proporzionalità, avendo la Corte invece abbandonato nel tempo l'applicazione del principio parziale e circoscritta a tale ultimo criterio. Va tuttavia aggiunto che, attraverso la codificazione la proporzionalità assume un nuovo ambito operativo articolato su un duplice piano; nell'ambito dell'azione comunitaria in senso stretto essa opera come principio scritto quale metro di legittimità degli atti adottati dalle Istituzioni europee sulla base del criterio di necessità. Come regola generale non scritta, vincola sia gli organi

---

<sup>76</sup> Diana-Urania Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

comunitari nell'adozione delle loro misure amministrative-normative, sia gli Stati membri nell'esecuzione di queste e nella formulazione di deroghe concesse loro dai Trattati, con riferimento ai tre criteri dell'*idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto*<sup>77</sup>.

Disciplinando l'articolo 3 B contestualmente sia il principio di proporzionalità che quello di sussidiarietà, la formulazione in questione è stata oggetto di un complesso e prolungato dibattito, sfociato poi nel "Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità", nel quale sono riprodotte le conclusioni del Vertice di Edimburgo del 12 dicembre 1992<sup>78</sup>. Nelle "Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo" si ribadisce il significato sostanziale del principio di proporzionalità, quale meccanismo valutativo del rapporto tra mezzi e scopi in chiave di legittimità dell'intervento pubblico restrittivo degli interessi dei singoli, rimarcando la stretta interrelazione sussistente tra questo ed il principio di sussidiarietà, tenendo sempre a mente la netta diversità di funzioni che questi sono chiamati ad assolvere<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Sul punto si veda N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law*.

<sup>78</sup> Le conclusioni del Vertice di Edimburgo del 12 dicembre 1992 in materia, sono state, come è noto, inserite sinteticamente nel "Quadro generale per un progetto di revisione dei Trattati" predisposto dalla Presidenza irlandese e sottoposto al Consiglio europeo di Dublino del 13-14 dicembre 1996. cfr. Conferenza degli Stati membri, *L'unione europea oggi e domani. Adeguamento dell'Unione europea per il bene delle sue popolazioni e sua preparazione al futuro. Quadro generale di un progetto di revisione dei Trattati (Dublino II)*. Il testo francese è riprodotto in Rev. tr. dr. Eur., 1997, p.187 ss.

<sup>80</sup> Nella comunicazione indirizzata dalla Commissione al Consiglio ed al Parlamento Europeo nel 1990, (SEC 92) finale, Bruxelles, 27 ottobre 1992, il principio di proporzionalità viene interpretato come facente parte del principio di sussidiarietà, ovvero come una regola che consente di stabilire se e come un certo potere deve essere attuato dalle Istituzioni europee. La proposta della Commissione di formalizzare tale soluzione interpretativa in un accordo interistituzionale tra Commissione, Consiglio e Parlamento viene accolta con favore sia dal Parlamento che dai Paesi membri, in Consiglio dei Ministri. Inoltre sia le Istituzioni comunitarie che i Governi degli Stati membri lo intendono, in quel

I termini del problema, in ogni caso, sono destinati nuovamente a mutare prospettiva, essendo stato il protocollo in questione (attualmente Protocollo n. 2) ripreso, con alcuni cambiamenti, anche dal Trattato di Lisbona che, entrato in vigore il primo dicembre 2009, ha anche sostituito il vecchio art. 5 TCE con l'art. 5 TUE.

In dottrina<sup>81</sup> è stato evidenziato come, a seguito del Trattato di Lisbona, accanto ai due “vecchi” principi di proporzionalità (il *primo*, di conio marcatamente utilitaristico, intimamente legato ad un *secondo* principio di necessità della sanzione), se ne sono affiancati altri due, andandosi così a delineare un panorama comunitario di principi generali penali più ricco ma al tempo stesso maggiormente controverso; in breve: (1) un principio di proporzionalità materiale; (2) un principio di necessità della pena; (3) un principio di proporzionalità formale; (4) un principio di indispensabilità/ necessità di pena.

Le critiche di alcuni autori sono indirizzate principalmente alla constatazione che, a seguito di un raddoppio dei sotto-principi in tema di proporzionalità, si sarebbe auspicato una conseguente duplicazione delle protezioni e delle garanzie. Al contrario, si è osservato come molte scelte di criminalizzazione *post* Trattato di Lisbona siano censurabili sia sotto il profilo dell'*extrema ratio* sia nell'ottica utilitaristica di proporzione/necessità in senso materiale<sup>82</sup>.

---

preciso contesto, come un principio che darebbe preferenza agli atti non vincolanti, in quanto in ultima ratio il ricorso a misure vincolanti in giustificerebbe in presenza di una sproporzione tra mezzi e fini. Tale soluzione ermeneutica viene definitivamente fatta propria dal Vertice di Edimburgo, i cui orientamenti si riflettono sul contenuto del Protocollo in questione, che sembra privilegiare, in sede applicativa dell'articolo 3 B, misure non vincolanti e, per questo, più elastiche.

<sup>81</sup> Si veda C. SOTIS, I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona, in Riv. trim. dir. Pen. Cont., 2/2012.

<sup>82</sup> E' tuttavia necessario chiarire che i numerosi vincoli di penalizzazione posti con misure del terzo

### 1) *La proporzionalità materiale*

Tale primo principio, caratterizzato da una forte matrice utilitaristica, è la “classica” regola sviluppata in circa quarant'anni di attività giurisprudenziale della Corte di giustizia e che ha formato oggetto di trattazione fino a questo momento. In tale prospettiva, la proporzione evoca sicuramente una valutazione di adeguatezza equilibrata del mezzo usato per il perseguimento dell'obiettivo perseguito (al pari di altri *standart* di razionalità materiale come l'effettività, l'adeguatezza, la ragionevolezza).

Nel caso poi in cui la disposizione oggetto di giudizio è una norma penale, la verifica di proporzionalità si traduce inevitabilmente in una valutazione di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio, “(...) contribuendo in questo modo a scolpire la visione proporzionalista della politica criminale europea”<sup>83</sup>. La sua natura duttile e la sua “logica combinatoria”<sup>84</sup> richiamano una tecnica di bilanciamento applicata facendo ricorso a conoscenze empiriche, saperi esterni ed indici fattuali- assiologici. Particolarmente rilevanti divengono, quindi, le valutazioni di impatto che relegano invece su un piano di marginalità i criteri di coerenza interna quali il c.d. *tertium comparationis* (molto impiegati, invece, nell'ambito dell'ottica retributiva della

---

pilastro (segnatamente con le decisioni quadro) almeno in un ottica formalistica non postulavano un giudizio europeo di necessità della pena. La *ratio* della penalizzazione per questi atti era sempre – e necessariamente – collegata, ex artt. 29 e 31 TUE nella versione del Trattato di Amsterdam, a necessità processuali di cooperazione giudiziaria orizzontale.

<sup>83</sup> C. SOTIS, I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona, in Riv. trim. dir. Pen. Cont., 2/2012.

<sup>84</sup> Così S. MANACORDA, Le controle des clauses d'ordre public. La “logique combinatoire” de l'encadrement du droit pénal in G. GIUDICELLI-DELAGÉ, S. MANACORDA (a cura di), Cour de Justice et justice pénale en Europe, Parigi, 2010, p.57 ss.

proporzione tra gravità del reato e gravità della sanzione). Ne consegue che il tipico campo di applicazione e sviluppo di questa prima forma di proporzionalità è la divergenza tra le libertà tutelate sul piano comunitario e la norma penale nazionale che frustra negativamente le prime. Lo schema decisorio applicato in tali casi, richiamando da vicino quello elaborato dal tribunale costituzionale tedesco, una volta appurata l'esistenza di una restrizione e la legittimità del fine perseguito, richiede il superamento di una serie di test di bilanciamento modulati secondo i canoni dell'*idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto*.

Considerato in misura circoscritta a tale specifico ambito di applicazione (ovvero il sindacato giurisprudenziale delle norme penali nazionali che provocano una restrizione in negativo ad una libertà europea) il principio di proporzionalità materiale va ad assumere una veste estremamente innovativa; a differenza dell'attività che una Corte costituzionale nazionale svolge nel momento in cui è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una norma penale interna, l'opera qui intrapresa si arricchisce di ampie valutazioni fattuali ed empiriche<sup>85</sup>.

## 2) *Il principio di necessità*

Il principio in questione viene coerenziato, da un lato, come un corollario, dall'altro, come un postulato della proporzionalità materiale<sup>86</sup>. Esso infatti, quale appendice

---

<sup>85</sup> Sull'uso delle valutazioni di impatto in diritto penale e sulle loro connessioni con i principi di razionalità materiale, si veda C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss. M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale*, ora in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, cit.

<sup>86</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. Pen. Cont.*, 2/2012.

della proporzione, costituendo il secondo polo dei tre snodi dell'*idoneità*, *necessità* e *proporzione in senso stretto*, resta in una prospettiva utilitarista. Quale presupposto assiologico, invece, ancorato all'ideologia illuminista penale ed espressamente sancito dall'articolo 8 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo del 1789<sup>86</sup>, richiama l'idea del diritto penale come *extrema ratio*. Considerando, quindi, lo strumento penalistico come, in linea di principio, il più incisivo nella sfera privatistica del singolo, si conclude che la sanzione criminale potrà venir impiegata solamente quando questa si presenti come assolutamente necessaria alla protezione degli interessi in gioco. Laddove, invece la prospettiva della pena punitiva appaia inidonea e non necessaria nei termini poc'anzi precisati (nel senso cioè che gli altri strumenti di tutela di natura civile, amministrativa ecc. sarebbero insufficienti), il ricorso ad essa appare illecito perché inutili ed ingiustificati ne risulterebbero i costi a carico del singolo condannato.

### 3) *La proporzionalità formale*

Come già osservato in precedenza, il Trattato di Lisbona ha affiancato a tali due “tradizionali” principi di proporzionalità il principio di proporzionalità formale, trattato nel presente paragrafo, e quello di indispensabilità/necessità di pena. Il primo dei due, collocato in un ottica prettamente retribuzionistica e sempre in funzione di garanzia del singolo, viene richiamato nell'articolo 49, terzo comma, della Carta dei diritti di Nizza: “L'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al

---

<sup>86</sup> Art.8 Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino: “*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*”.

reato”. Evocando un giudizio di coerenza interna nell'uso della sanzione e di razionalità formale (assimilabile metodologicamente al c.d. principio di uguaglianza) la regola in parola opera con l'ausilio di uno o più fattispecie di riferimento in cui si assume che la pena sia determinata. E' proprio sulla base delle considerazioni appena svolte che si basa la critica avanzata da numerosi autori e diretta all'applicabilità dello schema ragionativo in questione nel contesto europeo<sup>87</sup>. Il giudizio di proporzionalità formale presuppone infatti la conoscenza (quanto meno) di tre fattori:

- a) la gerarchia dei valori in gioco

- b) la scala di sanzioni applicabili

- c) l'ideologia penalistica di riferimento.

Al livello sopranazionale tuttavia, la Corte di giustizia dell'Unione europea, pur avendo ottenuto finalmente la potestà di formulare astratti giudizi di necessità sanzionatoria, non detiene un vero e proprio *jus puniendi*<sup>88</sup> che le permette di costruire un sistema di pene autosufficiente. Oltre all'obiettivo difficoltà di rintracciare, nel contesto comunitario, un *tertium comparationis* idoneo allo svolgimento della sua intrinseca funzione di criterio di coerenza interna (completamente inadatto risulterebbe, ad esempio, un presunto “*medium standart nazionale*”), difficoltà maggiori vengono individuate con riferimento al terzo fattore poc'anzi accennato. Il dilemma che qui affligge gli studiosi in materia è quello di delineare i precisi contorni del volto costituzionale del diritto penale dell'Unione

---

<sup>87</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. Pen. Cont.*, 2/2012.

<sup>88</sup> Sull'assenza dello *jus puniendi* da parte dell'Unione europea rinvio a C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le Competenze penali dell'Unione europea* in *Cass. Pen.*, 2010 p.326.

europea. Ci si chiede, in particolare quale sia il principale metro comunitario di misurazione della gravità, soggettiva ed oggettiva, degli illeciti penali.

Si può “tastare” il polso del dibattito facendo l'esempio dell'obbligo di penalizzazione anche della pedopornografia previsto nella *Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile* del 2004<sup>89</sup> che chiede la punizione della pedopornografia sia reale che virtuale<sup>90</sup>. La domanda che gli autori in dottrina si sono posti riguarda la possibilità per la Corte di giustizia di censurare, alla luce dell'art. 49, terzo comma, la richiesta di penalizzare la pedopornografia virtuale. Può, inoltre, la Corte di Lussemburgo affermare, sulla base degli strumenti e delle conoscenze giuridiche a disposizione che la pedopornografia virtuale è meno grave di quella reale o se queste sono per lei, sulla base di una necessaria scala di interessi in gioco, equivalenti? Se al centro della nozione di gravità poniamo il concetto, di conio marcatamente oggettivista, di offesa al bene giuridico tutelato la risposta sarà radicalmente diversa rispetto a quella che si otterrebbe a seguito della ricostruzione del problema in chiave soggettivista, incentrando la problematica sulla personalità del delinquente e la sua pericolosità<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Decisione quadro del 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003

<sup>90</sup> L'articolo 1 b i) e iii) definisce come pedopornografia la rappresentazione visiva di una persona “che sembra essere un bambino o “le immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta”.cf. Sulla dubbia compatibilità della opzione incriminatrice della pedopornografia virtuale adottata da questa decisione quadro con il diritto penale del fatto vedi *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit, p.740 s. Volendo, sulla questione come paradigmatica di un contrasto tra obbligo di obbligazione conforme al diritto dell'Unione europea e obbligo di interpretazione conforme alla Costituzione vedi C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, p.304 s.

<sup>91</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. Pen. Cont.*, 2/2012.

#### 4) Il principio di indispensabilità/necessità di pena

Infine viene analizzato un secondo principio europeo di necessità della sanzione, enunciato addirittura come “indispensabilità” nella formulazione del legislatore comunitario. L'articolo 83, secondo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) prescrive, infatti, che “Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione (...), norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive”. Si tratta, a ben vedere, di una regola che è chiamata ad assolvere un duplice compito: innanzitutto di garanzia, ma anche e soprattutto di competenza. Proprio in relazione a tale seconda funzione, si può affermare che l'articolo citato sia, in sostanza, una concretizzazione del più generico art.5 TUE (“In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati”). Secondo alcuni autori, quindi, tale ultimo sotto-principio assolverebbe una funzione di legittimazione positiva, idoneo a garantire al diritto penale quel carattere di strumento sussidiario di protezione dei beni giuridici ed all'illecito penalistico un volto rigorosamente costituzionale. Un orientamento maggiormente attento alla concezione del diritto penale quale *extrema ratio*<sup>92</sup>, invece, non si accontenta della

---

<sup>92</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. Pen. Cont.*, 2/2012.

terminologia utilizzata nella nuova formulazione, ponendo l'accento sulla constatazione che quest'ultima, facendo slittare il termine di riferimento dell'*indispensabilità*, tutelerebbe, non già il bene giuridico tradizionalmente inteso, bensì l'attuazione efficace di una politica dell'Unione<sup>93</sup>.

A ben vedere, poi, il giudizio fornito dall'applicazione del principio di proporzionalità (soprattutto se sviluppato nei tre sotto-criteri succitati) presenterebbe analogie non trascurabili con le prestazioni proprie dei principi penalistici, in voga nel nostro ordinamento interno, dell'*offensività* e della *sussidiarietà*. In particolare, è nel terzo livello della verifica di proporzione (*proporzionalità in senso stretto*) che si articola il c.d. *balancing test* tra l'interesse inglobato nella fattispecie incriminatrice e la conseguente incisione del diritto del singolo da parte delle scelte di penalizzazione normative. La verifica in questione assicurerebbe, pertanto una sorta di apertura a giudizi in chiave di razionalità degli obiettivi e dei valori delle scelte suddette, nonché di verifiche empiriche dei progetti legislativi (in particolare, sul differente approccio rispetto al “dato empirico” delle corti costituzionali tedesca ed italiana, nonché sul potere, proprio del giudice tedesco, di disporre perizie quale strumento di accertamento dei fatti concreti, si veda E. BELFIORE, in *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005).

Si è osservato, inoltre, che il denunciato carattere relativistico del principio sovranazionale in parola, emergerebbe se isolatamente considerato, senza pertanto

---

<sup>93</sup> Così, G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p.926 ss.

effettuare l'auspicata integrazione di esso con la tradizionale teoria del bene giuridico. Quest'ultima avrebbe il pregio di selezionare in modo più rigoroso le scelte di valore gravanti sul legislatore e consentirebbe di avanzare non solo scelte di campo *quantitative*, bensì anche *qualitative* sui diritti/valori che giustificano la compressione di posizioni giuridiche fondamentali, tracciando al tempo stesso confini più netti dell'area di meritevolezza di pena. Come è stato rilevato, infatti, la proporzionalità, se non portata a completamento dal canone del bene giuridico, “(...) potrebbe anche legittimare l'incriminazione del divieto di sosta, purché l'inosservanza fosse sanzionata con pena pecuniaria non convertibile in pena limitativa della libertà”<sup>94</sup>.

In sostanza, quindi, per garantire quel “salto di qualità” al giudizio di proporzionalità, il termine relazionale del *balancing test* deve corrispondere ad un vero e proprio bene giuridico, e non semplicemente ai profili teleologici della norma penale valutata, come avviene ad esempio nell'emblematica pronuncia tedesca sull'incesto, che formerà oggetto di trattazione nel secondo capitolo.

---

<sup>94</sup> M. DONINI, *Ragioni e imiti della fondazione del diritto penale della carta costituzionale*, in *Foro. it.*, 2001, parte V, 33, il quale aggiunge: “(...) Potrebbe in teorie essere di fatto un illecito amministrativo (come è oggi), ma venire qualificato come illecito formalmente penale dalla legge: la proporzione sarebbe rispettata limitatamente al tipo di sanzione. Senonché, a una valutazione di tipo assiologico ripugna che nel “penale-criminale” possano confluire illeciti di quel genere. Non si tratta, pertanto, di rispettare una proporzione di tipo agnostico e relativistico, ma di conferire al penale una soglia più significativa di gravità e serietà degli illeciti senza le quali non avrebbe più ragione di esistere”; allo stesso modo, si vedano le osservazioni svolte da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*; dello stesso autore si veda, inoltre, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 762; A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Roma, 2012, p. 211 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: judicial transplant, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, in corso di pubblicazione.

Riassuntivamente, prescindendo dalle singole fasi evolutive che il principio di proporzionalità ha conosciuto nel contesto europeo, si può osservare che esso si impone sempre come canone di azione: ma, a seconda, dei casi, esso si afferma o nella sua qualità di principio generale del diritto UE, riconosciuto come tale dalla perseverante giurisprudenza della Corte di giustizia, ovvero, in relazione all'azione posta in essere dalle istituzioni UE, esso si impone per via della sua espressa menzione all'interno del Trattato, che limita però il richiamo relativo al solo fattore della necessità. Ne deriva comunque, in entrambi i casi, una sua sovraordinazione rispetto alle norme del diritto comunitario di rango primario.

Il principio di proporzionalità è poi oggetto di esplicita menzione anche in molteplici norme di diritto primario (o derivato che dir si voglia): regolamenti e direttive settoriali, che ne precisano progressivamente il campo di applicazione, senza tuttavia nulla togliere alla sua intrinseca indole «superprimaria».

### 2.3. La proporzionalità ed altri principi generali comunitari

Il principio di proporzionalità, collocato nel contesto comunitario sovranazionale, è necessariamente destinato ad intersecarsi con tutta una serie di altre regole generali di matrice europea, quali la *non-discriminazione*, l'*eguaglianza* e soprattutto il principio di *sussidiarietà*.

Con riferimento al primo dei tre concetti accennati, va subito osservato come il Trattato CE contiene un esplicito divieto generale di non discriminazione in base a considerazioni che attengono alla nazionalità del singolo, sviluppato poi in numerose altre disposizioni a carattere particolare<sup>95</sup>. La convenzione europea dei diritti dell'uomo, al suo articolo 14, rubricato "Divieto di discriminazione", sancisce poi: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul

---

<sup>95</sup> Il principio di non discriminazione è contenuto in numerosissime disposizioni del Trattato: art.7 (nazionalità), a seguito inserito nell'art.12 del Trattato CE come modificato ad Amsterdam; art.36 (libera circolazione delle merci), dopodiché spostato nell'art.30; art.40 (agricoltura), oggi art.34; art.52 (libertà di stabilimento); artt.59 e 66 (libera prestazione di servizi oggi rispettivamente artt.49 e 54. Ancora, l'art.79 vieta le tariffe e condizioni di trasporto diverse per le stesse merci o fondate sul Paese di origine o di destinazione dei prodotti; l'art.92 consente gli aiuti a carattere sociale solo se non discriminatori; e l'art.119 sancisce la parità di trattamento delle retribuzioni tra persone di diverso sesso. Il principio di eguaglianza rientra a pieno titolo tra i principi generali fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto e l'osservanza, in quanto principi generali di diritto comunitario. Si vedano altresì le osservazioni formulate in materia da G. GAJA, *Identifying the Status of General Principles of European Community Law, Scritti in onore di G. F. Mancini*, Milano, 1998, vol.II, p.445 ss. Secondo tale autore, in particolare: "(...) while the Court did not draw a distinction between equality applying because of a Treaty provision and equality which is otherwise based, it would be difficult to hold that the principle of equality is implicitly stated in the Treaty in general terms. The principle may well have a wider basis in the Treaty than the several provisions asserting it in specific situations may suggest. However, the sheer number of those provisions on equality and the fact that they all consider inequality only under some particular aspects (...) lead to the conclusion that a general principle of non-discrimination is not provided at Treaty level". Per una disamina approfondita del principio di eguaglianza alla luce di quello di legalità, da ultimo, cfr. G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, DUE,1999, 1, p.1 ss.

nesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”.

La discriminazione è un fenomeno connotato da due specifiche caratteristiche principali:

- un trattamento particolare, diverso rispetto agli altri individui o gruppi di individui;
- un'assenza di giustificazione per questo differente trattamento.

Per quanto riguarda il c.d. principio di eguaglianza, esso viene introdotto nel sistema giuridico comunitario per attuare un'equilibrata disciplina normativa che sia al tempo stesso giusta e ragionevole nell'ambito delle relazioni sussistenti tra i diversi operatori economici nel contesto dell'auspicato mercato comune europeo. Sulla base della considerazione che i principi succitati, in misura più o meno intensa e con implicazioni diversificate, comportano in qualche modo un controllo di ragionevolezza, la Corte di giustizia delle Comunità europee è andata gradualmente a delineare uno stretto legame tra il principio di proporzionalità e quello di non-discriminazione ed eguaglianza “(...) che del primo costituisce un'applicazione concreta contenuta in diverse disposizioni del Trattato, (...) sia invocando congiuntamente i due principi, sia risolvendo i problemi posti dall'applicazione del principio di eguaglianza alla luce di quello di proporzionalità”<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*; la nozione di discriminazione venne configurata a suo tempo dalla Corte di giustizia nella sentenza 17 luglio 1963 (causa 13/63, Repubblica italiana c. Commissione economica europea, *Raccolta*, 1963, p.333 ss., nella quale si afferma che “(...) dal diverso trattamento fatto a situazioni non comparabili non consegue automaticamente l'esistenza di una discriminazione:

Sulla base dell'articolo 7 del Trattato CEE, nonché sulla base di altre numerose norme comunitarie che sanciscono obblighi di parità e proibiscono diversità di trattamento non sorrette da congrue giustificazioni, il giudice europeo ha proceduto alla ricostruzione del divieto in parola fino a trasformarlo progressivamente in un principio generale di eguaglianza di trattamento applicato in particolare nello specifico settore della libertà di circolazione delle persone<sup>97</sup>. Configurato come una regola che vieta di trattare in modo dissimile situazioni comparabili e in modo identico casi differenti, essa può essere derogata in presenza di differenze oggettive di una qualche rilevanza, dovendo la diversità di trattamento essere connotata da arbitrarietà. Il principio di eguaglianza finisce così per divenire un generale metro di valutazione della liceità degli atti comunitari, operando in questa sua applicazione in un settore contiguo al principio di proporzionalità.

Concettualmente, distinzioni tra le due regole possono essere tracciate considerando, innanzitutto, che la nozione di non-discriminazione si riferisce al rapporto tra varie categorie di soggetti ed assume la forma di un obbligo di eguaglianza di trattamento da parte di organi investiti di pubblici poteri, approntando al tempo stesso un reticolo

---

una discriminazione formale apparente può quindi corrispondere, in fatto, ad assenza di discriminazione materiale. La discriminazione materiale sarebbe consistita sia nel trattamento di situazioni analoghe, sia nel trattare in modo identico situazioni diverse (...)”. Cfr. *Racc.*, 1963, p.358 ss. La Corte ha invocato tale principio, oltre che nel caso *Repubblica italiana c. Commissione*, anche in: *Merkur- Aussenhandels- GmbH c. Commissione delle Comunità europee*; *P.J. Van der Hulst's Zonen c. Produktschap voor Siergewassen*.

<sup>97</sup> In numerose sentenze della Corte di giustizia che si riferiscono a disposizioni del Trattato che impongono specifici divieti di non discriminazione, queste ultime vengono configurate come espressione di un “principio generale di eguaglianza che è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario”. Si vedano sul punto le seguenti pronunce giurisprudenziali: sentenza 25 ottobre 1978, causa 125/77, *Koninlijke Scholten- Honig c. Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*, *Racc.*, 1978, 1991 ss; sentenza 8 ottobre 1980, causa n.810/79, *Uberschaer c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, *Racc.*, 1980, p.2747.

di condizioni di tutela personali ed oggettive. Viceversa, il principio di proporzionalità prescrive che gli oneri fatti gravare dai pubblici poteri sui singoli non debbano eccedere la misura dello strettamente necessario e congruo per il soddisfacimento dell'obiettivo mirato, verifica questa che coinvolgerà necessariamente anche le condizioni economiche e sociali effettive e gli altri mezzi disponibili.

Nonostante la Corte di giustizia abbia rimarcato più volte tali nette distinzioni concettuali tra i due principi, nell'ambito di una limitazione del significato di discriminazione che sussisterebbe solamente ove l'organo europeo disconosca “(... in modo palese e grave, i limiti che si impongono all'esercizio dei suoi poteri”<sup>98</sup>, in numerosi casi finisce per valutare come discriminazione la violazione del principio di proporzionalità, nonostante la non necessaria produzione da parte di una misura discriminatoria di effetti sproporzionati rispetto agli obiettivi dichiarati. D'altra parte, come affermato da alcuni autori in dottrina, le esperienze legislative di molti Stati dimostrano come l'esistenza di divieti di discriminazione non esclude la possibilità di trattamenti differenti purché obiettivamente giustificabili.

Malgrado le differenze concettuali richiamate, la constatazione che, in entrambi i casi, l'applicazione dei principi in questione richiama un giudizio di equilibrata ed armoniosa ragionevolezza, rende il divieto di discriminazione e la proporzionalità due concetti non eccessivamente dissimili. Mentre nel primo tale giudizio viene individuato con riferimento alla non arbitrarietà della discriminazione, allorquando il

---

<sup>98</sup> Sentenza 25 maggio 1978, cause riunite nn. 83 e 94/76, 4, 15 e 40/77, HNL c. Consiglio e Commissione, Racc., 1978, p.1209 ss.

trattamento differenziato non possa essere obiettivamente giustificato, per la proporzionalità esso presuppone un vero e proprio sindacato di conformità della misura alla sua finalità legislativa.

Tanto nel diritto penale interno quanto nel diritto europeo esistono e si sviluppano con le rispettive caratteristiche i principi di proporzionalità e quello di sussidiarietà. Nell'ambito della presente indagine, gli interrogativi di maggior interesse sono senz'altro quelli attinenti all'eventuale sussistenza, nelle rispettive aeree, di contenuti analoghi o quanto meno comparabili, nonché alla possibilità che questi interagiscano tra di loro<sup>99</sup>. Se la proporzionalità costituisce il metro di riferimento per la valutazione della congruità dell'azione pubblica ed il principio di sussidiarietà costituisce il criterio di ripartizione in concreto dell'esercizio di una competenza condivisa, la prima si pone in un rapporto di subordinazione rispetto al secondo. Infatti, come da alcuni è stato affermato, “(...) l'esercizio di una competenza concorrente che non rispetti le condizioni della sussidiarietà è ipso facto non congrua, anche qualora vi sia una corrispondenza tra mezzi ed il fine”<sup>100</sup>.

Originariamente contemplato con esclusivo riferimento alla competenza europea in

---

<sup>99</sup> Sul rapporto tra proporzione ed *extrema ratio* vedi M. DONINI, *Sussidiarietà e sussidiarietà comunitaria*, ora in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, p.115 ss., e A. BARLETTA, *Le controle de la repartition des competences en matiere pénale: la recherche de l'équilibre institutionnel* in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA (a cura di), *Cour de justice et justice pénale en Europe*, Parigi, 2010, p.130.

<sup>100</sup> In tal senso cfr. P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 1996, p.92. Il Trattato di Maastricht richiama il suddetto principio in tre distinti ambiti: il Preambolo, dove afferma che “(...) le decisioni sono prese il più vicino possibile ai cittadini”; l'art. B delle Disposizioni comuni del Trattato, dove afferma che: “Gli obiettivi dell'Unione saranno perseguiti conformemente alle disposizioni del presente Trattato, alle condizioni e secondo il ritmo ivi fissati, nel rispetto del principio di sussidiarietà”; nell'art. 3B del Trattato istitutivo della CE, che come vedremo disciplina contestualmente proporzionalità e sussidiarietà.

materia di ambiente, il principio di sussidiarietà ha assunto progressivamente portata generale con il Trattato di Maastricht. In effetti, già prima del Trattato di Lisbona, l'articolo 2, ultimo cpv., del Trattato UE stabiliva che “gli obiettivi dell'Unione saranno perseguiti (...) nel rispetto del principio di sussidiarietà definito dall'art. 5 del trattato che istituisce la Comunità europea”; Tale ultimo articolo definiva quindi la regola generale in parola, statuendo che “(...) la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni e degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario”. Si aggiunga che questa disposizione, con gli opportuni adattamenti, è confluita oggi nell'art. 5, par. 3, del nuovo TUE<sup>101</sup>. Al di là della sua consacrazione all'interno dei Trattati, il principio suddetto forma oggetto di specifica trattazione, in particolare per quanto attiene ai procedimenti di controllo e verifica dei suoi presupposti operativi, nel Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità che, dopo esser stato approvato formalmente con il Trattato di Lisbona, ha sostituito l'omologo documento previgente.

Con riferimento alla regola di proporzionalità e al suo rapporto con la sussidiarietà

---

<sup>101</sup> Il cambiamento più rilevante attiene alla precisazione che deve essere verificato che “né a livello centrale, né a livello regionale o locale” un'azione degli Stati membri possa consentire di raggiungere gli obiettivi dell'azione prevista in modo sufficiente. In realtà, con tale precisazione è stato solo esplicitato direttamente all'interno del Trattato ciò che era stato implicitamente ricordato dal precedente Protocollo (n.30) del 1997 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato ai precedenti Trattati, là dove esso poneva come condizione dell'intervento dell'Unione l'insufficienza dell'azione degli Stati “nel quadro dei loro sistemi costituzionali nazionali” (punto 5), riferimento, quest'ultimo, palesemente diretto a tener conto dei diversi gradi di competenza previsti all'interno di questi ordinamenti.

comunitaria, una norma di “raccordo” tra le rispettive discipline può essere rintracciata nel comma 4 dell'art. 5 del TUE, quando stabilisce che “(...) in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati”. In tal modo, non solo viene condizionata la scelta relativa al tipo di misura da adottare<sup>102</sup>, ma viene anche posta l'esigenza “(...) che gli strumenti predisposti dalla norma comunitaria [ora dell'Unione] siano idonei a realizzare lo scopo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerlo”<sup>103</sup>. Da un consistente orientamento giurisprudenziale e dottrinale si evince che, implicando tale principio, al pari di quello della sussidiarietà un ampio margine discrezionale (che può anche coinvolgere valutazioni di natura politica, economica e sociale<sup>104</sup>), alla Corte sia in linea di principio preclusa la possibilità di “(...) sostituire la propria valutazione a quella del legislatore [europeo]. Essa potrebbe tutt'al più censurare le scelte normative di quest'ultimo soltanto nel caso in cui tali scelte apparissero manifestamente erranee, o se gli inconvenienti che ne derivano per alcuni operatori economici fossero sproporzionati rispetto ai vantaggi che esse per altro verso presentano”<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Per un quadro generale circa il sistema delle competenze comunitarie, si veda R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010.

<sup>103</sup> Corte di giustizia sentenza 10 dicembre 2002, causa n. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) Ltd. E Imperial Tobacco Ltd.*, così anche, in passato, sentenze 18 novembre 1987, causa n. 137/85, *Maizena*, 4587; e il 12 novembre 1996, causa n. C-84/94, *Regno unito c. Consiglio*, I-5755.

<sup>104</sup> R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010.

<sup>105</sup> Sentenza 13 maggio 1997, causa n. C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*; nonché sentenze 10 dicembre 2002, causa n. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd.*, cit. (“solo la manifesta inidoneità di una misura adottata in tale ambito, in

A differenza del principio oggetto della presente trattazione, la sussidiarietà incontra come limite alla sua applicabilità la natura esclusiva delle competenze esercitabili dagli organi comunitari sulla base del principio di attribuzione<sup>106</sup>. Il problema riguarda, in effetti, la difficile identificazione, nell'ambito delle fonti normative europee, delle materie di competenza esclusiva: se è pacifico, per esempio, che vi rientrino singole aree come la politica del mercato agricolo, il commercio estero o la pesca, introvabile risulta una generale regola di elencazione tassativa a cui fare riferimento (problematica, questa, che produce non trascurabili ripercussioni nell'ambito della possibilità di rendere “giustiziabile” il principio di sussidiarietà in parola).

La sussidiarietà, nata come concetto rientrante nel pensiero cattolico e sviluppatosi soprattutto nell'ambito del liberalismo europeo (in particolare quello tedesco<sup>107</sup>), si configura come un meccanismo di regolamento dei rapporti tra pubbliche autorità, composto da due principali aspetti: l'uno, *positivo*, impone al pubblico potere superiore di intervenire in caso di necessità; l'altro, *negativo*, vieta all'organo di assumere funzioni che non le competono. Essendo il suo operare risulta condizionato all'accertamento dell'insufficienza degli strumenti detenuti dai Paesi membri per il raggiungimento degli obiettivi legislativi nazionali, il principio suddetto costituisce inoltre fondamentale strumento di equilibrio e ponderazione tra le esigenze

---

relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale misura” per l'inosservanza del principio di proporzionalità).

<sup>106</sup> L'Unione europea, infatti, non dispone di una competenza che possiamo definire generale. L'art. 5, al secondo comma, recita: “L'Unione europea agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti.”

<sup>107</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

centraliste e gli ineliminabili particolarismi nazionali.

Il rapporto tra i rispettivi ambiti di applicazione si coglie nella constatazione che segue; a seguito della certa individuazione della maggior efficacia dell'azione comunitaria rispetto a quella nazionale interna, occorre che l'Unione europea rispetti, nell'esercizio della sua competenza, la regola di proporzionalità, in parole semplici, "soddisfi all'economia dei mezzi"<sup>108</sup>. Ne consegue che, allorquando le Istituzioni comunitarie nell'esercizio delle sue attribuzioni possa scegliere una tra pluralità contegni normativi concreti, essa dovrà optare, a parità di efficienza, per l'azione che incida in misura inferiore nella sfera giuridica-economica degli Stati, dei privati e delle imprese nazionali. Si aggiunga che, nel caso in cui si comporti diversamente nei confronti di diversi operatori economici, alla luce dei principi di non-discriminazione ed eguaglianza, l'Unione dovrà procedere ad una cospicua giustificazione di tale disparità di trattamento.

La sussidiarietà europea, nella sua dimensione eminentemente garantista, viene non di rado ricollegata al principio di *offensività*, che nella sua ottica costituzionale, si interroga innanzitutto sulla legittimità della sanzione criminale-penale rispetto a un certo tipo di illecito<sup>109</sup>. Mantenendo una netta distinzione, basata perlopiù su premesse valutative assiologiche e teleologiche, tra illecito rigorosamente penale ed illecito amministrativo, si osserva che la configurazione di una condotta come penalmente rilevante potrà dipendere, in concreto, da considerazioni (anche di

---

<sup>108</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

<sup>109</sup> M. DONINI, *Sussidiarietà e sussidiarietà comunitaria*, ora in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, p.115 ss.

carattere quantitativo, politico, economico e istituzionale) disparate; serietà lesiva, biasimo sociale, meritevolezza della pena, elemento soggettivo della colpevolezza, funzione sociale dello “stigma” penalistico. Come già constatato, la sussidiarietà comunitaria, richiamando l'idea di una necessaria prossimità democratica dell'intervento legislativo e/o amministrativo rispetto ai destinatari, inerisce intrinsecamente a problematiche relative alla democrazia rappresentativa e al configurarsi di numerose fonti normative, decentrate rispetto allo Stato. Ne deriva una preliminare differenza della sussidiarietà politico-federale (qual'è quella europea) rispetto alla “sussidiarietà” penale; la produzione normativa penalistica, caratterizzata da estrema pubblicizzazione e il monopolio statale delle fonti di produzione che rientrano nel paradigma penalistico, intimamente legato al principio rigorosa legalità statale, portano a concludere che la penalità resta molto spesso relegata ad un ottica panpubblicista. Il diritto penale, dunque, si caratterizza da decisioni autoritative incentrate perlopiù sulla persecuzione del “reo” ed indifferenti a qualsiasi vicinanza al destinatario della sanzione.

La sussidiarietà penale, dal canto suo, si esplica nel principio costituzionale dell'*extrema ratio*. che, ponendo limiti alla potestà normativa penale e incidendo sulle modalità di svolgimento del procedimento legislativo, può essere considerato un principio metodologico, manifestazione, sul piano nazionale, del principio di ragionevolezza nella sua declinazione di razionalità empirica. I concetti relativi alla concezione del diritto penale nazionale come *extrema ratio*, anche di tipo ideologico, sono stati ispirati e guidati dalla convinzione che uno Stato di diritto costituzionale, ontologicamente condizionato dal accettazione e dal rispetto ossequioso della libertà

individuale, sia basato fondamentalmente sulla ‘premessa fondamentale’ della precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato ed agli altri enti pubblici<sup>110</sup>.

A differenza della sussidiarietà comunitaria, il principio penalistico qui in esame, seppur comprensivo di un generico limite costituzionale all'intervento legislativo in determinate materie, non comporta un'attribuzione delle competenze normative penali ad organi interni inferiori, bensì, in modo più radicale, una negazione – nel caso di inosservanza del criterio dell'*extrema ratio* – della liceità di qualsiasi competenza criminale<sup>111</sup>. Quest'ultimo ha trovato, fino ad oggi, applicazioni prevalentemente in chiave negativa, esimendo in tal modo lo Stato dalla dimostrazione positiva della necessità della sanzione rispetto alle singole fattispecie incriminatrici. È solo nei più moderni sistemi che è gradualmente emersa una forma di sussidiarietà penale pragmaticamente orientata alla dimostrazione positiva dell'osservanza dell'*extrema ratio*, la cui portata viene estesa anche al momento applicativo della pena.

In definitiva va comunque rimarcato che la sussidiarietà penale interna presenta ad ogni modo rilevanti punti di contatto con la sua declinazione comunitaria. Sia a livello nazionale, che a livello europeo è generalmente avvertita l'esigenza che gli

---

<sup>110</sup> Particolarmente significativi gli sviluppi lisztiani dell'idea, peraltro già illuministica e con ascendenze (sotto altri criteri, come quello della “necessità”, per esempio) anche anteriori: richiami puntuali a Liszt in ROXIN, *Franz von Liszt un die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in ID., *Strafliche Grundlagenprobleme*, De Gruyter, Berlin- New York, 1973, 40 ss. Cfr. poi quali espressioni o recuperi particolarmente significativi dell'idea, BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, Milano, 1984.

<sup>111</sup> M. DONINI, *Sussidiarietà e sussidiarietà comunitaria*, ora in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, p.115 ss.

interventi normativi pubblicistici ed autoritativi cedano il passo ad atti regolamentari privatistici meno invasive dell'autodeterminazione del destinatario della norma. Il primato è pertanto mantenuto dall'autotutela privatistica e da linee di intervento meno centralizzate e conflittuali, anche al fine di esaltare la dimensione sociale e solidaristica dello Stato<sup>112</sup>.

Ad ogni modo, per quanto attiene alla relazione sussistente tra il principio di sussidiarietà, tanto in diritto penale quanto in diritto comunitario, e quello di proporzionalità, l'indirizzo dottrinale dominante afferma una sostanziale differenza di cultura scientifica richiamata da essi, che ne comporta, tra l'altro, una differente portata tecnica e pratica.

La proporzionalità, richiamando una logica di adeguatezza e conformità dei mezzi impiegati per il perseguimento dei fini dichiarati, presenta valenze di tipo assiologico e teleologico, e pertanto in chiave sia retributiva che utilitaristica<sup>113</sup>. Ne consegue la possibilità ed opportunità di una quantità di sapere empirico circoscritta e limitata nonché di valutazioni fattuali approssimative.

Dal canto suo, la sussidiarietà implica aperture maggiori che hanno ad oggetto la valutazione delle diverse possibilità di realizzazione degli obiettivi, non la semplice necessità o idoneità astratta dell'azione per il conseguimento di quello scopo. Ne consegue che le indagini empiriche sono un elemento di fondamentale importanza

---

<sup>112</sup> Opportuni rilievi, in tal senso, in ARTH KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, p. 103 ss. ID., *Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart*, Mohr; M. DONINI, *Sussidiarietà e sussidiarietà comunitaria*, ora in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, p.115 ss.

<sup>113</sup> C. SOTIS, I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona, in Riv. trim. dir. Pen. Cont., 2/2012.

per l'attuazione della regola generale in questione. Si aggiunga, tra l'altro, che la sussidiarietà, in ambito sovranazionale, entra in considerazione solo in aggiunta al criterio della proporzionalità ed esclusivamente nell'ambito delle competenze concorrenti quale metro di ulteriore selezione<sup>114</sup>.

In dottrina frequentemente si osserva che la sussidiarietà, più che un generico test di efficienza, richiede una doppia verifica cumulativa, che si articola in una prima fase negativa e si conclude con un controllo di tipo positivo<sup>115</sup>; in primo luogo, andrebbe accertata l'inadeguatezza degli interventi normativi della legislazione nazionale per il raggiungimento degli obiettivi prefigurati. Solo in un secondo momento verrebbe ad essere svolta una valutazione prognostica circa l'asserita maggiore idoneità della legislazione europea. Ne consegue che l'opportunità dello svolgimento delle suddette verifiche, mirate e specifiche, necessarie per le valutazioni in esame, si pongono necessariamente in contrasto con la tradizionale retrosia a dotare le Corti di giustizia e le Corti costituzionali di strumenti conoscitivi diretti a comprendere "(...) l'effettività di un'analisi costi-benefici, o delle conseguenze e delle insufficienze dell'introduzione di una certa normativa (...) e l'analisi economica del diritto che tali prospettive, in qualche misura, comportano"<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Sulla differenza culturale fra l'orientamento ai valori e agli scopi e orientamento alle conseguenze, si rinvia a quanto affermato in DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 43-47. V. anche Voß, *Symbolische Gesetzgebung*.

<sup>115</sup> Sul punto, si consenta di rinviare, fra gli altri, C. CALLIESS-RUFFERT, *Kommentar EUV/EGV, Art. 5/35 ss.*; BOGDANDY-NETTESHEIM, *Art. 3 b EGV*, in GRABITZ-HILF, *Das Recht der Europäischen Union*.

<sup>116</sup> M. DONINI, *Sussidiarietà e sussidiarietà comunitaria*, ora in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, p.115 ss.

#### 2.4. La proporzionalità nell'ordinamento internazionale

Non infrequente appare l'utilizzazione nella prassi internazionale del criterio di proporzionalità. I settori normativi in cui tale impiego compare come maggiormente assiduo è quello, ad esempio, della disciplina dell'uso della forza internazionale, del diritto del mare, della protezione internazionale dei diritti dell'uomo nonché dell'uso nocivo del territorio<sup>117</sup>. Il criterio in parola, al pari di ciò che è avvenuto in ambito comunitario, ha trovato una progressiva concretizzazione del suo contenuto attraverso l'attività giurisprudenziale della Corte internazionale di giustizia, soprattutto nell'area della delimitazione dei confini marini, per pervenire a soluzioni eque di delimitazione<sup>118</sup>.

Come affermato autorevolmente dal noto giudice Bustamante nel caso della piattaforma continentale del Mare del Nord del 1969, la regola generale della ragionevolezza troverebbe applicazione “(...) in my view, in all cases, for the recognition as legally proper of these occasional variants of the principles and rules which are the basis of the *légal régime* of the continental shelf, as contained in its generally accepted definition, which principles have been backed by sufficiently repeated support of the *opinio juris* among States, and by the writings of

---

<sup>117</sup> Per una trattazione approfondita dell'applicazione del principio di proporzionalità in ambito internazionale, si veda E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffé, 2000.

<sup>118</sup> Particolarmente significativa, ai nostri fini, appare la sentenza sulla delimitazione tra Malta e Libia del 1985, nella quale la CIG ricostruisce in modo esauriente i c.d. Principi equitativi, proprio sulla base del criterio della *ragionevolezza* che postula necessariamente un rapporto di proporzionalità tra criteri di delimitazione a disposizione rispetto allo scopo da perseguire e tra i vari criteri stessi. Sul punto, si rinvia, per un ulteriore approfondimento a M.C. CICIRIELLO, *Le formazioni insulari e la delimitazione degli spazi marini*, Napoli, 1990, p.198 ss.

publicists.(...)”<sup>119</sup>. Occorre precisare che la Corte internazionale di giustizia nella maggior parte dei casi applica il criterio in esame in base a considerazioni che a pieno titolo rientrano nel paradigma giuridico.

In tale sede occorre discutere circa la possibilità di qualificare l'*equità*, definita come il “comune sentimento del giusto e dell'ingiusto”, come fonte di produzione normativa internazionale, considerato l'articolo 38 dello Statuto della Corte che le permette di pronunciarsi non solo secondo diritto, bensì anche secondo equità (*ex aequo et bono*) se le Parti così le chiedono.

Secondo un autorevole orientamento in dottrina (avallato inoltre da esponenti di prestigio quali B. CONFORTI), a parte l'equità *infra o secundum legem*, “(...) ossia la possibilità di utilizzare l'equità come ausilio meramente interpretativo, ed a parte il casi in cui un tribunale arbitrale internazionale è espressamente autotizzato a giudicare, come si dice, *ex aequo et bono*”<sup>120</sup>, la risposta debba essere necessariamente negativa.

L'equità, pertanto, quale concetto che fa riferimento da un lato, all'elemento della giustizia sostanziale e dall'altro alle circostanze concrete del caso di specie, non si risolve in una automatica eguaglianza che viene misurata su un medesimo piano. Essa, più correttamente, significa trattamento differenziato e *proporzionato* alle condizioni delle parti di una lite. La proporzionalità quindi, non meno

---

<sup>119</sup> Cfr. I. C. J., *North Sea Continental Shelf Case*, cit., Sep. Op., Bustamante de Rivero. Per una raccolta ragionata della giurisprudenza internazionale in materia di delimitazione degli spazi marini con riferimento al principio di proporzionalità, si rinvia a U. LEANZA- L. SICO- M. C. CICIRIELLO, *Mediterranean Continental Shelf, Delimitations and Regimes*, New York, 1988.

<sup>120</sup> B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, VII edizione, Napoli, 2006.

dell'eguaglianza, discende alla nozione generale di equità, ed è proprio quest'ultima che può esigere un trattamento eguale o *proporzionale*, in ragione delle circostanze fattuali del caso concreto. In particolare, nel diritto delle delimitazioni marittime, il concetto di proporzionalità viene considerata dall'autorità giudiziaria come un fattore che permette di attenuare la rigidità di una netta ripartizione<sup>121</sup>.

Il principio di proporzionalità, così come coerenziato nei precedenti paragrafi, viene ritenuto da una consistente parte della dottrina come una categoria giuridica dalle caratteristiche poco adattabili al sistema internazionale generale. E' stato infatti osservato che, quale “(...) punto di approdo di una ricerca teorica tendente a ricondurre la discrezionalità dei poteri pubblici nell'ambito di categorie giuridiche”<sup>122</sup>, la proporzionalità troverebbe attuazione esclusivamente e tipicamente all'interno delle contemporanee strutture organizzative statali, ovvero nell'ambito di quei sistemi in cui in modo paradigmatico si ravvisa un potere pubblico preminente rispetto ai consociati. Le affermazioni appena fatte, cozzano invece con la configurazione del diritto internazionale generale quale terreno in cui si svolgono generalmente rapporti tra soggetti la cui sovranità può essere solo eccezionalmente limitata unilateralmente.

I dubbi sembrano poi fortificarsi se si riflette su quelli che, perlomeno a livello nazionale, sembrano costituire solitamente il fondamento ideologico-giuridico del principio in esame; la legalità e lo Stato di diritto. Concetti questi del tutto estranei

---

<sup>121</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

<sup>122</sup> E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffé, 2000.

alla dimensione delle relazioni internazionali, dominata piuttosto dalla generale regola di libertà degli Stati.

L'orientamento dottrinale in questione, tuttavia, conclude infine che la proporzionalità non possa esplicarsi esclusivamente nell'ambito delle relazioni intercorrenti tra pubbliche organizzazioni ed individui privati, essendo a tal fine necessaria solamente la sussistenza di un atto normativo che incida unilateralmente su posizioni altrui di rilevanza giuridica. Ebbene, anche sul piano dei rapporti apparentemente paritari – quale sembra essere il piano internazionale pubblicistico – sarebbero rintracciabili forme limitate di interferenza funzionale<sup>123</sup>. In dottrina infatti non di rado ci si imbatte in locuzioni quali “libertà”, “poteri” e “competenza”, che sembrano postulare situazioni giuridiche più articolate rispetto alla tradizionale endiadi diritto-obbligo.

---

<sup>123</sup> Si noti che la proporzionalità come meccanismo di limitazione dei poteri privatistici opera, in misura limitata, anche all'interno degli ordinamenti giuridici interni. Quasi ogni sistema giuridico nazionale, infatti, prevede delle regole che escludono l'antigiuridicità o la punibilità di talune condotte penalmente qualificabili, se operanti in stato di necessità o legittima difesa, e a condizione di rispetto del principio di proporzionalità, che in tale ambito costituisce un limite di tipo obiettivo posto ad un potere, conferito dal legislatore in stato di emergenza, di agire unilateralmente per la protezione di propri beni personali, di particolare pregio.

## 2.5. Segue: la Corte europea dei diritti dell'uomo

L'Italia ha sottoscritto la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>124</sup> il 4 novembre 1950 e il relativo Trattato è diventato, a seguito della ratifica, avvenuta con legge 4 agosto 1955, n.848, parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano. Di conseguenza le norme in esso sancite costituiscono fonte diretta di posizioni giuridiche (diritti ed obblighi) per ogni soggetto, pubblico o privato, operante all'interno del nostro Paese, al pari di ogni altra norma nazionale<sup>125</sup>.

Uno specifico principio di sussidiarietà si delinea anche nell'ambito del sistema CEDU. Secondo quanto affermato dalla stessa Corte nel noto caso *Handyside*, infatti, “(...) the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights”<sup>126</sup>. La congiunzione tra sistemi giuridici interni ai singoli Stati membri ed ordinamento europeo sovranazionale è assicurato dalla regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interno; pertanto, solamente qualora la tutela giurisdizionale nazionale si è rivelata incongrua a predisporre una

---

<sup>124</sup> In generale su procedure e contenuti della Convenzione CEDU si rinvia a DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 1999. Dello stesso autore si veda, poi, *Lineamenti di diritto europeo e dei diritti dell'uomo*, Trieste, 1993.

<sup>125</sup> In argomento, fra tanti, MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Internaz. Dir. uomo*, 1989, p.55 ss.; RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. Internaz. Dir. uomo*, 1998; CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano; un tentativo di bilancio*. Per un'ampia analisi generale, si rinvia a STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992.

<sup>126</sup> Sentenza 12 dicembre 1976, *Handyside*, in *Pubblicazioni della Corte*, serie A, vol. 24, in particolare punto 48 della motivazione. Cfr. anche le precedenti sentenze 12 luglio 1968, *Belgian Linguistic*, in *Pubblicazioni della Corte*, serie A, vol. 6, in particolare punto 10 della motivazione.

protezione adeguata ai diritti sanciti nella Convenzione in parola, sarà possibile avvalersi dei meccanismi predisposti da tale Trattato.

Come giustamente osservato in dottrina<sup>127</sup> il meccanismo per tracciare una netta linea di confine tra i temi e le questioni che vanno trattati da parte di ogni singola comunità e, viceversa, quelli che restano relegati ad una valutazione omogenea nell'ambito del sistema CEDU e, pertanto, indifferentemente da specifiche e particolari culture e tradizioni nazionali, viene individuato nella dottrina del *margin of appreciation*. Quest'ultimo è stato anche definito come l'ampiezza della “deferenza o errore” concesso agli organi interni ai singoli Stati, prima che la Corte sancisca la violazione delle norme della Convenzione da parte degli stessi<sup>128</sup>.

Il ruolo essenziale dell'istituto in questione viene oramai riconosciuto in modo pressoché unanime, malgrado vengano formulate anche critiche da parte di taluni studiosi (sotto il profilo della possibilità che questo si trasformi in una “[...] fonte di una perniciosa “geometria variabile” dei diritti umani”<sup>129</sup>).

La presa di coscienza della mancata previsione, a livello europeo, di un vero e proprio “codice dei diritti umani”, che richiederebbe l'accoglimento di soluzioni uniformi all'interno di ogni Stato membro, ma piuttosto di un più generico obbligo di

---

<sup>127</sup> MAHONEY, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, in AA.VV., *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, n. 1, p. 1.

<sup>128</sup> H. C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Boston-London, 1996; A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, 2012.

<sup>129</sup> Così si è espresso, ad esempio, LESTER, *The European Convention on Human Rights In the New Architecture of Europe: General Report*, in *Proceedings of the 8<sup>th</sup> International Colloquy on The European Convention on Human Rights*, 1995.

prevedere in ciascuno di essi degli *standards* di riferimento, implica un certo, inevitabile margine di *self-restraint* da parte della stessa Corte, a cui, simmetricamente, corrisponde uno spazio di scelte discrezionali concesso agli organi nazionali<sup>130</sup>.

La dottrina in esame si va ad ancorare, nella giurisprudenza della Corte europea, a determinati criteri di riferimento;

- ⑩ la sussistenza, nelle società democratiche, di una base comune
- ⑩ la natura delle norme oggetto di tutela
- ⑩ la natura dell'obbligo vincolante gravante sullo Stato interessato
- ⑩ la natura dello scopo perseguito da parte di quest'ultimo attraverso l'atto oggetto di contestazione
- ⑩ la natura dell'attività regolamentata
- ⑩ l'esistenza di eventuali circostanze specifiche
- ⑩ le disposizioni esplicitamente contenute in tale ambito nel testo della CEDU

Attraverso una ricca ed articolata attività ermeneutica-giurisprudenziale, riferita, in particolare, a tutta una serie di previsioni normative contenute nella Convenzione, la Corte europea dei diritti dell'uomo è andata ad estrapolare e sintetizzare la *ratio*, la sostanza ed il significato del margine di apprezzamento.

Con riferimento alla previsione contenuta nell'articolo 8 della CEDU, avente ad oggetto il diritto al rispetto della vita privata e familiare, essa può essere limitata da parte di interferenze provenienti da pubblici organi, ma solamente qualora ciò si

---

<sup>130</sup> D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*

dimostri “necessario in una società democratica” ovvero in presenza di una situazione in cui appare necessario tutelare altri valori di rango costituzionale particolarmente elevato<sup>131</sup>. Tra i sette elementi elencati è emersa soprattutto l'importanza del fattore della natura degli interessi in gioco, che formano oggetto di bilanciamento e ponderazione giudiziale; in tale contesto fa, quindi, capolino il principio di proporzionalità, usato quale strumento per pervenire al bilanciamento suddetto nel modo più equo possibile<sup>132</sup>.

La Corte europea dei diritti dell'uomo utilizza per la prima volta la nozione di proporzionalità nell'ambito dell'applicazione dell'art. 14 della Convenzione, che si riferisce al divieto di introdurre discriminazioni basate su sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni ed altri elementi, in relazione al godimento delle libertà ed i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU stessa. La disposizione suddetta, se interpretata in maniera rigorosamente letterale e formale, avrebbe finito per vietare qualsiasi diversità di trattamento, seppur del tutto innocua. Nella ricerca dei criteri di differenziazione delle condotte che integrano una vera e propria discriminazione, rilevante *ex art. 14*, e le altre, la Corte li individua nella giustificazione oggettiva e *ragionevole* dell'atto adottato in rapporto all'obiettivo perseguito ed agli effetti prodotti. Nell'accogliere un concetto obiettivo del “ragionevole”, pertanto, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo finisce per interpretare ed applicare le norme della Convenzione, intrinsecamente incomplete e non sempre autosufficienti, alla luce del

---

<sup>131</sup> Così recita il § 2 dell'Art. 8, intitolato “*Right to respect for private and family life*”.

<sup>132</sup> D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*

rapporto di proporzionalità<sup>133</sup>.

Malgrado il silenzio sul punto da parte del Trattato in questione, esso contiene numerose disposizioni che lo presuppongono implicitamente, allorquando, ad esempio, si riferiscono ad espressioni quali “termine ragionevole” o “processo equo”. La Corte, almeno nei suoi primi anni di attività giurisprudenziale, si è dimostrata molto rispettosa della sovranità degli Stati membri e, di conseguenza, ha fatto applicazione del principio in parola in modo alquanto prudente e limitato. Modificando il suo atteggiamento soltanto in tempi maggiormente recenti<sup>134</sup>, essa sviluppa forme di interpretazione della Convenzione di tipo evolutivo e dinamico, esaltandone le finalità e con l'intento di rendere sempre più efficiente il complesso di garanzie di cui garantisce l'osservanza. In tale contesto il principio di proporzionalità viene rimarcato come manifestazione di una concezione umanistica della democrazia e quale corollario di quello che, all'interno delle società democratiche, viene considerato come necessario<sup>135</sup>.

Alcuni autori sottolineano la scarsa attenzione suscitata in dottrina da parte del principio di proporzionalità, di origine germanica<sup>136</sup>, così come sviluppatosi

---

<sup>133</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

<sup>134</sup> Sullo sviluppo dell'orientamento giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, C. ZANGHI, *Su taluni aspetti del meccanismo di garanzia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in F. SALERNO (a cura di), *Il ruolo del giudice internazionale*, p.251 ss.

<sup>135</sup> Nella sentenza 28 maggio 1985, ad esempio, la Corte deduce il principio di proporzionalità in via interpretativa dalla norma che è chiamata ad applicare, nel caso di specie l'art. 6 della Convenzione di Roma, sancendo che le interferenze nel diritto di accesso ad un processo giurisdizionale sono considerate conformi al dettato della succitata disposizione, nel limite in cui perseguono un fine legittimo e se sussiste un *rapporto ragionevole di proporzionalità* tra mezzi e fini.

<sup>136</sup> Per un'esauritiva analisi della derivazione tedesca della proporzionalità, si rinvia a D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Una delle indagini più note ed approfondite in materia è quella svolta da EISSEN<sup>137</sup>, che, tuttavia, contiene piuttosto una veloce disamina delle pronunce della Corte dalle quali emerga il riferimento ad un “(...) rapporto ragionevole tra mezzi impiegati e lo scopo perseguito”<sup>138</sup>.

Un altro studio molto interessante al riguardo è quello condotto da ERMACORA<sup>139</sup>, il quale pone l'accento sulla relazione di necessaria proporzione che deve sussistere tra mezzo impiegato e scopo perseguito, il quale costituisce “(...) un principio giuridico non scritto, che scaturisce dalla natura delle cose”<sup>140</sup>. In relazione al suo preciso perimetro di applicazione nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ad avviso dello studioso, esso sarebbe circoscritto ai diritti fondamentali rientranti nella qualificazione dei *Abwehrrechte*, ovvero i diritti posti a tutela del cittadino nei confronti degli apparati statali<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Internaz. Dir. uomo*, 1989, p. 31 ss; dello stesso autore si veda anche *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in MACDONALD, MATSCHER, PETZOLD (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993, p. 125 ss.

<sup>138</sup> EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.

<sup>139</sup> ERMACORA, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im österreichischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in KUTSCHER, RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985, p.73, ss.

<sup>140</sup> Precisamente egli afferma che “*Es sei lediglich hervorgehoben, dass die Völkerrechtswissenschaft, aber auch die Wissenschaft vom Staats- und Verwaltungsrecht (...) von der Verhältnismäßigkeit der Zweck- und Mittelbeziehung als ein ungeschriebenes, der Natur der Sache innewohnendes Rechtsprinzip ausgeht*”. ERMACORA, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im österreichischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention*, cit.

<sup>141</sup> ERMACORA, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im österreichischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention*, cit., p. 68 ss.

Dall'indagine sin qui svolta emerge la stretta correlazione esistente tra la dottrina del *margin of appreciation* statale e *principio di proporzionalità*. Nell'ambito della giurisprudenza della Corte CEDU emerge il ruolo portante di quest'ultimo quale parametro di valutazione circa il travalicamento, da parte di organi pubblici nazionali, degli spazi di autonoma azione e scelta loro concessi nell'attuazione della dottrina del *margin of appreciation*, in relazione ai diritti tutelati dalla Convenzione di Roma<sup>142</sup>.

La suddetta conclusione, tuttavia, non chiarisce la questione relativa alla presunta diretta applicabilità, all'interno del nostro ordinamento giuridico, del principio generale oggetto della presente trattazione, posto che in relazione al punto circa l'effettiva rilevanza da attribuire alle pronunce della Corte è da ravvisare, tra i giudici nazionali, completa disomogeneità di vedute. Un primo orientamento giurisprudenziale, infatti, ritiene di dover affermare la diretta ed immediata applicabilità, all'interno del sistema giuridico italiano, delle norme e dei principi contenuti nel Trattato in questione, considerando, inoltre, che il rapporto di proporzione, così come sviluppato dai giudici della Corte di Strasburgo, rappresenta piuttosto un *minus* rispetto all'elaborazione ermeneutica formatasi a livello strettamente comunitario, in seno alla Corte di giustizia europea<sup>143</sup>. Viceversa, ad

---

<sup>142</sup> Tale impostazione emerge, con particolare chiarezza nel caso *Young, James & Webster*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 agosto 1981, in *Pubblicazioni della Corte*, serie A, vol. 44. Si tratta, ad ogni modo, di una conclusione fatta propria da numerosi autori in dottrina, tra cui D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com., cit.*

<sup>143</sup> Secondo D. U. GALETTA, in *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale:*

avviso di un indirizzo giurisprudenziale opposto, tale diretta ed immediata efficacia sarebbe senz'altro da escludere.

Le osservazioni appena svolte, possono venir sottoposte ad un vaglio critico e trovare dimostrazione concreta in un recente caso sottoposto all'attenzione della Corte EDU: con la pronuncia del 12 aprile 2012, relativa al caso *Stübing contro Germania*<sup>144</sup>, a seguito dell'applicazione del § 173, comma 2, del codice penale tedesco (StGB), con cui i giudici tedeschi avevano condannato l'imputato per il reato d'incesto e del sindacato di costituzionalità svolto da parte della Corte costituzionale tedesca (il *Bundesverfassungsgericht*) il 26 febbraio 2008<sup>145</sup>, la Corte europea dei diritti dell'uomo conclude per la l'insussistenza di un'inosservanza dell'art. 8 CEDU da parte della norma penale surrichiamata.

Per un'approfondita trattazione della vicenda, si rinvia al secondo capitolo. Di particolare interesse appare, per ora, il percorso argomentativo seguito dai giudici della Corte EDU, nel momento in qui ha fornito una risposta alle numerose obiezioni avanzate dalla difesa relative soprattutto alla presunta violazione, da parte del § 173, del diritto alla famiglia, del diritto alla libertà sessuale e del diritto alla vita privata.

---

*riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com. cit.* la proporzionalità quale principio sviluppato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non introdurrebbe “(...) alcun elemento di novità rispetto all'elaborazione giurisprudenziale avvenuta a livello comunitario”, p.770.

<sup>144</sup> La sentenza è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2091 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA), con nota di G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto fra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, ivi, p. 2115 ss.

<sup>145</sup> Su questo tipo di sindacato, la giurisprudenza costituzionale tedesca, in modo non dissimile rispetto al metodo italiano, ha storicamente assunto un atteggiamento “timido” e particolarmente restrittivo. Per un'approfondita comparazione, E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale: il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

La Corte, dopo aver affermato l'effettiva riconducibilità della questione all'art. 8 CEDU, ravvisa un "interferenza" da parte delle pronunce suddette con il diritto alla vita privata del ricorrente. Interferenza che, tuttavia, supera positivamente il vaglio di cui al secondo comma dell'art. 8 in questione. La Corte procede ad un'equilibrata ponderazione degli "scopi" della norma tedesca, individuati dal *Bundesverfassungsgericht* (la protezione della "morale"; l'ordine familiare, la libertà sessuale e l'integrità genetica) con il diritto sacrificato, il fattore decisivo appare senz'altro il margine di apprezzamento, "(...) si che, come talvolta accade nella giurisprudenza della Corte, proporzionalità e margine si sovrappongono quali fasi indistinguibili del bilanciamento"<sup>146</sup>.

Lo snodo argomentativo principale su cui la presente pronuncia si fonda è, in sostanza, questo: l'autorità giudiziaria nazionale ha operato entro i confini propri del margine di apprezzamento<sup>147</sup>? Ebbene, pur mancando un generale "consenso europeo" sulla legittimità degli atti sessuali consenzienti tra due fratelli adulti, la Corte osserva che la maggior parte dei Paesi membri provvede da sempre alla loro criminalizzazione. Il dato comparatistico viene quindi applicato a favore della compatibilità della norma tedesca con l'articolo europeo surrichiamato. Un'ulteriore considerazione effettuata dalla Corte EDU attiene alla generale area nella quale la causa va collocata: discutendosi, nel caso di specie, di morale, si ritiene che lo Stato possa beneficiare di un ampio margine di scelta, nonostante la sussistenza oggettiva

---

<sup>146</sup> A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, 2012.

<sup>147</sup> Sul tema, R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss.

di un'interferenza della disposizione in esame con aspetti intimi della vita privata (in questo caso, la sessualità)<sup>148</sup>. La giurisprudenza della Corte, infatti, muovendo dal presupposto secondo cui le opinioni in materia di morale variano continuamente, nello spazio e nel tempo, i Paesi membri sono “posizionati” in modo migliore nel valutare l'essenzialità della restrizione<sup>149</sup>.

In definitiva la Corte ritiene che i molteplici “scopi” attribuiti dalle corti europea e tedesca al divieto penale in considerazione, sono considerati una restrizione *proporzionata* del diritto alla vita privata del ricorrente<sup>150</sup>.

In conclusione, in questo come in molti altri casi, la Corte europea dei diritti dell'uomo contribuisce (con la Corte di giustizia) all'attività di concretizzazione ed espansione della portata del principio in parola. Essa, occupandosi di casi individuali, tende a verificare non più solamente la sussistenza di un “ragionevole” equilibrio, bensì quella di un “giusto equilibrio” fra interessi generali nazionali e la necessità di salvaguardare i diritti fondamentali CEDU (riconoscendo pur sempre un largo margine di discrezionalità agli Stati nell'individuazione degli obiettivi generali e nella delineazione delle misure per il loro concreto perseguimento, soprattutto con riferimento al campo della morale)<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> Con riferimento alla critica avanzata dal ricorrente allo scopo della norma relativo alla “morale dominante”, si veda G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di J. Feinberg*, Milano, 2010.

<sup>149</sup> *Case of Handyside v. The United Kingdom*, 7 December 1976, par. 48, in materia di libertà di espressione (si tratta di un vero e proprio leading case sul margine di apprezzamento).

<sup>150</sup> Per un commento critico del caso di specie, si veda A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, 2012.

<sup>151</sup> Per una disamina approfondita della valutazione della proporzionalità della restrizione, anche se

Nonostante le varie oscillazioni interpretative della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il principio di proporzionalità si è, nel corso del tempo, consolidato progressivamente tanto da venire considerato, in seno alla Convenzione di Roma, come un vero e proprio principio generale, in modo non dissimile rispetto a quanto avvenuto in molti sistemi nazionali e nello stesso ordinamento comunitario<sup>152</sup>.

---

riferita a due specifici ambiti, quello del diritto alla proprietà e del libero esercizio delle attività economiche, si rinvia a L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *DUE*, 1998, n.1, p. 53 ss.

<sup>152</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

### **3. Il principio di proporzionalità negli ordinamenti nazionali**

*Sommario:* 3.1. La proporzionalità nell'esperienza della Gran Bretagna – 3.2. La proporzionalità nell'esperienza francese – 3.3. La proporzionalità nell'esperienza tedesca

#### *3.1. La proporzionalità nell'esperienza della Gran Bretagna*

All'interno dell'ordinamento giuridico inglese, pur non essendo mai stato accolto esplicitamente la nozione di proporzionalità, il sostanziale contenuto di essa viene fatta propria dalla giurisprudenza nazionale quale elemento costitutivo della c.d. *soluzione ragionevole* inerente ad un sistema giuridico fondato sul precedente. Ne consegue che, proprio quale indispensabile limite ad una applicazione ed interpretazione irragionevole del “precedente”, viene assicurato il carattere di normalità e ragionevolezza alle pronunce dell'autorità giudiziaria nella sua attività istituzionale di applicazione del diritto ai casi concreti.

Per fare un esempio giurisprudenziale può essere citato il celebre caso *Popolar City Council cfr. Roberts v. Hopwood*, 1925. Con la pronuncia suddetta, la House of Lords inglese considera illegittima, sulla base della sproporzione sussistente fra ammontare della paga corrisposta e livello dell'attività lavorativa svolta, la decisione del Popolar City Council di mantenere invariato il livello retributivo, nonostante il notevole

abbassamento del costo della vita e del potere d'acquisto dei consociati<sup>153</sup>.

Il carattere ragionevole, o quello della razionalità, rappresenta uno dei principi fondanti del sistema di *common law* basato sull'equità, e contribuisce ad attenuare la possibilità di conseguenze agarantiste e pregiudizievoli derivanti dalla sua intrinseca natura giurisprudenziale e, per questo, mutevole. Secondo H. W. R. WADE (in *Administrative Law in Recent Years*, Oxford, 1988) la regola generale della ragionevolezza si configura nel sistema giuridico britannico come “(...) one of the most active and conspicuous among the doctrines which have vitalized administrative law in recent years (...)”.

La particolare funzione di ausilio e collaborazione allo sviluppo della produzione normativa svolta in tale specifico contesto dalla proporzionalità, emerge con particolare evidenza nell'elaborato di A. G. TOTH (in *Legal Protection of Individuals in the European Communities*, vol. I, *The Individual and the Community Law*, Amsterdam- New York- Boston, 1978), “(...) The principles of common law have already begun to make their impact upon Community law thus contributing to its development through the concept of general principles”<sup>154</sup>.

Nel silenzio dell'ordinamento, il giudice si ritaglia il compito di valutare, caso per caso ed in considerazione delle caratteristiche della fattispecie concreta e della regola del precedente, se la condotta in esame possa essere definita come ragionevole,

---

<sup>153</sup> Per un commento alla sentenza, si veda J. A. G. GRIFFITH, *The Politics of the Judiciary*, London, 1991, p.254 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 45 ss.

<sup>154</sup> Si vedano anche le riflessioni, sul punto, svolte da A. TOUFFAIT, *Réflexions d'un magistrat français sur son expérience de juge à la Cour de justice des Communautés européennes*, *Revue int. dr. Comparé*, 1983, p. 283 ss.

pervenendo in tal modo ad un vero e proprio sindacato di proporzionalità, nell'ambito di quello che possiamo definire un intreccio dinamico tra il concetto di ragionevolezza e quello di proporzionalità<sup>155</sup>. Di conseguenza, dati i numerosi punti di contatto rintracciabili tra questi ultimi, si è arrivati ad affermare che il sistema giuridico britannico accoglie di fatto, nell'esplicazione della funzione giurisdizionale delle sue autorità giuridiche, il sindacato di proporzionalità, anche se con differente intensità nei suoi vari campi di applicazione e con riferimento alle diverse epoche storiche.

In ragione della radicata idea di differenziazione istituzionale tra poteri, su cui una società democratica si fonda, il processo di cristallizzazione dell'impiego del sindacato di proporzionalità nell'attività giurisdizionale è stato, nel diritto amministrativo inglese, molto lento e piuttosto recente<sup>156</sup>. A partire dagli anni '60, tuttavia, le corti britanniche iniziano a mostrare la tendenza di voler allargare l'ambito di tale sindacato sull'<sup>157</sup>esercizio delle funzioni discrezionali delle autorità amministrative. Sulla base di un paragone comparativo tra regola giuridica e situazione fattuale, ai fini di una valutazione del rapporto logico sussistente tra gli elementi considerati, i giudici inglesi finiscono per applicare la c.d. teoria de l'*ultra vires* (confrontabile con il nostro vizio di eccesso di potere). L'impiego di tale regola,

---

<sup>155</sup> Le lampanti analogie tra i due principi sono state messe in luce da N. BROWN, *General Principles of Law and the English Legal System*, in M. CAPPELLETTI (Ed.), *New Perspectives for a Common Law for Europe*, Leiden- Stuttgart- Bruxelles- Firenze, 1978, in particolare p. 177, anche se, concretamente, il principio di proporzionalità presenta una portata ed un contenuto più ampi.

<sup>156</sup> Cfr. M. DISTEL, *Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel en Grande Bretagne*, RTDC, 1982, p. 68 ss.

<sup>157</sup> M. DISTEL, *op. cit.*, p.87.

caratterizzata da una notevole flessibilità, consente al giudice di “(...) modulare l'intensità del suo controllo in modo di determinarne l'opportunità”, purché, in ogni caso, controllo suddetto presenti le caratteristiche della proporzionalità e/o ragionevolezza, anche se minimale<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

### 3.2. La proporzionalità nell'esperienza francese

Al pari di ciò che avviene nell'ambito dell'esperienza inglese, anche all'interno dell'ordinamento francese il principio di proporzionalità, pur non essendo stato esplicitamente sancito né nella legislazione, né dalla giurisprudenza, né dalla dottrina, “(...) le juge administratif français l'a appliqué (...) sans le savoir ou plus exactement sans le dire”<sup>159</sup>. Rimanendo pure sempre, in linea di massima, entro i confini operativi del diritto amministrativo, quindi, si può affermare anche qui l'esistenza di un controllo giurisdizionale avente ad oggetto il rapporto intercorrente tra i mezzi normativi e/o amministrativi a disposizione dei pubblici organi da un lato, ed il sacrificio imposto ai singoli, nonché gli scopi perseguiti dall'altro.

Pur non trovando espressa consacrazione nelle pagine della Carta costituzionale, il principio in discussione viene implicitamente presupposto in sue numerose disposizioni particolari (si vedano, ad esempio, le norme costituzionali relative alla tutela del principio di eguaglianza), tanto da poter concludere che la proporzionalità possiede il rango di valore immanente nell'ordinamento giuridico francese. Tuttavia, è solo in tempi più recenti, verso la fine degli anni '70 che il Consiglio costituzionale inizia a sindacare le scelte discrezionali operate dal legislatore qualora queste travalichino i limiti segnati dalla *ragionevolezza*. Tale passo avanti viene compiuto perlopiù mutuando dal Consiglio di Stato i concetti di “*erreur manifeste*

---

<sup>159</sup> In tal modo si esprime G. BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité, Mélanges Waline*, t. 2, Paris, 1974, p.297. Si vedano, dello stesso autore, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, 1978, e *Le droit administratif français*, Paris, 1984.

*d'appréciacion*<sup>160</sup> (invocato in tutte le ipotesi in cui il giudice francese ritenga che la decisione assunta sulla base di un potere discrezionale non sia congrua) e di “*disproportion manifeste*”. Tali nozioni si presentano come estremamente flessibili, soggettive e soprattutto pragmatiche, costituendo, di conseguenza, lo strumento con cui il giudice appresta, con diverse sfumature, le correzioni necessarie alle condizioni nelle quali l'Amministrazione impiega il suo potere di scelta.

Una questione a lungo dibattuta nel sistema francese, come, in generale, in ogni ordinamento democratico, è il problema dell'ammissibilità o meno del controllo giurisdizionale sul potere discrezionale della pubblica amministrazione, posto che presuppone l'individuazione di un punto di equilibrio tra sottrazione delle questioni più squisitamente politiche, o “di merito”, dal perimetro valutativo dell'autorità giudiziaria da un lato (nell'ambito del c.d. principio di legalità, o meglio della regola della “separazione dei poteri”, posta alla base dello stato di diritto), e riduzione dei casi di incompetenza ed eccesso di potere alla luce del principio di “buona amministrazione”, dall'altro<sup>161</sup>. Si tratta di una problematica che, con le sue molteplici implicazioni di non modesta rilevanza, si è andata a sviluppare gradualmente in senso democratico, fino a pervenire, in determinati settori normativi specifici, alla configurazione di un vero e proprio controllo di merito detenuto dal

---

<sup>160</sup> Nell'ambito della dottrina, gli studiosi definiscono tale errore come “*grossière*” nel caso in cui si presenti con tutta la sua evidenza, anche se il carattere dell'evidenza non risulta sufficiente per definirlo come “manifesto”.

<sup>161</sup> De Vergottini G. *Diritto costituzionale comparato*. CEDAM, 2004; Biscaretti di Ruffia P. *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le forme di Stato e le forme di governo. Le costituzioni moderne*. Giuffrè, 1988.

giudice nei confronti dei pubblici apparati<sup>162</sup>.

La rilevanza del principio di proporzionalità nella giurisprudenza francese è emersa in maniera particolarmente evidente nel contesto della tutela del diritto di proprietà dei cittadini, di fronte alla possibile utilizzazione arbitraria dei poteri discrezionali dell'Amministrazione pubblica. La questione stata dibattuta, in particolare, nei casi *Malby et Bedouet* (in *Actualité juridique, Droit Administratif*), sentenza 13 maggio 1964, e *Grassin*, sentenza 26 ottobre 1973 ( in *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, p.598) . In essi, la restrizione del diritto succitato, in presenza della necessità di procedere a pubbliche espropriazioni per la realizzazione di un progetto aeroportuale, è rappresentata dalla sussistenza dell'elemento della pubblica utilità. Ebbene, il Consiglio di Stato francese, valutando in un primo momento come lecito il progetto in esame, avvalendosi di una nozione astratta di pubblica utilità, si è successivamente ricreduto, valutandolo come illegittimo alla luce, questa volta, di una nozione concreta e standardizzata di utilità, applicando al tempo stesso il principio di proporzionalità. Quest'ultimo, rispetto alla tutela della proprietà, finisce per conseguire una portata più estesa: non garantisce, infatti, solamente la protezione dell'interesse privato individuale, bensì anche quelli potenziali che astrattamente appartenerebbero a chiunque si trovi in una posizione analoga<sup>163</sup>.

Il predetto sindacato viene svolto nelle diverse aree di applicazione a differenti livelli di intensità quali, ad esempio, quella degli *atti di polizia amministrativa*, nell'ambito

---

<sup>162</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

<sup>163</sup> Per un ulteriore approfondimento sul punto, si veda il caso *St. Marie de l'Assomption*, Conseil d'Etat, 20 ottobre 1972, in *Rec. Lebon*, 1972, p.657.

della quale viene verificata l'idoneità degli atti restrittivi delle libertà dei singoli adottati in relazione al grado di tutela di tali libertà protette costituzionalmente, quella del sindacato sull'*errore manifesto*, in relazione alla quale la verifica attiene alla corrispondenza dei fatti ai motivi giuridici adottati nella misura amministrativa, e quella del *controllo costi/ vantaggi* della decisione amministrativa.

### 3.3. La proporzionalità nell'esperienza tedesca

Nel sistema giuridico tedesco, il principio di proporzionalità, pur non essendo stato esplicitamente sancito in via generale in alcuna norma, – salvo il suo riconoscimento espresso a livello legislativo in alcuni *Länder* in relazione all'ambito pubblicistico della sicurezza e dell'ordine pubblico – è stato elevato dalla giurisprudenza a principio generale non scritto, la cui esistenza è stata poi individuata nello spirito della stessa Legge fondamentale, soprattutto nei suoi primi venti articoli<sup>163</sup>.

Il canone della proporzionalità vanta origini antiche. Prima di assistere al suo imponente sviluppo sul piano comunitario, esso, sebbene ancora in forma embrionale e concettualmente indefinita, esplicava la sua portata nell'ambito del c.d. *Polizeirecht* prussiano quale divieto per i pubblici poteri amministrativi di utilizzare strumenti e meccanismi restrittivi della libertà individuale del cittadino oltre quanto risultasse strettamente indispensabile alla realizzazione dell'interesse pubblico<sup>164</sup>.

In tale primissima fase della sua estrinsecazione, la proporzionalità si esprime nel suo significato minimo e più basilare, ovvero quale divieto di eccessi di misura (*Übermaßverbot*), che postula logicamente la consapevole ricezione del “principio di divisione”. In base a quest'ultimo, mentre la libertà individuale costituisce, in linea generale la regola, il potere statale interferente in esso è limitato e perciò

---

<sup>163</sup> Il riconoscimento dei diritti fondamentali nei primi venti articoli della Carta costituzionale tedesca comportano il divieto per qualsiasi abuso nei confronti del cittadino tedesco. In particolare, la base giuridica del principio in questione viene considerato l'articolo 20 della Legge Fondamentale, ovvero il principio generale dello Stato di diritto.

<sup>164</sup> V. E. FORTHOFF, *Die Rechtsprechung*, in *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971.

misurabile. Una conclusione siffatta, tuttavia, si risolverebbe in uno sbrigativo ed inesatto “entusiasmo” se non si specificasse che il principio in parola, collocato in un contesto schellinghiano che trova il suo fulcro nell'idea-forza dello Stato-persona, ha come riscontro una teoria dei diritti ancora decisamente autoritativa. In definitiva, la configurazione dello Stato quale “personalità assoluta” che condiziona ogni realtà giuridica degrada il concetto di libertà individuale in mero *Reflexwirkung* (effetto riflesso) di una “(...) volontaria autolimitazione del potere statale”<sup>165</sup>.

L'originaria limitatezza del contenuto applicativo della proporzionalità è data dall'assenza di un fondamento autonomo - e potenzialmente contrapposto a quello della volontà statale – della libertà individuale della persona. Quest'ultima è posta inevitabilmente in secondo piano, su di un piano asimmetrico e non isonomico, e viene perlopiù esaminata dall'angolo visuale di un'ideologia che colloca lo Stato in posizione di ontologica preminenza. Ristretto nei limitati confini materiali delle misure di polizia, il sindacato di proporzione non è connotato da specifici elementi di complessità, bensì da vita ad un riscontro di tipo essenzialmente formale avente ad oggetto la relazione sussistente tra un'ampia gamma di atti pubblicistici (ispettivi, investigativi, repressivi ecc.) e le finalità di essi, ovvero la protezione della sicurezza e della tranquillità dei consociati. Pertanto, il giudizio che ne scaturisce è

---

<sup>165</sup> G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, Roma, 2004; si veda, inoltre, C. F. VON GERBER, *Diritto pubblico*, trad. it. a cura di P. Lucchini, Milano, 1971, 130, che afferma: “(...) nel rapporto dei cittadini con lo Stato, l'elemento unificatore poggia su di un fondamento non obbligatorio ma organico-etico. E con quegli altri poteri giuridici il potere dello Stato sui cittadini si accorda nel senso che, per le persone che ne sono l'oggetto, al tempo stesso, ne nascono corrispettivi diritti sul soggetto del potere dominante; tuttavia questi ultimi appaiono soltanto come gli effetti riflessi di quel potere e non possono quindi essere considerati come i momenti decisivi dal punto di vista sistematico”.

configurabile come una meccanica valutazione quantitativa e non impegnativa sul piano delle scelte di valore. Si è in presenza, non già di una “bilanciamento” in senso tecnico, ovvero di una valutazione comparativa dei beni giuridici in gioco, bensì di una più semplicistica verifica negativa avente ad oggetto la tollerabilità dell'azione statalistica.

Il quadro delineato muta radicalmente soltanto con l'avvento del *Verfassungsstaat*, nel quale i diritti, abbandonata la svalutativa denominazione di “diritti pubblici soggettivi”, vengono collocati a fondamento del sistema costituzionale, in posizione anteriore rispetto all'organizzazione pubblicistica, adesso preordinata funzionalmente alla loro salvaguardia. Pertanto, con il dissolvimento della concezione statocentrica, viene abbandonata la posizione defilata del sindacato di proporzionalità surrichiamato. Ne consegue, quale logico corollario, l'incorporazione dell'elemento della *Abwägung der Interessen* nel perimetro applicativo del principio in parola, che oramai non ingloba in sé solamente l'attività pubblica esecutiva, bensì anche quella istituzionalmente svolta dal potere legislativo.

Nell'ambito della ricerca di un fondamento giuridico da attribuire al *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, interessante appare l'autorevole orientamento dottrinale che muove dalla dogmatica dei diritti fondamentali, che permetterebbero unicamente interferenze strettamente commisurate alla necessità di proteggere interessi statali e presupporrebbero, quale “barriera di autodifesa” (*selbstverteidigende Schranke*)<sup>166</sup>, la proporzione del complessivo intervento<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> L'espressione venne utilizzata da Z. YI, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der Grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1998.

Con la trasposizione dello strumento della proporzionalità nell'ambito delle valutazioni di legittimità costituzionale, il suo modulo di giudizio va ad estendersi a “strumenti” non identificabili *a priori* ma ricavabili da apprezzamenti di merito e politici e risulta proteso, non più alla semplice stima dell'azione statale in termini di idoneità/necessità, bensì al riscontro dell'ammissibilità dell'intervento pubblico restrittivo, che può essere considerato ragionevolmente giustificato solo se posto a difesa di un valore di rango costituzionale e se posto in un rapporto di equilibrato bilanciamento con il diritto sacrificato<sup>168</sup>.

La dottrina è, ad ogni modo, concorde in relazione ad un punto: letteratura e giurisprudenza tedesche rappresentano esperienze pilota nello studio della proporzionalità. “Esse si sono evolute e maturate trasferendosi all'ordinamento comunitario e propagandosi col suo tramite a quelli dei singoli Paesi membri. (...) la proporzionalità, sebbene non sia esplicitamente menzionata nelle Costituzioni dei singoli Stati, viene riconosciuta con forza crescente nei singoli ordinamenti – ad iniziare da quello tedesco – come un principio di rilevanza costituzionale. Il processo di costituzionalizzazione, in fase di consolidamento nello scenario europeo, conferisce alla proporzionalità stessa valore nodale poiché imposta ai legislatori nazionali specie in applicazione del diritto comunitario”<sup>186</sup>.

---

<sup>167</sup> E. GRABITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1973; Z. YI, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der Grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1998.

<sup>168</sup> G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, Roma, 2004.

<sup>186</sup> S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità – Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 13 ss.

Si legge: «*Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird als Verfassungsbegriff<sup>187</sup> eine gesetzbrechende Kraft zugeschrieben; insofern sei dieses Prinzip “tedenziell starker Verbündeter eines liberalen Strafrechts”<sup>188</sup>»<sup>189</sup>. In tal modo, Hassemer, autorevole giurista e giudice tedesco, attribuisce alla regola della proporzione la funzione di potenziale limite concettuale dell'ambito operativo-applicativo della norma penale, in conformità con i dettami, costituzionalmente e democraticamente sanciti, dell'*ultima ratio* e della sussidiarietà. In sostanza, il giurista in commento definisce la *Verhältnismäßigkeit* quale “forte alleato di un diritto penale di matrice liberale”.*

Alcuni autori rilevano, tuttavia, come da una costante giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, nonché dalla letteratura giuridica in materia sia sovente emerso un sostanziale disaccordo tra il principio teorico della proporzionalità e la prassi ruotante intorno a quest'ultimo<sup>190</sup>. In generale, è stato sottolineato che il significato pratico e concreto dei tre sotto-criteri della *Geeignetheit*, *Erforderlichkeit* e *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, in chiave di rigorosi veicoli di ricerca di confini materiali di un fatto penalmente rilevante, si presenta come assai ristretto ed

---

<sup>187</sup> W. HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, herausgegeben von Andres von Hirsch, Kurt Seelmann und Wolfgang Wohlers, Baden-Baden, 2006, p. 121.

<sup>188</sup> W. HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, herausgegeben von Andres von Hirsch, Kurt Seelmann und Wolfgang Wohlers, Baden-Baden, 2006, p. 128.

<sup>189</sup> N. WRAGE, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt*, in *Grundlagen gesamte Strafrechtswissenschaft*, herausgegeben von Regina Harzer, Frankfurt am Main, 2009, p. 180 ss.

<sup>190</sup> W. HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, herausgegeben von Andres von Hirsch, Kurt Seelmann und Wolfgang Wohlers, Baden-Baden, 2006, p. 121.

angusto.

In particolare, in relazione alla prima fase esplicativa della proporzionalità, la accreditata dottrina surrichiamata ritiene che presupposto indispensabile ai fini della soluzione del quesito avente ad oggetto l'idoneità della fattispecie incriminatrice a soddisfare il fine legislativo predeterminato, è la previa sussistenza di una sufficiente chiarezza concettuale in ordine alla funzione che, all'interno dell'attuale sistema giuridico positivo, la sanzione criminale è chiamata a svolgere. Ma a ben vedere, emerge con lampante evidenza come, nel contemporaneo sistema vigente, l'ambito in questione si presenti come produttivo di una moltitudine di implicazioni e profili problematici (attinenti, tra l'altro, ai vasti temi della teoria del bene giuridico e della positiva [o negativa] funzione general- e speciapreventiva della pena)<sup>191</sup>. Viene, quindi, ribadita una sostanziale inattitudine della moderna scienza penalistica ad elaborare concetti generali intellegibili e precisi, idonei a condurre ad un serio giudizio valutativo in ordine alla *Geeignetheit* di una norma<sup>192</sup>.

Ulteriori e più pregnanti critiche vengono poi rivolte al terzo snodo applicativo del principio di proporzionalità, la *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*. Esso, infatti, implicando una bilanciata ed equa ponderazione tra l'oggettività giuridica protetta dalla norma in esame ed i valori, direttamente o indirettamente, incisi da quest'ultima, si presta inevitabilmente a fuoriuscire da una verifica empirica e

---

<sup>191</sup> N. WRAGE, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt*, in *Grundlagen gesamte Strafrechtswissenschaft*, herausgegeben von Regina Harzer, Frankfurt am Main, 2009, p. 180 ss.

<sup>192</sup> Sul punto, merita di essere citato nuovamente HASSEMER, in *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*: “Die Konzepte, mit denen die Strafwissenschaft die Tauglichkeit des Strafrechts beurteilt, und deren Relationen zu den jeweiligen Zielbestimmungen des Strafrechts sind immer noch unklar und schwebend.”, p. 121.

fattuale esatta. Più correttamente, esso viene influenzato da ideologie e fattori politici dai confini estremamente labili, considerata soprattutto l'attuale disputa (“*heftig umstrittene*”<sup>193</sup>) in materia di teoria del bene giuridico, basata sull'idoneità di quest'ultima ad assecondare e ricomprendere al suo interno qualsivoglia intenzione politica del Parlamento<sup>194</sup>. In effetti, alcuni autori, in tema di proporzionalità in senso stretto, sottolineano la sua attinenza all'area della “discrezionalità pura”, che, a differenza di quella prettamente “tecnica”, comporta un libero bilanciamento di valori, interessi e principi (delle volte costituzionalmente sanciti) rispetto ai quali è necessario operare una scelta nella ponderazione finale<sup>195</sup>.

L'orientamento in parola sancisce, pertanto, l'inattitudine della regola di proporzione a fungere da delimitatore (“*Richtlinienfunktion*”) materiale del fatto meritevole di repressione penale, idoneo a fornire ausilio e supporto al legislatore nell'attività di selezione suddetta. La conseguenza forse più grave dell'inabilità strutturale segnalata, è la sostanziale vanificazione del principio dell'*extrema ratio* che direttamente ne discende<sup>196</sup>.

Ampliando poi ulteriormente il raggio dell'analisi critica, la domanda principale, oggetto di molteplici trattazioni dottrinarie tedesche, è la seguente: può la regola generale della *Proportionalität*, *latu sensu* intesa, fungere da base di legittimazione

---

<sup>193</sup> SK-StGB (*Rudolphi*), Vor § 1 Rn 3.

<sup>194</sup> N. WRAGE, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt*, in *Grundlagen gesamte Strafrechtswissenschaft*, herausgegeben von Regina Harzer, Frankfurt am Main, 2009, p. 182.

<sup>195</sup> S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità – Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 224 ss.

<sup>196</sup> T. HÖRNLE, *Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, herausgegeben von Andres von Hirsch, Kurt Seelmann und Wolfgang Wohlers, Baden-Baden, 2006, p. 36.

dell'intervento normativo strettamente penalistico, o la funzione suddetta deve, più correttamente, rimanere confinata all'interno del tradizionale spettro operativo delle teorie retributiva e preventiva<sup>197</sup>?

Singoli autori, nell'ambito del quesito proposto, elencano i lati positivi di una siffatta base legittimativa. La proporzionalità, a detta dell'orientamento in parola, fornirebbe un più concreto e positivo fondamento (“*konkretere, positivrechtliche Grundlage mit Verfassungscharakter neisteuert*”)<sup>198</sup>, rispetto all'archetipo concettuale sviluppatosi nel pensiero penalistico “classico”. Quest'ultimo, in effetti, poggiando su di una concezione strettamente retributiva-preventiva, lungi dal fotografare fedelmente la normativa penale vigente, sarebbe difeso principalmente da fattori religiosi, etici e filosofici.

Il carattere generalizzato e trasversale che denota il principio della *Verhältnismäßigkeit* si desume da un suo costante riconoscimento quale “*Grenze der Grenze*”, ovvero quale limite invalicabile dell'azione statale incisiva nei diritti soggettivi costituzionalmente previsti. In altre parole, data la consueta incidenza dello strumento penale nella sfera individuale del destinatario di quest'ultimo, la proporzione in senso lato si presenta quale “materiale” confine, conforme al dettato costituzionale, preposto al condizionamento, sotto il profilo della limitazione della sua gravosità, dell'intervento penale.

---

<sup>197</sup> S. MIR PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p. 521 ss.

<sup>198</sup> S. MIR PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 522.

Si osserva inoltre come, avallando un configurazione lata della regola in commento, essa presenti una peculiare attitudine comprensiva e sintetica di molteplici ulteriori principi materiali penalistici. Vengono quindi elencati, tra gli altri, i principi di necessità, sussidiarietà, *ultima ratio*<sup>199</sup>, frammentarietà, offensività e la teoria dei beni giuridici<sup>200</sup>, tutti suscettibili di essere ricondotti all'interno della basilare logica della proporzionalità. Esclusa dal nucleo sostanziale dell'ampia categoria delineata, sarebbe solamente la regola della legalità, che attenendo alla forma più che alla sostanza, non appare riferibile al giudizio valutativo contenutistico della norma penale<sup>201</sup>.

Al di là delle molteplici analisi critiche sviluppatesi nella letteratura penalistica tedesca in materia, si osserva, in generale, che l'articolazione del principio di proporzionalità in successive fasi applicative rendono la valutazione di proporzione, nel contesto germanico, un vero e proprio *test* di giudizio<sup>169</sup>.

E' stato osservato infatti che, in uno Stato “non confessionale” ed al servizio del cittadino, la tutela giuridica penale deve necessariamente giustificarsi alla luce di quegli interessi dei consociati, diretti o indiretti, le cui lesioni si intende prevenire. Solamente per tale via si perviene ad una completa salvaguardia dei postulati propri

---

<sup>199</sup> R. LAHTI, *Das moderne Strafrecht und das ultima-ratio-Prinzip*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p. 439 ss.

<sup>200</sup> J. DE SOUSA E BRITO, *Strafzwecke im Rechtsstaat*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p. 305 ss.

<sup>201</sup> S. MIR PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 525.

<sup>169</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

della teoria dei beni giuridici, la cui somma viene riassuntivamente espressa nel “*Prinzip des ausschließlichen Schutzes von Strafrechtsgütern*”<sup>202</sup>.

Nell'elaborazione giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht*, il controllo di proporzionalità viene disarticolato in tre diversi gradi di scrutinio. In tempi più recenti, poi si è assistito, sul piano comunitario, all'accoglimento dell'articolazione del giudizio in questione anche da parte della Corte di giustizia dell'unione europea. Questo non ha impedito, tuttavia, alla Corte di esimersi non di rado da un vaglio così approfondito. Infatti, nel risolvere in concreto i singoli casi sottoposti al suo giudizio quest'ultima sovente esamina solo uno dei tre aspetti richiamati<sup>170</sup>. In effetti, anche nella giurisprudenza tedesca appaiono sporadici i casi in cui il giudizio si sviluppa nei tre gradi progressivi. Ciò poiché molto spesso non appare necessario approfondire la valutazione allorché per esempio sia stata già constatata la violazione del principio in esame sotto il profilo dell'idoneità della misura adottata. Nella maggioranza delle sentenze peraltro la violazione viene assodata nella fase della necessità<sup>171</sup>.

Il giudizio in esame, la cui dimensione europea è stata approfondita nel secondo paragrafo, può essere, pertanto, suddiviso in tre stadi in rapporto di successione tra di loro: la verifica d'idoneità (*Geeignetheit, Tauglichkeit*); il controllo di necessità

---

<sup>202</sup> S. MIR PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 525.

<sup>170</sup> D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

<sup>171</sup> Un ottimo punto di riferimento per quanto concerne lo sviluppo dell'esame in tutte e tre le sue fasi è fornito dalla sentenza del Bundesverfassungsgericht del 17 luglio 1961, in *BverfGE* 13, p.97 ss.

(*Erforderlichkeit o Notwendigkeit*)<sup>203</sup>; infine il bilanciamento vero e proprio (*Abwägung o Proportionalität*)<sup>172</sup>. Le componenti in parola sono sorte nel contesto amministrativo e costituzionale tedesco, che ne rappresenta la culla, per poi irradiarsi nel sistema giuridico italiano pubblicistico per il tramite del diritto europeo che funge da collettore comune delle esperienze dei singoli Stati membri anche, ma non solo, in ragione della sua posizione di dominanza giuridica-istituzionale<sup>204</sup>. Esse, a ben vedere, costituiscono altrettanti test di verifica progressiva e “a tre livelli” (“*dreistufige Prüfung*”) sull'uso proporzionato del potere pubblico.

- L'idoneità (*Geignetheit*). — Il sotto-criterio in esame, al pari di quello della *Notwendigkeit*, viene associato alla formula della *Verhältnismäßigkeit* “in senso largo” (o formale) che, a differenza della *Verhältnismäßigkeit* “in senso stretto” (o materiale), nel cui ambito rientra il terzo livello di giudizio (*Proportionalität*), non mira all'instaurazione di un *balancing test* tra interessi assistiti da analoga protezione giuridica, bensì all'accertamento della sussistenza di un rapporto positivo o negativo tra mezzi e fini.

La verifica di idoneità riguarda la ragionevole relazione positiva intercorrente tra

---

<sup>203</sup> In tema di ricerca di una sostanziale giustificazione di un divieto di “misure eccessive”, si veda, A. VON HIRSCH, *Ein grundrechtlicher Verbot exzessiver Strafen? Versuch einer Begründung*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p.

<sup>172</sup> La fase finale della procedura di controllo in questione è stata definita da Z. YI ( in *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der Grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1998) come verifica di *Angemessenheit* e suddivisa a sua volta in ulteriori gradi. Essa si distinguerebbe in due sottotipi: l'*Angemessenheit* in senso largo, preordinata alla verifica del ragionevole rapporto intercorrente tra i diversi fini in giudizio; e l'*Angemessenheit* in senso stretto, che avrebbe di mira la soluzione della questione di quale delle diverse relazioni siano, oltre che ragionevoli, anche ottimali.

<sup>204</sup> S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità – Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 224 ss.

strumenti legislativi impiegati ed indirizzi politici, ovvero i risultati pratici che essi perseguono. La giurisprudenza tedesca ha definito “congruo” quel mezzo che si presenta come idoneo a raggiungere l'obiettivo che si era prefigurato, in altri termini, allorquando “(...) con il suo aiuto si possa congruamente favorire il risultato desiderato”<sup>173</sup>. A ben vedere, tuttavia, le ipotesi in cui il giudizio giurisprudenziale si arresta a tale primo stadio di verifica sono piuttosto sporadiche. In effetti, una norma può dirsi *unangemessen* o *ungeeignet* solamente se assolutamente ed oggettivamente inutile, disadatto o persino dannoso già sul piano della causalità naturale (immune da una censura di costituzionalità appare invece la misura che realizza solo parzialmente il suo risultato). Secondo il Tribunale di Karlsruhe, la norma può essere inquisita sotto il profilo dell'idoneità solo se, dal punto di vista del legislatore e “(...) impiegando tutte le possibilità di conoscenza”, essa appariva “(...) palesemente inadatta allo scopo al momento della promulgazione della legge”<sup>174</sup>. In ogni caso, lo scrutinio in esame, dovrà avere ad oggetto, non già tutte le variabili circostanze di fatto che concretamente possono impedire la completa realizzazione dell'obiettivo normativo, ma piuttosto la prognosi legislativa relativa ai probabili effetti della legge in esame, che dovrà essere ragionevole e conforme alla natura delle cose<sup>175</sup>.

In dottrina si parla anche del c.d. *Verbot der Ungeeignetheit* per evidenziare il profilo negativo dell'idoneità. In sostanza, la misura, per superare con successo il test di

---

<sup>173</sup> Rilevano in tal senso, sentenza 24 febbraio 1971, *BVerfGE*; sentenza 16 marzo 1971, *BVerfGE*.

<sup>174</sup> *BVerfGE* 25, 1; 30, 250; 38, 61; 39, 210.

<sup>175</sup> *BVerfGE* 39, 210 (230 ss.); 25, 1 (129); L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981; G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, Roma, 2004.

proporzionalità nel suo primo livello, deve apparire “non inutile”. Come affermato dallo stesso *Bundesfervassungsgericht*, pertanto, “(...) E' sufficiente la possibilità astratta di un raggiungimento del fine” e che con l'aiuto dello strumento legislativo “(...) può essere reso più agevole il raggiungimento del risultato desiderato”<sup>176</sup>.

Pur mantenendo il giudizio in parola entro i limiti di una valutazione di tipo strettamente giurisprudenziale, ed evitando quindi una sua degenerazione in scelte di merito ed opportunità politica, quando si tratti di stabilire i livelli minimi di garanzia dei diritti fondamentali costituzionalmente tutelati, il riscontro negativo della “non manifesta inadeguatezza” risulterà insufficiente. Tale impostazione risulta evidente nella più recente giurisprudenza costituzionale tedesca<sup>177</sup>, che, in un'ottica attivista, non considera più sufficiente l'imposizione di meri *Übermaßverbote* (i divieti di misure eccessive), ma considera necessaria la delineazione di *Untermaßverbote*, ovvero i “(...) vincoli positivi di contenuto per la legislazione, che, (...) non può prevedere inefficaci garanzie dei diritti né può disporre misure insufficienti, sottodimensionate rispetto alle finalità pubbliche da perseguire”<sup>178</sup>.

- La necessità (*Notwendigkeit* o *Erforderlichkeit*) e la regola del “mezzo più mite”. — Il secondo livello del giudizio di proporzionalità rientra in quella categoria che viene definita *Verhältnismäßigkeit* “in senso largo” (o formale) e tende a verificare se la misura presa in considerazione sia effettivamente la più mite (*rectius*:

---

<sup>176</sup> *BVerfGE* 67, 157, (173 ss.)

<sup>177</sup> *BVerfGE* 88, sentenza 28 maggio 1993, in materia di interruzione volontaria della gravidanza; P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*.

<sup>178</sup> G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, Roma, 2004.

quella capace di apportare un minor sacrificio o pregiudizio alla sfera individuale giuridica)<sup>179</sup> tra quelle astrattamente idonee a produrre un determinato risultato pratico. Il compito del giudice, in tale contesto, è quello di identificare il corretto punto di equilibrio tra l'esigenza di preservazione dei diritti soggettivi e l'intrusione in essi da parte di norme tese al raggiungimento di taluni interessi generali.

Nell'ambito dell'opera di concretizzazione schematica dello sfuggente parametro della “levità del mezzo”, il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato che la necessità sussiste qualora “(...) il legislatore non aveva la scelta di un mezzo alternativo che fosse egualmente efficace, ma che non fosse pregiudizievole, o comunque fosse avvertito come meno pregiudizievole per il diritto fondamentale”<sup>180</sup>. In materia economica, tuttavia, posto che essa concerne perlopiù apprezzamenti e valutazioni tecniche complessi e che la discrezionalità e le opzioni politiche-legislative si impongono con particolare rigore, il giudice costituzionale sarà legittimato a svolgere il suo sindacato in chiave di *necessità* solo qualora la sostituibilità dello strumento normativo si imponga con “(...) assoluta ed obiettiva evidenza”<sup>181</sup>.

Nell'ambito delle riflessioni teoriche in dottrina, particolare interesse suscita la ricostruzione del criterio in parola svolta da Robert Alexy in una peculiare ottica “matematica”. Egli, applicando il principio dell'ottimo paretiano, che si realizza quando l'allocazione delle risorse non rende possibile apportare miglioramenti al

---

<sup>179</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

<sup>180</sup> *BVerfGE* 63, 88 (115).

<sup>181</sup> G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, Roma, 2004; *BVerfGE* 30, 292 (319).

sistema, cioè non si può migliorare la condizione di un soggetto senza peggiorare quella di un altro, ne estende la portata alla costellazione di diritti e doveri costituzionalmente sanciti. Alexy conclude il suo elaborato affermando che il *mezzo più mite* è quello che assicura un eguale livello di soddisfazione dell'interesse generale senza peggiorare la situazione di nessuno in termini di libertà costituzionali<sup>182</sup>.

- La proporzionalità in senso stretto (*Abwägung o Proportionalität*). — Con il terzo sotto-criterio della proporzionalità viene svolta la misurazione comparativa tra interessi e valori in gioco che involge un giudizio concernente il valore socio-politico sotteso alla normativa considerata nonché i sacrifici patiti dal singolo destinatario della norma e vantaggi conseguibili dai consociati. Anche in tale ambito l'attività ermeneutica-applicativa della giurisprudenza costituzionale ha assunto importanza centrale. In particolare, l'*iter* argomentativo viene imperniato per la prima volta sulla *Proportionalität* nel caso *Lüth-Urteil* del 1958, in cui la Corte doveva pronunciarsi sulla liceità degli appelli levati dal direttore dell'agenzia giornalistica di Stato di Amburgo a boicottare una rappresentazione cinematografica di un regista neonazista. In tale occasione l'interesse generale alla preservazione del sistema da istanze antidemocratiche venne ritenuto preminente rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, valore costituzionalmente sancito, statuendo, al contempo, che il *Grundgesetz* costituisce un “ordinamento di valori oggettivo” (*objektive Wertordnung*) e che tale sistema “(...) deve valere come scelta costituzionale

---

<sup>182</sup> R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., 1984; ulteriori tentativi di razionalizzazione teorica del criterio della *Notwendigkeit* sono rintracciabili nella trattazione di Z. YI, in *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der Grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1998.

fondamentale per tutti gli ambiti del diritto”<sup>183</sup>. In tal modo la tradizionale concezione delle libertà fondamentali quali *Abwehrrechte*, ovvero quali strumenti di difesa nei confronti del potere autoritativo statale, si andava a dissolvere definitivamente, lasciando spazio a metodologie interpretative di stampo scientifico-spirituale improntate alla sempre variabile ponderazione tra valori costituzionali concorrenti, accompagnate dalle problematiche che la “scivolosità” di tale concetto comporta<sup>184</sup>.

La generalizzazione dell'impiego, nel sindacato giurisdizionale tedesco, del principio di proporzionalità è stato oggetto di aspre critiche in dottrina. E' stato infatti osservato che, trattandosi di un parametro di giudizio estremamente flessibile (susceptibile, secondo alcuni, di degenerare nell'arbitrio soggettivo), esso priverebbe i diritti soggettivi costituzionalmente sanciti di spessore legale-giuridico, essendone la sua concretizzazione reale affidata alla stima personale del giudice costituzionale. In tal modo, resi completamente vani i tentativi di razionalizzazione dei processi decisionali della Corte, l'interpretazione giudiziale perderebbe i caratteri dell'argomentazione deduttiva legata saldamente al testo normativo.

Effettivamente la sostituzione del rigore espressivo e la conseguente stabilizzazione (e prevedibilità) delle pronunce con i “moduli argomentativi della filosofia pratica”<sup>185</sup> pone evidenti problemi in relazione al rispetto dei principi generali in

---

<sup>183</sup> *BVerfGE* 7, 198 (205)

<sup>184</sup> G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, Roma, 2004

<sup>185</sup> J. HABERMAS, *Morale diritto politica*, trad. it. a cura di L. CEPPA, Torino, 1992.

materia penale quali il principio di *legalità* e quello dell'*offensività*. Sancito, in generale, dall'articolo 25 della Costituzione, il principio di legalità viene specificato sul terreno penalistico dall'art. 1 del codice penale (a conferma della sua posizione di preminenza all'interno dell'impianto codicistico), secondo cui “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.” In un ordinamento liberal-democratico il giudice, nell'ambito della sua attività applicativa ed ermeneutica, è obbligato a rispettare alcuni precisi canoni; egli può travalicare i rigorosi confini legislativi in ipotesi eccezionali per ovviare a certi inconvenienti legislativi o per un desiderio di concretizzazione della giustizia sostanziale, conferendo alla pronuncia giurisdizionale un relativo *quantum* di politicità, ma mai violare il garantistico principio fondante dello stato di diritto della separazione dei poteri, ingerendo indebitamente nell'attività di creazione del diritto soggetta a riserva di legge. Le stesse esigenze di formalizzazione dell'interpretazione giudiziale, di rigore espressivo e coerenza con il sistema di concetti sul quale la decisione giurisprudenziale si innesta, risultano espresse nel principio di offensività e nella teoria del bene giuridico (malgrado l'attuale sfiducia mostrata dagli studiosi in materia verso le prestazioni di quest'ultima). Le scelte di incriminazione e le valutazioni politico-comparative che esse comportano, spettano, in linea di principio, unicamente al legislatore che vi provvede in maniera generale ed astratta, venendo quindi sottratte all'estro creativo-interpretativo dell'autorità giudiziaria, che introdurrebbe inevitabilmente nel sistema di fonti normative un elemento di destabilizzazione ed “incertezza giuridica” inaccettabile.

Le affermazioni appena svolte, tuttavia, non possono essere accolte in modo acritico ed incondizionato, poiché in tal modo si trascurerebbe di considerare alcuni dati essenziali della realtà concreta; le pronunce costituzionali, a differenza di quelle “comuni”, sono soggette ad una forza costrittiva simile a quella degli argomenti giuridici, data da elementi, forze e “spinte emotive” (orientamenti politici, ideologie, condizionamenti ambientali, aspettative, obbligazioni di ruolo ecc.). Le feroci critiche dai toni provocatoriamente “apocalittici” che mirano ad un maggior rigore scientifico e ad un aumento della prevedibilità delle decisioni di un *Bundesverfassungsgericht* oramai politicizzato, sono pertanto solo parzialmente accoglibili.

## CAPITOLO SECONDO

### **1. Il delitto di incesto**

*Sommario:* 1.1. Ricostruzione della vicenda e la decisione del *BVerfGE* – 1.2. Le reazioni della dottrina e l'opinione dissenziente del giudice Hassemer – 1.3. La decisione della Corte EDU ed il margine di apprezzamento – 1.4. Il sindacato di costituzionalità negli ordinamenti giuridici italiano e tedesco

### 1.1. Ricostruzione della vicenda e la decisione del BVerfGE

Nel capitolo che segue andrò ad analizzare una recente sentenza tedesca<sup>205</sup>, emessa dal *Bundesverfassungsgericht*, che, riferita ad un reato penale che involge considerazioni che attengono all'area della morale (più che riferirsi a questioni rigorosamente tecnico-giuridiche) e che, astenendosi dall'incorporare un bene giuridico propriamente definito, qual'è il delitto di incesto, appare particolarmente emblematica e significativa all'interno del presente elaborato. L'*iter* logico-argomentativo seguito dalla Corte tedesca per giungere alla decisione di rigetto della questione di illegittimità costituzionale del § 173, comma 2, *StGB*<sup>206</sup> è, infatti, essenzialmente incentrato sull'applicazione del principio di proporzionalità.

La decisione è inoltre rilevante sotto l'aspetto del metodo impiegato dalla Corte nella risoluzione del caso di specie<sup>207</sup>. “(...) La fattispecie di incesto – come è stato osservato – si rivela per noi un importante pietra di paragone per i presupposti della potestà punitiva dello Stato. Non solo si tratta di verificare gli argomenti razionali che vengono adottati a sostegno della sua legittimità, ma dobbiamo anche

---

<sup>205</sup> BVerfGE 120,224, sentenza 26 febbraio 2008, in [www.bundesverfassungsgericht.de/](http://www.bundesverfassungsgericht.de/)

<sup>206</sup> La prescrizione, intitolata *Beischlaf zwischen Verwandten*, recita: «(1) Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen. (3) Abkömmlinge und Geschwister werden nicht nach dieser Vorschrift bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt waren.»

<sup>207</sup> Per un'analisi approfondita della pronuncia, si veda A. NISCO, “Principio di proporzionalità” ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p.147 ss.

confrontarci con argomenti che introducono nel terreno dell'irrazionale”<sup>208</sup>. Ebbene, la nozione di “razionale”, evocando il procedimento di “secolarizzazione” del diritto (penale), ovvero la sua sostanziale emancipazione da uno stretto ancoraggio ad una determinata visione etico-religiosa, richiama la necessità di configurare obiettivi razionali per tale branca della scienza giuridica. Sarà pertanto necessaria quella “verifica scientifica dell'uso della sanzione penale”<sup>209</sup> auspicata da alcuni autori, nonché il divieto per i concetti e le categorie penalistiche della scienza giuridica di abbracciare, conformandovisi, determinate concezioni morali, ove non siano presenti gli altri legittimi elementi costitutivi del reato. Proprio considerando i presupposti dell'elemento della razionalità rispetto allo scopo dell'incriminazione (*Zweckrationalität*) e quello dell'appiglio alla realtà empirica, che la pronuncia in questione appare censurabile nell'ambito di un copioso orientamento giurisprudenziale e dottrinale<sup>210</sup>.

Ad ogni modo, prima di procedere ad un'analisi critica della decisione giurisdizionale, riepiloghiamo brevemente gli aspetti salienti della complessa vicenda.

Il caso ha come protagonisti principali due fratelli nati dal matrimonio degli stessi

---

<sup>208</sup> H. JUNG, *Zur Strafbarkeit des Inzests*, in *FS Lefferenz*, Heidelberg, 1983.

<sup>209</sup> In particolare, si veda M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981. Dimostra, invece, come tale verifica sia ancora ben lungi dal significare una verifica empirica attenta alle reali conseguenze della norma penale DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.

<sup>210</sup> Si veda, *l'Opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2103 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA); A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2012.

genitori, “P.”, il fratello maggiore, e “K.” la sorella, scioltosi poco dopo la nascita di quest'ultima. Nel periodo che segue, la madre ha esercitato la potestà genitoriale (*Sorgerecht*) nei confronti di quest'ultima e di un altro fratello minore. La costante presenza nella vita dei bambini dell'assistenza dei servizi sociali dimostra come la situazione familiare fosse percepita come particolarmente gravosa da parte dei coimputati. A seguito della morte della madre, poi, K. È stata assistita dai servizi minorili abitando presso il padre naturale. A causa di numerosi maltrattamenti paterni, il ricorrente ha abitato dall'età di tre anni in befoftri statali ed è stato adottato, al compimento di sette anni, dai genitori affidatari, prendendone il cognome. Da allora non ha più avuto alcun contatto con il suo nucleo familiare d'origine. Nel 2000 ristabilisce, tramite i servizi sociali, un contatto con la madre naturale, conoscendo pertanto la sorella consanguinea K, instaurando con essa uno stretto legame interpersonale, da cui nascono quattro figli (due dei quali portatori di *handicap*) dal 2001 al 2005.

La Procura condannava l'imputato, nato nel 1976, *ex* § 173, comma 2, periodo 2, *StGB*, alla pena detentiva di un anno e due mesi, tenendo anche conto delle precedenti condanne nei suoi confronti (tra cui quella a undici mesi di detenzione a titolo di lesioni personali dolose per un pugno al volto rivolto alla sorella, in conseguenza del quale K. ha riportato un labbro tumefatto e perdita di copioso sangue dal naso) e riconoscendo la limitata imputabilità di K. a causa della sua struttura di personalità “timorosa, riservata e dipendente”<sup>211</sup>.

---

<sup>211</sup> *BVerfGE* 120, 224. La pronuncia è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2091 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA), con nota di G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca*

Il ricorrente decide pertanto di appellare la relativa condanna lamentando l'illegittimità costituzionale del § 173 *StGB* e sollecitando il giudice dell'appello a sollevare la questione di costituzionalità per l'asserita violazione dell'art. 100, comma 1, *GG*. Il ricorso viene ritenuto dalla Corte di Appello manifestamente infondato e la questione di illegittimità respinta.

Attraverso il ricorso presentato innanzi al *Bundesverfassungsgericht*, l'attore lamenta l'inosservanza, da parte della norma penale in questione, di una serie di diritti soggettivi sanciti nel *Grundgesetz*. In particolare si sostiene la violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione sessuale (art. 2, comma 1, *GG* in combinato disposto con l'art. 1, comma 1, *GG*), il divieto di discriminazione (art. 3, comma 3, *GG*), il principio generale di eguaglianza di trattamento (art. 3, comma 1, *GG*), nonché la generale sproporzione del trattamento sanzionatorio criminale della condotta incriminata. Secondo il ricorrente inoltre, la pronuncia, invece che fondarsi sulla necessità di tutelare di un bene giuridico nettamente delineato, offeso o minacciato dalla condotta in esame, poggia su una mera convinzione sociale, culturalmente e tradizionalmente accreditata, relativa alla “meritevolezza di pena” della congiunzione carnale tra consanguinei. Trattasi, pertanto, solamente di una “morale dominante” (*Moralvorstellung*) che non dovrebbe costituire argomento a sostegno di un'incriminazione penalistica<sup>212</sup>, potendo, al limite, rappresentare un

---

*e l'incesto fra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, ivi, p. 2115 ss.; Application no. 43547/08, in [www.echar.coe.int](http://www.echar.coe.int). Per un commento approfondito, M. KUBICEL, *Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR. Die Entscheidung und ihre Folgen für die strafrechtswissenschaftliche Debatte*, in *ZIS*, 6/2012, p. 282 ss.

<sup>212</sup> Si veda, *l'Opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2103 ss. (traduzione di G. DODARO e M.

generico sentimento di ribrezzo presente nella collettività, giuridicamente irrilevante o, quanto meno, ininfluenza sul territorio penalistico<sup>213</sup>. Oltre a quanto poc'anzi accennato, il ricorrente sottolinea l'assoluta lacunosità e contraddittorietà della fattispecie normativa (nessuna punibilità per la condotta analoga posta in essere tra fratelli adottivi, fratellastri ed affidatari, irrilevanza penale di atti analoghi alla congiunzione carnale ecc.) nonché l'assenza di un'affidabile dimostrazione empirica e/o scientifica delle conseguenze del comportamento in esame. Secondo il ricorrente, infine, la norma in questione, oltre a non essere *idonea* alla protezione al valore della famiglia (o meglio, tutelando un'*astratta* idea di ordine familiare, trascurando al contempo l'esigenza di protezione della *concreta* compagine familiare sorta dall'unione dei due fratelli), si presenta come non *necessaria*, in quanto punisce una condotta – comprensiva anche di ipotesi diverse quali l'unione carnale con l'utilizzo di precauzioni ovvero il caso di rapporti sessuali tra soggetti in stato di incapacità procreativa – non capace di frustrare uno degli scopi della norma dichiarati dalla Corte (in particolare, l'obiettivo legislativo a cui mi riferisco è quello di proteggere l'interesse della eventuale prole nata dal rapporto incestuoso a non essere esposta al rischio di trasmissione di malattie genetiche). Più in generale, il ricorrente sostiene che l'articolo codicistico si porrebbe in contrasto con il parametro valutativo generalmente applicato dalla più accreditata giurisprudenza tedesca, ovvero il

---

DOVA); in dottrina, con argomentazioni essenzialmente analoghe all'opinione suddetta, si veda T. HÖRNLE, *Das Verbot des Geschwisterinzesta – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*, in *NJW*, 2008, p. 2085 ss..

<sup>213</sup> G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di J. Feinberg*, Milano, 2010.

principio della *proporzionalità*. L'assenza di un “bisogno sociale impellente” (*pressing social need*), il fatto che il giudice nazionale non avesse tenuto in debita considerazione la circostanza secondo la quale, nel caso di specie, l'incesto è da qualificare come effetto e non già come ragione causale di problematiche e scompensi familiari e l'impossibilità di individuare precisamente una concreta offesa - sotto forma di lesione o messa in pericolo - di un “bene della vita” astrattamente protetto dalla norma, rendono quest'ultima censurabile sotto il profilo dell'*idoneità*, della *necessità* e della *proporzionalità in senso stretto*.

Anche l'utilizzazione da parte del *Bundesfervassungsgericht* del materiale empirico a sua disposizione è stato, oltre che oggetto di dibattito e vivaci discussioni in dottrina, censurato dall'attore.

La Corte, infatti, ha fondato il suo sapere scientifico (in aggiunta ai vari studi antropologici, psicoanalitici e biologici, più o meno attendibili, in materia)<sup>214</sup> essenzialmente sul parere richiesto al *Max-Planck-Institut* per il diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo<sup>215</sup>, composto da una prima sezione, dedicata ad un'indagine storico-comparata, ed in una seconda sezione, sui profili criminologici del fenomeno. La perizia in esame, condotta sulla base della valutazione della situazione giuridica di venti Nazioni del settore anglo-americano, dell'Europa continentale e di una serie di altri Stati extra-europei, perviene alla conclusione che,

---

<sup>214</sup> Per un esauriente rassegna, si veda CECCARELLI, *Il tabù dell'incesto. I fondamenti biologici del linguaggio e della cultura*, Torino, 1978; V. STRATENWERTH, *Inzest und Strafgesetz*, in *FS Hinderling*, Basel, 1974.

<sup>215</sup> H.-J. ALBRECHT-U. SIEBER, *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesfervassungsgericht in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern* -, Fassung vom 19. November 2007, p. 27, in [www.mpicc.de](http://www.mpicc.de).

sul piano infra- ed extra-europeo, sussisterebbe un'ambigua convergenza sulla rilevanza giuridica della congiunzione carnale tra fratelli consanguinei (seppur adulti consenzienti). Differenze normative sono riscontrabili solo nel concreto modo di atteggiarsi delle rispettive fattispecie<sup>216</sup>. Viene rivelato, inoltre, che nei Paesi (come Spagna e Costa d'Avorio) in cui l'incesto non costituisce autonomo reato penale, la condotta incriminata può senz'altro giocare ruolo di elemento di tipicità di altri delitti, e che, in ogni caso, i rispettivi ordinamenti giuridici apprestano altre forme di controllo e disciplina normativa, seppur non drasticamente penali (ad esempio divieti di matrimonio o inammissibilità del riconoscimento giuridico di figli nati dalla relazione incestuosa). Ad ogni modo, forme qualificate di rapporti di incesto (per esempio quelle che coinvolgono minori ovvero soggetti in situazioni di dipendenza psicologica) sono punibili in ogni sistema giuridico analizzato dal *Max-Planck-Institut*. Sovente, poi, parenti adottivi, genitori acquisiti (*Stiefverwandte*) ed affini in linea retta sono solo in casi eccezionali da ricomprendere nel campo di applicazione della fattispecie. Con divergenze edittali anche sensibili tra i differenti Paesi e solamente in pochi Stati analizzati, si considerano punibili penalmente anche atti sessuali analoghi alla congiunzione carnale e quelli omosessuali.

Rispetto allo studio scientifico-empirico svolto dall'Istituto, il ricorrente ha premura di far presente l'assenza di risultati certi ed incontrovertibili, che da soli, potrebbero

---

<sup>216</sup> H.-J. ALBRECHT-U. SIEBER, *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgericht in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern* -, Fassung vom 19. November 2007, p. 27, in [www.mpicc.de](http://www.mpicc.de).; *BVerfGE* 120, 224. La pronuncia è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2091 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA); per uno sguardo specifico alla dimensione europea del caso di specie, si veda A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2012.

invece giustificare una penalizzazione giuridica rispettosa del principio dell'*extrema ratio*.<sup>217</sup> Quanto al dato storico-comparato, P. osserva come il fattore invocato dal *Bundesverfassungsgericht* sia di tipo squisitamente *quantitativo*, più che rilevare nella sua dimensione *qualitativa*, essendo stati presi in considerazione Paesi evidentemente incomparabili con il sistema giuridico tedesco (ad esempio alcuni Stati nordamericani, in cui, per simili comportamenti, viene addirittura applicata la misura detentiva a vita), nonché altre esperienze remote quali il Levitico o il codice di Hammurabi, fondate su sostrati socio-culturali assolutamente divergenti rispetto a quello su cui si basa la legislazione germanica<sup>218</sup>.

I risultati contenuti nel parere succitato arricchiscono lo schema della *Verhältnismäßigkeit*, soprattutto nella sua prima componente relativa all'idoneità della misura legislativa impiegata rispetto agli obiettivi da quest'ultima perseguiti.<sup>219</sup> Si tratta di parametro valutativo che rappresenta una “trama consueta”<sup>220</sup> nei giudizi della Corte tedesca, diretto a porre dei limiti invalicabili

---

<sup>217</sup> H.-J. ALBRECHT-U. SIEBER, *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgericht in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern* -, Fassung vom 19. November 2007, p. 27, in [www.mpicc.de](http://www.mpicc.de). W. BOTTKE, *Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?* In *FS für K. Volk*, München, 2009.

<sup>218</sup> *BVerfGE* 329/07, primo punto: “Die Wurzeln des Inzestverbots reichen zurück bis in das Altertum. Ausprägungen des Verbots finden sich im Kodex des Hammurabi, im mosaischen und islamischen Recht, im Recht der griechischen Antike, im römischen, in ausgedehnter Form im kanonischen und im germanischen Recht sowie in den frühen deutschen Strafrechtsgesetzen. Das Inzest-Motiv hat auch Eingang in - für die Verfasstheit früher Rechtskulturen aussagekräftige - Mythen und Sagen gefunden, und ihm kommt seit jeher große Bedeutung in der Dichtung zu”.

<sup>219</sup> Sulle applicazioni della “proporzionalità” al diritto penale nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, si veda VOGEL, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, *StV*, 1996.

<sup>220</sup> A. NISCO, “*Principio di proporzionalità*” ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia*

nell'attività di legiferazione statale nel momento in cui entrano in gioco i diritti fondamentali della persona. Il *Bundesverfassungsgericht* precisa che l'uso dello strumento penalistico come ultima ratio deve essere conciliato con l'assicurazione al legislatore dell'essenziale spazio di libertà nelle opzioni di criminalizzazione funzionalmente preordinate alla tutela di un bene giuridico. Ora, alla Corte viene riconosciuto un margine di apprezzamento circa i presupposti empirici da utilizzare nel complessivo giudizio di proporzionalità, dal momento che una definitiva pretesa di assolutezza epistemologica bloccherebbe l'attività del potere legislativo. Nel caso di specie è proprio tale delicata ponderazione che è stata messa sotto i riflettori critici dell'opinione pubblica e della dottrina dominante (capeggiata dall'unico giudice penalista, membro del *BVerfGE221*).

La sentenza della Corte costituzionale tedesca muove dall'intento di testare la tenuta epistemologica del delitto in esame, tentando di dimostrare i possibili pregiudizi che una condotta incestuosa è suscettibile di provocare su terzi<sup>222</sup>. Il *BVerfGE* definisce il tabù dell'incesto, sulla base dei più accreditati studi nazionali e stranieri di antropologia culturale, un c.d. "universale culturale"<sup>223</sup>, ovvero "(...) un divieto

---

*penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p.147 ss.

<sup>221</sup> *Opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2103 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA); il momento della *Verhältnismäßigkeit* che più degli altri va arricchito di contenuto e considerazioni empiriche: HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in HASSEMER, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt a. M., 2007.

<sup>222</sup> A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2012.

<sup>223</sup> KOTTAK, *Antropologia culturale*, Milano, 2008; EMBER e M. EMBER, *Antropologia culturale*, Bologna, 2004.

universalmente riconosciuto nelle società umane”<sup>224</sup> in ogni tempo. La Corte muove dal presupposto che il divieto in esame possiede origini che risalgono “(...) probabilmente alle origini stesse della natura umana”<sup>225</sup>. Citando Freud, esso risale “(...) indietro nei tempi anteriormente a ogni religione”<sup>226</sup>. L'approccio ricostruttivo impiegato evidenzia sicuramente elementi di originalità<sup>227</sup>, mostrando tuttavia il fianco ad accuse di indebita apoditticità.

Il *Bundesverfassungsgericht* procede all'assegnazione al reato di incesto dei seguenti scopi (*Strafzwecke*):

- i. protezione dell'ordine familiare; il comportamento incriminato metterebbe a rischio l'istituto familiare, luogo di sviluppo della personalità dell'essere umano, ingenerando un'irrimediabile confusione di ruoli (*Rollenüberschneidung*) all'interno del nucleo;
- ii. tutela dell'autodeterminazione sessuale: statisticamente si rileva una dipendenza psicologica di un soggetto in posizione di inferiorità rispetto all'altro, solitamente di età superiore;
- iii. tutela da malattie genetiche;
- iv. salvaguardia della radicata “morale dominante”, menzionata in precedenza.

La prescrizione penale contenuta nel § 173, comma 2, *StGB* è considerata

---

<sup>224</sup> FABIETTI, *Elementi di antropologia culturale*, Milano, 2004.

<sup>225</sup> FABIETTI, *op. cit.*

<sup>226</sup> FREUD, *Totem e tabù*, Milano, 2008.

<sup>227</sup> In particolare, salvo ulteriori successivi approfondimenti, è usuale, rispetto ai lavori svolti dalla giurisprudenza costituzionale italiana, «(...) l'estensione del sindacato del *BVerfGE* sulle valutazioni di dati di fatto e prognosi (*Tatsachenvorstellungen und Prognose*) effettuate dal legislatore anteriormente alla fissazione delle restrizioni di “diritti fondamentali”» (BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale: il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005)

compatibile con il *Grundgesetz*. Il ricorso, ammissibile ma infondato, viene pertanto respinto sulla base delle argomentazioni di seguito sintetizzate.

In relazione alla presunta violazione dell'art. 2 GG, in combinato disposto con l'art. 1 GG la Corte osserva che il fondamentale diritto alla personalità non garantisce in modo assoluto ed incondizionato il diritto all'autodeterminazione sessuale, per cui, l'individuo, nella misura in cui ciò non intralci la sfera intangibile della vita privata, sarà suo malgrado obbligato ad accettare l'ingerenza di misure pubbliche adottate nell'interesse dei consociati e a tutela di beni giuridici di rilievo costituzionale. Il limite all'ingerenza suddetta è costituito proprio dal rigoroso rispetto del principio della *Verhältnismäßigkeit*, così come esso risulta articolato nella giurisprudenza costituzionale tedesca. La riconducibilità di un dato contegno all'interno del nucleo intangibile, dipende dal suo contenuto e determinanti risulteranno le circostanze del caso concreto<sup>228</sup>. Il principio oggetto del presente elaborato richiede – in relazione alla sanzione detentiva anche avendo riguardo alla garanzia della libertà personale ex art. 2, comma 2, GG – che una prescrizione penale sia utile alla protezione di terzi soggetto ovvero di un interesse collettivo. Nel suo *iter* argomentativo il *BVerfGE* sottolinea che la norma, per apparire come rispettosa del principio penalistico dell'*ultima ratio*, deve censurare solamente quelle condotte che, oltre ad essere vietate, siano al contempo particolarmente pregiudizievoli nell'ambito della vita sociale ed intollerabili per la tenuta di un'ordinata vita collettiva. Ora, la valutazione

---

<sup>228</sup> *BVerfGE* 120, 224. La pronuncia è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2091 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA).

di un “bisogno sociale impellente”<sup>229</sup>, nonché la determinazione dell'area del penalmente rilevante (che ricomprende la selezione dei beni giuridici meritevoli di protezione penalistica) rientrano nel margine di valutazione imputabile unicamente al legislatore. Quest'ultimo è sindacabile dalla Corte in misura limitata a seconda della “(...) particolarità dell'ambito fattuale in discussione, del bene giuridico in gioco, delle possibilità di produrre una sentenza sufficientemente sicura”<sup>230</sup>. Il presente passaggio della pronuncia, rappresenta un chiaro ed emblematico esempio di come il *Bundesverfassungsgericht*, nel decidere se paralizzare o meno la funzione normativa del legislatore, faccia un largo uso del giudizio di proporzionalità, articolandolo analiticamente nei tre sotto-criteri esaustivamente esaminati nel precedente capitolo. In particolare, l'attuazione della proporzionalità in senso stretto, che si risolve nel giudizio di equilibrata ponderazione tra intensità dell'ingerenza statale, da un lato, e l'urgenza delle ragioni che la giustificano, dall'altro, deve tenere in debita considerazione la sostenibilità (*Zumutbarkeit*) del divieto penale per i suoi destinatari. Nel rispetto della regola generale in parola e dei principi impliciti a cui la Costituzione sempre si ispira (ad esempio legalità e colpevolezza), dovrà sempre sussistere un proporzionato raccordo tra gravità del fatto, responsabilità soggettiva del *reo* e misura del trattamento sanzionatorio.

Parlando poi, dell'individuazione degli scopi che le norme penali devono perseguire,

---

<sup>229</sup> A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2012.

<sup>230</sup> *BVerfGE* 120, 224. La pronuncia è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2091 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA), con nota di G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto fra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, *ivi*, p. 2115 ss.

la Corte ribadisce l'assenza, all'interno della Carta costituzionale, di rigide pretese vincolanti per il legislatore. Quest'ultimo, democraticamente legittimato, è l'unico a cui viene demandato il compito suddetto, con l'osservanza dell'unico limite dato dalle disposizioni costituzionali. Tali restrizioni non possono invece essere desunte dalla teoria del bene giuridico (sul quale, peraltro, non sussiste neanche unanimità di vedute), che, non fornendo alcun criterio dal punto di vista contenutistico, non appare idonea ad indirizzare il legislatore verso l'esigenza di protezione di determinate realtà della vita sociale. In particolare, la Corte, decretando esplicitamente l'insuccesso della teoria del bene giuridico, sostiene la sostanziale coincidenza di quest'ultimo con i "(...) fondamentali ed elementari beni comuni (*Gemeinschaftsgüter*)"<sup>231</sup>. Il bene giuridico, quindi, si dissolve nei fini legislativi, in relazione ai quali è condotta la verifica di proporzionalità. A ben vedere, la conclusione a cui perviene il *BVerfGE* nel caso *Stübing c. Germania* non stupisce affatto, posto che il "disdegno" delle potenzialità selettive della teoria in questione è una vera e propria costante nella giurisprudenza costituzionale tedesca.

La critica poggia essenzialmente su tali assunti:

- La teoria del bene giuridico non è pervenuta ad alcun risultato certo in relazione alla definizione ed alla concettualizzazione di tale categoria;
- L'introduzione della Carta costituzionale ha reso anacronistica la capacità incriminatrice della teoria in esame e la sfiducia nei confronti del legislatore;
- Il barricarsi della scienza penalistica dietro il bene giuridico rischia di

---

<sup>231</sup> Cfr. VOGEL, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz*

adombrare la differenziazione tra scienza giuridica e morale;

- Il potere di definizione degli interessi normativi meritevoli di tutela (*Definitionsmacht*) è attribuito, in uno Stato democratico, al legislatore, senza che il concetto di bene giuridico possa opporsi in alcun modo.

Il *Bundesverfassungsgericht*, pertanto, fonda l'incriminazione penalistica analizzata, non già sulla lesione di un bene giuridico, bensì sulla violazione di una norma comportamentale, profondamente radicata nella coscienza sociale. L'esigenza della punibilità viene colta nel fatto che tale inosservanza suscita “disorientamenti” a causa di indomabili “paure “ della società<sup>232</sup>. Il delitto viene quindi annoverato tra quei reati basati sul rimprovero per la mera trasgressione ad un modello comportamentale e la protezione della collettività da sentimenti di indignazione. Pertanto, si parla, rispettivamente, di *Verhaltensdelikte* e di *Gefühlsschutzdelikte*.

Sulla base di tali premesse, il *BVerfGE* ritiene gli obiettivi legislativi “non criticabili dal punti di vista costituzionale”<sup>233</sup>. Nel voler proteggere i valori essenziali dell'ordine familiare (*familiären Ordnung*), il partner “sottomesso” (*unterlegener Partner*) nonché il diritto alla prole nata dalla relazione incestuosa a non essere affetta da malattie genetiche, si ritiene, pertanto che il legislatore non abbia indebitamente travalicato i limiti della sua discrezionalità.

In relazione alla necessità del perseguimento del primo scopo normativo succitato (tutela dell'ordine familiare), la Corte costituzionale tedesca afferma l'effettiva

---

<sup>232</sup> A. NISCO, “Principio di proporzionalità” ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p.147 ss.

<sup>233</sup> *BVerfGE* 120,224, sentenza 26 febbraio 2008, in [www.bundesverfassungsgericht.de/](http://www.bundesverfassungsgericht.de/).

probabilità che la condotta incestuosa provochi sul bene giuridico in esame (sancito dall'art. 6 GG) effetti pregiudizievoli. La famiglia, quale formazione sociale primaria, svolge l'essenziale funzione di organizzare relazioni “(...)primarie che connettono e legano le differenze cruciali della natura umana, la differenza di genere e la differenza di generazione”<sup>234</sup>. La “struttura relazionale” (simbolica) rappresentata dall'istituto in esame, consentirebbe di svolgere compiti necessari nella sfera non solo sessuale, ma anche riproduttiva, educativa ed economica, permettendo, al contempo di affrontare l'estraneo, il nuovo, il “non familiare”<sup>235</sup>. Lo Stato, il quale ha, con le sue regole, definito lo 'statuto giuridico' ed i più importanti aspetti strutturali esterni della famiglia, contempla il bene giuridico suddetto come il luogo più adeguato di esplicazione della personalità umana e di realizzazione di interessi e valori intimi delle persone che la compongono. La famiglia, pertanto, delineata nei suoi principi strutturali da concezioni ed influenze costituzionali, rappresentando la sede privilegiata per lo sviluppo corporeo e psicologico del bambini, per il quale risultano essenziali le relazioni di parentela, la suddivisione dei ruoli e le attribuzioni sociali e familiari, costituisce elemento fondamentale della convivenza umana. Una delle maggiori critiche alla criminalizzazione del c.d. *Beischlaf zwischen Geschwistern* poggia sull'asserita inidoneità della condotta suddetta a provocare danni a terzi<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Per l'orientamento psicologico in questione, in Italia, si veda SCABINI e CIGOLI, *Il familiare*, Milano, 2000. Per la letteratura straniera, si veda SCABINI, *Psicologia sociale della famiglia. Sviluppo dei legami e trasformazioni sociali*, Torino, 1995.

<sup>235</sup> BROWN, *Human Universals*, New York, 1991.

<sup>236</sup> *Opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2103 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA); il momento della *Verhältnismäßigkeit* che più degli altri va arricchito di contenuto e considerazioni empiriche: HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher*

Ebbene la Corte, richiamando le indagini svolte dal *Max-Planck-Institut*<sup>237</sup>, sostiene che, i danni in questione sono sì, difficilmente isolabili da altri effetti dovuti a differenti fattori, in quanto poco afferrabili, ma aggiunge anche che tale affermazione non ne va ad inficiare la plausibilità. Non di rado, infatti, all'interno di famiglie in cui si sono verificati casi di incesto, si assiste a ridotta autocoscienza, disturbi sessuali in età più avanzata, fallimenti lavorativi, deficit nella capacità di individuazione e definizione della propria identità sessuale, promiscuità sessuale, emarginazione sociale, depressione, sensi di colpa ed addirittura tentativi di suicidio. Da un'analisi clinica più approfondita si evince un'immagine dell'incesto tra fratelli minorenni alquanto complessa e lontana dagli stereotipi culturali, che interpretano la condotta in esame come frutto di follia o di sottosviluppo culturale. Gli psicologi concordano sul fatto che, alla base della persistente tendenza all'erotizzazione della relazione fraterna e della conseguente inosservanza del tabù di incesto, vi sia in ogni caso la presenza di alcuni fattori determinanti: abuso di alcool, perversione, parafilie<sup>238</sup>, mancanza o inadeguatezza del controllo degli impulsi, assenza di limiti sessuali specifici<sup>239</sup>, disfunzioni familiari di vario tipo (ad esempio, un'estrema esaltazione di caratteristiche 'machiste' del figlio maschio e seduttive nella figlia femmina). Di conseguenza, l'unione incestuosa viene non di rado spiegata come bisogno da parte

---

*Eingriffe*, in HASSEMER, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt a. M., 2007.

<sup>237</sup> H.-J. ALBRECHT-U. SIEBER, *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgericht in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern* -, Fassung vom 19. November 2007, p. 27, in [www.mpicc.de](http://www.mpicc.de).

<sup>238</sup> A. VASSALLI, *Abuso sessuale sui bambini: definizione, caratteristiche e conseguenze*, in MALACREA e A. VASSALLI (a cura di), *Segreti di famiglia*, Milano, 1990.

<sup>239</sup> HEIMAN, *Scioglimento dei legami incestuosi*, in KAHN e LEWIS (a cura di), *Fratelli in terapia*, Milano, 1992.

dei figli di una stabile congruenza emotiva all'interno di un ambiente familiare profondamente turbato e vuoto. Ragioni non dissimili vengono delineate dalla letteratura psicologica con riferimento alle relazioni incestuose tra fratelli adulti. Alla base di esse vi sarebbero, solitamente, ipercoinvolgimenti emotivi e l'impellente bisogno di ricomporre l'unità della famiglia di origine<sup>240</sup>.

In generale, si osserva poi una sovrapposizione dei ruoli all'interno dell'ordine familiare ed un vacillamento dei presupposti della congregazione. Da qui, il “buon senso”<sup>241</sup> del divieto volto ad impedire congiunzioni carnali tra membri dello stesso nucleo, anche (forse soprattutto) se intercorrente tra fratelli, posto che in tale eventualità il rischio dei cosiddetti “incesti dispotici” ovvero “incesti matrimoniali” risulta particolarmente frequente<sup>242</sup>. Invero, nella lettura medica antropologica vengono spesso riportati casi nei quali il fratello maggiore diviene “successore” del padre e in cui, ad ipotesi di implicita coercizione (perlopiù sotto forma di timore reverenziale) si affiancano non di rado eventi di uso della forza con conseguente soggiogazione e restrizione della capacità di scelta della vittima. L'obiezione secondo la quale la protezione dell'autodeterminazione sessuale sarebbe sufficientemente assicurata dai successivi § § 174 e ss. *StGB*, perde valore, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, considerando che l'articolo in discussione prende in

---

<sup>240</sup> ROUYER, *L'incesto fratello-sorella*, in GABEL, LEBOVICI, MAZET (a cura di), *Il trauma dell'incesto*, Torino, 1997; si veda, inoltre, G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto fra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2115 ss.

<sup>241</sup> *BVerfGE* 120,224, sentenza 26 febbraio 2008, in [www.bundesverfassungsgericht.de/](http://www.bundesverfassungsgericht.de/).

<sup>242</sup> Cfr. STAUDACHER, *Anthropologische Untersuchungen zum Inzestproblem unter besonderer Berücksichtigung des Bruder-Schwester-Inzests*, 1974; in senso non dissimile, si veda HIRSCH, *Realer Inzest. Psychodynamik des sexuellen Missbrauchs in der Familie*, 3ª edizione 1994.

esame le peculiari e specifiche condizioni del soggetto passivo che versa in stato di assoggettamento e dipendenza determinati da legami di tipo familiare e radicate in relazioni di parentela. Tale particolare situazione comporta che la vittima non sempre riesca a manifestare un rifiuto esplicito all'amplesso. Ne consegue l'inidoneità della condotta descritta ad integrare compiutamente la fattispecie astratta di violenza sessuale (§ 177 StGB)<sup>243</sup>, mancando l'elemento della “costrizione” che implica naturalmente l'insussistenza della volontà consensuale del soggetto passivo<sup>244</sup>. Si osserva, inoltre, che i §§ 174 e ss. StGB contengono una nozione di violenza che viene interpretata in modo assai restrittivo dalla più accreditata giurisprudenza tedesca. Essa sarebbe infatti da intendere nel senso di *körperlich wirksame Zwangseinwirkung*<sup>245</sup> e non si presterebbe a ricomprendere tipologie di condotte abusive poste in essere senza il ricorso alla *vis* fisica<sup>246</sup>. Gli studi psicologici in materia hanno in effetti rilevato che in contesti familiari disagiati raramente l'incesto avviene per iniziativa contemporanea dei due fratelli. Un dato di grande rilevanza, evidenziato nell'ambito delle ricerche condotte su ampia casistica, evidenzia che,

---

<sup>243</sup> Cfr. BGH, decisioni del 13 aprile 1999 – 1 StR 111/99 -, NstZ 1999, p. 470, e del 12 giugno 2001 – 1 StR 190/01 -, juris)

<sup>244</sup> BVerfGE 120, 224. La pronuncia è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2091 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA).

<sup>245</sup> In Germania nell'interpretazione della nozione di violenza, nell'ambito dei delitti posti a protezione dell'autodeterminazione sessuale, prevale decisamente un orientamento molto restrittivo sia a livello giurisprudenziale che dottrinale. Affinché possa dirsi integrato l'elemento della violenza è, tuttavia, necessario che dall'insieme delle circostanze e dalla condotta generale si realizzi una situazione fattuale di effettiva costrizione fisica, percepita come tale dal soggetto passivo, e di una tale intensità da porre quest'ultimo in uno stato passivo di incapacità fisica-meccanica di reazione.

<sup>246</sup> BVerfGE 120, 224. La pronuncia è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2091 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA), con nota di G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto fra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, *ivi*, p. 2115 ss.;

diversamente da quanto comunemente si crede, l'uso della forza fisica è tutt'altro che frequente. Nel 68% dei casi la violenza fisica risulta del tutto assente, mentre nel 29% dei casi essa è stata minima. Gli studiosi sono tuttavia concordi nel ritenere che tale considerazione non esclude di per sé il fatto che anche in tali ipotesi si assiste, il più delle volte, a legami di dipendenza e alla conseguente riduzione dell'autonomia decisionale del “soggetto debole”.

Con riferimento all'obiettivo legislativo della prevenzione di malattie generiche, il legislatore, a detta della Corte costituzionale, basandosi su punti di vista eugenetici<sup>247</sup> sostiene che per la prole nata da rapporti carnali incestuosi aumenta considerevolmente il rischio di danni rilevanti a causa dell'elevata probabilità di accumulazione dei caratteri ereditari recessivi<sup>248</sup>.

Infine, la Corte rafforza le argomentazioni poc'anzi esposte attraverso il richiamo dell'ultimo obiettivo preso di mira dal legislatore tedesco al momento della predisposizione del § 173 *StGB*; la convinzione sociale, storicamente e culturalmente radicata, circa la meritevolezza della rilevanza penale delle condotte incestuose. A parere del *BVerfGE*, non avendo gli scopi surrichiamati una rilevanza autonoma, essi

---

<sup>247</sup> A. NISCO, “Principio di proporzionalità” ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p.147 ss.

<sup>248</sup> Nella letteratura e negli studi contemporanei si sostiene che, con l'aumentare della consanguineità tra i genitori biologici aumenta la possibilità dell'emergere di malattie ereditarie rare recessive. Tuttavia, il rischio principale di tare genetiche non è dovuto tanto a una consanguineità stretta dei genitori, quanto a un alto coefficiente di incrocio in una popolazione o sottopopolazione che, per ragioni geografiche, sociali o religiose, ha scarsi rapporti riproduttivi con l'esterno ed è di consistenza relativamente limitata; per quanto attiene al materiale su cui le argomentazioni del *BVerfGE* si sono fondate, si veda SZIBOR, *Rechtsmedizin*, 2004, p. 387 ss; STAUDACHER, *Anthropologische Untersuchungen zum Inzestproblem unter besonderer Berücksichtigung des Bruder-Schwester-Inzests*, 1974; SCHUBARTH, in *Festschrift für Gerald Grünwald*, 1999, con riferimento alle ricerche di Eibl-Eibesfeld, Wickler e Bischof.

otterrebbero forza legittimativa solo se complessivamente considerati. Per avvalorare la tesi suddetta, la Corte si avvale delle considerazioni fatte all'interno del parere reso dal *Max-Planck-Institut*, il quale dimostra come l'incesto sia un fatto stigmatizzato e sanzionato in forma geograficamente e storicamente diffusa. Secondo la Corte, insomma, considerando il generico disincanto che circonda attualmente la teoria del bene giuridico, può restare aperta la questione, se sia ancora assecondabile la distinzione tra fattispecie penali fondate solo su una concezione morale dominante e norme funzionalizzate alla protezione di beni-vita ben definiti e non frantumati in un mosaico di "stravaganti"<sup>249</sup> scopi non afferrabili con i tradizionali strumenti concettuali a disposizione del penalista.

In sintesi, svolgendo una generale funzione di richiamo, stabilizzazione normativa e di prevenzione generale, il § 173, comma 2, *StGB* soddisfa, al tempo stesso, i tre criteri in cui il principio di proporzionalità si va articolando; *idoneità*, *necessità* e *proporzionalità in senso stretto*.

Alla ripulsa legislativa-penale della condotta incestuosa, va, innanzitutto, conferito l'attributo dell'*idoneità* al perseguimento degli obiettivi dichiarati. La Corte, in particolare, rigetta la confutazione avanzata dal ricorrente fondata sulla considerazione che il fenomeno si manifesta solitamente nell'ambito di situazioni familiari disagiate poco soggette alla ricezione dell'effetto psicologico-riabilitativo della pena penale. La legittimità dell'intervento normativo non può, infatti, essere esclusa per il solo fatto che l'efficacia scoraggiante della prescrizione penalistica non

---

<sup>249</sup> A. NISCO, "Principio di proporzionalità" ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p.147 ss.

può essere provata in ogni settore della vita umana. L'obiezione, poi, secondo la quale la lacunosità e la contraddittorietà della fattispecie legislativa, nonché la causa di non punibilità per i minorenni contenuta nel § 173, comma 3, *StGB*, provocherebbero l'inidoneità della norma suddetta al raggiungimento dei suoi scopi, può essere facilmente superata considerando che il legislatore, in tal modo, punisce “un aspetto centrale” del rapporto sessuale, capace peraltro di produrre danni ulteriori attraverso il concepimento di discendenti. La posizione istituzionale del *Bundesverfassungsgericht* non gli permetterebbe di ingerire dell'esteso margine di valutazione del legislatore, che sarebbe ampiamente autorizzato a compiere differenziazioni di disciplina<sup>250</sup>.

La non estensione dell'ambito applicativo della norma in esame allo stesso fatto se compiuto tra fratelli adottivi, fratelli affidatari e fratellastri, si giustifica, a parere della Corte, per il fatto che tale condotta contrasterebbe “in misura minima” con l'idea tradizionale famiglia. Tale affermazione sarebbe confermata dalla mancata previsione, nello *Strafgesetzbuch*, il matrimonio tra fratelli non consanguinei non viene punito (§ 1307, comma 1, *StGB*), e nel § 1308 *BGB* viene delineata una disciplina specifica e meno rigorosa per i fratelli adottivi. Si sostiene inoltre che, oltre alla totale assenza del pericolo di trasmissione di malattie genetiche, non è priva di fondamento la supposizione secondo cui forme di assoggettamento psicologico e caratteriale potrebbero verificarsi, in tal caso, con minore probabilità. Infine, l'esclusione della punibilità nel caso di congiunzione carnale tra fratelli dello stesso

---

<sup>250</sup> *BVerfGE* 120,224, sentenza 26 febbraio 2008, in [www.bundesverfassungsgericht.de/](http://www.bundesverfassungsgericht.de/).

nesso e l'integrazione della fattispecie penalistica anche nel caso di uso di contraccettivi non mettono in dubbio l'attitudine della norma a soddisfare i fini della tutela dell'autodeterminazione sessuale e quello della prevenzione di malattie genetiche invalidanti.

Sotto il profilo del rispetto della *necessità*, il *Bundesverfassungsgericht* rigetta i dubbi di illegittimità costituzionale, sostenendo la non equiparabilità, sotto il profilo dell'efficacia, delle misure di assistenza sociale pubblica per minorenni all'armamentario penale. A differenza della misura emessa dal giudice tutelare, che sarebbe più efficacemente indirizzato all'impedimento e alla rimozione delle violazioni della legge, lo strumento penalistico sarebbe dotato di una diffusa e più incisiva funzione general-preventiva che avrebbe, al contempo, un significativo influsso anche sul caso concreto, attraverso il riconoscimento pubblico del soggetto passivo, la conseguente diminuzione del senso di colpa e la crescita dell'autostima personale.

Concludendo, la Corte costituzionale tedesca, sancisce la *proporzionalità in senso stretto* della misura in esame, posto che essa va a toccare solo un ambito relativamente ristretto della vita personale e che la comminatoria – detenzione fino a due anni o pena pecuniaria – presenta limiti edittali moderati e non prevede una soglia minima.

Dal lato opposto, al valore della famiglia ed al suo significato istituzionale l'art. 6 GG garantisce un elevato tasso di protezione costituzionale, in quanto elemento costitutivo della pacifica vita sociale umana. Lo stesso può dirsi con riferimento al bene giuridico dell'autodeterminazione sessuale delle “*unterlegenen Personen*”. In

definitiva, si ritiene che il legislatore sia pervenuto ad una ragionevole ed equilibrata ponderazione degli interessi in gioco, non essendosi verificata alcuna inosservanza dell'*Übermaßverbot*<sup>251</sup>.

---

<sup>251</sup> *BVerfGE* 120,224, sentenza 26 febbraio 2008, in [www.bundesverfassungsgericht.de/](http://www.bundesverfassungsgericht.de/).

## 1.2. Le reazioni della dottrina e l'opinione dissenziente del giudice Hassemer

Nell'ambito dell'opinione pubblica e all'interno della dottrina penalistica tedesca si sono registrate numerose critiche, indirizzate, innanzitutto, ai presupposti teorici della sentenza testé richiamata – ad esempio in relazione alla frettolosa e agerantistica svalutazione della categoria del bene giuridico<sup>252</sup> – e, in secondo luogo, ai singoli obiettivi della norma penale esaminata, individuati dal *Bundesverfassungsgericht*<sup>253</sup>.

A tal riguardo, ritengo che una corretta analisi esegetica del § 173 *StGB* debba esser accompagnata necessariamente ad alcune considerazioni che attengono allo sviluppo del diritto penale sessuale in Germania. Si possono osservare, pertanto, due tendenze contrapposte.

Da un lato, nell'ambito della morale sessuale, si è registrato un notevole mutamento della sensibilità sociale che ha dato luogo all'adozione di una serie di interventi riformatori improntati sulla pretesa di una netta “separazione tra diritto penale e

---

<sup>252</sup> HEFENDEL/VON HIRSCH/WOHLERS (Hrsg.), *Die Rechtsguttheorie*, 2003. Il manoscritto offre un'eccezionale base conoscitiva della materia.

<sup>253</sup> *Opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2103 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA); HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in HASSEMER, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt a. M., 2007; in dottrina, in termini sostanzialmente analoghi alla visione espressa dal giudice Hassemer, si veda anche T. HÖRNLE, *Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsrechtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*, in *NJW*, 2008,, pp. 2085 ss.; L. GRECO, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutlehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZIS*, 5/2008, pp. 234 ss.; W. BOTTKKE, *Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?*, in *FS für K. Volk*, München, 2009, pp. 93 ss; A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2012.

morale”<sup>254</sup>. Si tratta, in sostanza, di una tendenza alla “decriminalizzazione del diritto penale sessuale” ed al “cambiamento da un diritto penale posto a presidio di norme morali ad un diritto penale orientato alla tutela di beni giuridici”<sup>255</sup>. Dall'orientamento in questione sono scaturiti una serie di interventi legislativi rilevanti; in forza della *Prima legge di riforma del diritto penale* del 25 giugno 1969 (...), ad esempio, è stata abolita l'incriminazione dell'adulterio, dell'omosessualità tra adulti consenzienti e degli atti osceni con animali; attraverso *La quarta legge di riforma del diritto penale* del 23 novembre 1973 (...), poi, è avvenuto, più generalmente, la separazione del diritto penale sessuale dal sanzionamento della mera immoralità; *La ventinovesima legge di modifica del diritto penale* del 31 maggio 1994, ha comportato, infine, la modifica del titolo della tredicesima sezione del Codice penale in “Reati contro l'autodeterminazione sessuale” - (titolo che in momento precedente recitava: “Reati contro la moralità” - *Straftaten gegen der Moralität*) nonché l'abrogazione del § 175 *StGB*, che, in passato, sanzionava penalmente gli atti omosessuali con minori (...)<sup>256</sup>.

La tendenza dottrinale e legislativa contraria, invece, introducendo un elemento di ambiguità nel settore penalistico germanico, è contrassegnata da un notevole

---

<sup>254</sup> Cfr. HANACK, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, in *Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags 1968, Gutachten A*, p.28 ss., con ulteriori riferimenti; in generale, con riferimento al rapporto tra sfera giuridica e morale, si veda G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di J. Feinberg*, Milano, 2010.

<sup>255</sup> RENZIKIWSKI, in *Münchener Kommentar, StGB*, 2005, § § 174 ss. Par. 2, 61.

<sup>256</sup> *BVerfGE* 120, 224. La pronuncia è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2091 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA).

inasprimento punitivo e da un allargamento dell'area di rilevanza penalistica dei delitti che incidono sull'autodeterminazione sessuale. Vanno, pertanto, accennate *La ventiseiesima legge di modifica del diritto penale - tratta di esseri umani* del 14 luglio 1992 (...), *La legge di modifica delle norme sui reati contro l'autodeterminazione sessuale e sulla revisione di altre disposizioni* del 27 dicembre 2003 (...) e *La legge per la lotta contro i reati sessuali e gli altri reati di pericolo* del 26 gennaio 1998 (...). Le disposizioni suddette intendono approdare ad una più incisiva protezione dei bambini contro gli abusi sessuali e ad una migliore salvaguardia dei consociati contro i delinquenti abituali o per tendenza.

Le considerazioni appena svolte dimostrano la complessità del tema affrontato ed esplicitano le implicazioni che la disposizione in esame comporta nell'area della c.d. *Moralität*.

Ad ogni modo, il dibattito in questione, lungi dal restare strettamente confinato nel contesto giuridico-sociale tedesco, emerge anche all'interno del sistema italiano. L'art. 564 del Codice penale italiano, a differenza della corrispondente norma tedesca, estende la punibilità agli affini in linea retta, definisce la condotta incriminata solo come congiunzione carnale tra persone di sesso differente e delinea, quale elemento costitutivo del reato, l'evento causale del "pubblico scandalo"<sup>257</sup>. A seguito della rilevazione dell'illegittimità costituzionale, per asserita violazione degli artt. 2, 3 co. 1°, 13 co. 1° e 27 co. 3° Cost., la Corte Costituzionale italiana ha dichiarato la norma suddetta legittima, affermando che il bene giuridico tutelato dalla

---

<sup>257</sup> Per un commento approfondito, A. CADOPPI- L. MONTICELLI, *Incesto (art. 564)*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI- A. MANNA- M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Parte speciale, VI, Torino, 2009, pp. 33 ss.

norma è l'ordine interno familiare, colto in una certa dimensione, alla quale il legislatore è libero di ispirarsi, caratterizzata dal divieto di comportamenti incestuosi (anche tra fratelli) come “*ethos* le cui radici si perdono lontano nel tempo”<sup>258</sup>. Negando, quindi, la sussistenza, nell'economia della fattispecie, di un bene eugenetico e contraddicendo le potenzialità critiche e selettive della teoria del bene giuridico (che dovrebbe essere afferrabile e indipendente dalla morale), la Consulta afferma la completa discrezionalità del legislatore nel definire un “*ethos*” che giustifichi l'incriminazione penale, anche se quest'ultima condanna condotte prive di dannosità per la collettività (quali i rapporti incestuosi tra affini adulti consenzienti in linea retta).

Il giudice Hassemer, unica autorità giudiziaria penalista nel collegio del *Bundesverfassungsgericht* al momento della decisione, si pronuncia, innanzitutto, sulla funzione che lo strumento penalistico è chiamato a svolgere nel complesso delle fonti normative tedesche. Qualificando l'intervento penale quale “l'arma più tagliente a disposizione del legislatore”<sup>259</sup>, egli pone a fondamento della sua trattazione il concetto di *extrema ratio*. Con l'incriminazione, infatti, oltre a venir formulato un giudizio di disvalore etico-sociale, vengono poste in essere gravi interferenze dei diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. Nella definizione degli scopi e della *ratio* di una norma penalistica, quindi, egli non dispone di un'assoluta libertà di

---

<sup>258</sup> Cfr. Corte costituzionale, 15 novembre 2000, n.518/2000, in *Giur. Cost.*, 2000, p. 4058, con nota di M. CESARE, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*; in *Giur. it.*, 2001, p. 994, con nota di F. BIONDI, *La Corte costituzionale individua il bene giuridico tutelato dal reato di incesto*.

<sup>259</sup> *Opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2104 (traduzione di G. DODARO e M. DOVA)

scelta, dovendosi invece confrontare con una serie di limitazioni. La restrizione della libertà individuale deve essere giustificata da interessi di notevole importanza, da un valore elementare ovvero da un presupposto fondamentale della pacifica convivenza all'interno della società civile. Al contempo, la condotta penalmente rilevante non dovrà essere soltanto meramente vietata, bensì anche socialmente pregiudizievole - "in maniera particolare ed (...) intollerabile per la convivenza delle persone".

La Corte costituzionale, pur non potendo valutare l'opportunità (*Zweckmäßigkeit*) e la giustizia della misura, sarà legittimata a verificare l'armoniosa conformità della legge alla scala di valori costituzionali, di cui essa è garante primario.

L'individuazione degli scopi normativi della fattispecie penalistica è un compito che deve essere svolto con irrinunciabile chiarezza e precisione, non potendo essere attribuito, *a posteriori*, alla prassi o alla scienza giuridica. Ebbene, la feroce critica formulata dal Hassemer, poggia proprio sull'assenza della necessaria precisione metodologica suddetta<sup>260</sup>. Il legislatore, nel predisporre il § 173 *StGB*, fondato su una "convinzione storico-sociale fortemente radicata"<sup>261</sup> e su uno studio comparatistico svolto a livello sovranazionale, non ha inteso tutelare beni giuridici eugenetici essenziali per la collettività<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> D. KRAUB, *Rechtsgut und kein Ende, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests (BVerfGE 120, 224)*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p. 426 ss.

<sup>261</sup> *BVerfGE 120, 224*. La pronuncia è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2091 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA).

<sup>262</sup> Un'approfondita analisi critica della rilevanza giuridica del tabù dell'incesto è contenuta, inoltre, nel commento di G. P. FLETCHER: «One would think that the constitutionality of incest would be a rather trivial problem for the courts. After all, the leading courts of Europe and the United States have already held that the national state legislatures may not prohibit homosexual relations. Why should it be difficult to reason by analogy from homosexuality to incest? Both crimes have their

In particolare, con riferimento all'asserito scopo normativo avente ad oggetto la tutela dell'eventuale prole da presunti danni ereditari, Hassemer rileva la completa "assurdità"<sup>263</sup> di tale scelta legislativa. In tal modo, infatti, si è compiuta un'irragionevole ponderazione tra il presunto interesse alla vita del bambino potenzialmente concepito con malattie genetiche, da una parte, e l'eventuale interesse alla propria vita, dall'altra. Sotto i riflettori è posto anche l'asserito pregiudizio a terzi presumibilmente derivante dalla condotta incestuosa. Infatti, neanche il danno potenzialmente derivante alla collettività, che debba provvedere ad oneri fiscali di assistenza sociale, appare come legittimo a sostegno di un'incriminazione giuridica, per evidente impossibilità di negare il diritto alla vita a bambini menomati (oltre al fatto che un "danno degno di nota", che giustifichi una norma penale protettiva, può essere contemplato unicamente con riferimento a gruppi ristretti di popolazione).

Infine, il § 173 *StGB* non può venir plasmato neanche dall'obiettivo dell'autodeterminazione sessuale ("*§ 173 StGB habe spezifische, durch di Nähe der Familie bedingte oder in der Verwandtschaft wurzelnde Abhängigkeiten und Schwierigkeiten der (...) Abwehr von Übergriffen im Blick*")<sup>264</sup>, posto che quest'ultima non è stata richiamata nemmeno una volta dal legislatore e che la Corte

---

origins in the Bible or at least in ancient religious principles of punishing moral wrongdoing that are inconsistent with modern views about punishing socially dangerous behavior. Both are thought to be crimes against the family or crimes against morality. (...) », *The relevance of Law to the Incest Taboo*, in in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p. 321 ss.

<sup>263</sup> *Opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2106 (traduzione di G. DODARO e M. DOVA)

<sup>264</sup> D. KRAUß, *Rechtsgut und kein Ende, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests (BverGE 120, 224)*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p. 426 ss.

costituzionale ha solamente in un momento successivo giustificato la disposizione in esame alla luce della finalità suddetta. Inoltre, né la formulazione legislativa, né la collocazione sistematica della norma (inquadrate non già tra i reati posti a garanzia della *sexuelle Selbstbestimmung* [=autodeterminazione sessuale], ma tra i “Reati contro lo stato delle persone, il matrimonio e la famiglia”) danno indicazioni in tal senso. La tesi in questione viene rinforzata se si considera poi che nella norma analizzata, a differenza delle altre disposizioni codicistiche protettive della libertà sessuale, non assumono rilevanza indicatori di ridotta autonomia o altre particolarità del contatto tra soggetto attivo e passivo (età, stato di necessità o dipendenza ecc.), risultando invece sufficiente la mera congiunzione carnale.

Il giudice Hassemer conclude la sua trattazione mettendo in dubbio la potenzialità giustificatrice dell'ultimo bene giuridico ipotizzato dal *Bundesverfassungsgericht*: la salvaguardia della famiglia e del matrimonio. Si rileva, infatti, soprattutto a seguito dell'abrogazione della punibilità dell'adulterio, un mutamento sociologico-giuridico della funzione dell'istituto familiare. L'attuale liceità di rapporti sessuali tra soggetti diversi rispetto ai genitori di un certo nucleo, sicuramente dannosi per la compagine familiare, si pone evidentemente in contrasto con il generalizzato disvalore espresso dal § 173 *StGB* nei confronti della congiunzione carnale tra fratelli. Non esiste più, in sostanza, una famiglia concepita come “comunità domestica e di vita”, bensì una mera “comunità d'incontro senza una reale vita familiare”<sup>265</sup>. Secondo il giudice, la condotta incriminata non andrebbe neppure a comportare una dannosa

---

<sup>265</sup> *Opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2108 (traduzione di G. DODARO e M. DOVA)

“sovrapposizione dei ruoli”<sup>266</sup>(che potrebbe prodursi in relazione alla prole eventualmente nata dalla relazione incestuosa e che, pertanto non corrisponderebbe all'immagine della famiglia contemplata all'articolo 6 del *Grundgesetz*), posto che la norma in esame non mira ad impedire il concepimento di bambini e che la probabilità della procreazione, in un'era in cui quest'ultima può facilmente essere evitata attraverso l'uso di vari tipi di contraccettivi, è solamente eventuale.

Concludendo, il legislatore, maturando idee mutevoli e sempre alquanto approssimative, non è riuscito a delineare nessun bene giuridico che fornisca alla norma un obiettivo legittimo dal punto di vista costituzionale e non ha abolito l'incriminazione suddetta solamente perché la collettività vi ravvisa un grave disvalore e perché ritiene che la sua abrogazione indebolirebbe la consapevolezza dell'abnormità della condotta. Attraverso una descrizione normativa “mobile”, “vaga” e non sorretta da una legittima giustificazione eugenetica, il § 173 *StGB* afferra troppo poco, poiché non comprende al suo interno modalità comportamentali egualmente pregiudizievoli e dà rilievo soltanto alla condotta posta in essere tra fratelli consanguinei. Dall'altro lato, tuttavia, la fattispecie si estende troppo in quanto, escludendo la punibilità per i minori di diciotto anni, età in cui l'influsso della convivenza familiare sta scemando, non comprende modalità di condotta che non possono (più) influenzare negativamente il nucleo familiare<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> In una precedente pronuncia del 1973, il *BverGE* stabilì che il divieto delle congiunzioni carnali all'interno del nucleo familiare, al di fuori del rapporto tra i coniugi, ha il del “buon senso”, dal momento che la funzione vitale della famiglia viene scossa in modo determinante, se la compagine organizzativa familiare vacilla a causa di tali rapporti sessuali “incrociati” (cfr. *BverGE* 36, 146 <167>).

<sup>267</sup> *Opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio*

Secondo la valutazione critica in esame, il § 173 *StGB* si pone in contrasto con il principio di proporzionalità soprattutto in relazione al sotto-criterio della *necessità*. In effetti, il *Max-Planck-Institut* richiama l'attenzione su una serie di interventi (misure terapeutiche o di assistenza sociale minorile) che esplicherebbero la loro efficacia in uno stadio temporale anteriore rispetto alla norma penale, posto che quest'ultima non riguarda soggetti minorenni. Inoltre, essi eviterebbero gli effetti negativi di un eventuale procedimento penale a carico dell'imputato. L'applicazione del § 173 *StGB*, infatti, provocherebbe una lesiva suddivisione dei ruoli tra autore e vittima nell'incesto e, di conseguenza, il rischio di imputare in modo frettoloso ed infondato la gravosa responsabilità penale a carico di un solo partner. Infine, le misure alternative proposte, impedirebbero il fenomeno della “seconda vittimizzazione” legata all'impiego dell'intervento penale. Nell'ambito di situazioni intime e vulnerabili, invero, le indagini e le condanne giudiziarie irrompono in maniera particolarmente massiccia, provocando un acuirsi dell'offesa agli interessi in gioco ed ulteriori danni ai soggetti coinvolti<sup>268</sup>.

A mio parere, la fattispecie in esame, più che essere soggetta a critiche riferite alla questione della meritevolezza della tutela giuridica, presta il fianco a molteplici censure sotto il profilo della tecnica di tipizzazione impiegata dal legislatore.

In relazione al primo punto (meritevolezza della pena della condotta incestuosa),

---

2008, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2111 (traduzione di G. DODARO e M. DOVA); si veda, inoltre, A. NISCO, “*Principio di proporzionalità*” ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p.158 e ss.

<sup>268</sup> *Opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2112-2113 (traduzione di G. DODARO e M. DOVA).

infatti, non si può di certo negare che la congiunzione carnale tra parenti, seppur non direttamente nociva per singoli e ben delineati beni giuridici, vada a ledere quei “fondamentali ed elementari beni comuni”<sup>269</sup>, così radicati nella coscienza umana da non poter esser del tutto obliterati dal legislatore. Quest'ultimo, anche se considerando elementi alquanto stravaganti rispetto al prototipo legale e frantumando il concetto di bene giuridico in un “mosaico di scopi”, ha tentato giustamente di salvaguardare tale convinzione sociale, storicamente e culturalmente universale, rispettando la tavola dei valori penalmente presidiata là dove la condotta incriminata provocherebbe reazioni di sdegno da parte della collettività di cui egli è garante.

Se, a mio avviso, lo scopo normativo perseguito, in sé considerato, appare nobile e legittimo rispetto alla scala di valori costituzionalmente sanciti, non può dirsi lo stesso con riferimento all'osservanza del principio dell'*ultima ratio*. Su tale punto mi sento di condividere l'opinione espressa dal giudice Hassemer; gli interventi penali, presupponendo un giudizio di disvalore etico-sociale, sono gli strumenti più gravosi a disposizione del legislatore, soprattutto sotto il profilo delle limitazioni dei diritti fondamentali connesse alla minaccia penale, allo svolgimento del processo ed all'esecuzione della sanzione. Il delitto di incesto, pertanto, pur volendo (non a torto) prevenire una condotta riprovevole e avvertita come “sbagliata” dai consociati, si espone a dubbi di costituzionalità in considerazione della concreta disponibilità di

---

<sup>269</sup> L'impostazione in questione emerge chiaramente da alcuni interventi riformatori nelle esperienze del Canada e della Svizzera, come segnalato dal Max-Planck-Institut, *Stellungnahme*; in dottrina, a favore di una maggior razionalità della scienza penalistica, si veda, A. NISCO, in “Principio di proporzionalità” ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p.158 e ss.

altre misure statali (misure assistenziali, terapeutiche e simili), che possono effettivamente garantire la protezione degli interessi suddetti in modo più incisivo (ad esempio evitando i danni provocati dall'esposizione mediatica che in tali casi spesso consegue al processo e quelli derivanti dalla detenzione del soggetto attivo) e, al tempo stesso, meno lesivo della libertà umana.

Passando al profilo relativo alla struttura della fattispecie delineata dal legislatore tedesco, possono essere evidenziate censure di maggior rilevanza.

La norma in esame, infatti, viene modellata sul prototipo della fattispecie penale a pericolo astratto. Il danno, all'interno dell'economia della fattispecie, è solamente potenziale. Si parla, al riguardo, di una mera “messa in crisi” (*Erschütterung der Daseinsgewissheit*), ovvero dello scuotimento della garanzia di sicurezza del godimento del bene giuridico protetto. A differenza dei reati di danno, i reati in questione contengono un'anticipazione della tutela del bene giuridico ed un conseguente rafforzamento della funzione general-preventiva dell'intervento penalistico. Dunque, il legislatore, configurando attraverso una presunzione *iuris et de iure* una norma che condanna un comportamento astrattamente e tipicamente pericoloso (non basandosi, tra l'altro, su basi scientifiche ed empiriche solide e certe), è incorso in un cieco livellamento del trattamento penale per ogni tipo di soggetto ed in ogni tipo di situazione concreta. Viene, pertanto, sottratta la possibilità al giudice di differenziare e modulare la reazione penalistica a seconda del diverso atteggiarsi delle circostanze fattuali, verificando di volta in volta l'effettivo prodursi dell'evento dannoso (lesione o messa in pericolo del bene famiglia o autodeterminazione

sessuale)<sup>270</sup>.

Il rischio di costruire una fattispecie penale sulla presunzione assoluta fondata su una serie di generalizzazioni legislativamente previste, soggettive (esistenza di patologie, insufficiente sviluppo della personalità ecc.), ed oggettive (situazione familiare disgregata, presenza di un partner debole e sottomesso ecc.), è quello di punire anche fatti di mera disobbedienza al tabù sociale, i quali, anche se corrispondenti alla struttura tipica della norma, risultano in concreto inoffensivi<sup>271</sup>.

Non risultano neppure adeguati gli strumenti di degradazione sanzionatoria previsti nel § 153 *StPO*<sup>272</sup>, che permette la chiusura anticipata del procedimento per esiguità del fatto (per esempio perché l'elemento della colpevolezza risulta di modica entità) oppure nel § 60 *StGB*<sup>273</sup> relativo ai reati bagatellari quando le conseguenze della condotta sono tanto gravi per il *reo* da far apparire la pena eccessivamente inopportuna.

In conclusione, si osserva che la decisione *Stübing contro Germania* non allevia

---

<sup>270</sup> Si veda, al riguardo, G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto fra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2115 ss.;

<sup>271</sup> HÖRNLE, *Das Verbot des Geschwisterincest – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*, in *NJW*, 2008. L'ipotesi forse più paradigmatica è quella del rapporto incestuoso sorto tra fratelli conosciutisi in età adulti, quando non esiste più un nucleo familiare inteso nel senso di comunità domestica ed educativa.

<sup>272</sup> Il § 153 *StPO* sancisce: «Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind.»

<sup>273</sup> Il § 60, rubricato “Absehen von Strafe”, recita: «Das Gericht sieht von Strafe ab, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre. Dies gilt nicht, wenn der Täter für die Tat eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verwirkt hat.»

affatto il profondo scetticismo nutrito dalla dottrina penalistica maggioritaria, che, al contrario, si rifiuta fermamente di assecondare le pulsioni irrazionali del diritto penale<sup>274</sup>. A ben vedere, tuttavia, la pronuncia suddetta non stupisce: essa si colloca nell'ambito della diffusa impostazione di “autocontenimento” mostrato dal *Bundesverfassungsgericht*, soprattutto nelle questioni più squisitamente politiche. Il “relitto del passato”<sup>275</sup> dell'incesto, pertanto, celando al suo interno una forte conflittualità politica, resiste alla verifica di proporzionalità, offuscando le istanze razionanti della scienza penalistica presentate dalla dottrina tedesca dominante.

---

<sup>274</sup> Cfr. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico*: “nessun ramo del diritto penale ha a che vedere con l'irrazionalità come il diritto penale: il diritto penale disciplina comportamenti irrazionali e previene reazioni irrazionali”.

<sup>275</sup> Come viene definito da A. NISCO, in “*Principio di proporzionalità*” ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p.158 e ss., e in *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2012, p.81.

### 1.3. La decisione della Corte EDU e il margine d'apprezzamento

Con la decisione del 12 aprile 2012<sup>276</sup> la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sancito l'insussistenza della violazione dell'articolo 8 CEDU<sup>277</sup> prospettata dal ricorrente, condannato in precedenza da plurime decisioni giudiziarie interne.

In particolare, il ricorso veniva incentrato sull'asserita violazione da parte dei giudici nazionali del diritto alla famiglia, posto che le sentenze pronunciate da questi ultimi impedivano concretamente al soggetto ristretto di educare la prole nata dalla relazione incestuosa. Veniva inoltre lamentata la lesione della vita privata ed il bene giuridico costituzionalmente tutelato della libertà sessuale<sup>278</sup>. In assenza del già accennato "bisogno sociale impellente" (*pressing social need - dringendes soziales Bedürfnis*<sup>279</sup>), l'attore ritiene la misura penalistica adottata non rispettosa del principio di proporzionalità<sup>280</sup>. Si rimanda, a tal riguardo, alle argomentazioni poste a fondamento del precedente ricorso presentato innanzi al *BVerfGE*, ampiamente esaminate nei paragrafi precedenti.

---

<sup>276</sup> Caso *Stübing c. Germania*, Application no. 43547/08, in [www.echar.coe.int](http://www.echar.coe.int). Per un commento, M. KUBICEL, *Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR. Die Entscheidung und ihre Folgen für die Strafrechtswissenschaftliche Debatte*, in *ZIS*, 6/2012, pp. 282 ss.

<sup>277</sup> ARTICOLO 8, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.»

<sup>278</sup> Caso *Stübing c. Germania*, cit., par. 34

<sup>279</sup> Caso *Stübing c. Germania*, cit., par. 58

<sup>280</sup> Caso *Stübing c. Germania*, cit., par. 35-36

La singolarità del giudizio espresso dalla Corte EDU consiste piuttosto nella particolare brevità della decisione con cui essa rigetta il ricorso ed accoglie pienamente il ragionamento espresso dalla giurisprudenza costituzionale tedesca.

In particolare, si osserva che la Corte EDU, non svolgendo una valutazione di costituzionalità né incarnando “(...) un ulteriore grado di giudizio rispetto ad esso”<sup>281</sup>, non dispone di strumenti istruttori più incisivi di quelli utilizzati dal *Bundesverfassungsgericht*<sup>282</sup>. La concisione argomentativa rappresenta ad ogni modo la logica conseguenza dell'ampiezza degli sforzi argomentativi profusi dai giudici nazionali tedeschi nel caso di specie.

Nell'attività di equilibrata ponderazione tra gli scopi legislativamente determinati (richiamati in toto dalla Corte EDU) da un lato, e, la restrizione soggettiva provocata dalla prescrizione penalistica contenuta nel § 173 *StGB*, dall'altro, gioca un ruolo fondamentale il c.d. margine di apprezzamento<sup>283</sup>. Nell'ambito della giurisprudenza

---

<sup>281</sup> A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in [www.diritto penale contemporaneo.it](http://www.diritto penale contemporaneo.it), 2012.

<sup>282</sup> J.-P. COSTA, *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1/2000, p.435. L'autore parla di un “itinerario empirico” nella ricostruzione dei fatti rilevanti nella causa; in relazione al rapporto tra ordinamento europeo convenzionale e ordinamento nazionale tedesco, si osserva che la Germania non è giunta ad una costituzionalizzazione dei diritti sanciti all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma il *Bundesverfassungsgericht* s'impegna ad effettuare una “*völkerrechtsfreundliche Auslegung*” dei diritti generali presenti nel *Grundgesetz*. Sul punto, si rimanda alla trattazione di J. RINCEANU, *La disciplina della custodia di sicurezza (Sicherungsverwahrung) nello specchio della giurisprudenza costituzionale tedesca*, in F. SGUBBI-D. FONDAROLI (a cura di), *Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, 2011, pp. 125 ss.

<sup>283</sup> Nel paragrafo 59 la Corte osserva: «*Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass bei der Bestimmung des Umfangs des Beurteilungsspielraums, den ein Staat bei der Entscheidung einer Artikel 8 der Konvention betreffenden Rechtssache haben sollte, eine Reihe von Faktoren zu berücksichtigen sind. Geht es um einen besonders wichtigen Aspekt der Existenz oder Identität des Betroffenen, wird der dem Staat gewährte Spielraum normalerweise eingeschränkt sein (siehe z. B. Dudgeon, a.a.O., Rdnr. 52; Christine Goodwin ./. Vereinigtes Königreich [GK], Individualbeschwerde Nr. 28957/95, Rdnr. 90, ECHR 2002-VI; und Evans ./. Vereinigtes Königreich [GK], Individualbeschwerde Nr. 6339/05, Rdnr. 77, ECHR 2007/IV). Dementsprechend*

europea si osserva, anzi, che proporzionalità e margine si fondono quali gradi indistinti di un unitario bilanciamento di valori<sup>284</sup>. Il margine di apprezzamento, definito come lo spazio della “deferenza o errore” garantito alle autorità nazionali, prima che la Corte sancisca l'inosservanza delle norme CEDU, costituisce un meccanismo argomentativo fondato su un generico richiamo alla sussidiarietà europea. Inizialmente esso cominciò ad essere applicato in relazione all'art. 15 CEDU, quale metro di verifica delle misure nazionali in deroga agli obblighi comunitari, adottabili dagli Stati membri in situazioni di urgenza, posto che il Paese considerato si trova solitamente in una “migliore posizione” per la valutazione dell'emergenza suddetta.

In un momento successivo, la tecnica in esame è stata estesa all'interpretazione ed applicazione dei diritti previsti agli articoli 8-11 CEDU, dove è molto accentuata la verificabilità di differenziazioni ermeneutiche caso per caso<sup>285</sup>.

La possibilità, in tali casi, che lo Stato ponga restrizioni ed interferenze ai diritti suddetti, delineandone liberamente i presupposti, è molto elevata. La Corte quindi esprime l'esigenza che tale margine di scelta statale venga in qualche modo

---

*hat der Gerichtshof festgestellt, dass ein Eingriff der öffentlichen Behörden in einen so intimen Aspekt des Privatlebens wie die Ausprägung der Sexualität einer Person im Sinne von Artikel 8 Abs. 2 nur dann rechtmäßig sein kann, wenn schwerwiegende Gründe dafür vorliegen (siehe Dudgeon und Norris, beide a.a.O., Rdnr. 52 bzw. 46).»*

<sup>284</sup> D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*; sul tema si veda inoltre R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss.

<sup>285</sup> F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA- A. SPADARO- L. VENTURA (a cura di), Bologna, 2007.

delimitato. Il margine di apprezzamento, applicato dalla Corte attraverso un determinato procedimento graduale, impone che la misura legislativa venga legislativamente prevista e si ponga come “necessaria”, nell'ambito di una “società democratica”, ai fini del perseguimento di obiettivi predeterminati<sup>286</sup>.

In dottrina si registrano vari sforzi di teorizzazione e concettualizzazione dell'argomento da parte degli studiosi.

Ad un primo sguardo, la tematica in esame appare interamente riconducibile alla problematica interpretativa relativa all'insopprimibilità dei concetti giuridici indeterminati e dei c.d. “concetti valvola” all'interno della Convenzione europea. In sostanza, l'esigenza che il giudice dia concreta sostanza dispositiva al contenuto della norma, data l'assenza di uniformità di vedute nei singoli ordinamenti giuridici nazionali, è avvertita soprattutto con riferimento ai giudizi (come quello relativo all'incesto) intrinsecamente legati all'area della morale<sup>287</sup>. In generale poi, è stato evidenziato come la teoria in esame sia strettamente ancorata al complesso equilibri istituzionale e normativo sussistente tra il sistema giuridico interno e quello comunitario convenzionale. Si tratterebbe quindi di un controverso compromesso tra il tradizionale (ed ormai obsoleto) principio di sovranità nazionale ed sindacato svolto dalla Corte EDU<sup>288</sup>.

---

<sup>286</sup> Sul tema si veda, inoltre, Y. ARAI, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quart of Human Rights*, Vol. 16/1, 1998, pp.41 ss.; A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2012.

<sup>287</sup> Rispetto all'impiego di molteplici “margini” da parte del Bundesverfassungsgericht, si veda R. ALEXY, *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtbarkeit*, in *VVDStRL 61*, Berlin – New York, 2002.

<sup>288</sup> T. A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standarts in the Jurisprudence of the*

Nell'ipotesi esaminata entra pertanto in gioco – anche al fine di evitare applicazioni irrazionali ed arbitrarie della regola giuridica – la *logica flou*. Quest'ultima, esaminando un precetto giuridico in chiave di “approssimazione alla verità” o di “eccessivo allontanamento dalla falsità”<sup>289</sup>, e catturando, così la varietà del pluralismo europeo, supera la precedente logica binaria del vero/falso e contribuisce al raggiungimento (non già dell'identità, bensì) dell'armonia e dell'avvicinamento tra i vari Paesi membri.

Il caso *Stübing* contro Germania costituisce un emblematico esempio in cui avviene la tanto discussa commistione tra la scienza giuridica (penalistica) e l'area della morale. Non a torto si è osservato che quando la tutela giuridica investe quest'ultimo settore, la teoria del margine di apprezzamento si arricchisce di molteplici parametri di giudizio. Il presupposto su cui la Corte EDU fonda la tua tesi è quello secondo il quale le opinioni si modificano a seconda della dimensione spazio-temporale presa di volta in volta in considerazione. Gli Stati membri, pertanto, sarebbero meglio “posizionati” rispetto alle istituzioni europee per valutare l'effettiva proporzionalità dell'intervento legislativo. La Corte, al sessantesimo paragrafo, parla di “*direkten und ständigen Kontakt*” (“diretto e continuo contatto”)<sup>290</sup>.

---

*European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quart.*, Vol 4, No. 4, winter 1981.

<sup>289</sup> A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2012.

<sup>290</sup> *Caso Stübing c. Germania*, cit., par.60: «*Wo es jedoch zwischen den Mitgliedstaaten des Europarats weder in Bezug auf die relative Bedeutung der betroffenen Interessen noch in Bezug auf ihren bestmöglichen Schutz einen Konsens gibt, wird der Ermessensspielraum weiter gefasst sein. Aufgrund ihres direkten und ständigen Kontakts zu den in ihren Ländern wirkenden Kräften sind die staatlichen Behörden grundsätzlich besser in der Lage als das internationale Gericht, sich zum „genauen Inhalt der Anforderungen der Moral“ in ihrem Land sowie zur Notwendigkeit einer Einschränkung zu äußern, mit der diesen Anforderungen entsprochen werden soll.*»

Con riferimento all'eventuale “consenso” formatosi tra le Nazioni europee in relazione ad una certa questione, la Corte dà rilevanza ad uno *standard* morale comune. Nel caso di specie il consenso suddetto viene ritenuto sussistente sulla base degli studi empirici-comparatistici effettuati nella perizia del *Max-Planck-Institut* surrichiamata. In essa emerge, infatti, non solo il dato numerico, ma anche l'assenza di evidenze relative ad un *trend* che mira alla depenalizzazione della condotta («*trend towards a decriminalisation*»), con evidenti critiche dirette all'ambiguità ed all'uso acritico e meramente quantitativo di tale concetto<sup>291</sup>.

Ad ogni modo, consenso e margine di apprezzamento sono posti in relazione di proporzione inversa: maggiore risulterà il consenso diffuso nelle normative nazionali e minore sarà il margine di libera manovra messa a disposizione delle autorità nazionali, e viceversa<sup>292</sup>.

Se le perplessità nei confronti della pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* esposte nel secondo paragrafo riguardano perlopiù l'impossibilità di delineare, nella struttura del § 173 *StGB*, l'esigenza di tutelare un bene giuridico costituzionalmente sancito, nell'ambito del contesto sovranazionale europeo l'analisi appare arricchirsi di ulteriori spunti critici e riflessioni. In effetti, la verifica garantistica non solo della legalità dell'incriminazione, bensì anche quella sostanziale del *cosa* proibire<sup>293</sup>,

---

<sup>291</sup> A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2012.

<sup>292</sup> P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

<sup>293</sup> Più in generale, sulle problematiche connesse alla “sostanza” del diritto penale nell'ambito del garantismo penale, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 3ª edizione, Roma-Bari, 1996.

esporrebbe la Corte europea dei diritti dell'uomo, organo internazionale preposto alla salvaguardia dei diritti umani, a delicati giudizi di valore e comporterebbe inevitabilmente varie forme di ingerenza nelle decisioni politico-criminali del Paese, con evidenti problematiche di raccordo di esse con il concetto di sovranità statale.

D'altra parte, tuttavia, l'esigenza di un sindacato contenutistico sulle scelte di penalizzazione è avvertito in modo diffuso all'interno dell'intera scienza penalistica europea. Secondo quest'ultima, per essere tale, un delitto penalistico deve essere edificato attorno ad un "danno"<sup>294</sup>. Ebbene, il giudizio di proporzionalità, all'interno di tale garantistica esigenza, introduce un filtro eccessivamente ampio, in quanto non consente di orientare la ricerca di un bene giuridico meritevole di tutela penalistica, ma presuppone l'identificazione di uno scopo legislativo costituzionalmente compatibile.

Nell'ordinamento giuridico tedesco la teoria del bene giuridico si immette negli ingranaggi della verifica graduale di proporzionalità conferendo a quest'ultima capacità di selezionare dei valori non solo utili, bensì anche rigorosamente necessari alla sopravvivenza della società umana<sup>295</sup>, distinguendo nettamente tra afferrabili valori penalmente tutelabili e mere astrazioni ideali o concezioni moraleggianti (queste ultime, invero, considerate sempre delle presenze alquanto "irritanti" dallo

---

<sup>294</sup> M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, 2012; A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2012.

<sup>295</sup> Nella dottrina tedesca, si veda l'impostazione di W. HASSEMER – U. NEUMANN, Vor § 1, in U. KINDHÄUSER – U. NEUMANN – H. U. PAEFFGEN, *Nomos Kommentar StGB*, Bd. 1, 3 Aufl., Baden-Baden, 2010; in Italia, sulla scia di un orientamento dottrinale che ha per lungo tempo confidato nelle potenzialità di una teoria costituzionale del bene giuridico, V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007.

studioso penalista, dal momento che esse rischiano di far apparire lecita qualsiasi oggettività giuridica).

Tali premesse basilari, oltre ad essere sistematicamente inosservate da parte del *Bundesverfassungsgericht* (che non le considera neppure alla stregua di principi giustiziabili), vengono altresì ignorate dalla Corte europea. I criteri in esame, infatti, sono considerati alla stregua di parametri politico-criminali e, pertanto, non passabili di formare oggetto di un diritto umano garantito dalla Corte EDU, il cui margine di sindacato è circoscritto al “(...) divieto per le autorità statali di incrinare e punire una condotta che costituisca essa stessa normale esercizio di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”<sup>296</sup>.

Concludendo, si osserva che le considerazioni poc'anzi svolte dimostrano come la materia, già posta sotto i riflettori da censure improntate a realismo nell'ambito del dibattito interno relativo al costituzionalismo penale, si complica al livello europeo, nell'ambito del quale, alla problematica relativa al potenziale contrasto di un incisivo sindacato giudiziale con l'esigenza di proteggere il valore democratico della maggioranza parlamentare, si aggiunge l'argomento del necessario rispetto della sovranità nazionale.

---

<sup>296</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, 2006, p. 175-177; in argomento, si veda inoltre M. DELMAS-MARTY, *Politica criminale e diritti dell'uomo in Europa*, in *Ind. pen.*, 1988.

#### *1.4. Il sindacato di costituzionalità negli ordinamenti giuridici italiano e tedesco*

Sulla scorta di quanto osservato al termine del paragrafo precedente, appare di rilevante interesse approfondire, più generalmente, il modo di atteggiarsi del controllo costituzionale dei giudici italiani e tedeschi nei confronti della norma penale. La trattazione che segue mira essenzialmente a ricostruire le caratteristiche basilari dei principali criteri giurisprudenziali impiegati dalle corti costituzionali dei rispettivi ordinamenti giuridici, pervenendo, infine, alla loro comparazione ed all'analisi dei loro punti critici.

Partendo dall'esame della recente giurisprudenza costituzionale italiana, va osservata la marcata predilezione per l'uso del parametro della *ragionevolezza*. Lo scrutinio di ragionevolezza è una dei più rilevanti metodi interpretativi impiegati non solo dalla Corte costituzionale italiana, ma anche dalle più importanti Corti europee ed extraeuropee, con riferimento specifico alla Corte suprema degli Stati Uniti al Tribunale costituzionale federale tedesco.

L'emergere del criterio suddetto come limite generale della disciplina legislativa è intimamente collegato alla perdita di centralità della legge e dalla sua sostituzione da parte della carta costituzionale come fonte suprema del diritto. In particolare, la valutazione in chiave di ragionevolezza testimonia il ruolo sempre più forte svolto dai principi costituzionali: attraverso le recenti tecniche di giudizio, come l'equilibrata ponderazione di valori costituzionali, infatti, i principi fondamentali finiscono per intralciare significativamente il margine di discrezionalità politica del legislatore. In virtù del giudizio giudiziale di ragionevolezza, il sindacato

giurisdizionale sulle leggi non copre più solo la *legittimità*, ma anche il *merito* e l'opportunità delle scelte normative ed è stato accostato da parte della dottrina al vizio dell'*eccesso di potere legislativo*.

Esso, definito dalla dottrina come “criterio essenzialmente giurisprudenziale”<sup>297</sup>, viene impiegato trasversalmente in ogni settore giuridico passato al vaglio della Consulta, ma assume connotati di peculiare rilievo nell'ambito penalistico. La stessa Corte costituzionale italiana ha affermato che in materia penale, lo *ius puniendi* deve “(...) sempre essere contenuto nei limiti della non manifesta irragionevolezza, non solo in ossequio al criterio dell'*extrema ratio*”<sup>298</sup>.

Il *Bundesverfassungsgericht*, dal canto suo, ricorre sovente al principio oggetto del presente elaborato; la *Verhältnismäßigkeit*. Sull'argomento torneremo, ad ogni modo nell'ulteriore prosieguo della trattazione.

In entrambi i casi, trattasi di principi-regole<sup>299</sup> impiegati a tutto campo nell'impostazione argomentativa e decisionale delle Corti.

Il differente sviluppo evolutivo degli approcci giurisprudenziali italiano e tedesco si basa essenzialmente su due premesse iniziali: in primo luogo, il diverso tenore delle rispettive Carte costituzionali e, in secondo luogo, la natura e la rilevanza dell'attività

---

<sup>297</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2<sup>a</sup> edizione, Bologna, 1988; si richiama, inoltre, la oramai “alluvionale” produzione monografica specializzata in materia di ragionevolezza: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994 (con particolare attenzione ai contributi forniti da A. ANZON, P. BARILE, A. CERRI, A. A. CERVATI, L. PALADINI, G. ZAGREBELSKY); J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamenti*, 1997; E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

<sup>298</sup> Così afferma la Corte cost. nella sentenza n. 184/ 2004, par. 2.

<sup>299</sup> J. LUTHER, voce *Ragionevolezza*, cit.

interpretativa nei due Paesi di riferimento.

Il principio di *ragionevolezza* non presenta un significato univoco. Malgrado i vari tentativi di concettualizzazione sistematica da parte della dottrina, possono ancor oggi distinguersi varie definizioni<sup>300</sup>:

- Un primo orientamento, basando le proprie argomentazioni su un'interpretazione evolutiva del principio di eguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione, applica la ragionevolezza quale parametro di valutazione delle normative che disciplinano trattamenti diversi per situazioni analoghe e viceversa;
- La tesi dottrinale opposta, al contrario, interpreta il criterio in esame quale metro di commisurazione della razionalità e della coerenza intrinseca di una determinata disciplina, distinguendosi, a tal riguardo, un giudizio svolto nei confronti del complesso legislativo nel cui ambito il precetto è inserito (*verifica della contraddittorietà intrinseca*) e quello invece applicato al complessivo ordinamento (*verifica della contraddittorietà estrinseca*).

La vaghezza e l'imprecisione definitoria del principio si riflettono nella molteplicità di *nomen iuris* impiegati dal legislatore (“ragionevolezza e/o razionalità”<sup>301</sup>, “ragionevolezza e/o uguaglianza”<sup>302</sup> ecc.) e di argomentazioni formulate a suo sostegno (ad esempio impiego del procedimento del *tertium comparationis* e del

---

<sup>300</sup> Per una accurata ricostruzione del dibattito in dottrina, si veda J. LUTHER, voce *Ragionevolezza*, cit.

<sup>301</sup> Corte cost. n. 211/1997, in *Giur. cost.*, 1997, 2126.

<sup>302</sup> Corte cost. nn. 218/1995; 89/1996, in *Giur. cost.*, 1997, 2200.

criterio di “equità”<sup>303</sup>).

Dalle concise osservazione appena svolte, si evince che, grazie al quadro alquanto “confuso”<sup>304</sup> delineato dalla giurisprudenza costituzionale italiana, la Corte si avvale con una certa disinvoltura dell'indice della ragionevolezza (collocato non di rado in modo quasi casuale al lato del principio di uguaglianza), dilatando notevolmente l'alveo del proprio sindacato. Attraverso una molteplicità di espedienti ermeneutici, la Consulta è pervenuta ad una valutazione della ragionevolezza *in quanto tale* della disposizione penale, con le conseguenti problematiche, sotto il profilo del rispetto dell'art. 25 Cost., che il progressivo allargamento del controllo giudiziario comporta.

Nella casistica giurisprudenziale della Corte, in effetti, si nota una frequente considerazione del «fatto», tanto che alcuni autori sono arrivati ad affermare che essa privilegia attualmente quest'ultimo rispetto al diritto e subordina il dato testuale alle esigenze di flessibilità del giudizio. Non ci si riferisce qui solamente ai poteri istruttori “formali” ed “informali”<sup>305</sup> impiegati, bensì alla più incisiva valorizzazione della fattispecie concreta nell'ambito dell'attività di ponderazione e bilanciamento dei valori in gioco. In quest'ultima ipotesi l'incidenza del fatto raggiunge i suoi livelli più elevati, con conseguente ineliminabile attenuazione della

---

<sup>303</sup> Corte cost. n. 74/1992, in *Giur. cost.*, 1992, 402.

<sup>304</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

<sup>305</sup> Per un analisi approfondita, si veda M. LUCIANI, *I fatti e la Corte. Sugli accertamenti istruttori del potere costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 1987.

garanzia del contraddittorio<sup>306</sup>.

La situazione descritta comporta un graduale cambiamento del generale ruolo che la Consulta è chiamata istituzionalmente a svolgere: essa, iniziando a configurare il criterio in questione quale vero e proprio canone generale per l'esercizio del potere parlamentare, diviene una sorta di (agarantistica) mediatrice all'interno dei conflitti d'interesse non definiti dalle autorità di rappresentanza politica, comportando quella che è stata negativamente definita un'esautorazione del legislatore nelle sue competenze<sup>307</sup>. La Corte dunque, nell'analisi della normativa legislativa sub iudice, inserisce la propria ponderazione degli interessi, risolvendo la dicotomia tra attività ermeneutica da un lato, e, assunzione di un'autonoma posizione dall'altro, a favore della seconda. Si tratta, a ben vedere, di una problematica supplenza giudiziaria che pone in essere un irrimediabile offuscamento della riserva di legge contenuta nel succitato articolo 25 della Costituzione, norma, come da molti osservato, a serio rischio di desuetudine<sup>308</sup>.

Al fine di superare gli inconvenienti accennati, una parte della dottrina propone di conferire credibilità ed autorevolezza al iter argomentativo del giudice applicandovi una serie di regole di trasparenza. Lo scopo suddetto imporrebbe infatti vincoli di più agevole controllo (ad esempio, la verifica della *dissenting opinion*), nonché una

---

<sup>306</sup> G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del fatto nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996.

<sup>307</sup> F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione- Lineamenti di ermeneutica giuridica*, Roma-Bari, 2000.

<sup>308</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005; per ulteriori approfondimenti, si veda, inoltre R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

correzione dei meccanismi di reclutamento dei giudici costituzionali.

Un'ulteriore problematica rilevata nella letteratura giuridica riguarda la tendenza di un filone della giurisprudenza costituzionale italiana di incentrare il giudizio di legittimità non tanto sulla norma, quanto sulle soluzioni interpretative di essa fornite dalla Corte di Cassazione<sup>309</sup>. Del resto, l'intervento così modulato della Consulta è molto spesso reso essenziale, atteso l'attuale stato di degenerazione dell'ordinamento penalistico. Il sistema penale tende infatti ad agganciare l'applicazione della fattispecie al risultato del procedimento ermeneutico della disposizione astratta, con l'effetto di dissolvere la distinzione tra diritto e fatto ed ancorare la responsabilità penalistica, non già al fatto concreto, bensì all'interpretazione della norma<sup>310</sup>.

In sostanza la Corte costituzionale, a causa del forte ancoraggio delle sue pronunce al diritto vivente, tende a non confrontarsi più con la fattispecie astratta, bensì con la sua concreta attuazione, e quindi così come essa viene elaborata in sede giurisdizionale da un "significativo" orientamento della Suprema Corte (soprattutto se a Sezioni unite), cui la stessa Consulta attribuisce un'*insuperabile* competenza nomofilattica<sup>311</sup>.

In un significativo passaggio la Corte chiarisce infine i limiti della propria competenza in tema di sindacato delle norme legislative: "(...) l'applicazione

---

<sup>309</sup> Sul punto, si veda l'ordinanza della Corte cost., 3-12 giugno 1992, n.271.

<sup>310</sup> N. MAZZACUVA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione: spunti problematici*, in *Foro it.*, 1988.

<sup>311</sup> Corte cost., 18 febbraio 1998, n. 16, in *Giur. cost.*, 1998, 84. La Corte costituzionale rinunciarebbe allo «scontro» con le autorità giudiziarie ordinarie, ed in particolare con la Suprema Corte, e ripiegherebbe, allineandosi ad una condotta di *self restraint*, senza rinunciare tuttavia al meccanismo della c.d. doppia valutazione.

ulteriore, sicuramente vietata dal vigente ordinamento (...), di una norma riconosciuta e dichiarata costituzionalmente illegittima non solo comporta una violazione dell'ordine costituzionale delle competenze, giacché paralizza gli effetti delle attribuzioni conferite alla Corte, ma arreca grave e pericoloso pregiudizio all'effettiva operatività delle supreme garanzie predisposte dalla Costituzione della Repubblica”<sup>312</sup>.

La Corte costituzionale tedesca, dal canto suo, impiega i criteri dell'*eguaglianza* e della *ragionevolezza* in modo alquanto marginale, privilegiando al loro posto il parametro della *proporzionalità*.

In relazione al primo principio accennato, va osservato che il *Bundesverfassungsgericht*, sulla scorta delle soluzioni argomentative elaborate da Leibholz<sup>313</sup>, enuncia la necessità del rispetto della regola di eguaglianza. Il dovere suddetto, posto a carico del legislatore e tradotto nei suoi confronti in un preciso divieto di trattamento arbitrario (*Willkürverbot*), viene esteso dalla giurisprudenza costituzionale fino a configurarsi quale divieto generale di trattamento normativo differenziato nonostante l'insussistenza, tra i destinatari, di distinzioni di rilievo tali da giustificare la disparità<sup>314</sup>. In particolare, il sindacato giudiziario di manifesta in modo maggiormente incisivo soprattutto nelle ipotesi in cui esso vada a concernere

---

<sup>312</sup> Corte cost., n. 62/1971, in *Giur. cost.*, 1971.

<sup>313</sup> G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, München-Berlin, 1959.

<sup>314</sup> *BVerfGE* 23 ottobre 1951: “(...) il principio di eguaglianza è violato se non è rinvenibile un motivo ragionevole (*vernünftig*), che risulti dalla natura della cosa o sia per altre vie oggettivamente evidente, a favore della differenziazione o parificazione legislativa: insomma, se la disposizione deve essere dichiarata arbitraria.”

la *Systemgerechtigkeit* delle scelte operate dal legislatore, ovvero il dovere di quest'ultimo di adeguarsi al sistema risultante dalla sua stessa legislazione.

Se il principio menzionato appare soltanto marginalmente adoperato nella giurisprudenza (soprattutto recente) del *BVerfGE*, ed il metro della ragionevolezza in senso etimologico è pressoché assente nelle sue pronunce, ben più massiccio risulta il ricorso alla c.d. *Verhältnismäßigkeit*<sup>315</sup>. Sulle origini e le modalità applicative del principio in questione ci si è già dilungati sufficientemente nel primo capitolo. Basti qui rimembrare l'origine amministrativa (*Polizeirecht*) dell'istituto e la sua conseguente riconducibilità alla categoria civile dell'«eccesso di potere». In base a tali premesse, si evince la necessità che l'intervento statale, in funzione di riduzione dei diritti fondamentali sanciti nel *Grundgesetz*, si limiti ad una “amputazione circoscritta”, e si presenti pertanto quale “limite del limite” (*Schranken-Schranke*) di rango costituzionale<sup>316</sup>. L'applicazione della proporzionalità consente quindi al giudice costituzionale tedesco di giudicare “(...) la proporzione o corrispondenza fra fattispecie e disciplina giuridica, cioè l'adeguatezza di questa rispetto a quella. In quest'ottica la validità diviene sinonimo di ragionevolezza e questa a sua volta viene intesa come adattamento o adeguatezza della legislazione ordinaria allo spirito della costituzione”<sup>317</sup>.

Il criterio suddetto costituisce un parametro di legittimità normativa che esplica la

---

<sup>315</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

<sup>316</sup> Così, *BVerfGE* 15 dicembre 1965.

<sup>317</sup> F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione – Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 2013.

sua efficacia in maniera per così dire trasversale. Esso pertanto non risulta applicabile in maniera circoscritta all'area penalistica. La chiave di lettura della relazione che si va ad instaurare tra detto principio e quelli valevoli specificatamente in materia penale (primi fra tutti *extrema ratio* e colpevolezza)<sup>318</sup> diviene tuttavia particolarmente problematica, posto che esso coinvolge un giudizio comparato tra lo strumento penale ed altre forme di intervento meno invasive nonché difficoltose indagini riguardanti l'elemento volitivo ed intellettuale del *reo*.

Di particolare interesse, nell'ambito della modalità di sviluppo graduale della proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale (scandita nelle tre note fasi dell'*idoneità*, *necessità* e *proporzionalità in senso stretto*), appare la valutazione giudiziale del rapporto “costi” (nell'accezione di valori costituzionali sacrificati) - “benefici” (nel senso di interessi protetti dalla norma)<sup>319</sup>.

La Corte, in sostanza, impone che lo strumento legislativo non appaia come “oggettivamente inadeguato” (*unangemessen*), né come “soggettivamente intollerabile” (*unzumutbar*), spingendosi fino a delineare un nucleo di interventi non sufficientemente efficaci rispetto alla necessaria tutela di valori particolarmente importanti<sup>320</sup>. L'impiego del parametro in esame presuppone la necessaria elaborazione di una certa “scala di valori”, estrapolata dalla Carta costituzionale. Al

---

<sup>318</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

<sup>319</sup> G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, Roma, 2004.

<sup>320</sup> Significative al riguardo le sentenze del *Bundesverfassungsgericht* 28 maggio 1993 (tradotta in italiano dal M. D'AMICO, *Donna e Aborto*) e 9 marzo 1994, rispettivamente in tema di interruzione volontaria della gravidanza e di abuso di sostanze stupefacenti.

vertice della scala piramidale edificata dal *BVerfGE* si colloca il bene giuridico della dignità umana (*Menschenwürde*), sottratto da qualsiasi giudizio in chiave di *Verhältnismäßigkeit*<sup>321</sup>. In generale si ritiene poi che quanto più alto risulta il livello gerarchico del diritto fondamentale inciso, e quanto più profonda appare la restrizione legislativa, tanto più restrittivo e severo deve essere la relazione di necessità tra mezzo adoperato ed obiettivo perseguito.

Infine, va ricordato che il giudizio analizzato presuppone l'inserimento all'interno del sindacato giurisdizionale delle valutazioni di dati di fatto e prognosi (*Tatsachenverstellungen und Prognose*) svolta dal legislatore in un momento precedente all'imposizione della restrizione<sup>322</sup>.

Dall'esame della recente giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* si evince un dato di peculiare interesse; la Corte pone ad oggetto del suo sindacato tanto la delimitazione della fattispecie, quanto l'entità della minaccia di pena. In tal modo essa perviene ad un giudizio concettualmente distinguibile a seconda del suo oggetto; le norme di comportamento, che presuppongono un giudizio di valore, da un lato, e le regole sanzionatorie, che ne postulano invece uno in chiave di necessità della tutela penale *stricto sensu*, dall'altro.

Nell'ambito della verifica dell'efficacia dello strumento punitivo penale rispetto ad altre forme di intervento a disposizione del legislatore, la Corte si avvale della *Verhältnismäßigkeit* pervenendo alla risoluzione del legame di tensione sussistente

---

<sup>321</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

<sup>322</sup> C. STARCK, *I diritti fondamentali nel Grundgesetz della Repubblica federale di Germania*, in *Giur. cost.*, 1992.

tra diritto di difesa dei consociati nei confronti del *reo*, da un lato, e tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente sanciti, dall'altro. Il conflitto descritto risulta generato essenzialmente dal necessario temperamento della *potestas* punitiva statale da parte dei principi dello “stato di diritto”<sup>323</sup>.

La problematica si pone (al pari di quanto già considerato con riferimento al criterio della ragionevolezza) principalmente in relazione al rispetto della riserva di legge (sancita, nel nostro ordinamento giuridico, all'articolo 25 della Costituzione) in tema di scelte normative d'incriminazione. A ben vedere, infatti, il delicato compito di definizione degli scopi legislativi e delle caratteristiche della fattispecie penale, postula una previa opera di selezione e riordinamento dei beni giuridici meritevoli di tutela (penale). Ebbene, la Corte, esautorando il legislatore da tale attribuzione ed autoattribuendosi una funzione “etica” implicante scelte di politica-criminale, si erge per così dire a “nume tutelare”<sup>324</sup>. Il rischio di cozzare irrimediabilmente con la garanzia della riserva legislativa si amplifica se si considerano le carenze, sotto il profilo della determinatezza e del rigore logico, in cui il giudice costituzionale tedesco incorre nel momento in cui va ad impiegare le ambigue clausole di stile nella formulazione delle sue pronunce (mi riferisco ai vari concetti indefiniti quali, ad esempio, “vita sociale ordinata”, “rilevanti interessi sociali” e fondamenti di una regolata vita sociale”)<sup>325</sup>. Resta ferma, in ogni caso, la necessità di punire

---

<sup>323</sup> BVerfG 14 settembre 1989, in *BVerfGE* 80, 367 ss.

<sup>324</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

<sup>325</sup> BVerfG 15 maggio 1995, in *BVerfGE* 92, 329.

penalmente soltanto quelle condotte che “contraddicono un minimo etico” ovvero che si pongono in collisione con beni giuridici “particolarmente significativi”.

La Corte, tuttavia, adottando un atteggiamento di *self restraint* (ovvero di autocontenimento), omette di sindacare il merito delle scelte legislative e la liceità o meno dell'appartenenza del bene legislativamente tutelato al novero di quelli meritevoli di protezione penale, trincerandosi dietro la barriera di “formule di rito”. Il *Bundesverfassungsgericht*, più esattamente, si limita a valutare che gli obiettivi perseguiti abbiano diritto di cittadinanza all'interno del *Grundgesetz* e che l'intervento legislativo appaia come efficace ed effettivo rispetto all'interesse prescelto, dimostrando di essere ben consapevole della democratica necessità di rispettare la ripartizione istituzionale dei ruoli pubblici.

Specifica attenzione da parte della Corte è stata dedicata, in particolare, all'opportunità di impiegare l'opzione penalistica in senso stretto, cioè la perimetrazione dell'area del penale *stricto sensu*. A tal riguardo, si osserva che il *BVerfGE* detiene il potere generale di stabilire limiti all'ingerenza punitiva “verso l'alto”, ovvero il divieto di misure sovradimensionate (*Übermaßverbot*), ma in determinate ipotesi anche quello “verso il basso” (*Untermaßverbot*), vale a dire la possibilità di enucleare un divieto di misure non sufficientemente efficaci rispetto a scopi particolarmente rilevanti.

Il giudizio di legittimità costituzionale tedesco si articola su due livelli<sup>326</sup>:

- In primo luogo, la valutazione non già della positiva presenza di un valore

---

<sup>326</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

fondamentale che deve essere protetto, bensì la verifica, in negativo, della conciliabilità degli interessi perseguiti legislativamente con i precetti costituzionali<sup>327</sup>;

- In secondo luogo, la Corte applica in modo esaustivo (nel rispetto della triplice verifica dell'*idoneità*, *necessità* e *proporzionalità in senso stretto*) la *Verhältnismäßigkeit* tra strumento punitivo e bene giuridico oggetto di tutela, dando massima esplicitazione, al tempo stesso, al principio del diritto penale quale *ultima ratio*.

Interessante appare poi la collocazione del percorso argomentativo svolto nell'ambito della materia penale, settore quest'ultimo fortemente influenzato da propri principi ispiratori. Tra le garanzie costituzionali *stricto sensu* penalistiche, il *Bundesverfassungsgericht* annovera in primis il principio di *extrema ratio*. Il Tribunale di Karlsruhe attribuisce quindi all'intervento punitivo in senso stretto natura di reazione estrema e più severa dell'ordinamento giuridico nei confronti del fatto tipico, anti-giuridico e colpevole. Molti autori in dottrina sottolineano come l'impostazione interpretativa assunta dalla Corte presti il fianco a molteplici critiche sotto il profilo della vaghezza e dell'ambiguità<sup>328</sup>. Tale argomentazione, infatti, oltre ad essere assolutamente inidonea a tracciare effettivamente i confini della liceità del ricorso alla pena penale, non chiarisce neppure se la valutazione avente ad oggetto il rapporto tra i diversi mezzi di tutela a disposizione del legislatore debba essere

---

<sup>327</sup> BVerfG 28 maggio 1963, in *BVerfGE*, 16, 194.

<sup>328</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

effettuata in ogni caso o se invece in relazione alla tutela di determinati beni giuridici (di particolare importanza) la sanzione punitiva (in senso stretto) sia da considerare sempre necessaria.

Il *BVerfGE*, pertanto, finisce non di rado per proporre la regola generale dell'*extrema ratio* come mero *topos* argomentativo. Il distacco dell'applicazione del principio *de quo* con la valutazione della sua corrispondenza con il caso concreto fa pensare, in effetti, ad una sua configurazione quale mera clausola di stile, inidonea a fungere da vero e proprio parametro di raffronto. L'unica modalità impiegata dalla Corte per pervenire ad una, seppur relativa, riduzione dello *Spielraum* legislativo consiste nell'applicare ampiamente nella sua giurisprudenza il principio di proporzionalità e nell'imporre al legislatore l'uso dello strumento penalistico quando entrano in gioco beni giuridici particolarmente significativi (divieto di sottomisura)<sup>329</sup>. In tale ultimo caso, infatti, il *Bundesverfassungsgericht* abbandona il suo solito atteggiamento di prudente deferenza.

Le considerazioni poc'anzi svolte possono essere concretamente riscontrate nel caso esaurientemente analizzato nel presente capitolo. La sentenza pronunciata dalla Corte costituzionale tedesca nel 2008, muovendo dall'intento di testare la tenuta epistemologica del delitto di incesto e tentando di dimostrare la sua effettiva offensività, dimostra come essa resti sempre fedele, nell'ambito della sua giurisdizione, al principio di ripartizione dei poteri tra organi statali. Seppur con

---

<sup>329</sup> BverfG 28 maggio 1993, in *BVerfGE* 88, 257 s.

emblematici spunti di originalità<sup>330</sup> (mi riferisco, ad esempio, alle c.d. *Tatsachenverstellungen und Prognose*)<sup>331</sup>, il giudice costituzionale tedesco ribadisce che l'utilizzazione dello strumento penale nell'ottica dell'*ultima ratio* deve necessariamente conciliarsi con il riconoscimento di un sostanziale margine di libertà del legislatore nella formulazione delle scelte di criminalizzazione tese alla protezione di beni giuridici sanciti nel *Grundgesetz*<sup>332</sup>. L'ambiguità (seppur in forma sicuramente più attenuata rispetto a quella mostrata dalla Consulta italiana)<sup>333</sup> dell'atteggiamento della Corte derivante dallo svuotamento di significato del concetto di *extrema ratio* viene in parte sanato dal "primato" riconosciuto al principio di proporzionalità<sup>334</sup>. E', infatti, considerata necessaria l'instaurazione di un rapporto di proporzione tra la sanzione, da un lato, e l'elemento psicologico del *reo* e la gravità dell'offesa al bene giuridico o del fatto, dall'altro<sup>335</sup>. Solamente attraverso un vaglio concernente la *Eignung* (idoneità), la *Erforderlichkeit* (necessità) ed, infine, la *Zumutbarkeit* (proporzionalità in senso stretto) il giudice costituzionale riesce a ritagliarsi un certo margine di valutazione circa le premesse empiriche della

---

<sup>330</sup> A. NISCO, in "Principio di proporzionalità" ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p.158 e ss.

<sup>331</sup> Il momento del giudizio di proporzionalità che più degli altri va riempito di contenuti empirici è quello dell'idoneità: HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in HASSEMER, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt am Main, 2007.

<sup>332</sup> Sulle applicazioni del rapporto di proporzione alla materia penale nella giurisprudenza costituzionale tedesca, si veda VOGEL, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, StV, 1996.

<sup>333</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

<sup>334</sup> BverfG 13 febbraio 1973, in *BVerfGE* 34, 267.

<sup>335</sup> Si veda la costante giurisprudenza costituzionale; BverfG 11 novembre 1986 e 13 giugno 1992.

fattispecie e ad introdurre una propria valutazione politica-criminale all'interno del complessivo giudizio legislativo. Il risultato di tale delicato bilanciamento di valori appare, a giudizio di molti<sup>336</sup>, alquanto deludente.

In conclusione, possono essere tracciate le linee fondamentali di raffronto tra le giurisprudenze italiana e tedesca.

In primo luogo, tanto la Consulta italiana quanto la Corte costituzionale tedesca si collocano all'interno di un sistema giuridico improntato al principio della *Verfassungsgerichtbarkeit* ed attribuiscono il sindacato della conformità degli atti normativi ai precetti costituzionali ad un organo istituito *ad hoc*. Il principio suddetto, tuttavia, appare in entrambi gli ordinamenti attenuato dal vaglio in senso incidentale del ricorso, venendosi a delineare, in tal modo, un sistema “misto” ispirato al concetto del *judicial review*. D'altro canto, attraverso i criteri generali esaminati in questo paragrafo, le rispettive autorità costituzionali pervengono a risultati non del tutto sovrapponibili.

La Corte di Karlsruhe appare maggiormente improntata ad un generico contegno di autolimitazione<sup>337</sup>. Articolando il suo giudizio essenzialmente sul principio di proporzionalità, essa si attesta su un sindacato di legittimità costituzionale fortemente ridotto e permette al legislatore di muoversi con marcata discrezionalità in uno

---

<sup>336</sup> A. NISCO, in “Principio di proporzionalità” ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p.158 e ss.

<sup>337</sup> Critici sul punto si dimostrano soprattutto E. FORSTHOFF, *La trasformazione della legge costituzionale*, Milano, 1973; B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1976.

*Spielraum* alquanto esteso<sup>338</sup>. Al contrario, la Corte costituzionale italiana, facendo largo impiego dell'indefinito principio di ragionevolezza, impone sovente al legislatore un proprio autonomo potere di creazione legislativa<sup>339</sup>.

Le conclusioni sopra evidenziate con riferimento al *BverGE* dipendono in larga parte da due fattori determinanti: l'organizzazione dell'organo giurisdizionale e le funzioni ad esso attribuite.

1. In relazione al primo dato, va osservato che il Tribunale costituzionale federale stabilisce i canoni fondamentali e svolge, in tal modo, “la competenza delle competenza”<sup>340</sup>, ma, al contempo, trasfonde nelle sue sentenze gli orientamenti, le problematiche, le suggestioni dell'intera “prassi giurisdizionale”<sup>341</sup> e recepisce il c.d. diritto vivente;

2. Sotto il profilo delle molteplici attribuzioni proprie del Tribunale di Karlsruhe, vanno menzionate, accanto alla risoluzione dei contrasti tra o all'interno di organi costituzionali e la “plethora di competenze minori”<sup>342</sup>, il generale sindacato di legittimità degli atti normativi, in forma astratta o concreta, e la protezione dei diritti fondamentali nei confronti di leggi ed atti amministrativi o giurisdizionali. Si ritiene

---

<sup>338</sup> U. STEINER, *Nuovi sviluppi nel diritto costituzionale della Repubblica federale tedesca*, in *Annuario di diritto tedesco 1999*, a cura di S. PATTI, Milano, 2000.

<sup>339</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

<sup>340</sup> U. STEINER, *Nuovi sviluppi nel diritto costituzionale della Repubblica federale tedesca*, in *Annuario di diritto tedesco 1999*, a cura di S. PATTI, Milano, 2000.

<sup>341</sup> D. SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale - Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, 1994.

<sup>342</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

che proprio tale sganciamento del giudizio costituzionale da controversie concrete sia la principale causa dell'impiego diffuso di parametri di valutazione elastici ed indeterminati. Del resto è proprio il *Grundgesetz* che evoca formulazioni giuridiche suscettibili di essere applicate ed interpretate in maniera particolarmente evolutiva (ad esempio, agli artt. 20 e 28 viene invocato lo “Stato di diritto, democratico, sociale e federale”).

Concludendo, si può osservare come le considerazioni a cui sono pervenuta nel presente capitolo dimostrano come la pronuncia costituzionale tedesca sul delitto di incesto non desta un eccessivo senso di stupore, posto che essa, collocandosi nell'ambito di un complessivo contegno di oculatezza mostrato dal *Bundesverfassungsgericht* nei confronti del potere legislativo, manifesta una generalizzata volontà giurisdizionale di non ingerire nei margini di libera discrezionalità attribuiti al legislatore.

## **2. L'*insider trading***

Sommario: 2.1. L'«Abuso di informazioni privilegiate» - 2.2. L'«*insider* di se stesso»

## 2.1. L'«Abuso di informazioni privilegiate»

L'esigenza di assicurare il corretto ed ordinato funzionamento dei meccanismi regolatori del mercato finanziario mobiliare, nonché quella di evitare nocive manipolazioni borsistiche e di salvaguardare il collettivo senso di fiducia in capo alla categoria degli investitori, ha dato luogo all'introduzione nell'ordinamento italiano del reato di *insider trading*. Quest'ultimo, più precisamente, è stato delineato inizialmente con la l. 17 maggio 1991 n.157 («Norme relative all'uso di informazioni riservate nelle operazioni in valori mobiliari e alla Commissione nazionale per la società e la borsa»), in attuazione della direttiva europea 89/592/CEE.

Dopo aver subito una prima rielaborazione con il d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 («Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria»), la norma è stata oggetto di un'ulteriore riformulazione da parte dell'articolo 9 della l. 18 aprile 2005 n. 62.

L'*insider trading* viene comunemente definito come una norma che mira a reprimere operazioni speculative su valori mobiliari effettuate da parte di soggetti che, in ragione della peculiare posizione rivestita o dell'attività esercitata all'interno di un determinato contesto imprenditoriale, sono in possesso di informazioni privilegiate<sup>343</sup>. In particolare, l'art. 184 T.U.F., comma 1 dispone che “chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione e controllo dell'emittente, ovvero

---

<sup>343</sup> F. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale vol. 3 – Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, 4<sup>a</sup> ed. (a cura di) M. Campobasso, 2008, p. 215.

dell'esercizio dell'attività lavorativa, della professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio”.

Come sopra accennato, il delitto di «Abuso di informazioni privilegiate» presenta quindi una storia assai recente e contrassegnata da una certa contraddittorietà: l'iniziale indifferenza mostrata, a differenza di molti suoi colleghi stranieri, dal legislatore italiano è stata prontamente sostituita da un'opposta scelta politico-criminale<sup>344</sup>. In uno spazio temporale relativamente esiguo è stata pertanto maturata la decisione di definire un trattamento sanzionatorio non solo molto elevato, ma anche basato su un doppio binario, posto che alla pena *stricto sensu* penale è stata affiancata la sanzione amministrativa.

A seguito di tali primissime considerazioni appare subito evidente come la fattispecie in commento si vada a collocare al centro del dibattito affrontato nel presente elaborato; la questione è, a ben vedere, quella relativa alla compatibilità di una norma siffatta con il giudizio di proporzionalità in una dimensione innanzitutto *retributiva*. Quest'ultima, come già affermato, evocando l'idea della proporzione tra gravità del reato e gravità della sanzione (comminata o inflitta a seconda che si tratti di un giudizio in astratto o in concreto) trova molteplici diramazioni, ma in linea di massima evoca un giudizio valutativo di razionalità formale (che può essere accostato sul piano del metodo al principio generale di uguaglianza). In tal modo esso opera sulla base di uno o più reati di riferimento in cui si assume che la pena sia

---

<sup>344</sup> La scelta di criminalizzazione del reato in esame si è diffusa recentemente in generale nell'ambito sovranazionale soprattutto nell'ultimo decennio. Si veda, al riguardo, S. SEMINARA, in AA. VV., *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, a cura di Canestrari e Foffani, Milano, 2005, p. 223.

proporzionata (si parla, in proposito di “*tertium comparationis*”). “E’ un giudizio di proporzionalità in senso formale quindi, come valutazione della coerenza interna nell’uso della pena”<sup>345</sup>.

Al di là delle obiettive difficoltà di rinvenire un'ideale norma legislativa che funga da *tertium comparationis* nell'ambito della verifica di legittimità dell'*insider trading*, considerate le specifiche ed innovative peculiarità della figura in parola e le sue strutturali diversità rispetto alle altre fattispecie di manipolazioni di mercato, occorre, prima ancora di procedere ad una sua valutazione in termini di proporzionalità *materiale e utilitaristica*, chiedersi se essa superi positivamente il *test* di necessità della pena (proporzionalità, questa, dal vago sentore *retribuzionistico* e posto in funzione di garanzia, contemplato anche all’art. 49, terzo comma, della Carta dei diritti di Nizza, ove è stabilito che «L’intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato.»), secondo un'accezione particolarmente rigorosa del principio di *ultima ratio* dell'intervento penale.

La domanda che preliminarmente occorre porsi è, pertanto, la seguente; può essere considerato “proporzionato” un trattamento sanzionatorio che, a seguito dell'entrata in vigore della l. 18 dicembre 2005 n. 262 (*Tutela del risparmio*), oltre a prevedere la reclusione da due a dodici anni e la multa da euro quarantamila a euro sei milioni, aggiunge la previsione della circostanza aggravante che consente al giudice di “aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il

---

<sup>345</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2012, p. 114 ss.

prodotto o il profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensività del fatto, per le qualità personali del colpevole o per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo”?

Ai fini di una compiuta risposta al suddetto quesito appare poi necessario aggiungere che al “rigore draconiano” sanzionatorio si va ad aggiungere il complesso di pene accessorie a forte connotato afflittivo<sup>346</sup>.

Rimanendo inizialmente confinati nei limiti dell’accezione *formale* del principio in commento, e facendo, pertanto, appello al consueto criterio di coerenza interna del *tertium comparationis*, per stabilire se il delitto di *insider trading* è sproporzionato occorre chiedersi se lo strumentario sanzionatorio predisposto dal legislatore si presenti come coerente e razionale rispetto ad un altro reato (suscettibile di un plausibile confronto normativo) che invece si assume come ragionevole e proporzionato.

La norma che più si presta a fungere da termine di paragone in sede di sindacato giurisdizionale è, con gli evidenti limiti di una siffatta operazione di confronto dati dalle evidenti difformità strutturali proprie delle fattispecie in esame, quella contenuta nell’articolo 640 del codice penale (“Truffa comune”)<sup>347</sup>.

In relazione alla possibilità di accostare le due figure criminose, va preliminarmente osservato che nell’ambito della letteratura penalistica sono state sollevate molteplici

---

<sup>346</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario – Lezioni*, Cedam, 2008, p. 54 ss.

<sup>347</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit., p. 55; S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, cit., p. 22 ss.

e, a mio parere, comprensibili obiezioni; nell'ambito del reato di "Abuso di informazioni privilegiate" farebbe difetto, secondo la *communis opinio*, l'elemento dell'induzione in errore, ovvero la seconda nota modale della condotta truffaldina connessa eziologicamente agli "artifici" e "raggiri" realizzati dall'autore, nonché l'agevole riconducibilità del danno patrimoniale patito dalla vittima all'operazione borsistica parassitaria posta in essere dall'*insider*.

In merito al primo punto può essere tuttavia osservato come il fatto tipico descritto nell'art. 640 c.p., risolvendosi in una ben precisa concatenazione di eventi collegati tra di loro da relazioni causa-effetto e che fa della fattispecie di truffa un reato indubbiamente a forma vincolata, diverge dall'elemento oggettivo enucleabile dall'art. 184 T.U.F. Le disimmietrie tra le due figure tenderanno invece ad affievolirsi se si considera, da un lato, l'attuale tendenza avvalsa nella prassi giurisprudenziale consistente in un ampio processo di svalutazione ermeneutica delle specifiche caratteristiche modali della truffa, con collaterale dilatazione della sua sfera applicativa, e, dall'altro la configurabilità della condotta dell'intraneo come un'attività *lato sensu* ingannatoria. In particolare, il soggetto che in forza della propria superiorità conoscitiva, cede il titolo "(...) carico del rischio di verificaazione dell'evento pregiudizio economico"<sup>348</sup> e si rappresenta intellettivamente i probabili effetti della pubblicazione della notizia *price sensitive*, pone in essere un comportamento che presenta un *quid* accostabile all'elemento dell'artificio fraudolento nella sua forma omissiva di silenzio, reticenza e violazione del dovere di

---

<sup>348</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 52.

informare.

La giurisprudenza dominante<sup>349</sup>, infatti, riconosce la configurabilità di una truffa siffatta, subordinandone tuttavia la rilevanza penale alla violazione di uno specifico obbligo giuridico di comunicarle alla parte interessata, dovere riscontrabile, nel caso in esame, nell'articolo 114 del T.U.F. rubricato "Comunicazioni al pubblico" (*1. Fermi gli obblighi di pubblicità previsti da specifiche disposizioni di legge, gli emittenti quotati comunicano al pubblico, senza indugio, le informazioni privilegiate di cui all'articolo 181 che riguardano direttamente detti emittenti e le società controllate. La Consob stabilisce con regolamento le modalità e i termini di comunicazione delle informazioni, ferma restando la necessità di pubblicazione tramite mezzi di informazione su giornali quotidiani nazionali, detta disposizioni per coordinare le funzioni attribuite alla società di gestione del mercato con le proprie e può individuare compiti da affidarle per il corretto svolgimento delle funzioni previste dall'articolo 64, comma 1, lettera b) 2. Gli emittenti quotati impartiscono le disposizioni occorrenti affinché le società controllate forniscano tutte le notizie necessarie per adempiere gli obblighi di comunicazione previsti dalla legge. Le società controllate trasmettono tempestivamente le notizie richieste.*)<sup>350</sup> e, più generalmente, nel principio della buona fede, trasversalmente applicato in sede civilistica e formalizzato nell'articolo 1147 c.c.

---

<sup>349</sup> Cass. 10 aprile 2000, in *Cass. Pen.*, 2002, 610 s.; Cass. 18 febbraio 1988, in *Giust. Pen.*, 1989, II, 312.

<sup>350</sup> Da notare, ad ogni modo, che l'obbligo di *disclosure* di cui all'art. 114 riguarda solo le informazioni privilegiate concernenti "direttamente" l'emittente o gli enti controllati, non abbracciando pertanto ogni tipologia di informazione privilegiata rientrante nella sfera applicativa dell'art. 181 T.U.F.

Nella misura in cui il silenzio in merito alla notizia privilegiata, maliziosamente serbato da parte dell'insider, vada a rispecchiare uno stato di fatto apparente suscettibile di incidere sul processo motivazionale della vittima, la condotta reticente del soggetto qualificato potrà essere posta a confronto con i "raggiri" fraudolenti di cui all'art. 640 c.p.

Forte limite all'impiegabilità del delitto di truffa quale *tertium comparationis* nell'ambito di un giudizio di proporzionalità *formale* e di congruità sanzionatoria del reato di *insider trading* è costituito dall'inconfigurabilità di quest'ultimo quale reato "di evento". Ad apparire opinabile è lo stesso riconoscimento del legame causale tra l'operazione borsistica del *reo* e l'altrui pregiudizio economico, "(...) nonché più in generale il possibile intervento dei più vari (e imprevedibili) fattori (concausali) incidenti sull'andamento del corso dei titoli, alternativi rispetto all'impatto della pubblicazione della notizia"<sup>351</sup>. A scoraggiare la polarizzazione del disvalore penale del fatto intorno ad un evento dannoso è, poi, il fatto che le transazioni finanziarie avvengono in modo anonimo, impersonale ed in assenza di rapporti diretti tra le parti contraenti.

Si legge: "(...) La repressione dell'*insider trading* non può dunque mirare alla protezione degli interessi patrimoniali dei singoli investitori ma, più semplicemente, può proporsi di garantire che i profitti derivanti dagli investimenti mobiliari siano

---

<sup>351</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 57.

realizzati da soggetti “non *insider*”. Un distinto e più avanzato oggetto di tutela, quindi, che esclude qualsiasi omogeneità o parallelismo con il delitto di truffa”<sup>352</sup>.

L’oggettività giuridica tutelata dall’art. 184 T.U.F., secondo l’indirizzo dottrinario prevalente, è la fiducia dei risparmiatori nel mercato, valore questo strumentale alla protezione del corretto funzionamento del mercato. Il bene giuridico si colloca su un piano notevolmente divergente rispetto a quello proprio dei valori protetti dalla figura della truffa che, al contrario, appare predisposta a tutela del patrimonio e della libertà individuale di disporre. Se, tuttavia, si aderisce all’orientamento che pone al centro dell’economia della fattispecie di *insider trading* l’oggettività giuridica del patrimonio individuale (basata sull’assunto della configurabilità, nell’ambito fenomenologico criminoso in parola, della tradizionale piattaforma negoziale manifestata dal rapporto investitore/intraneo-investitore/vittima)<sup>353</sup>, o, all’opposto, si considera il minoritario indirizzo dottrinario di stampo pubblicistico che eleva la fisionomia offensiva del reato di truffa al bene giuridico della “buona fede del pubblico quale elemento dell’ordine giuridico generale”<sup>354</sup>, la distanza tra le due norme (sotto il profilo dell’oggettività giuridica), tende ad attenuarsi considerevolmente.

A prescindere dalle molteplici differenze strutturali delle fattispecie, occorre sottolineare che la reazione sanzionatoria relativa alla figura della truffa appare enormemente più mite, posto che il *reo* che, “(...) con artifici e raggiri, inducendo

---

<sup>352</sup> S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, cit., p. 25.

<sup>353</sup> M. MASUCCI, *Abusi di mercato*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. FIORELLA, Torino, 2012, p. 240 ss.

<sup>354</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale*, p. 584; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – Parte speciale*, p. 172.

taluno in errore, procura a se o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno”, viene punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire centomila a due milioni. Si aggiunga che, mentre ai fini della configurabilità della truffa, è necessario che si verifichi l’evento lesivo in capo al soggetto aggirato, con conseguente restrizione della sfera applicativa del reato, lo stesso non può dirsi per la fattispecie di *insider trading*, qualificabile come “reato di azione”.

Quella appena svolta è un’indagine che si va a collocare nell’ambito di una visione di tipo *retributivo* del principio di proporzionalità. Essa, evocando l’idea della armoniosa proporzione tra gravità del reato e gravità della sanzione, realizza un giudizio di razionalità formale.

A tal riguardo va da subito premesso come proprio la regola della proporzione, nella sua duplice dimensione, *sostanziale* e *formale*, riesca a supplire ad una serie di carenze di contenuto regolativo del principio di *necessaria lesività* o *offensività* del reato (principio che, come vedremo, è messo seriamente a repentaglio dalla fattispecie in commento), ma anche come la proporzionalità e la teoria dei beni giuridici siano sostanzialmente due istituti che, attraverso una reciproca integrazione funzionale e strutturale, si completano vicendevolmente nel fornire sostrato legittimante ad una norma (quale quella di *insider trading*) nel cui ambito sono facilmente riscontrabili molteplici dubbi di compatibilità con una serie di principi costituzionali.

Ma procediamo con ordine.

A differenza del passato, in cui le teorie economiche non erano unanimi nel

suffragare l'opzione punitiva del reato in esame, attualmente si assiste ad una completa convergenza di opinioni in relazione alla dannosità del fenomeno. In particolare, nell'ambito di un ampio dibattito sviluppatosi intorno alla metà degli anni '60, taluni orientamenti, di matrice marcatamente economico-finanziaria, sostenevano un'influenza relativamente benefica del fenomeno in questione per l'andamento del mercato borsistico. A fronte dell'immediato danno patrimoniale subito da chi ha contratto direttamente con l'«insediato» infatti, da considerarsi quale caratteristica intrinsecamente inevitabile del concetto di mercato, si otterrebbe, nel tempo, un effetto stabilizzante delle quotazioni ovvero di “promozione dell'efficienza allocazionale del mercato”<sup>355</sup>, in tal modo esorcizzando bruschi sbalzi dei prezzi e ottenendo anche notevoli benefici per la competitività dell'impresa.

Il delitto in esame mira a tutelare, secondo l'opinione più accreditata, il corretto funzionamento del mercato<sup>356</sup>. Esso, più correttamente, volendo assicurare la fiducia del complesso degli investitori, intende eliminare i casi di ingiustificato sfruttamento della superiorità informativa vantata da parte di determinati soggetti in ragione della loro peculiare collocazione<sup>357</sup>. Molti autori pongono poi l'accento sul presupposto che il senso di sicurezza dell'investitore si basa anche sul fatto che il complesso degli operatori economici dispongano pariteticamente di tutti gli elementi

---

<sup>355</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit., p. 118 ss.

<sup>356</sup> FLICK, *Insider trading: una tappa significativa – anche se controversa – della lunga marcia verso la trasparenza*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 980 ss.; MACCABRUNI, *Insider trading e analisi economica del diritto*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 598 ss.

<sup>357</sup> Così, Trib. Roma 15-5-1996, in *Giur. comm.*, 1997, 215; in dottrina, si veda invece S. SEMINARA, *Insider trading* cit. p. 67 ss.; analoga conclusione si rinviene nel “considerando” n. 12 della Direttiva 2003/6/CE.

necessari per effettuare scelte finanziarie consapevoli<sup>358</sup>. Una diversa opinione in dottrine tende invece a respingere l'idea per cui l'oggettività giuridica del reato suddetto sia da ricollegare alla *par condicio* degli investitori, intesa non solo come eguale possibilità di accesso alle conoscenze economico-finanziarie (*equal acces*), ma anche come effettiva parità informativa dei dati conoscitivi, in base alle regole del *market egalitarianism*. Si osserva, infatti, che lo stato di asimmetria conoscitiva è, nell'ambito delle dinamiche borsistiche, una condizione per così dire connaturata all'andamento del mercato<sup>359</sup>.

Infine appare da da rigettare anche la tesi secondo la quale il bene giuridico tutelato sarebbe da rinvenire nella “trasparenza societaria”. A ben vedere, infatti, il fenomeno di *insider trading* riguarda perlopiù dati informativi soggetti a divulgazione in un momento temporale cronologicamente postumo rispetto all'approfittamento mediante l'opportuna operazione finanziaria. Invero, è stato autorevolmente rilevato che “(...) ciò non significa che *insider trading* e trasparenza societaria non si pongono su un piano di frontale contrapposizione, tale che l'eliminazione del primo determina automaticamente la massima espansione della seconda; al più, può ritenersi che la repressione dell'utilizzazione borsistica di conoscenze privilegiate dovrebbe sopprimere un potenziale ostacolo alla trasparenza societaria e che la sua prevenzione deve attuarsi anche incrementando il flusso dell'informazione”<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup> S. GIAVAZZI, *Insider trading: profili di incostituzionalità*, in *Le Società* n.3/2004, p. 346.

<sup>359</sup> COSTI, *Gli interessi tutelati*, in AA.VV., *Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario: l'insider trading*, 1992, p.378.

<sup>360</sup> S. SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed. aggiornata, Bologna, 2000, p. 621 ss.

Vediamo quindi che il policromo ventaglio di opinioni dottrinarie in tema di bene giuridico protetto dalla norma in commento cela, in realtà, un'incertezza di fondo, in giurisprudenza come in sede legislativa, circa lo “scopo” normativo dell'*insider trading*.

Nell'ambito di una valutazione della fattispecie alla luce della regola della proporzione in senso *materiale-sostanziale*, verifica che verrà approfondita in relazione alla particolare figura dell'«*insider* di se stesso», la problematica è quindi proprio quella della previa individuazione del fattore (lo “scopo” della norma) sul quale parametrare il giudizio di “adeguatezza del mezzo al perseguimento dello scopo”<sup>361</sup> (assimilabile inoltre agli altri *standard* di razionalità materiale come l'effettività, l'adeguatezza, la ragionevolezza).

D'altro canto si può sostenere che, una volta individuato un sicuro e certo bene giuridico protetto dalla norma, è proprio il principio di proporzionalità in senso *sostanziale* che, attraverso l'uso molto approfondito e “coraggioso” del ragionamento giuridico fondato sul *balancing-test* che esso racchiude nel suo terzo livello della c.d. proporzionalità in senso stretto, riesce a fornire un valido ausilio all'istituto dell'offensività nella verifica di legittimità della norma in commento, posto che quest'ultimo, come è stato osservato, non presenta uno statuto autenticamente valutativo.

La condotta in esame, nonché la recente scelta di una sua positiva penalizzazione in

---

<sup>361</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2012, p. 114 ss.

termini non solo amministrativi ma anche più rigorosamente penalistici, va collocata innanzitutto nella moderna prospettiva relativa all'evoluzione del concetto di "risparmio": si è infatti osservato che "(...) dalla tradizionale visione elementare del risparmio inteso come fondo non speso, rimasto nella disponibilità materiale del titolare, si è passati all'affidamento del risparmio alle banche secondo uno schema non scevro di rischi in ordine alla futura restituzione del denaro impiegato e mediato da forme contrattuali di rapida comprensione; e, infine, alla confluenza diretta nel mercato finanziario per mezzo di strumenti contrattuali aventi ad oggetto prodotti finanziari"<sup>362</sup>. Il contesto di riferimento è quindi quello che tipicamente connota l'epoca (post-)moderna; in essa si viene a delineare, in sostituzione del paradigmatico uomo razionale, la figura dell'*homo ludens*<sup>363</sup> che fronteggia il rischio con eccitazione<sup>364</sup>.

In una situazione di frequente verificabilità del rischio socialmente e giuridicamente ammesso, la protezione penalistica si aziona solamente di fronte al rischio "anomalo" (ovvero quello che eccede indebitamente il rischio socialmente accettato) mediante regole di comportamento (non di rado problematicamente eticizzanti) che mirano a contenere il verificarsi di tali pratiche<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario – Lezioni*, Cedam, 2008, p. 1.

<sup>363</sup> HUIZINGA, *Homo ludens: A Study of the Play Element in Culture*, Boston, 1950.

<sup>364</sup> FERRARESE, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, p. 41.

<sup>365</sup> Cfr. PEDRAZZI, Mercati finanziari (nuova disciplina penale), in Dig. Disc. Pen., Vol. Aggiornamento, Torino, 2000. Sul punto si veda inoltre Trib. Milano, 14-2-2004, in *Le Società*, 2005, p.110, che, in relazione al reato di insider trading parla anche di "assoggettamento a un maggior margine di rischio".

Alla luce delle considerazioni poc'anzi svolte, si giunge alla conclusione che vede la fattispecie in commento proteggere quei discussi beni giuridici detti “strumentali”. Il problema che si pone, e che verrà accennato nel successivo paragrafo, è evidentemente quello relativo al rischio di confondibilità tra il concetto di bene giuridico in senso stretto e scopo della norma<sup>366</sup>.

Nel corso del percorso che mira ad una ricostruzione, aggiornata ai più moderni studi del diritto penale contemporaneo, della fattispecie in commento, si giunge ad una sua configurazione per così dire “ibrida”<sup>367</sup>: da una parte, si scorge facilmente l'impegno profuso dal legislatore nella costruzione di una norma che mostra chiari segni di “sensibilità” alle pressanti esigenze avvertite nell'attuale *Risikogesellschaft*; dall'altra, tuttavia, emergono con lampante chiarezza i profili di problematicità conseguenti alla collocazione del reato in esame nell'alveo della scienza penalistica classica, da tempo inquadrata nell'ottica dell'offesa al bene giuridico tutelato.

In relazione al primo aspetto accennato, va rilevato che il tratto forse maggiormente qualificante dell'odierno “risparmio” è l'elevata rischiosità dell'attività negoziale e la cospicua complessità degli elementi del sinallagma tra bene presente e promessa di un bene successivo, posto che per il suo consapevole intendimento è necessitato un ingente patrimonio conoscitivo<sup>368</sup>.

Con riferimento al secondo punto, va osservato che sotto il garantistico profilo della

---

<sup>366</sup> In generale su tale problematica si è espresso MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 192 ss.

<sup>367</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. XVII; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.

<sup>368</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario – Lezioni*, Cedam, 2008, p. 2.

sufficiente determinatezza e chiarezza della fattispecie emergono forti segni di criticità: mi riferisco soprattutto alle clausole vaghe ed elastiche che imperversano nella trama descrittiva del paradigma della “informazione privilegiata” e al problematico compito “recessivo”<sup>369</sup> attribuito all'interprete consistente nell'esplicazione del processo di aderenza del dato normativo alla realtà fattuale.

Passando alla concreta analisi dei singoli elementi che compongono la struttura del reato di *insider trading*, appare necessario dedicare alcune osservazioni al soggetto attivo ed alle condotte tipiche del reato in esame.

Con riferimento al primo punto, va innanzitutto osservato che la figura di «Abuso di informazioni privilegiate» viene comunemente inserito nella categoria di reati propri, posto che gli autori del delitto vengono identificati in base al collegamento sussistente tra l'acquisizione informativa e la qualifica o la funzione svolta. Il complesso di soggetti a cui faccio riferimento è composto, da un lato, da persone che rientrano nell'organigramma societario (*corporate insiders*) e, dall'altro, dai c.d. *temporary insiders*, ovvero coloro che fuoriescono dalla struttura aziendale<sup>370</sup>. Accanto ai soci e alle persone che rivestono cariche sociali, è da menzionare poi la nutrita schiera di soggetti che con la persona giuridica intrattiene rapporti di natura professionale continuativa ovvero coloro che forniscono apporti meramente funzionali (per esempio funzionari delle autorità pubbliche di controllo, come la Consob, se l'incarico è di natura pubblicistica)<sup>371</sup>.

---

<sup>369</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit., p. XVII

<sup>370</sup> F. MUCCIARELLI, *Speculazione mobiliare e diritto penale*, Milano, 1995, p. 71-72.

<sup>371</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario – Lezioni*,

Nell'odierna disciplina normativa, oltre ad essere stata inserita la specificazione relativa ai “membri di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente”, prima sostituita da un più vago richiamo all'"esercizio di una funzione o di un ufficio", tra gli *insiders* compaiono oggi anche coloro che, nella compagine societaria, svolgono un'"attività lavorativa". Si tratta di una innovativa posizione caratterizzata da contorni più vaghi non compiutamente concettualizzabili, quale, ad esempio, quella rivestita dai membri di una società di revisione o di consulenza finanziaria, o degli *advisors*<sup>372</sup>.

Di portata accentuatamente innovativa risulta poi la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 184. Con essa il legislatore ha inteso ampliare la portata del divieto penale estendendola anche a coloro che possiedono informazioni privilegiate “a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose”, rispondendo perlopiù alla necessità di contrastare le pratiche speculative nell'ambito di attività a carattere terroristico<sup>373</sup>.

Ciò che accomuna i soggetti menzionati è il presupposto comune consistente nell'avere il potere di entrare in contatto diretto con il dato conoscitivo oggetto della condotta tipica, ovvero di trovarsi nella privilegiata posizione di apprendere, senza interposizione alcuna, l'informazione riservata. Tale prerogativa differenzia la cerchia di destinatari suddetti, tradizionalmente qualificati come *insiders* primari, da quelli secondari, i quali pervengono alla comprensione della notizia in modo filtrato,

---

Cedam, 2008, p.33.

<sup>372</sup> MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: Delitto e illecito informativo*, in *Dir. pen. Proc.*, 2005, p. 1469.

<sup>373</sup> Cfr. i “considerando” n. 14 e 17 della Direttiva.

ovvero la recepiscono (anche occasionalmente) tramite la mediazione dell'«insediato» primario. Il dato di maggior rilievo, ai fini del presente elaborato, riguarda la *ratio* ispiratrice della recente riforma attraverso la quale il legislatore ha voluto sottolineare il diverso disvalore della condotta incriminata a seconda che questa venga realizzata dall'*insider* primario, che, in tal modo, pone in essere un illecito sfruttamento di un vantaggio conoscitivo intrinseco e “fisiologico”<sup>374</sup>, o da quello secondario, che invece si limita ad una mera ricezione del dato informativo, mostrando così profili di offensività meno intensi. Ebbene, il medesimo comportamento di «Abuso di informazioni privilegiate», se realizzato dalla prima categoria di soggetti, va ad integrare gli estremi della fattispecie contemplata nell'art. 184 T.U.F., e se, viceversa, viene tenuto dagli *insiders* secondari, da luogo all'illecito amministrativo, punibile anche a titolo di colpa, *ex art. 187 bis* T.U.F.

Il comportamento incriminato alla lett. *a* del primo comma dell'articolo 184 consiste nell'acquistare, vendere o compiere altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime. L'innovazione rispetto alla previgente disciplina consiste nell'aver sostituito la formula “per interposta persona”. Attualmente, pertanto, si assiste ad un ampliamento dell'ambito operativo della fattispecie che, da una parte, riguarda ogni forma di legame tra il soggetto su cui grava l'inibizione e dissimula la riconducibilità a se stesso dell'operazione e chi pone in essere la pratica borsistica, e dall'altro, concerne non solo i negozi i cui effetti ricadono nella sfera giuridica ed

---

<sup>374</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario – Lezioni*, Cedam, 2008, p. 35.

economica dell'inibito, ma anche quelli conclusi da quest'ultimo e per conto di un terzo<sup>375</sup>.

L'attività penalmente rilevante ai sensi della disposizione surrichiamata è, pertanto, quella di “utilizzare”. In tal modo, il legislatore ha inteso rendere maggiormente evidenti i profili offensivi della condotta, posto che la valenza significativa della mera inosservanza dell'obbligo di astensione dal effettuazione di operazioni borsistiche conseguente all'acquisizione informativa, prima contemplata nell'art. 180 *ante* riforma, appariva alquanto debole.

Si legge infatti: “I suddetti gerundi sono indicativi dell'incidenza della conoscenza privilegiata sul processo decisionale dell'agente: tale conoscenza deve costituire la causa della decisione di compiere l'operazione borsistica, nel senso che questa è posta in essere proprio in virtù della consapevolezza del significato della notizia, o quantomeno l'elemento intervenuto in un processo decisionale già attivato così da sciogliere lo stato di incertezza in ordine al compimento dell'operazione pianificato sulla base di altre motivazioni”<sup>376</sup>.

Attraverso tale modifica il legislatore ha tentato, da un lato, di attenuare le asserite dissonanze della figura di reato analizzata con il tradizionale principio penale di offensività, non riuscendo tuttavia a cassare tutti i molteplici profili critici della problematica in questione (*infra* § 2.2.), e, dall'altro, di caratterizzare l'*insider trading* in maniera più marcata sul piano della colpevolezza, essendo attualmente richiesto, ai

---

<sup>375</sup> MUCCIARELLI, *L'abuso, cit.*, p. 1470.

<sup>376</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario – Lezioni*, Cedam, 2008, p. 38; MUCCIARELLI, *L'insider trading, cit.*, p. 949.

fini dell'integrazione della fattispecie, la rappresentazione intellettuale e la volizione dell'elemento dell'utilizzazione-sfruttamento informativo.

Le restanti condotte incriminate sono contemplate, infine, nel comma 1 lett. *b* e *c* del medesimo articolo. Esse consistono, da un lato, nel comunicare l'informazione riservata ad altri “al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio” (c.d. *tipping*), e, dall'altro, nel raccomandare o indurre, sulla base dell'informazione privilegiata, “al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera *a*)” (c.d. *tuyautage*)<sup>377</sup>.

Il concetto di *insider trading*, se appare univoco e chiaro nella sua peculiare accezione di indebito sfruttamento borsistico di informazioni privilegiate apprese, in ragione della sua particolare funzione o posizione all'interno della compagine societaria, da parte di un “insediato” aziendale, risulta invece caratterizzata da una forte genericità quando si tratta di stabilire i precisi contorni del presupposto su cui si va ad innestare la condotta tipica (il possesso di “informazioni privilegiate”), il netto *discrimen* tra le condotte lecite o meno e la *ratio* ispiratrice della fattispecie alla luce della relativa disciplina normativa. La riforma ha pertanto cercato di fornire una solida base oggettiva e una più robusta valenza significativa alla fattispecie e di ridurre lo stato di “annacquamento” dei profili offensivi che la norma in commento presentava, incidendo su quei profili descrittivi a rischio di eccessiva vaghezza ed arbitraria manipolabilità giudiziaria.

---

<sup>377</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario – Lezioni*, Cedam, 2008, p. 40.

Invero, la constatazione che il fenomeno in commento non è in sé rivelatore di uno specifico e statico disvalore penale in grado di contrassegnarne meticolosamente i confini operativi, ha posto le basi per il sorgere e lo svilupparsi di una molteplicità di teorie, talune di tipo marcatamente economico ed altre aventi connotati più squisitamente moraleggianti, che hanno arricchito la nozione in esame ed evidenziato una serie di problematiche legate alla compatibilità con il resto dell'ordinamento giuridico di una figura di reato siffatta<sup>378</sup>.

Il problema è, in particolare, quello relativo all'involontaria messa in crisi del principio di offensività da parte della figura dell'*insider trading*, – ma, più in generale, da parte dei moderni modelli di tutela penale sviluppatasi per meglio fronteggiare le necessità tipiche della società del rischio – qualificato come reato di pericolo e che, pertanto, considera nel suo ambito l'elemento del vantaggio informativo in termini di mera potenzialità “(...) a pregiudicare l'affidabilità del mercato”<sup>379</sup>.

Può, in effetti, apparire alquanto discutibile la scelta di avvalersi dello strumento penalistico per sopperire al diffuso senso di insicurezza collettiva presente nell'era post-moderna che, oltre ad aver introdotto in modo assai frettoloso innovative oggettività giuridiche considerate perlopiù “indeterminate” e dematerializzate<sup>380</sup>, mira essenzialmente a fornire fondamento offensivo a fattispecie con “(...) spiccata

---

<sup>378</sup> S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 2.

<sup>379</sup> S. GIAVAZZI, *Insider trading: profili di incostituzionalità*, in *Le Società* n.3/2004, p. 344.

<sup>380</sup> In relazione all'esame della questione attinente all'esponenziale aumento dei reati di pericolo astratto nella contemporanea società del rischio si rinvia a C. PERINI, *Il concetto del rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 293 ss.

vocazione preventiva”<sup>381</sup> e che risultano basate sui concetti del rischio e del pericolo astratto.

---

<sup>381</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 105.

### 2.3. L'«Insider di se stesso»

La figura criminosa dell'«insider di se stesso» considera penalmente rilevante e riconducibile al reato di “Abuso di informazioni privilegiate” anche la condotta di chi si avvale della conoscenza dei propri eventi, dei propri propositi o delle decisioni da se stesso elaborate.

La premessa di base consiste nella constatazione che uno dei presupposti necessari ai fini dell'integrazione della fattispecie è costituito dal possesso di “informazioni privilegiate”.

La problematica, al riguardo, si incentra essenzialmente sull'accertamento del requisito suddetto, posto che il legislatore ha ommesso di delineare nettamente le caratteristiche descrittive del concetto di informazione *tout court*<sup>382</sup>.

In particolare, il nodo da sciogliere è quello relativo alla possibilità di inquadrare nel paradigma della “notizia privilegiata” una decisione o un proposito. Il fulcro del dibattito si incentra quindi sulla necessità della presenza, nell'economia della fattispecie, dell'elemento dell'alterità della fonte di provenienza della notizia rispetto all'oggetto che la impiega nell'effettuazione dell'operazione borsistica traendone un vantaggio. Detto altrimenti, occorre valutare se sia configurabile la figura dell'«insider di se stesso»<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> In argomento, TRIPODI, *Commento agli artt. 180-187 quaterdecies t.u.f.*, in *Leggi penali complementari. Le fonti del Diritto italiano*, a cura di T. PADOVANI, Milano, p.2531 ss.

<sup>383</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario* –

Nell'ambito degli studi della letteratura penalistica in materia, subito dopo l'introduzione nel nostro Paese del reato di "Abuso di informazioni privilegiate", sono andati diramandosi due orientamenti contrapposti, accomunati dall'intento chiarificatore della nozione di "informazione".

- 1) La concezione "liceista", da un lato, sottolineò come la *ratio* dell'incriminazione, costituita dalla "parità di condizione fra tutti gli operatori del mercato mobiliare", portasse con sé in rischio di far considerare illecito penalmente anche il comportamento di chi si "avvale della conoscenza dei propri eventi o dei propri propositi". Al contrario, il reato di *insider trading*, presupponendo un rapporto di alterità soggettiva tra il creatore della notizia e suo percettore, sarebbe inapplicabile ad una condotta siffatta. Si legge, infatti: "E' l'informazione nel senso proprio dell'espressione, la conoscenza di un proposito altrui; non è un "informazione privilegiata", perché non è propriamente un informazione, la conoscenza che uno ha degli eventi che lo concernono o dei propositi che ha in animo di attuare"<sup>384</sup>. Partendo dal dato semantico del verbo "informare" che significa, appunto, "rendere consapevole taluno di un accadimento", la tesi in questione perveniva alla conclusione che il concetto di notizia indicasse un trasferimento materiale conoscitivo da un soggetto "informatore" ad una distinta persona

---

Lezioni, Cedam, 2008, p. 47 ss.

<sup>384</sup> F. GALGANO, *Gruppi di società, insider trading, OPA obbligatoria*, in *Contratto e Impresa*, 1992, p.638.

“informata”<sup>385</sup>. “Sicché non ogni tipologia di dato conoscitivo rileva quale “informazione”, ma solo quello oggetto del predetto fenomeno trasmissivo”<sup>386</sup>. In particolare, è stato poi osservato che l'essenzialità di tale trapasso di cognizione e conoscenza sarebbe necessariamente indicativo di un arricchimento conoscitivo della sfera soggettiva del destinatario, non essendo, ad ogni modo, indispensabile un transito tra due cerchie soggettive *stricto sensu*, ben potendo invece il ricevente “apprendere” la notizia dall'esame di un documento ovvero per aver presenziato ad un evento<sup>387</sup>.

A sostegno delle considerazioni poc'anzi svolte, venivano poi menzionati i dati normativi all'epoca vigenti, i quali menzionavano le informazioni “ottenute” (in effetti, chi “ottiene”, riceve quanto in precedenza non possedeva, ovvero “la conoscenza di eventi o propositi altrui”<sup>388</sup>), nonché il “Considerando” n. 11 della Direttiva n. 89/592/CEE il quale stabiliva: “poiché l'acquisizione o la cessione di valori mobiliari implica necessariamente una decisione preliminare di acquisire o di cedere da parte della persona che procede ad una di queste operazioni, il fatto di effettuare questo stesso acquisto o cessione non costituisce di per sé una utilizzazione di un'informazione privilegiata”(nonché il successivo “Considerando”, n. 30 del

---

<sup>385</sup> Così DI BRINA, *Il divieto di insider trading*, in AA. VV., *Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario: l'insider trading*, a cura di Rabitti Bedogni, Milano, 1992, p. 430.

<sup>386</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario – Lezioni*, Cedam, 2008, p. 47.

<sup>387</sup> F. MUCCIARELLI, *Art. 184 t.u.f.*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. FRATINI – G. GASPARRI, Torino, 2012.

<sup>388</sup> F. GALGANO, *op. cit.*, p.639.

2003, che sostanzialmente ha ribadito la prescrizione).

Premettendo che, pur non possedendo la fonte comunitaria una rigorosa portata dispositiva vincolante, essa presenta una valenza esplicativa rilevante nell'interpretazione della normativa nazionale di recepimento, la tesi “liceista” sottolinea come in essa sia possibile rinvenire un “fisiologico” processo esecutivo di una previa determinazione decisionale<sup>389</sup>. Il legislatore europeo, in sostanza, avrebbe sancito una corrispondenza biunivoca tra la preliminare decisione medesima e l'operazione borsistica all'interno dei mercati finanziari, che ne rappresenta uno sviluppo attuativo, escludendo che la prima possa essere considerata quale “informazione privilegiata” e la seconda una sua “utilizzazione” ai sensi dell'art. 184 T.U.F.

Le ipotesi ricomprese nell'ambito applicativo (parziale) della disposizione comunitaria in commento sarebbe, innanzitutto, quella relativa alla decisione avente ad oggetto l'acquisto o la vendita di strumenti finanziari. Inoltre, vi sarebbe ricompreso il caso in cui, in relazione all'attuazione del proposito costituente astrattamente “informazione privilegiata”, l'operazione borsistica posta in essere riveste portata strumentale e prodromica.

- 2) L'orientamento diametralmente opposto alla concezione poc'anzi descritta, muove dall'intento di circoscrivere la portata di liceità della figura dell'«*insider* di se stesso» ai casi di utilizzazione all'interno di operazioni

---

<sup>389</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 298 ss.

finanziarie in borsa di decisioni/propositi propri (ossia di “dati” della propria coscienza, immanenti nella sfera soggettiva, sia individuale che collettiva), pena l'eccessiva ampiezza dell'area di irrilevanza penale così attribuibile alla pratica in questione, avvalorando ed enfatizzando in tal modo la versione per così dire “moderata” della tesi liceista. Ne verrebbero quindi ad essere esclusi quegli “eventi” che riguardano la struttura societaria, poiché da essa “generati”<sup>390</sup>. L'impostazione ermeneutica in parola mira, pertanto, a resecare e smontare la tesi dell'irrilevanza penale, avvalendosi, in particolare, di una peculiare esegesi dei “Considerando” surrichiamati, spostandosi la questione piuttosto sulle difficoltà collegate all'incapacità del concetto di “informazione” di svolgere un'utile funzione selettiva, riconoscibile invece nel dato normativo europeo, e alla possibilità e legittimità di una configurazione di quest'ultimo in termini di fonte di produzione giuridicamente vincolante<sup>391</sup>.

In relazione alla prima ipotesi contemplata nel “Considerando” le perplessità rilevate attengono alla presunta inapplicabilità ad essa del tipico schema delineato dall'art. 184 T.U.F. Per difetto dell'elemento costituito dall'“utilizzo” dell'informazione riservata. Quest'ultima, in effetti, lungi dal rappresentare quella ragione fondante, o, quantomeno, il fattore

---

<sup>390</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 283 ss.

<sup>391</sup> V. NAPOLEONI, *Insider trading e aggio su strumenti finanziari*, in L. LACAITA – V. NAPOLEONI (a cura di), *Il testo unico dei mercati finanziari*, Milano, 1998, p. 583.

condizionante, nell'ambito dell'*iter* decisionale avviato dall'agente<sup>392</sup>, costituisce la stessa “radice” psicologica dell'operazione finanziaria. Un conto è quindi attuare operativamente una decisione che di per sé costituisce il “dato privilegiato” ex art. 184, un altro è invece un suo impiego in termini di “approfittamento” o “sfruttamento” nelle negoziazioni perché si è i soli ad averne conoscenza.

In relazione, poi, alla seconda ipotesi accennata, si osserva che essa implica una consonanza tra l'operazione progettata in base al proposito maturato e quella che si esegue anticipando in via strumentale la prima (ad esempio, nell'ambito di un rastrellamento *ante* Opa). Nella pratica suddetta non sarebbe la determinazione di acquisto a titolo di rastrellamento ad essere “utilizzato”- come sembrerebbe prescrivere invece il testo comunitario -, ma quella di lanciare in un momento successivo l'Opa stessa.

Infine, a sostegno di tali argomentazioni, l'orientamento dottrinale della rilevanza penale sottolinea come i “Considerando” non possano essere impiegati neppure come traduzione comunitaria della tesi del “merito economico”<sup>393</sup>(ovvero quale accreditata identificazione dei casi economicamente “meritevoli”), posto che dalla suddetta area ne rimarrebbero evidentemente escluse una serie di pratiche operative certamente degne di

---

<sup>392</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario – Lezioni*, Cedam, 2008, p. 37 ss.

<sup>393</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 303 ss.

“merito”.

Dopo aver brevemente ricapitolato le contrapposte posizioni dottrinali in materia, appare necessario rimarcare la problematica relativa all'insussistenza e all'impraticabilità, nell'ambito del diritto penale dell'economia, di precisi criteri materiali in grado di comprovare l'indispensabilità di reprimere o meno certi comportamenti, né essi sono deducibili dalla teoria dei beni giuridici.

Tenendo sempre a mente la concezione che contempla il diritto penale come uno strumento che, con il suo rigoroso apparato repressivo, mira ad assicurare le condizioni basilari per una pacifica convivenza dei consociati in una società democratica, occorre osservare che, all'interno della branca giuridica analizzata, dal catalogo costituzionale non sia immediatamente ricavabile alcuna specifica indicazione sui beni degni di protezione penalistica<sup>394</sup>.

Si è inoltre osservato come l'affermarsi, a seguito del processo di industrializzazione e dell'affermazione di un'ispirazione solidaristica, di beni “sovraindividuali” o “sociali” abbia sancito un sostanziale mutamento della relazione intercorrente tra lo strumentario penale e la collettività: il primo non costituirebbe più la più insidiosa arma repressiva a disposizione dell'autorità pubblica, giacché esso attualmente interviene per compiere un'opera promozionale e/o conservativa dei valori diffusi e generalizzati, nell'ambito della quale risulta inesistente una netta contrapposizione del soggetto attivo e quello passivo. A questa sarebbe invece subentrata quella, più

---

<sup>394</sup> C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p.295.

vaga, tra consociati e l'autore del reato<sup>395</sup>.

Le dirompenti conseguenze tecniche dell'incisiva evoluzione del quadro di riferimento sono costituite principalmente dalla svalutazione dell'elemento della colpevolezza e del legame causale tra l'attività incriminata e il danno che si vuole pervenire. Ne consegue, come abbiamo visto, una sempre più diffusa tendenza di costruire fattispecie difficilmente conciliabili con la nozione materiale di bene giuridico e con il principio di necessaria lesività dell'illecito, poiché esse presentano confini elastici o dai connotati meramente formali la cui intonazione vagamente moraleggiante comporta un incrinazione dei principi di offensività, sussidiarietà e frammentarietà.

Già in relazione alla fattispecie “classica” di *insider trading* abbiamo, nei precedenti paragrafi, evidenziato la criticità di tale progressivo scollamento tra diritto penale “tradizionale” e il diritto penale economico. Se, in aggiunta, si vanno a considerare i profili attinenti al “merito economico” della condotta integrante la figura dell'«*insider* di se stesso», le relative censure si arricchiscono di ulteriori e più pregnanti sfumature.

L'argomento (politico-criminale) suddetto, alla base della teoria “liceista”, riflette il giudizio di compatibilità alla logica dell'economia di mercato della condotta di un operatore che, definito un determinato progetto economico-finanziario, effettua operazioni di compravendita borsistica, conscio che a seguito di esse le azioni andranno incontro a delle variazioni. A tale agente viene, pertanto, attribuito il

---

<sup>395</sup> S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989, p.298 ss.

“merito” del progetto realizzato, di modo che il potenziale profitto ottenuto “(...) in forza della variazione del corso dei titoli successivo all'attuazione e dunque alla pubblicità del progetto”<sup>396</sup>, non integra l'elemento tipicamente parassitario del reato di “Abuso di informazioni privilegiate”.

Ebbene, se si concorda con l'assetto delineato dalla teoria surrichiamata, l'asserito distacco creatosi tra la norma in questione e i principi penali di valenza garantistica verrebbe ad essere esponenzialmente amplificato in presenza di una figura giuridica che – in modo, perlopiù, penalmente assai rigoroso – incrimina la condotta di un agente che mira al “meritato” guadagno conseguente alla valorizzazione di un'iniziativa economica riconducibile all'ideatore della stessa e che ne sopporta i relativi oneri e rischi finanziari. In effetti, proprio non si riesce a concepire l'opportunità politico-criminale di penalizzare, in un moderno sistema democratico che concepisce il diritto penale come *ultima ratio*, un comportamento siffatto, se si aderisce alla concezione (di matrice statunitense) che vede il creatore dell'informazione come assoluto proprietario del dato conoscitivo e avente sulla stessa un monopolio economicamente utilizzabile<sup>397</sup>. L'affermazione risulta poi avvalorata da un ulteriore dato: la pratica avrebbe un effetto remunerativo relativamente alle idee dei *managers*, che in tal modo verrebbero continuamente stimolati all'innovazione<sup>398</sup>.

---

<sup>396</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 292 ss.

<sup>397</sup> E' la tesi di R. J. MORGAN, *Insider trading and the Infringement of Property Rights*, *Ohio State Law Journal*, 79, 1987.

<sup>398</sup> In chiave critica, si veda S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989, p. 32

Merita, poi, maggiori approfondimenti un'ulteriore considerazione: il diritto penale presuppone un indissolubile collegamento tra la sanzione ed il complessivo giudizio di riprovazione relativo al fatto ed in grado di giustificare la pena inflitta al *reo* che comporta una grave menomazione della sua sfera di "libertà, dignità e personalità"<sup>399</sup>.

Ai fini di un'incriminazione penale *stricco sensu*, pertanto, la discrezionalità normativa del legislatore andrà incontro ad ulteriori e più impegnativi vincoli (rispetto alla generica rilevanza giuridica di un fatto), posto che tale specifica branca giuridica mira a delle peculiari funzioni promozionali, nonché di prevenzione generale e speciale: mi riferisco a quei valori, consolidati nella collettività sociale di riferimento, che trovano positivo riscontro nelle disposizioni contenute nella Carta costituzionale.

In particolare, i profili di incompatibilità sono riferiti al divieto espresso nel brocardo latino "*cogitationis poenam nemo patitur*", il quale, "(...) sia che lo si concepisca come un limite logico-giuridico discendente dal concetto di "azione" (quale dogma)"<sup>400</sup>, sia che lo si intenda come "(...) espressione aggiornata di una basilare direttiva di politica criminale"<sup>401</sup>, costituisce insormontabile ostacolo alla rilevanza penale degli interni convincimenti, degli stati d'animo e, più in generale "degli

---

ss.

<sup>399</sup> S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989, p. 305 ss.

<sup>400</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 328 ss.

<sup>401</sup> G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano, 1971.

accadimenti della vita mentale”<sup>402</sup>.

Si pone, pertanto, la necessità processual-garantista (in termini quindi anche di verificabilità concreta dell'accusa) che la condotta oggetto di penalizzazione si esteriorizzi in un'attività concretamente percepibile ed empiricamente riscontrabile nella realtà sensibile. E' questa, del resto, la ragione per cui è stata sancita la completa liceità della figura dell'«*insider non trading*», ovvero il non compimento di un'operazione borsistica economicamente vantaggiosa in ragione della conoscenza di dati “privilegiati”.

Il comportamento incriminato, quindi, deve presentarsi come “fatto” umano con una precisa collocazione spazio-temporale nel mondo terreno<sup>403</sup>.

Le censure, nell'ottica del principio in commento, rivolte nei confronti della figura dell'*insider* di se stesso, fanno leva sull'asserito eccesso di “interiorizzazione” che interesserebbe la trama della fattispecie suddetta. L'assenza di riscontri materiali esterni, in particolare, riguarderebbe, non tanto l'azione in sé considerata, che appunto esiste ed è ravvisabile nell'operazione finanziaria posta in essere, ma, piuttosto, la sua nota modale che rimane barricata nell'interiorità psichica del soggetto attivo, posto che la figura in esame si basa su un duplice viaggio nell'interiorità dell'agente: “alla verifica della dinamica psichica dell' “utilizzo” della notizia, si aggiunge – logicamente precedendola – quella concernente l'identificazione dell'informazione privilegiata con un dato della propria

---

<sup>402</sup> H. H. JESCHEK, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 1969, p. 154.

<sup>403</sup> G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, p.115 ss.; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p.

coscienza”<sup>404</sup>.

Ai fini del rispetto del limite ontologico in parola, e se si vuole rimanere fedeli alla tesi della rilevanza penale dell'*insider* di se stessi, risulterà pertanto necessario un positivo riscontro del momento di esternazione del dato della propria interna coscienza oggetto di utilizzazione. Ebbene, il momento di esternazione potrà essere realizzato attraverso un atto comunicativo, così soddisfacendosi il requisito dell'alterità tra la fonte dell'informazione e il soggetto che la sfrutta in borsa.

In un contesto in cui i profili di problematicità – anche costituzionale – che attanagliano il reato *ex art. 184 T.U.F.* si colmano di molteplici ulteriori sfaccettature in tema di “*insider* di se stesso”, le accennate proposte ermeneutiche di “salvataggio” della figura in questione appaiono come nobili tentativi di configurare punti di conciliazione tra l'esigenza (general-preventiva) di sanzionare penalmente forme di indebito sfruttamento borsistico di asimmetrie informative e quella (garantista), opposta, diretta a liceizzare ogni operazione economica compiuta sulla base di un progetto personalmente ideato.

L'opzione metodologica del binomio offensività-bene giuridico si presta ad essere integrata in maniera assai soddisfacente dal principio di proporzionalità nella sua accezione *materiale-sostanziale*. L'idea è, in sostanza, quella di calare il tradizionale parametro dell'offensività all'interno di una dimensione di giudizio valutativo più vasta, tale da assicurare prestazioni più penetranti.

La problematica in parola, ad ogni modo, è destinata a non approdare a risultati del

---

<sup>404</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 330 ss.

tutto soddisfacenti; si ravvisa, in effetti, un generale atteggiamento di *self-restraint*, di timidezza interpretativa-applicativa o addirittura di vera e propria chiusura da parte della Corte costituzionale nell'attività di sindacato delle scelte discrezionali legislative.

In particolare, i giudici costituzionali, a differenza dei componenti del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, sono unanimi nel ricondurre non soltanto il compito di individuazione dei beni giuridici ma anche l'attività di definizione dell'equilibrio sanzionatorio delle singole norme all'esclusivo potere discrezionale del legislatore, astenendosi da qualsiasi intrusione mediante interventi giudiziari di tipo caducatorio.

La Corte, pertanto, è alquanto restia nel sovrapporre il proprio giudizio alle valutazioni proprie del potere legislativo, usurpandolo del relativo monopolio. Saranno quindi ben pochi i casi in cui essa articolerà il proprio percorso argomentativo fino ad approdare al terzo ed ultimo “scalino” (quello della “*Proportionalität im engeren Sinne*”) del giudizio di proporzionalità, che, come osservato, a livello comunitario comporta una serie di coraggiosi ed approfonditi ragionamenti con grandi aperture alle valutazioni di impatto di tipo empirico, giudizi valutativi di tipo sostanziale che possono anche del tutto prescindere da mere verifiche di coerenza interna del sistema e che spesso si sganciano dal tradizionale riferimento al *tertium comparationis* (si è osservato, infatti, che la giurisprudenza costituzionale non di rado impiega quest'ultimo anche se non strettamente necessario, ma a soli fini legittimatori e retorici, ovvero per rimanere in linea con il suo radicato

senso di “rispetto reverenziale” nei confronti delle scelte del Parlamento e ritenendo più saggio suddividere la “responsabilità” di una eventuale pronuncia di illegittimità con il giudice comune)<sup>405</sup>.

Appare, in sostanza, evidente come, non solo nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, ma anche all'interno di quella costituzionale, i confini operativi del giudizio della proporzionalità si presenteranno come particolarmente angusti, posto che esso, nella sua “triade” applicativa, comporterà inevitabilmente una valutazione quasi politica degli interessi in gioco. Si registra, in effetti, un volto niente affatto “*userfriendly*” e sempre più “vittimocentrico”<sup>406</sup> del *Grundsatz* in commento, con la conseguenza che la Corte, in ipotesi di fattispecie ad oggettività giuridica sospetta come quella dell'*insider trading*, si asterrà dal procedere ad un sostanziale bilanciamento dei valori in gioco, procedendo tutt'al più ad una più prudente valutazione in termini di idoneità-necessità (come avvenuto, ad esempio nei vari casi di “anacronismo legislativo”<sup>407</sup>).

Tuttavia occorre anche precisare che le suddette caratteristiche del principio *europeo* di proporzionalità/necessità *sostanziale* dipendono dal contesto in cui sono germinate: il controllo di *Proportionalität* e *Notwendigkeit* delle norme penali

---

<sup>405</sup> Le osservazioni sono proprie di G. SCACCIA, così come formulate nell'ambito del seminario “*Il principio di proporzionalità nel prisma dell'ordinamento giuridico*”, tenutosi presso la Luiss Guido Carli, il 17/05/2013

<sup>406</sup> Le osservazioni sono proprie di V. MANES, così come formulate nell'ambito del seminario “*Il principio di proporzionalità nel prisma dell'ordinamento giuridico*”, tenutosi presso la Luiss Guido Carli, il 17/05/2013.

<sup>407</sup> Le osservazioni sono proprie di V. MANES, così come formulate nell'ambito del seminario “*Il principio di proporzionalità nel prisma dell'ordinamento giuridico*”, tenutosi presso la Luiss Guido Carli, il 17/05/2013.

nazionali che effettuano una limitazione ad una libertà riconosciuta in ambito comunitario. “(...) Il punto è fondamentale perché questa giurisprudenza della Corte di giustizia è legata a doppio filo a questo contesto che le ha permesso di svilupparsi a partire da una presunzione di difformità della sanzione penale (la misura restrittiva è illegittima tranne nei casi in cui sia proporzionata). Nel controllo interno, nazionale, di costituzionalità invece la pena è legittima tranne nei casi in cui sia sproporzionata. Ed è quindi evidente che i margini concessi al funzionamento del principio europeo di proporzionalità materiale sono particolarmente sviluppati. Molto più di quando una Corte costituzionale nazionale è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una sua norma penale nazionale. E’ infatti molto più agevole sviluppare il giudizio di proporzionalità e necessità di pena su valutazioni empiriche di impatto quando si tratta di contestare agli Stati che non sono riusciti a provare il contrario piuttosto che doverlo affermare positivamente”<sup>408</sup>.

Al di là delle persistenti difficoltà applicative del principio in parola, se calato nel contesto giurisprudenziale di riferimento, pare utile un tentativo di collocazione del reato di *insider trading* all’interno di tale nuovo e “integrato” scenario.

Preliminare operazione gravante sull’interprete è quella dell’enucleazione del diritto ristretto da parte della norma incriminatrice. L’attività di *balancing test*, in cui si concretizza il terzo snodo del complessivo giudizio di proporzionalità, presuppone, quindi, la previa individuazione del diritto soggettivo sacrificato dalla fattispecie

---

<sup>408</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2012, p.114 ss.

analizzata.

Si tratta, a ben vedere, non già dell'interesse limitato in conseguenza dell'(eventuale) applicazione della pena inflitta (libertà personale o interessi patrimoniali), ma, più a monte, quello compromesso dal divieto penale.

Avendo riguardo al fatto tipico descritto dal legislatore nell'ambito del reato di *insider trading* ("acquistare, vendere o compiere altre operazioni") quest'ultimo viene rintracciato nella libertà negoziale dell'intraneo<sup>409</sup>; da un lato, quindi, la libertà privata contrattuale e, dall'altro, l'interesse diffuso al corretto funzionamento del mercato.

Circa il fondamento costituzionale del concetto in esame, va osservato che l'orientamento prevalente in dottrina è che esso troverebbe una base solamente indiretta nell'articolo 41 della Costituzione<sup>410</sup>. In particolare, la Corte costituzionale, in alcune sentenze degli anni '60, ha chiarito che l'autonomia contrattuale non è un valore costituzionalmente tutelato di per sé, ma piuttosto risulti essere solo una delle possibili manifestazioni del potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale. Ne deriva che, tale figura, riceve dalla Carta costituzionale una protezione solo indiretta, come oggetto della libertà di iniziativa economica ai sensi dell'art. 41, con la quale non coincide perfettamente ma con il quale si pone in rapporto strumentale e funzionale.

Si osserva che il concetto di iniziativa economica privata, intesa come comprensiva

---

<sup>409</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 217 ss.

<sup>410</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, p. 1112.

di ogni attività *lato sensu* imprenditoriale diretta alla produzione o scambio di beni e servizi e che miri al perseguimento di qualsiasi tipo di vantaggio economico, risulta ben più ampio rispetto a quello dell'autonomia negoziale, costituendo rispetto a quest'ultimo un "(...) *quid pluris*, che è dato dall'utilizzazione congiunta di una somma di diritti e libertà per l'esercizio di un'attività organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e di servizi"<sup>411</sup>.

Il bilanciamento proporzionato si svolgerà, quindi, tra due entità; l'una, costituita dall'interesse diffuso assunto (problematicamente) a bene giuridico e che ha come referente costituzionale il valore del risparmio di cui all'art. 47 Cost, e l'altra, individuata nella libertà negoziale e che risulterà costituzionalmente giustificata solo se funzionale alla situazione giuridica economica così come delineata dall'art. 41 Cost<sup>412</sup>.

La tesi opposta attribuisce, al contrario, rilevanza costituzionale diretta all'interesse predetto. L'assunto da cui muove l'orientamento in parola è quello secondo il quale il negozio contrattuale sarebbe strumento essenziale per lo svolgimento di qualsiasi attività economica, così come coerenziata dall'art. 41 Cost<sup>413</sup>.

La libertà economica in commento, per essere protetta dal dettato costituzionale, deve essere indirizzata al raggiungimento della maggior quantità di benessere per il maggior numero di individui (secondo la classica definizione benthamiana), porsi

---

<sup>411</sup> F. GALGANO, *Il diritto privato tra codice e costituzione*, Bologna, 1978, p. 126.

<sup>412</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 217 ss.

<sup>413</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1984, p. 32.

come strumento di realizzazione dei valori fondamentali della persona e rispettare quei parametri invalicabili, identificati nella sicurezza, libertà e dignità umana, la cui violazione rende illegali tutte le iniziative assunte in contrasto con essi.

L'operazione economica posta in essere dall'intraneo nell'ambito dell'ipotesi "ordinaria" di "Abuso di informazioni privilegiate" non rientra, evidentemente, nell'area di protezione costituzionale fornita dall'art. 41, ponendosi come attività finanziaria tipicamente parassitaria.

Lo stesso non può tuttavia sostenersi in relazione alla peculiare figura criminosa esaminata nel presente paragrafo; se si decide di avvalorare gli argomenti posti alla base della tesi "liceista" poc'anzi riportata, all'*insider* va riconosciuto il "merito economico" del progetto da lui elaborato e che egli vuole attuare, posto che l'eventuale profitto conseguito, derivando dalla valorizzazione di un'iniziativa finanziaria riconducibile all'ideatore della stessa, non equivale a quello parassitario ottenibile dall'intraneo "comune". Appare evidente che, analizzando il fenomeno criminoso in commento nell'ottica del principio meritocratico (o addirittura in quella del pensiero giuridico-economico statunitense riprodotto in precedenza), l'attività negoziale realizzata dal soggetto attivo possa apparire come riconducibile alle situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'art. 41 Cost.

L'operazione di bilanciamento dei valori in gioco andrà evidentemente incontro agli svantaggi propri di un concetto – quello del "merito economico" – che, oltre a risentire di un intrinseco connotato di relativismo e portare con se un "(...) ampio

spazio valutativo”<sup>414</sup>, non riesce a denotare la totalità di ipotesi di “*insider* di se stessi”, rendendo in tal modo assai malagevole l’applicazione giudiziale di un vaglio costituzionale siffatto.

---

<sup>414</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 217 ss.



## CAPITOLO TERZO

### **Potenzialità integrative della proporzionalità nel tradizionale scenario proprio del binomio bene giuridico-offensività**

Sommario: 3.1. Il principio di offensività – 3.2. Incesto e *insider trading* quali esemplificazioni della crisi del bene giuridico – 3.3. Reciproca potenzialità integrativa della proporzionalità e dell'offensività

### 3.1. Il principio di offensività

Prima di procedere ad un'analisi critica, nell'ottica del rispetto del principio di *offensività*, del reato di *insider trading*, e di valutare l'attitudine della *proporzionalità* a correggere il difetto di relativismo e il *deficit* di contenuto regolativo<sup>230</sup> della teoria del bene giuridico, pare opportuno soffermarsi brevemente sui connotati principali caratterizzanti il binomio offesa-bene giuridico.

Posto che tradizionalmente, nell'ordinamento giuridico italiano, la branca del diritto penale trova, tutt'ora (seppur in modo non esente da critiche), fondamentale legittimazione solamente nella protezione dei beni socialmente rilevanti, ai fini della sussistenza di un reato non risulta sufficiente la realizzazione di una condotta meramente materiale (in base al broccardo *cogitationis poenam nemo patitur*), ma è indispensabile che tale comportamento leda o metta a repentaglio uno di quei beni giuridici rientranti nel reticolo di quelli considerati dalle autorità competenti meritevoli di tutela penalistica. Si parla, al riguardo, del c.d. *principio di necessaria lesività o offensività*<sup>231</sup>.

Ma andiamo più a fondo. All'offensività, quale prodotto concettuale tradizionalmente riferito all'elaborazione normativa, dottrinale e giurisprudenziale italiana, viene riconosciuta una valenza ancipite; il binomio offesa-bene giuridico, concettualmente e logicamente inestricabile in quanto espressivo di concetti “relazionali”, costituisce,

---

<sup>230</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit., p. 73; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 217.

<sup>231</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6ª ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p. 3.

infatti, la pietra angolare della progettazione del reato attualmente più accreditata nella scienza penalistica italiana. Esso viene sovente proiettato nella sua duplice dimensione di “categoria” e di “principio”.

In relazione al primo significato, si osserva che la lesività, quale concetto descrittivo riassuntivo, individua la cifra che misura la caratterizzazione offensiva del comportamento incriminato tipizzato dal legislatore, rispetto al bene giuridico che si assume protetto nella relativa fattispecie.

Come “principio” il problema si pone essenzialmente con riferimento alla complessità relativa alla “natura trasversale delle sue pretese descrittive<sup>232</sup>”. Non tanto perché esso espone le tipiche ambiguità del concetto stesso di “principio”<sup>233</sup>, quanto perché sottende le problematiche relative, non solo alla plausibilità e opportunità dell'opzione penale in senso stretto nell'ottica politica-criminale, ma anche alla necessaria istanza di razionalità che la legittima.

A ben vedere, dunque, la tematica della necessaria lesività affonda le sue primarie radici nella questione della legittimazione del diritto penale. Essa mira essenzialmente ad interrogarsi sulla *qualità* e sulla *quantità* dell'offesa (ai singoli beni giuridici) degna di possedere spessore penalistico, in conformità con i postulati propri del principio di *extrema ratio*.

Sulla “crisi” e il generico “disfavore” in cui la teoria del bene giuridico attualmente versa, sui correnti *slogan* relativi ad una sua presunta “smaterializzazione” o

---

<sup>232</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G.Giappichelli editore, Torino, 2000, p.1.

<sup>233</sup> Per una presa di posizione esplicativa sul concetto di “principi” nell'ambito della scienza penalistica, e su certe caratterizzazioni distintive rispetto al concetto di “norme”, si veda, di recente, FIANDACA, *Introduzione ai principi generali del diritto penale*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 6 ss.

“spiritualizzazione” e di una sua dissoluzione in “programmi di scopo” o in “processi sociali normativamente guidati”, che tradirebbero tutti la mera virtualità delle tradizionali persuasioni fideistiche circa la sua attitudine selettiva<sup>234</sup>, verrà dedicato spazio nell'ulteriore prosieguo del presente elaborato. E' sufficiente qui sottolineare che, mentre l'idea di “offesa”, in se considerata, si presta ad una diretta delineazione definitoria attraverso il richiamo ai concetti del “pericolo” e del “danno”, il concetto di bene giuridico non può dirsi facilmente incasellabile nell'ambito di schemi concettuali nettamente predefiniti<sup>235</sup>.

La problematica relativa alla sua inabilità comunicativa, da più autori evidenziata, risulta lampante. Si legge, infatti: “E' un fatto che le definizioni generali di bene giuridico finora proposte sembrano andare tutte incontro all'inconveniente di apparire eccessivamente astratte e generiche e, di conseguenza, prive di contenuto informativo rispetto agli specifici valori assunti ad oggetto di tutela penale. Ne deriva inevitabilmente che, quale che sia la definizione di volta in volta suggerita (bene giuridico come “interesse” o “situazione” o “funzione” etc.), questa riesce di fatto ad esercitare poca o nessuna influenza sul terreno dommatico o politico-criminale. Per

---

<sup>234</sup> LÜDERSEN, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruch*, in *ID.*, *Abschaffen des Strafanspruch?*, Frankfurt a. M., 1995, p. 22 ss.; HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre*, in *Jenseits des Funktionalismus*, in *FS-A. Kaufmann*, Heidelberg, 1989, p. 85 ss., secondo il quale: “(...) la potenzialità in termini di riduzione penale del principio del bene giuridico dipende da presupposti storici particolari, come il caso della ipertrofia della protezione penale, perché altrimenti, questo principio si caratterizza molto più per la sua tendenza “criminalizzante”: i beni giuridici, nella misura in cui sono minacciati “effettivamente” da determinate condotte, rendono esigibile la proibizione di tali condotte”.

<sup>235</sup> Senza pretesa di esaustività, mi limito a richiamare solo alcuni dei numerosissimi esperti in materia. W. HASSEMER, *Spunti per una discussione sul tema “Bene giuridico e riforma della parte speciale”*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 367; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009.

essere dotato di contenuto informativo il concetto generale di bene dovrebbe, invece, essere in grado di designare un nucleo sostanziale comune a tutti gli oggetti della tutela: ma, a ben vedere, ciò presuppone che i beni siano, a loro volta, di natura “omogenea” o comunque individuabili in base a criteri “unitari”. Ecco che, allora, l'esigenza di fondare una teoria “critica del bene giuridico si giustifica anche sotto il profilo del potenziamento dell'attitudine informativa connessa alla funzione sistematica del concetto di bene”<sup>236</sup>.

Al di là delle molteplici censure e le aspre critiche che imperversano, nell'ambito della contemporanea letteratura penalistica, in relazione alla teoria del bene giuridico, ciò che a noi qui interessa è analizzare i problematici profili di incoerenza tra quest'ultima (in combinazione con il concetto di offensività) e i reati poc'anzi analizzati.

Il punto di partenza è certamente la prescrizione contenuta nel secondo comma dell'art. 49 c.p.: “La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso”. L'ultimo comma della stessa norma dispone poi che “il giudice può ordinare che l'imputato sia sottoposto a misura di sicurezza”. Ebbene, non pochi autori, al contrario di quanto sostenuto dall'opinione tradizionale che invece considera l'art. 49 “superfluo”<sup>237</sup> in quanto ribadirebbe semplicemente in negativo i presupposti positivamente richiesti per la rilevanza penale del tentativo, ritengono di poter desumere dal precetto suddetto una regola generale di applicazione trasversale. Si

---

<sup>236</sup> G. FIANDACA, *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 140- 141.

<sup>237</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 441 ss.

tratterebbe, in sostanza, di un principio generale che funge da criterio ispiratore della teoria secondo la quale non può sussistere reato, senza una lesione o messa in pericolo “effettiva” del bene tutelato. Si parla, al riguardo, della c.d. *concezione realistica del reato*. Essa, più precisamente, emergerebbe nei casi di (asserita) mancata correlazione tra “tipicità” e “offesa” al bene giuridico nell'ambito di quei comportamenti astrattamente e formalmente corrispondenti alla tipizzazione legislativa cristallizzata in una data fattispecie penale, ma di fatto “innocue”, poiché non in grado di ledere alcuna oggettività giuridica<sup>238</sup>. A ben vedere, infatti, la previsione normativa astratta della condotta incriminata sconta la varietà e mutabilità della realtà fenomenologica generante eventi fattuali corrispondenti al tipo ma, in concreto, improduttivi di effetti offensivi.

Attualmente il fulcro della più moderna *querelle* interpretativa è costituito dalla ragionevole preoccupazione relativa al rischio di soggettivismi ed arbitri giurisprudenziali nell'ambito del “procedimento” della valutazione realistica sulla fenomenologia lesiva della fattispecie<sup>239</sup>. Alla base di tali considerazioni vi sono sicuramente i timori legati ad una pericolosa tensione agerantistica con i principi di legalità e di certezza del diritto conseguente alla possibile invasione della funzione giudiziale nell'area strettamente legislativa. Invero, era stata già da tempo avvertita la necessità di un giudizio effettuato alla stregua di parametri “(...) rigorosamente normativi, desunti non dagli elementi descritti nel modello legale della norma incriminatrice, ma dai contributi normativi offerti da altre disposizioni anche

---

<sup>238</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6ª ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p. 485 ss.

<sup>239</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 89 ss

successive, a partire dai dettati costituzionali e dalle riforme intervenute nello stesso sistema penale e in altri settori dell'ordinamento capaci di incidere sull'originaria individuazione dell'interesse tutelato, escludendo quindi il ricorso a valutazioni metagiuridiche o comunque diverse da quelle desumibili dallo stesso ordinamento giuridico”<sup>240</sup>.

Dall'attività giurisprudenziale si evince il volto “dinamico” e “funzionale” del principio in commento che rivela, così, uno spiccato eteroformismo<sup>241</sup>. Emergono, pertanto, differenti “paradigmi operativi” dell'offensività che, quali proiezioni della sua dimensione trasversale, sono da rintracciare, da un lato, nel livello interpretativo, e dall'altro, nella dimensione di “controllo critico” della norma astratta. In relazione al primo, ovvero quale “canone interpretativo unanimamente accettato”, il principio in parola riesce ad arginare le soluzioni ermeneutiche formalistiche dei reati fondando cifre di lettura sostanziali del tipo legale. In secondo luogo, invece, l'offensività si erge a canone di verifica della liceità costituzionale dell'opzione legislativa.

Sotto quest'ultimo punto di vista, la regola della necessaria lesività può essere impiegata dagli organi costituzionali per fondare una pronuncia giudiziale di incostituzionalità (assumendo, in tal modo, valenza propriamente *descrittiva*) o per effettuare il “salvataggio” della fattispecie penale da una dichiarazione di illegittimità.

---

<sup>240</sup> G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004, p. 92.

<sup>241</sup> . MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G.Giappichelli editore, Torino, 2000, p.1.

A tal riguardo è stato osservato che l'impiego da parte della Consulta del parametro dell'offensività non è mai stato posto univocamente e direttamente a fondamento di una pronuncia di incostituzionalità, posto che ad esso viene tutt'ora riconosciuto un carattere più argomentativo che descrittivo, essendo solitamente preferito il criterio della ragionevolezza. A ben vedere, il principio di offensività mostra attualmente la curiosa ed innovativa tendenza ad incrociare i binari di tale parametro, che, a livello di teoria dogmatica, può esser posto a confronto con il principio costituzionale di proporzionalità. Ci muoviamo, appunto, su un livello giuridico-costituzionale, terreno sul quale l'offensività anela a conquistare un'autonoma portata di "giustiziabilità", ovvero una vera e propria valenza dimostrativa nella verifica avente ad oggetto la liceità della scelta legislativa penale, compito oramai da tempo assolto dalla *Verhältnismäßigkeit* nelle corti tedesche.

Il principio analizzato diviene, così, uno dei (diversi) parametri orientativi della ragionevolezza, paradigma oramai "saturo"<sup>242</sup> - svincolato com'è dal *tertium comparationis* – e che, pertanto, necessita di criteri di razionalizzazione e gestione. Nell'ambito della già accennata preoccupazione di incontrollati sconfinamenti del soggettivismo giurisdizionale nel potere discrezionale del Parlamento (soprattutto in una materia "calda" come quella penale, data la naturale politicità della stessa), il giudizio di ragionevolezza, sulla scia di una tendenza interpretativa-applicativa inaugurata dal *Bundesverfassungsgericht* e ruotante intorno al concetto della proporzione, si va a svincolare dai consueti paradigmi della ragionevolezza-

---

<sup>242</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G.Giappichelli editore, Torino, 2000, p. 279.

uguaglianza o della ragionevolezza-proporzionalità (basati sull'art. 3 della Costituzione), per agganciarsi, in ragione della sua maggiore pregnanza contenutistica, a quello dell'offensività. Quest'ultimo, infatti, consente di incentrare il sindacato giurisdizionale direttamente sul precetto quale piano concettuale di analisi, lasciando alla regola di proporzionalità il contiguo livello valutativo della relazione di equilibrio che deve necessariamente sussistere tra la disposizione normativa e la sanzione.

In tale sede, la questione del controllo giurisdizionale, così come “disegnato” dalla Corte Costituzionale, ci interessa nei limiti in cui quest'ultima vada a sindacare quelle scelte legislative di incriminazione che penalizzano condotte *prima facie* inoffensive, di cui i reati di incesto e di *insider trading* possono fornire paradigmatica esemplificazione.

E' proprio qui, in effetti, che si manifesta in modo particolarmente accentuato lo scontro teorico con il principio di legalità<sup>243</sup>.

In generale si può osservare che il sindacato in questione è destinato ad espandersi notevolmente tutte le volte in cui si ravvisa una frizione tra i valori sanciti all'interno della Carta costituzionale e le figure normative presenti nell'ordinamento positivo italiano. Nel caso di specie, posto che ci troviamo al cospetto di una norma penale al cui interno la dinamica offensiva risulta particolarmente “sospetta”, l'autorità giudiziaria ordinaria, sollevata in via pregiudiziale la questione di illegittimità costituzionale, rimetterà alla Consulta il compito di sindacare la scelta normativa

---

<sup>243</sup> In relazione al secondo reato accennato, si veda A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 94 ss.

operata in sede legislativa. Le incertezze, come vedremo, riguardano perlopiù la tensione che si andrà ad innescare tra i principi di stretta legalità e certezza del diritto da un lato, e, l'attività di discrezionale apprezzamento giudiziale, facilmente prego di valutazioni di carattere metagiuridico<sup>244</sup>, dall'altro.

La questione in commento può essere evidenziata sotto un duplice angolo visuale:

A. da una parte, verificando se si tratti di reati penali che siano, non solo, configurati da parte del legislatore a tutela di beni giuridici sufficientemente chiari e definiti, bensì anche in una posizione di equilibrata armonia con il complesso di principi costituzionalmente sanciti<sup>245</sup>;

B. dall'altro, verificando la corrispondenza delle tecniche legislative di protezione dei beni giuridici, impiegate in sede di redazione della fattispecie normativa, con i valori costituzionali suddetti<sup>246</sup>.

In quest'ottica, alcuni autori hanno sostenuto che il metodo ermeneutico teleologico possa ragionevolmente aspirare ad un ruolo di preminenza nell'attività di selezione dei beni giuridici meritevoli di protezione penale. Si tratta della logica interpretativa che mira a privilegiare la funzione e l'obiettivo della fattispecie, sulla base di una valutazione ad ampio raggio che tiene conto delle reazioni della collettività, dei

---

<sup>244</sup> P. NUVOLONE, *Recensione a Neppi Modona*, in *Ind. Pen.*, 1967, 47; G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in A. M. STILE (a cura di), *Le dicrasie tra dottrina e giurisprudenza diritto penale*, 1991, 71 ss.

<sup>245</sup> PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.

<sup>246</sup> PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, in AA. VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici costituzionali*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, Milano, 1985, p. 531 ss.

principi giurisdizionali, delle strutture sociali ecc<sup>247</sup>.

I dubbi riguardano principalmente il rischio, insito nell'uso di una metodologia siffatta, implicante criteri di giudizio (metagiuridici?) atti ad esaltare i profili “dinamico-funzionali” dell'oggetto giuridico normativamente tutelato, di far combaciare il concetto di bene giuridico con quello della *ratio* normativa. Si tratta di preoccupazioni legate perlopiù ad una concezione rigorosamente garantistica del principio di legalità. E' vero che interpretare *in bonam partem* una norma penale estrapolandone i connotati lesivi prima offuscati ed adeguandola, così, al canone dell'offensività, appare come un'operazione che sostanzialmente tutela il destinatario della norma da possibili effetti giuridici sfavorevoli, ma è altrettanto vero che tale spirito garantista non sempre informa l'attività giurisprudenziale afferente la ricostruzione del bene giuridico stesso<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> Si veda, a tal proposito, G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009; G. BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale, ristampa inalterata*, Milano, 1975; L. SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, II, Milano, 1952.

<sup>248</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 100.

### *3.2. Incesto ed insider trading quali esemplificazioni della crisi del bene giuridico*

Dalle osservazioni appena svolte emerge, più in generale, una tendenziale inabilità della regola dell'offensività ad imporsi quale principio “regolatore”.

Diversamente, ad esempio, dal principio di colpevolezza, che invece mostra di potersi “espandere” e quindi di fornire un “contributo chiarificatore” in relazione alle fattispecie di dubbia applicazione, l'offensività presenta una portata regolativa che “(...) non può mai essere in grado di fornire all'interprete informazioni adeguate e sufficienti sullo specifico contenuto offensivo della singola fattispecie di cui si tratta. E ciò è perfettamente naturale se si riflette sul fatto che il principio di offensività non si pone in rapporto con questa o quella fattispecie piuttosto che con le altre, bensì con *tutte le figure criminose*”<sup>249</sup>.

La questione analizzata appare particolarmente interessante, nell'ambito dell'elaborato in esame, se si considera che sia la fattispecie di incesto che quella

---

<sup>249</sup> F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di codificazione*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p.82.

dell'*insider trading* si pongono quali esempi emblematici dei “disagi” euristici associati, soprattutto attualmente, al binomio offesa-bene giuridico.

In un momento subito successivo all'entrata in vigore della fattispecie di *insider trading* viene, infatti, subito messa in luce la “dimensione chiaramente eticizzante”<sup>250</sup> della norma. Posto che all'interno della sua morfologia strutturale risulta arduo carpire i profili di diretta dannosità per i terzi e che essa mira in misura maggiore ad un “(...) obiettivo a più lunga scadenza, di moralizzazione dei mercati finanziari”, molti autori in dottrina hanno evidenziato la possibilità che si incorra nel rischio di “(...) avere a che fare con un illecito di mera disobbedienza”<sup>251</sup>.

E' stato osservato, in particolare, che la decisione legislativa di dare una risposta al generalizzato senso di precarietà ed insicurezza dei consociati nell'epoca (*post*)moderna attraverso lo strumento penalistico, determinerebbe il discutibile inserimento, nel nostro sistema giuridico, di beni giuridici indefiniti e “dematerializzati” riconducibili all'intangibile paradigma della “sicurezza”. Molti autori hanno ravvisato in tale operazione un indebito tentativo di fornire fondamento offensivo ad una fattispecie con marcata vocazione preventiva operante sotto “l'egida del principio di precauzione”<sup>252</sup>.

Alcuni autori sostengono che la compiuta e definitiva crisi in cui attualmente versa il concetto di offensività – una crisi, tra le altre cose, mai esplicitamente denunciata – è

---

<sup>250</sup> G. M. FLICK, *Insider trading: problemi sostanziali*, in AA. VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p.86 ss.

<sup>251</sup> G. M. FLICK, *Insider trading: problemi sostanziali*, in AA. VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p.86 ss.

<sup>252</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 105.

stata portata a compimento da due principali paradigmi concettuali: da un lato, è da menzionare la scelta legislativa di ricorrere ad oggettività giuridiche “vaghe” ed indefinite, scelta spesso smussata attraverso il richiamo al concetto della “plurioffensività” (emblematico, in tal senso, è l'esempio dei reati contemplati dagli artt. 2621 e 2622 del TUF) ; dall'altro, importanza ha avuto sicuramente la retorica dei c.d. beni giuridici “strumentali” (o “intermedi”)<sup>253</sup>.

Trattasi, in sostanza, di tecniche guidate da un'interpretazione non rigorosamente letterale ma elastica delle disposizioni costituzionali (che causerebbe, peraltro, la risoluzione in una mera “clausola di stile” della cifratura costituzionale – *ex art. 41, comma 2 Cost.* - di tale bene giuridico, e, come tale, incapace di operare controlli giuridici selettivi ed incline invece a creare istanze di tutela difficilmente inquadrabili attraverso gli strumenti tradizionalmente offerti dall'armamentario penale “classico”), e da l'estrema “plasticità” che caratterizza il *Rechtsgutbegriff*, aventi il comune obiettivo di ambientare qualunque esperimento politico-criminale (di autentica *Kriminalpolitik* o di *Kriminalpolitik im kleinen*) ad uno spirito costituzionalmente orientato.

A ben vedere, i profili di criticità emergono in generale con riferimento all'insieme di quelle norme penali, di più o meno recente introduzione nel sistema vigente italiano, che, lungi dal contenere delle oggettività giuridiche chiare e facilmente apprezzabili (mi riferisco, ad esempio, a quelle della vita, dell'integrità fisica, del patrimonio ecc.)

---

<sup>253</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 105.

mirano alla tutela di interessi “superindividuali” e ad ampio raggio (ad esempio, economia pubblica ed ambiente). E' sicuramente vero che tra i beni giuridici superindividuali a rischio, per così dire, di “volatilizzazione”<sup>254</sup>, se ne possono scorgere alcuni di conio maggiormente tradizionale (mi riferisco, ad esempio, al regolare esercizio dell'attività giudiziaria ed al buon andamento della pubblica amministrazione). Questi, recepiti oramai da decenni nella nostra disciplina penale positiva, presentano sicuramente un grado di indeterminatezza minore, potendosi in tal modo evitare una questione di liceità costituzionale della norma in chiave di corretta tecnica di strutturazione delle fattispecie incriminatrici<sup>255</sup>.

Considerazioni ottimistiche analoghe non possono essere auspiccate in relazione alle formule vaghe e suggestive che permeano il diritto penale dell'economia. Mi riferisco, ad esempio alle espressioni quali la “fiducia nel mercato”, il “corretto funzionamento del mercato” e la “trasparenza”<sup>256</sup>, stigmatizzate non di rado come indebiti tentativi di salvataggio della fattispecie da parte della Corte costituzionale, di fronte a casi invece di macroscopica o manifesta inconsistenza del valore giuridico tutelato<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6ª ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p. 18.

<sup>255</sup> Per un ulteriore approfondimento in relazione al recente bene giuridico considerato del tutto indeterminato dell'ambiente, si veda, FIANDACA-TESSITORE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, in AA. VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, a cura del CRS, Milano, 1984, p. 25 ss.

<sup>256</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 73; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 73.

<sup>257</sup> La Corte costituzionale è molto spesso pervenuta a decisioni ablative di fattispecie penali poste a tutela di interessi inconsistenti: ad esempio, può essere menzionata la sentenza 120/68, in cui la Corte ha eliminato dall'ordinamento giuridico la fattispecie che incriminava la pubblicazione di avvisi amorosi (art. 114 T.U.L.P.S.), in chiave di netta prevalenza della libertà di manifestazione del pensiero

Un ulteriore tentativo di “svilire” i precetti del binomio bene giuridico-offesa, può essere rintracciato nella c.d. teoria dei beni giuridici “strumentali” (radicalizzata addirittura nella c.d. “tuela penale delle funzioni”). Alla base di essa vi è una generale esigenza generalpreventiva di natura politico-criminale chiaramente riscontrabile nel settore del diritto penale economico. In caso di beni giuridici “diffusi” e “metaindividuali” (che, secondo alcuni, rappresenterebbero l'ipostasi del riconoscimento e della “funzionalizzazione” di alcuni diritti – perlopiù economici - riconosciuti all'interno di Carte costituzionali “solidariste” come quelle italiana e tedesca<sup>258</sup>) appare inopportuno ed inutile incentrare la protezione penalistica su nette e fattualmente dimostrabili oggettività giuridiche. L'idea è quella di retrocedere a livelli intermedi della progressione lesiva, anche se spesso sprovvisti di concreto sostrato offensivo. Con riferimento al complesso di reati economici, si legge: “Una repressione ancorata all'accertamento in concreto di un danno o pericolo di danno rischierebbe la paralisi: il legislatore farà bene a ripiegare su fasi preliminari dell'*iter* criminoso, impostando la fattispecie su una tipologia di comportamenti anziché risultati”<sup>259</sup>.

Si tratta, quindi, di una tecnica di “seriazione”<sup>260</sup> che prevede un nesso di strumentalità tra un *bene intermedio*, direttamente tutelato dalla fattispecie, e un *bene*

---

rispetto alla protezione dell'asserita “pubblica moralità”.

<sup>258</sup> Come ha rilevato SGUBBI, *Tutela penale di interessi diffusi*, in *La questione criminale*, 1975, p. 439 ss.

<sup>259</sup> PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in ID., *Diritto penale*, Vol. III, Milano, 2003, p. 129 ss.

<sup>260</sup> FIORELLA, *Reato in generale*, in *ED*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 797 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G.Giappichelli editore, Torino, 2000, p. 87.

*finale* (o *scopo della tutela*), protetto invece solo in via mediata, applicata a quelle norme per le quali si ammette una stilizzazione sull'antidoverosità della condotta più che sulla diretta – e dimostrabile – offensività della stessa.

La tematica appare particolarmente interessante proprio alla luce del reato di *insider trading*. Il bene giuridico da esso tutelato (la “fiducia degli investitori”, il “corretto funzionamento del mercato”, il “risparmio”, il “senso di sicurezza collettiva nell'ambito delle operazioni borsistiche” ecc.), quale interesse prodromico e funzionale alla protezione dei beni patrimoniali dei soci *uti universi*, e del complesso degli investitori, offre un esempio paradigmatico dell'operazione di interposizione (artificiosa) di un'oggettività mediana finalizzata alla salvaguardia di un bene finale, di rilevanza, quest'ultimo, costituzionale. Il rischio è quello connesso al realizzarsi di interposizioni di valori che sono il risultato di mere valutazioni politiche e soggettive del legislatore (e/o del giudice), che, mediante lo strumentario penale, attua il proprio programma dirigistico<sup>261</sup>, ed alla costrizione del principio di offensività ad un uso in chiave semplicemente descrittiva e giustificativa.

La definitiva consolidazione della tendenza legislativa ad impiegare in via autonoma oggettività giuridiche “strumentali” è stata interpretata da alcuni autori quale epifenomeno delle scelte operative dello Stato interventista e disciplinare, allo stesso modo in cui avvenne il passaggio dalla teoria furbachiana della *Rechtsverletzungslehre* (ovvero il reato come violazione del diritto soggettivo) alla

---

<sup>261</sup> FIORELLA, *Reato in generale*, in *ED*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 797 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G.Giappichelli editore, Torino, 2000, p. 87.

considerazione del delitto quale lesione di un bene giuridico. In particolare, il retroterra culturale di tale evoluzione è stato ravvisato nel progressivo distacco dalla matrice ideologicamente liberale da parte di uno Stato che sottolinea l'indispensabilità di una massimizzazione dell'interventismo dirigitico pubblico<sup>262</sup>.

Il fenomeno descritto ha come evidente conseguenza, sul piano della descrizione legale, una accentuata acutizzazione della diastasi tra la tipicità astratta normativa ed il suo relatore sostanziale, ovvero l'oggetto giuridico protetto. Il collegamento che tradizionalmente offriva una garantistica saldatura ai due termini era costituito dall'oggetto materiale del comportamento incriminato, che nell'ottica liziana, “incorporava sensibilmente” il valore tutelato<sup>263</sup>. Nella fattispecie in commento, al contrario, si profila il rischio che il “fatto tipico”, che originariamente costituiva la “significazione prototipica”<sup>264</sup> dell'oggetto di tutela, vede sfumare la propria attitudine espressiva di un netto sostrato offensivo, collocandosi piuttosto su un registro intermedio o su un mero “programma di scopo”.

Ulteriori critiche, mosse nei confronti del reato in commento, riguardano poi, da un lato, la presunta identificazione dell'oggetto tutelato con un “luogo giuridico”, sagomato dalla regolamentazione (ovvero il mercato), e come tale inidoneo a fungere da termine di paragone all'interno del *balancing test*, proprio del ragionamento in

---

<sup>262</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G.Giappichelli editore, Torino, 2000, p. 96 ss.

<sup>263</sup> V. LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZstW*, 151 ss.

<sup>264</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G.Giappichelli editore, Torino, 2000, p. 96 ss.

chiave di proporzionalità, assieme ad altri interessi contrapposti<sup>265</sup>, e, dall'altro, la dubbia verificabilità empirica del bene “fiducia”.

La fattispecie penale dell'incesto, come l'incriminazione dell'*insider trading*, possono essere considerati, nel contemporaneo periodo storico, come ipotesi emblematiche dell'attuale disincanto in cui versa la categoria del bene giuridico<sup>266</sup>.

Passando all'analisi del delitto di incesto, si può innanzitutto osservare che esso è intimamente legato alla problematica avente ad oggetto il seguente interrogativo: può, nell'ambito dell'accresciuta complessità dei contesti di riferimento, l'asserito contrasto a certe concezioni etiche-morali di determinate condotte costituire ragione da sola sufficiente perché lo strumento penalistico intervenga?<sup>267</sup> O meglio, il fatto che, in determinanti casi, la visione moraleggiante assurga a bene giuridico legittimamente tutelabile dalla norma penale, si pone in contrasto con il binomio offesa-bene giuridico, posto che esso rappresenta ancora oggi la “(...) pietra angolare della concezione del reato attualmente più seguita della scienza penalistica”<sup>268</sup>?

Con riguardo alla fattispecie dell'*insider trading*, il problema riguarda invece principalmente il profilarsi di una situazione di contrasto tra i classici principi basilari del diritto penale con l'implementazione dell'impiego dello strumento

---

<sup>265</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 640 ss.

<sup>266</sup> In materia di crisi della teoria del bene giuridico e di progressiva sostituzione di essa con i dettami della morale, si veda, N. K. ANDROULAKIS, *Abshied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität? Das “Erschütterungsprinzip” (zu der Entscheidung BVerfGE 120, 224-273)*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p. 271 ss.

<sup>267</sup> Per un'analisi critica sulla questione, si veda, G. P. FLETCHER, *The relevance of Law to the Incest Taboo*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p. 321 ss.

<sup>268</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit. p. 73; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.

penalistico nell'ambito dei mercati finanziari. In effetti, a seguito del continuo crescere di una sensazione collettiva di insicurezza all'interno delle c.d. “società del rischio”<sup>269</sup>, a cui fa riscontro una pretesa collettiva in base alla quale si suppone che gli apparati statali debbano dare una risposta attraverso le normative penali, si inizia a delineare il pericolo di indirizzare la protezione penalistica verso valori di tipo sopraindividuale e di “(...) «nazionalizzazione» o «creazione» di beni giuridici”<sup>270</sup>.

Nel contesto di un massiccio processo di globalizzazione economica si osserva, poi, che la piattaforma di fondamentale incertezza – determinata da molteplici fattori, quali, ad esempio, la frammentarietà dell'informazione, l'intrinseca disorganizzazione delle contrattazioni finanziarie e la non prevedibilità delle scelte d'investimento – sulla cui base il mercato finanziario poggia, ha come conseguenze l'incontrovertibile impossibilità di applicare a tali fenomeni le leggi causali e la regola della probabilità, tipiche del diritto penale “classico”, nonché la perdita di centralità dello Stato in sede economico-politica<sup>271</sup>.

Il diritto penale viene concepito essenzialmente come lo strumento più drastico a disposizione del legislatore per assicurare le condizioni elementari della convivenza sociale, difendendo, al contempo, i c.d. beni giuridici. Questi ultimi sono definiti da autorevole dottrina come “(...) i beni socialmente rilevanti considerati, in ragione della loro importanza, meritevoli di protezione giuridico-penale”<sup>272</sup>.

Al centro del dibattito dottrinale si è da lungo tempo posta la questione dell'effettiva

---

<sup>269</sup> U. BECK, *Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986.

<sup>270</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 3.

<sup>271</sup> M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, p. 11. ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato, Bari-Roma*, 2002, p. 3 ss.

<sup>272</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p. 5.

capacità definitoria e selettiva del parametro di legittimazione penale in esame. Più precisamente, sotto i riflettori è stata per lungo tempo posta l'eccessiva genericità e la sostanziale assenza di sufficiente contenuto informativo della teoria analizzata, che, da sola, non sarebbe in grado di fungere da autonomo spartiacque tra interessi meritevoli e non meritevoli di protezione penale.

Al tempo stesso, tuttavia, un'eccessiva enfattizzazione della censura in commento non trova effettiva cittadinanza nel contesto giuridico reale. Non a torto, infatti, molti studiosi giuridici sottolineano il contenuto selettivo "minimo" della teoria in esame: "(...) La scienza giuridica non ha bisogno di pseudodefinitzioni di pura retorica. Ha a che fare con beni o interessi concreti, storicamente determinati, riconoscibili e valutati come "interessi" da un qualche punto di vista significativo. (...) Meglio allora rinunciare ad inutili definizioni "sostanziali" del bene giuridico. Il problema degli interessi tutelati o tutelabili penalmente si pone in un orizzonte fattuale aperto, entro cui poter discutere di qualsiasi "interesse" possa essere presentato come tale da punti di vista non irrealistici, indipendentemente da opzioni di valore. Il che non significa affatto rinuncia alla dimensione critica della teoria del bene giuridico (...). I criteri di selezione necessari a tal fine non possono essere utilmente anticipati in sede di definizione della formula dottrinarica "bene giuridico", ma dipendono da un orizzonte normativo (...).<sup>273</sup>"

Molti autori pongono poi l'accento sul carattere non statico, bensì dinamico del bene giuridico: il concetto di "oggetto di tutela" non dovrebbe, quindi, venir

---

<sup>273</sup> D. PULITANÒ, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 132.

semplicisticamente degradato a mera cosa dotata di valore in se stessa, ovvero entità intangibili degne di tutela penale assoluta, ma, più correttamente, assurgerebbe ad un interesse giuridicamente rilevante solo nei limiti in cui producono effetti utili e rilevanti per la vita dei consociati. Tale funzionalità dei beni giuridici, che si traduce nella possibilità di un loro sacrificio in vista del perseguimento di ulteriori (e più importanti) scopi sociali, spiega anche la spesso frammentaria configurazione del diritto penale<sup>274</sup>.

Le ascendenze illuministiche del concetto in esame risultano lampanti: ponendo l'accento sulla razionalità strumentale del sistema giuridico penale, la teoria del bene giuridico individua nella tutela di quegli interessi che garantiscono la pacifica convivenza umana, l'obiettivo (non già "ideale" o "ultraterreno"<sup>275</sup>, bensì) pratico dello strumento penalistico.

Nell'ambito della corrente tecnico-giuridica prettamente italiana, di primaria importanza resta l'apporto fornito dalle opere di Arturo Rocco. Secondo quest'ultimo il diritto penale si deve infatti limitare a "(...) studiare il delitto e la pena sotto il lato puramente e semplicemente giuridico, cioè come fatti giuridici di cui l'uno è la causa e l'altro è l'effetto o conseguenza giuridica, lasciando ad altre scienze, e precisamente all'antropologia ed alla sociologia criminale, la cura speciale di studiarli, rispettivamente, l'uno, come fatto individuale e sociale, cioè sotto l'aspetto naturale, organico e psichico, e sotto l'aspetto sociale, l'altro come fatto sociale (...). Questo

---

<sup>274</sup> Per un approfondimento delle origini del principio di frammentarietà del diritto penale e della sua collocazione nel sistema penalistico odierno si veda, rispettivamente, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, B. T., Bd. 1, 2<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1902; MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe, 1972, p.9 ss.

<sup>275</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p. 6.

dunque è principalmente, se non esclusivamente, il compito e la funzione, della scienza del diritto penale: l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale positivo e vigente, la conseguenza scientifica, e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano”<sup>276</sup>.

Come dimostrano le affermazioni poc'anzi citate, la visione tecnico-giuridica privilegiava nettamente una “chiusura” del diritto penale in chiave ideologicamente autoritativa e conservatrice ed emarginava drasticamente la questione dei fondamenti politici di tale branca del diritto. Ponendo in rilievo il compito dogmatico-ricostruttivo del concetto di bene giuridico sul piano del diritto positivo ed enfatizzando la sua avversione per i tentativi “sociologici” di delineare nozioni “pregiuridiche” e materiali di tale categoria, secondo Rocco *l'oggetto giuridico* (come da lui stesso definito) non può prescindere dalle valutazioni normative già compiutamente effettuate in sede legislativa.

Sulla base di tali preliminari presupposti va osservato che quello che a noi interessa, nell'ambito del presente elaborato, è comprendere se e in che modo le figure delittuose dell'incesto e dell'*insider trading* possano svuotare di valore o addirittura “volatilizzare” lo stesso significato di bene giuridico. In sostanza, le due fattispecie rientrano nella più ampia questione relativa alla non coincidenza e sovrapposibilità tra il sistema dei valori costituzionali e sociali, da un lato, e, il catalogo degli oggetti di tutela recepiti nel sistema penale vigente, dall'altro<sup>277</sup>.

1. L'incesto - perlomeno limitatamente alla tipologia incestuosa della

---

<sup>276</sup> A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, I, 1910, p. 497-521.

<sup>277</sup> MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 3<sup>a</sup> ed. Padova, 1992, p. 211 ss.

congiunzione carnale tra fratelli adulti consenzienti - profila elementi di problematicità in quanto qualificabile come “reato senza vittima”. In effetti, risulta tutt'ora controverso se allo strumento penale di uno stato democratico e pluralistico, caratterizzato dai principi di offensività e concepito quale *ultima ratio*, spetti il compito di salvaguardare valori attinenti alla sfera morale, la cui inosservanza non comporti la lesione o la messa in pericolo (tangibile) diversi dal vago concetto di “morale dominante”<sup>278</sup>.

Il vero *punctum dolens* è, in proposito, quello di andare a tipizzare una condotta assunta come pericolosa in base ad una mera regola di esperienza o di probabilità, ma non è affatto escluso che di fatto si verificano casi nei quali quel giudizio di esperienza si rivela falso. Da qui il pericolo che il legislatore vada a reprimere e punire la mera disobbedienza (in questo caso di natura puramente morale) del reo, ossia la semplice inottemperanza ad un divieto penale senza che a questa si accompagni una concreta ed effettiva esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato.

2. La necessità di individuare un bene giuridico sufficientemente chiaro ed afferrabile viene nuovamente messo in discussione nel caso in cui si passi ad analizzare le fattispecie finalizzate alla tutela di valori “superindividuali” o “ad ampio raggio”, specie se di più moderna emersione storica. In ipotesi di questo tipo – che, inoltre, evidenziano l'intrinseca inidoneità della categoria del bene giuridico di soddisfare le nuove esigenze di protezione scaturenti dal

---

<sup>278</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p. 17.

continuo sviluppo evolutivo della realtà sociale ed economica – l'oggetto di tutela perde la sua garantistica afferrabilità e lo strumento penale finisce per tutelare indebitamente funzioni amministrative o assetti di discipline normative preordinate alla garanzia di un ordinato esercizio di determinante attività. Le attività qui incriminate, qualificate sovente come “(...) pratiche tendenzialmente profittatrici o sopraffattorie, e perciò solo in contrasto con uno *standart* etico che si vuole imporre a determinati ambienti economici” poste ad oggetto di disposizioni che “(...) non guardano ai danni che le suddette operazioni possono provocare (...) in quanto hanno di mira un obiettivo a più lunga scadenza, di moralizzazione dei mercati mobiliari”<sup>279</sup>, si pongono evidentemente in contrasto con i basilari postulati della dicotomia offensività-bene giuridico.

La stessa riprovevolezza della condotta in commento e la sua conseguente rilevanza penale sono state inizialmente poste in discussione da taluni orientamenti dottrinari. In sintesi, il danno diretto che l'immediato contraente con intraneo subirebbe e che sarebbe ad ogni modo da concepire come nota intrinsecamente naturale al mercato, verrebbe accompagnato da un effetto di stabilizzazione delle quotazioni borsistiche e di promozione dell'efficienza allocazionale del mercato.

Se si insiste a rimanere confinati nel riferimento ai concetti di *patrimonio individuale* o di *economia pubblica*, anche qui si osserva che il rischio di

---

<sup>279</sup> G. M. FLICK, Insider trading: *problemi sostanziali*, in AA. VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p.86 ss.

costruire una fattispecie a pericolo astratto è particolarmente accentuato; in sostanza, essendo tecnicamente difficilmente dimostrabile lo specifico meccanismo che conduce alla verifica del concreto evento dannoso, si evita la *probatio diabolica* dell'attitudine del fatto a provocare una effettiva lesione (o messa in pericolo) di un bene giuridico nel caso singolo.

L'indispensabilità della sussistenza, nel nostro ordinamento giuridico, di norme penali siffatte (a più riprese riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale)<sup>280</sup> deriva dal riconoscimento dell'estrema rilevanza di valori super-individuali nell'attuale società del rischio in cui viviamo: il continuo progresso scientifico e tecnologico, mentre per un verso permette di neutralizzare pericoli tradizionali ed unanimamente noti, espone per altro verso a nuove possibilità di rischio che sfuggono all'attenzione dei saperi disponibili.

Come è stato osservato, la “modernità” della fattispecie suggerisce tuttavia un'idea di patrimonio parzialmente sganciata dalla tradizionale dimensione “cosale”, e “spersonalizzata”, tanto da potersi individuare quale soggetto passivo della pratica non “(...) quell'investitore ma ciascun investitore”, considerata, inoltre, “(...) la struttura delle fattispecie spesso impennate sulla verifica di eventi di proporzioni smisurate”<sup>281</sup>.

Si rifugge, quindi, da una esclusiva considerazione pubblicistica del concetto

---

<sup>280</sup> Secondo la Corte costituzionale le fattispecie di pericolo presunto “non sono incompatibili in linea di principio con il dettato costituzionale”, rientrando nel margine di discrezionalità politico-criminale del Parlamento la scelta dei settori in cui il ricorso a tali modelli delittuosi appare più utile: fondamentale risulta tuttavia che tale scelta non si ponga come irrazionale od arbitraria, ma sia invece frutto di valutazioni rigorose fondate su regole di esperienza (cfr. sent. n. 333/1991).

<sup>281</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit. p. 131.

di economia pubblica - e dunque della titolarità statale di esso -, avallando piuttosto la sussistenza di una essenza pur sempre individuale-personalistica propria dell'interesse al *corretto funzionamento del mercato*.

Non possono, ad ogni modo, essere negati i profili di problematicità concernenti l'inevitabile perdita di substrato fattuale dell'offesa, rendendo difficoltosa l'individuazione della dinamica di lesività tipica della condotta penalmente rilevante. Si è osservato, al riguardo, come una possibile soluzione in tema di tecnica di tutela penale sia quella di considerare quale *interesse strumentale* l'attività funzionale di controllo svolta dall'autorità garante, e, quale *bene finale* l'interesse diffuso di cui sopra. Si potrebbe, in tal modo, inquadrare il fenomeno offensivo nel "(...) classico schema di seriazione di beni giuridici"<sup>282</sup>.

Risulta evidente che la tecnica legislativa (o interpretativa) surrichiamata costituisca un espediente che, in maniera simile a quanto avviene in tema di c.d. plurioffensività<sup>283</sup>, tenta di fornire una risposta a quelle esigenze politico-criminali e di tecnica legislativa che fanno apparire, nei settori di complessità tecnica e/o scientifica particolarmente accentuata, irrinunciabile il ricorso allo strumentario penalistico.

L'ardua mappatura della dinamica offensiva dei valori metaindividuali e la conseguente limitazione di substrato fattuale della stessa, finisce per esser considerato il necessario prezzo da pagare all'interno di ambiti socio-

---

<sup>282</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 143.

<sup>283</sup> E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, terza edizione, Milano, 2007, p. 50 ss.

economici siffatti, dove si contempla un vero e proprio fiorire di interessi giuridici “(...) che possono rappresentare nient’altro che l’evoluzione in senso collettivo di tradizionali beni giuridici”<sup>284</sup>.

Vedremo come un possibile ausilio, nell’ambito della funzione avente ad oggetto l’individuazione della giustificazione penale all’*an* ed al *quantum* dell’incriminazione, tradizionalmente svolta dalla teoria del bene giuridico, possa essere fornito dal principio di proporzionalità, caratterizzato da maggior duttilità e dinamicità, ma anche di un più elevato livello di relativismo applicativo.

### 3.3. Reciproca potenzialità integrativa della proporzionalità e dell’offensività

---

<sup>284</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 148.

Quantunque in termini non coincidenti (*Sozialschädigkeit, harm principle*, offensività), l'essenzialità di un controllo sostanziale sulle norme penali costituisce un'esigenza a tal punto radicata in ogni ordinamento giuridico, che ha finito per attecchire nella scienza penale europea<sup>285</sup>. L'idea di fondo, in sostanza, è quella secondo la quale, per essere considerata penalmente rilevante, una fattispecie deve essere costruita attorno al concetto di “danno”<sup>286</sup>.

I chiari segni di disfacimento della costruzione ruotante attorno al principio di offensività, emblematicamente dimostrati dalle fattispecie in parola, possono, tuttavia, essere parzialmente “sanati” dal principio di proporzionalità, esaustivamente trattato nel primo capitolo della presente trattazione. D'altro canto, il difetto di relativismo di quest'ultimo, che, come già accennato, riesce a compiere, nella sua dimensione “retribuzionista”, una selezione solamente *quantitativa* (e non *qualitativa*), potendo così giustificare potenzialmente ogni scelta di valore, può essere “sdrammatizzato” dalle attitudini selettive (sotto il profilo, appunto, *qualitativo*) proprie della teoria del bene giuridico.

Ma procediamo con ordine.

Nel panorama sovranazionale vediamo come la regola della proporzione venga oramai declinata in tre sotto-criteri (*idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto*). Ebbene, non è difficile scorgere, almeno dei primi due livelli evolutivi, una

---

<sup>285</sup> A. NISCO, *L'incesto, op. cit.*, p. 82 ss.

<sup>286</sup> Cfr. M. DONINI, *L'eredità come Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, 2012, p.71.

netta analogia di funzioni svolte, all'interno del nostro ordinamento giuridico, dal principio di necessaria lesività. Alle carenze funzionali della proporzionalità, si ritiene possa sopperire il criterio assiologico dell'offensività “(...) che gli consente di avanzare precipue scelte di campo qualitative sui diritti/valori fondamentali che legittimano la compressione di altri valori fondamentali (...); un criterio che gli garantisca prestazioni più rigorose nella selezione dell'area di meritevolezza della pena, permettendogli di pronunciarsi su cosa punire, e non semplicemente sul quanto punire”<sup>287</sup>.

La verifica di proporzionalità, in altri termini, si presenta come un procedimento che non orienta la ricerca di un bene giuridico passibile di lesione penalmente rilevante, ma è semmai orientata da un qualche interesse che la precede. Come è stato osservato, isolatamente considerato, il giudizio di proporzionalità potrebbe addirittura condurre a legittimare l'incriminazione – ovvero la definizione come “reato” – di una mera infrazione statale<sup>288</sup>. Nella stessa direzione, altri autori hanno sostenuto che la proporzionalità, in realtà, rappresenta un modo di occultare un giudizio di valore sotto le vesti di un ragionamento oggettivo; il che non modifica i termini del problema: se tende ad occultare le vere scelte di valore, la regola della proporzione riesce potenzialmente a giustificarle tutte<sup>289</sup>.

Il sindacato giudiziale così articolato, quindi, logicamente presuppone

---

<sup>287</sup> V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: judicial transplant, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (in corso di pubblicazione).

<sup>288</sup> Così. M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in A. CADOPPI (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, p. 124.

<sup>289</sup> A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law, Deference and Proportionality*, 2012, p. 185.

l'individuazione di uno scopo legittimo. In assenza di una previa selezione orientata a rilevare la dannosità qualificata, l'obiettivo suddetto finisce per appiattirsi sulla *ratio legis*, limitata sostanzialmente solo dalla non avversità ai fondamentali principi costituzionali; filtro questo, valutato come eccessivamente ampio dalla dottrina dominante<sup>290</sup>.

In effetti, sia nella sua accezione formale (o “*retribuzionista*”), che evoca un giudizio di comparazione tra la gravità della condotta incriminata e la gravità del trattamento sanzionatorio e quindi una valutazione di coerenza e razionalità interna nell'impiego della pena, che sul piano “*utilitaristico*”, ovvero quello dell'adeguatezza del mezzo al perseguimento dell'obiettivo<sup>291</sup>, il controllo giudiziale fondato sulla proporzionalità appare comunque incentrato sul *quantum* più che sull'*an* dell'incriminazione, non riuscendo invece ad operare quella scelta assiologica di valori che realizzerebbe una sostanziale e concreta limitazione dell'invasività dell'opzione penale<sup>292</sup>.

Come constatato nei precedenti paragrafi, la teoria del bene giuridico appare suscettibile di miglioramenti teorici e di svariate critiche, ma rivendica pur sempre un'irrinunciabile “pretesa” critica nei confronti del legislatore penale (“*gesetzgebungskritischer Anspruch*”)<sup>293</sup>. I beni giuridici, in sostanza, possono guidare la scelta di un obiettivo legislativo lecito da immettere negli ampi (e relativi) ingranaggi della *Verhältnismäßigkeit*, limitando l'individuazione a quei valori non

---

<sup>290</sup> Si veda, A. NISCO, *L'incesto*, op. cit., p. 82 ss.

<sup>291</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2012, p.114.

<sup>292</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 216 ss.

<sup>293</sup> S. SWOBODA, *Die Lehre*, p. 50.

solo rilevanti ed utili, ma anche strettamente necessari alla sopravvivenza della società. Interessi, quindi, rigorosamente penalmente tutelabili e non consistenti solo in astrazioni ideali o concezioni morali.

Le stesse *chances* di ausilio integrativo non possono, invece, essere ravvisate se si osserva tale sinergia tra principi dall'angolo visuale dell'offensività. E' stato infatti giustamente rilevato come l'idea della proporzionalità sia incapace a correggere la deficienza regolativa in cui versa il principio suddetto ed a fiancheggiare quest'ultimo nell'arduo e preliminare compito di individuare e selezionare le oggettività giuridiche degne di tutela penale<sup>294</sup>. Tuttavia, pur non sanando i disagi interni al principio penale in questione, attraverso una sua integrazione con la proporzionalità, esso può venir collocato nell'ambito di una dimensione sovranazionale, “dilatata”<sup>295</sup> e certamente più ampia.

Quest'ultimo criterio, così come sviluppato negli ambienti costituzionali tedesco e comunitario, oltre ad essere arricchito di valutazioni fattuali ed empiriche (mi riferisco alle c.d. “*Tatsachenverstellungen und Prognose*”) effettuate dal legislatore anteriormente alla definizione delle restrizioni dei diritti fondamentali, consente (al *BverfG* all'interno dell'ordinamento giuridico tedesco così come alla Corte di giustizia in ambito comunitario) una legittima incursione nelle scelte legislative di politica criminale (sempre rimanendo in un'ottica che contempla il diritto penale

---

<sup>294</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 216 ss.

<sup>295</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit, p. 216 ss.

come *ultima ratio*<sup>296</sup>) che finisce per ampliare notevolmente lo spettro di discrezionalità ermeneutico-applicativa del giudice costituzionale<sup>297</sup>.

Mi riferisco, in particolare, non già all'ambito di operatività *formale* della proporzionalità, incentrato, come già osservato, alla valutazione del *quantum* sanzionatorio, bensì a quello *sostanziale*, che, assumendo veste di criterio di giustificazione dell'*an* dell'intervento penale, aggiunge alle ordinarie prestazioni proprie della regola dell'offensività una dimensione innovativa ulteriore: “(...) nella proporzione in senso stretto si realizza (...) quel *balancing test* tra il progetto di tutela penale dell'interesse incorporato nella norma incriminatrice e la compressione del diritto conseguente alla scelta di penalizzazione, che garantirebbe un'apertura a valutazioni in chiave di razionalità circa valori e scopi delle scelte di criminalizzazione e soprattutto di verifica empirica – orientata alle conseguenze - dei programmi legislativi”<sup>298</sup>.

Come è stato correttamente osservato<sup>299</sup>, quindi, se l'asserito difetto di contenuto regolativo, proprio del principio di offensività, non può essere del tutto eliminato dalla *Verhältnismäßigkeit*, si può almeno auspicare ad un vaglio improntato ad un più

---

<sup>296</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale – Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, p.301.

<sup>297</sup> Sui molteplici rischi dell'ampliamento suddetto, si veda A. NISCO: “(...) Tra le altre cose, una verifica sul contenuto delle incriminazioni esporrebbe la Corte europea a delicati giudizi di valore e implicherebbe un'ingerenza nelle scelte politico-criminali degli Stati. Si tratta di obiezioni improntate a realismo, non sconosciute al dibattito interno sul costituzionalismo penale; solo che, all'argomento della tutela della maggioranza parlamentare, esse sostituiscono (o aggiungono) quello della sovranità statale.”, *L'incesto*, *op. cit.*, p. 82 ss.

<sup>298</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, *cit.*, p. 214; A. BARACK, *Proportionality*, in M. ROSENFELD – A. SAJO, *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*, Oxford University press, 2012, p. 744 ss.

<sup>299</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, *cit.*, p. 214 ss.

intenso spirito garantista, derivante, da un lato, dalla concentrazione della valutazione giudiziale sul diritto ristretto dalla legge penale, e, dall'altro, dalla valorizzazione dell'indagine dei riscontri fattuali empirici.

La sussistenza di potenzialità applicative aggiuntive della regola della proporzione rispetto al campo di operatività della tradizionale teoria del bene giuridico, viene plasticamente evidenziata dalla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* (sentenza del 26 febbraio 2008), ampiamente analizzata nel secondo capitolo. Secondo i giudici costituzionali tedeschi il legislatore, punendo con il § 173 la pratica dell'incesto, persegue una serie di scopi costituzionalmente compatibili e che, ad ogni modo, giustificano la limitazione del diritto sacrificato (diritto all'autodeterminazione sessuale).

Vediamo quindi come l'oggettività giuridica protetta dalla fattispecie in commento si vada a frammentare in una pluralità di "scopi" legislativi. Ebbene, analizzando il reato nell'ottica del classico binomio offensività-beni giuridici e salvo voler avallare la legittimità del fenomeno di illecita proliferazione dei beni giuridici all'interno di una singola fattispecie (mi riferisco alla teoria della c.d. "plurioffensività"), duramente criticato dalla dottrina dominante<sup>300</sup>, l'operazione giurisprudenziale di individuazione di una moltitudine di oggettività giuridiche all'interno della norma che vieta l'incesto, effettuata nel caso di specie, dovrebbe risultare senz'altro illegittima. Ma, nel motivare il salvataggio della fattispecie in parola, la Corte non si limita ad enunciare la liceità degli obiettivi suddetti, ma si preoccupa anche di

---

<sup>300</sup> E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, terza edizione, Milano, 2007, p. 50 ss.

verificare che la strutturazione tecnica dell'incriminazione legislativa non vada incontro ad obiezioni alla stregua di quei criteri costituzionali, "(...) supplementari rispetto alla presenza di un concreto bene giuridico tutelabile"<sup>301</sup>, che in termini di 'morale critica' (ovvero di politica criminale costituzionalmente orientata) pongono vincoli morali ulteriori e più dinamici all'intervento penale: mi riferisco, appunto, ai sotto-criteri dell'*idoneità*, *necessità* e *proporzionalità in senso stretto* della penalizzazione.

Risulta pertanto agevole concludere che, la fattispecie di incesto, senz'altro penalmente irrilevante alla stregua del parametro dell'offensività, analizzato nell'ottica del principio della *Verhältnismäßigkeit* diviene suscettibile di un salvataggio giurisprudenziale costituzionalmente plausibile (perché non incontrante obiezioni sotto il profilo della c.d. plurioffensività).

La maggior dinamicità e la superiore duttilità, riscontrabili nella dinamica propria della regola della proporzione e derivanti dal mancato ancoraggio di essa ad una lista astratta di beni giuridici, considerati quali etichette generali ed astratte<sup>302</sup>, può inoltre comportare la collocazione concettuale della *ratio* giustificatrice dello strumento penale in una dimensione teleologico-funzionalistica. In effetti, la scarsa capacità euristica propria del binomio bene giuridico-offensività, che, condividendo la stessa sorte delle categorie di amplissimo spettro, rischia di tradursi in un vuoto contenitore e prestandosi a ricomprendere astrattamente i contenuti più mutevoli e svariati, può

---

<sup>301</sup> G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, cit., p. 216.

<sup>302</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p. 17.

esser controbilanciata dalla vantaggiosa attitudine del principio di proporzionalità ad indicare i profili finalistici di politica criminale che lo Stato ha interesse a che si realizzino. Finalità, queste, che si presentano invece come suscettibili di decidere la legittimazione dello strumento penale<sup>303</sup>.

Nell'ambito dei reati di cui sopra, in sostanza, mancando l'«offesa» tradizionalmente intesa, a causa dell'anticipazione dell'incriminazione a fasi temporali o concettuali preoffensive o a causa della stessa ardua configurabilità di un bene giuridico messo effettivamente a repentaglio dalla condotta del *reo*, il succitato *deficit* di contenuto regolatore della tradizionale teoria dei beni giuridici si manifesta in maniera particolarmente accentuata<sup>304</sup>.

Ecco che allora le preoccupazioni esegetiche collegate alla traducibilità in termini di beni giuridici degli interessi *lato sensu* diffusi o collettivi, finiscono per ridimensionarsi notevolmente al cospetto di una innovativa regola che, soprattutto nel suo terzo livello (proporzionalità in senso stretto o *balancing test*), introducendo nelle valutazioni interpretative e/o applicative un forte *quid* di discrezionalità giudiziale e rendendo così possibile l'individuazione, di volta in volta, di obiettivi di politica criminale funzionali agli scopi programmatici di controllo sociale, fornisce un valido supporto nella ricerca avente ad oggetto la legittimazione del magistero punitivo.

---

<sup>303</sup> Considerazioni simili possono esser sviluppate in tema di “reati di scopo”. Si veda, al riguardo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 207; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1999, p. 115.

<sup>304</sup> A. F. TRIPOLI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, cit. p. 102 ss.

## **Conclusione**

Come ho tentato di dimostrare con l'analisi condotta e sviluppata attraverso i Capitoli precedenti circa il contenuto acquisito negli anni dal principio della *Verhältnismäßigkeit*, sembra possibile poter affermare che, al di là delle svariate oscillazioni applicative dei giudici europei, i quali non fanno riferimento in modo continuo ai tre elementi costitutivi dell'*idoneità*, *necessità* e *proporzionalità in senso stretto*, la regola in parola ha finito per divenire, a livello comunitario, un vero e proprio principio generale autonomo di interpretazione che, in quanto tale, è suscettibile di essere applicato trasversalmente nei diversi settori giuridici.

Si aggiunga, inoltre, che lo studio dell'attività giurisprudenziale della Corte di giustizia, dimostra come l'*iter* logico intrapreso dal giudice europeo nell'esercizio del suo sindacato di proporzionalità tende sempre più spesso ad accostarsi ed identificarsi con quello seguito dalla Corte costituzionale tedesca.

Passo decisivo nell'ambito di tale processo di progressiva generalizzazione interpretativa del principio in parola, è sicuramente costituito dal riconoscimento della sua applicabilità, non soltanto al diritto comunitario (primario e derivato), bensì anche alle misure nazionali di esecuzione o a quelle in ogni caso prese dagli Stati membri "(...) sulla base di autorizzazioni o deroghe ad essi concesse"<sup>305</sup>.

Inoltre, quale parametro generale di interpretazione dei precetti normativi, il *test* di proporzionalità viene indubbiamente svolto anche in relazione alle previsioni proprie

---

<sup>305</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*, p. 232; in tal senso, cfr. D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, *op. cit.*, p. 84 ss.

dei Trattati istitutivi, assumendo in tal modo un rango addirittura superiore rispetto a quello proprio delle norme primarie dal punto di vista funzionale. Si legge, infatti: “(...) Non bisogna, infatti, dimenticare, che la Corte, utilizzando il metodo teleologico di interpretazione, esige che il diritto comunitario, sia primario che secondario, sia interpretato per quanto possibile in conformità con i principi generali di diritto comunitario non scritto e, quindi, con il principio di proporzionalità<sup>306</sup>, alla luce degli obiettivi fondamentali del Trattato.<sup>307</sup>”

Ho poi potuto constatare come il sindacato di proporzionalità, così come sviluppatosi sul piano comunitario, sia stato recepito, attraverso una sorta di filtro rappresentato dalle particolarità culturali e dalle esigenze tecnico-giuridiche proprie di ciascun ordinamento nazionale, all'interno dei singoli Stati membri.

A questo punto appare necessaria una considerazione conclusiva; nonostante i giudici europei abbiano precisato, in linea generale, gli elementi costitutivi della *Verhältnismäßigkeit*, la natura delle pronunce che la Corte è chiamata ad adottare non sempre garantisce quella uniformità di giudizio necessaria ai fini di un'attività giudiziale realmente garantista, a detrimento, come sottolinea la dottrina più accreditata, della certezza del diritto<sup>308</sup>.

In effetti, nel contesto di una vasta libertà di giudizio che la teoria della proporzione le assegna, la Corte di giustizia finisce per essere inevitabilmente influenzata da considerazioni di carattere soggettivo (pericolosamente suscettibili di sfociare nell'incontrollato arbitrio) nel decidere casi che necessitano valutazioni circa la

---

<sup>306</sup> In tal senso, cfr. in particolare, sentenza 21 marzo 1991, causa n. C-314/89.

<sup>307</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*, p.233.

<sup>308</sup> T. C. HARTLEY, *The Foundation of European Community Law*, Oxford, 1994, p. 156.

conformità tra mezzi ed obiettivi, l'intrinseca importanza ed essenzialità di tali scopi, la gravità degli inadempimenti, la proporzionalità degli oneri imposti, e così via. A ciò va aggiunto che gli artt. 8-11 CEDU, nel selezionare i valori legittimanti un sacrificio dei diritti ivi protetti, abbozzano veri e propri "macro-valori" estremamente vaghi e di ampio spettro, "(...) acconsentendo, tra l'altro, a che siffatti valori siano attinti dalla morale"<sup>309</sup>. Quest'ultima, come paradigmaticamente dimostrato dal delitto di incesto, rappresenta una presenza sempre molto "irritante" per il penalista<sup>310</sup>, in quanto finisce per far apparire come legittima qualsiasi oggettività giuridica, purché, appunto, in linea con una pretesa etico-morale considerata come dominante all'interno di un determinato contesto sociale.

Per quanto attiene l'ampiezza del sindacato giudiziale rivendicata dal giudice sovranazionale, infatti, si osserva che, pur essendo questo inizialmente basato su di uno *standard* minimo costituito principalmente dalla "ragionevolezza" dell'impiego dei mezzi atti a raggiungere determinati obiettivi normativi, fattore questo che accomuna la maggior parte delle giurisdizioni interne ed internazionali, più recentemente vanno emergendo, nel ragionamento europeo, elementi tendenti ad affermare un sindacato basato su un livello di intensità maggiore (o, addirittura, massima<sup>311</sup>).

Da qui l'estrema elasticità che tipicamente connota l'impiego comunitario della regola in questione e la conseguente difficoltà di concepirne la generale applicabilità all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, nell'ambito dei quali il principio di

---

<sup>309</sup> A. NISCO, *L'incesto*, *op. cit.*, p. 82 ss.

<sup>310</sup> K. VOLK, *Sistema penale*, p.102.

<sup>311</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*, p. 237.

legalità risulta essere di applicazione assai più stringente.

La problematica in parola, ad ogni modo riguarda, ancora una volta, il generale atteggiamento di *self-restraint*, di timidezza interpretativa-applicativa o addirittura di vera e propria chiusura da parte della Corte costituzionale nell'attività di sindacato delle scelte discrezionali legislative.

Come precedentemente constatato, infatti, i giudici costituzionali, a differenza dei componenti del *Bundesverfassungsgericht* tedesco e, ancora di più, della Corte di giustizia europea, sono unanimi nel ricondurre non soltanto il compito di individuazione dei beni giuridici ma anche l'attività di definizione dell'equilibrio sanzionatorio delle singole norme all'esclusivo potere discrezionale del legislatore, astenendosi da qualsiasi intrusione mediante interventi giudiziari di tipo caducatorio.

La Corte, pertanto, è alquanto restia nel sovrapporre il proprio giudizio alle valutazioni proprie del potere legislativo, usurpandolo del relativo monopolio, attestandosi, perlopiù su verifiche meno invasive improntate al criterio della ragionevolezza.

Ragionevolezza e proporzionalità, tuttavia, pur rappresentando entrambi manifestazione del principio di legalità quale fondamentale pilastro della costruzione del c.d. *Rechtsstaat*, assolvono due funzioni distinte – la prima, alla indispensabile giustificazione di scelte poste in essere a monte dalle autorità tra valori contrapposti, la seconda, alla modulazione dell'intensità dell'esercizio del potere discrezionale pubblico per poter giustificare la liceità delle restrizioni imposte agli interessi privati dei singoli – e implicano, in sede applicativa, l'esercizio del sindacato giurisdizionale

a livelli di intensità differenti<sup>312</sup>. Ne consegue, pertanto, la configurazione tendenzialmente autosufficiente ed autonoma del principio in commento, in quanto strumento di misurazione del carattere “proporzionato” della misura adottata dai pubblici poteri di volta in volta competenti, nell’esercizio “ragionevole” del loro potere discrezionale.

In conclusione, ritengo di dover affermare la natura di autentico principio, e non di mero criterio ermeneutico, della Proporzionalità, in quanto essa si configura da un lato, come l’essenza stessa della *legalità* nella sua forma astratta, e, dall’altro, come strumento per la realizzazione effettiva del principio di *giustizia*, che essa funzionalmente concretizza nel suo stadio applicativo.

---

<sup>312</sup> M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*, p. 237.

## BIBLIOGRAFIA

R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010.

A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria*, 1994.

H.-J. ALBRECHT-U. SIEBER, *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgericht in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern -*, Fassung vom 19. November 2007, p. 27, in [www.mpicc.de](http://www.mpicc.de).

- R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., 1984.
- N. K. ANDROULAKIS, *Abshied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität? Das “Erschütterungsprinzip” (zu der Entscheidung BVerfGE 120, 224-273)*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010.
- F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffré, 2003.
- Y. ARAI, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quart of Human Rights*, Vol. 16/1, 1998.
- G. BADIALI, *Il diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, Milano, 1977.
- T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, Padova, 1987.
- A. BARLETTA, *Le controle de la repartition des competences en matiere pénale: la recherche de l'équilibre institutionnel* in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA (a cura di), *Cour de justice et justice pénale en Europe*, Parigi, 2010.
- U. BECK, *Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986.
- E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale: il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

- G. BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale, ristampa inalterata*, Milano, 1975; L. SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, II, Milano, 1952.
- R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.
- R. BIN, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994.
- K. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, B. T., Bd. 1, 2<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1902.
- P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le forme di Stato e le forme di governo. Le costituzioni moderne*. Giuffrè, 1988.
- BOGDANDY-NETTESHEIM, *Art. 3 b EGV*, in GRABITZ-HILF, *Das Recht der Europäischen Union*.
- J. BOLOUIS, *Apropos de la fonction normative de la jurisprudence*, *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, 1974.
- W. BOTTKKE, *Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?* In *FS für K. Volk*, München, 2009.
- G. BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité*, *Mélanges Waline*, t. 2, Paris, 1974.
- G. BRAIBANT, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, 1978, e *Le droit administratif français*, Paris, 1984.

N. BROWN, *General Principles of Law and the English Legal System*, in M. CAPPELLETTI (Ed.), *New Perspectives for a Common Law for Europe*, Leiden-Stuttgart- Bruxelles- Firenze, 1978.

N. BROWN, *Human Universals*, New York, 1991.

G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del fatto nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996.

A. CADOPPI- L. MONTICELLI, *Incesto (art. 564)*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI- A. MANNA- M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Parte speciale, VI, Torino, 2009

C. CALLIESS-RUFFERT, *Kommentar EUV/EGV, Art. 5/35 ss.*

F. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale vol. 3 – Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, 4<sup>a</sup> ed. (a cura di) M. Campobasso, 2008, p. 215.

E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffé, 2000.

M. CAPPELLETTI, *Is the European Court of Justice "Running Wild?"*, 1985.

F. CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, DCSI, 1986.

S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari-Roma, 2002.

I. CASSONI, *I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati menti quale fonte sussidiaria del diritto applicato dalla Corte di giustizia delle Comunità*

europee, 1959.

G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Scritti in onore di Francesco Capotorti*, vol. I, Milano, 1999.

CECCARELLI, *Il tabù dell'incesto. I fondamenti biologici del linguaggio e della cultura*, Torino, 1978.

M. CESARE, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*; in *Giur it.*, 2001, p. 994, con nota di F. BIONDI, *La Corte costituzionale individua il bene giuridico tutelato dal reato di incesto*.

M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999.

M.C. CICIRIELLO, *Le formazioni insulari e la delimitazione degli spazi marini*, Napoli, 1990.

S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità – Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.

B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, VII edizione, Napoli, 2006.

J.-P. COSTA, *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1/2000.

COSTI, *Gli interessi tutelati*, in AA.VV., *Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario: l'insider trading*, 1992.

L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle*

*attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, DUE, 1998*

P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 1996.

M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 1999.

M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo e dei diritti dell'uomo*, Trieste, 1993.

G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*. CEDAM, 2004.

J. DE SOUSA E BRITO, *Strafzwecke im Rechtsstaat*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010.

M. DELMAS-MARTY, *Politica criminale e diritti dell'uomo in Europa*, in *Ind. pen.*, 1988.

M. DISTEL, *Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel en Grande Bretagne*, RTDC, 1982.

G. DODARO e M. DOVA, *Opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.

G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto fra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.

F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA- A.

SPADARO- L. VENTURA (a cura di), Bologna, 2007.

M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, ora in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003.

M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale*, ora in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003.

M. DONINI, *Ragioni e imiti della fondazione del diritto penale della carta costituzionale*, in *Foro. it.*, 2001.

M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.

M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.

B. DU BAN, *Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté*, *Cah. dr. eur.*, 1977.

N. EMILIOU, *The principle of Proportionality in the European Law, A Comparative Study*, London, 1996.

ERMACORA, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im österreichischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention*.

FABIETTI, *Elementi di antropologia culturale*, Milano, 2004.

A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991.

L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 3<sup>a</sup> edizione, Roma-Bari, 1996.

M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000

M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.

G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in A. M. STILE (a cura di), *Le dicrasie tra dottrina e giurisprudenza diritto penale*, 1991.

G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di J. Feinberg*, Milano, 2010.

G. FIANDACA-TESSITORE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, in AA. VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, a cura del CRS, Milano, 1984.

G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009.

FIGLIOLA, *Reato in generale*, in *ED*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 797 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G. Giappichelli editore, Torino, 2000.

V. E. FORTHOFF, *Die Rechtsprechung*, in *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971.

G. P. FLETCHER, *The relevance of Law to the Incest Taboo*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010.

FLICK, *Insider trading: una tappa significativa – anche se controversa – della lunga marcia verso la trasparenza*, in *Riv. soc.*, 1991.

S. FREUD, *Totem e tabù*, Milano, 2008.

D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*

F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources endroit privé positif*, Paris, 1954.

S. GIAVAZZI, *Insider trading: profili di incostituzionalità*, in *Le Società* n.3/2004.

L. GRECO, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutlehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZIS*, 5/2008.

J. A. G. GRIFFITH, *The Politics of the Judiciary*, London, 1991.

E. GRABITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1973.

J. HABERMAS, *Morale diritto politica*, trad. it. a cura di L. CEPPA, Torino, 1992.

HANACK, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, in *Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags 1968, Gutachten A*.

W. HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher*

*Eingriffe*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, herausgegeben von Andres von Hirsch, Kurt Seelmann und Wolfgang Wohlers, Baden-Baden, 2006.

W. HASSEMER – U. NEUMANN, Vor § 1, in U. KINDHÄUSER – U. NEUMANN – H. U. PAEFFGEN, *Nomos Kommentar StGB*, Bd. 1, 3 Aufl., Baden-Baden, 2010.

HEFENDEL/VON HIRSCH/WOHLERS (Hrsg.), *Die Rechtsguttheorie*, 2003.

HEIMAN, *Scioglimento dei legami incestuosi*, in KAHN e LEWIS (a cura di), *Fratelli in terapia*, Milano, 1992.

HIRSCH, *Realer Inzest. Psychodynamik des sexuellen Missbrauchs in der Familie*, 3<sup>a</sup> edizione 1994.

L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981.

T. HÖRNLE, *Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, herausgegeben von Andres von Hirsch, Kurt Seelmann und Wolfgang Wohlers, Baden-Baden, 2006.

T. HÖRNLE, *Das Verbot des Geschwisterinzesta – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*, in *NJW*, 2008.

HUIZINGA, *Homo ludens: A Study of the Play Element in Culture*, Boston, 1950.

A. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht - Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart*, Mohr.

D. KRAUß, *Rechtsgut und kein Ende, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests*

(*BverGE 120, 224*), in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010.

M. KUBICEL, *Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR. Die Entscheidung und ihre Folgen für die strafrechtswissenschaftliche Debatte*, in *ZIS*, 6/2012.

H. JUNG, *Zur Strafbarkeit des Inzests*, in *FS Lefferenz*, Heidelberg, 1983.

R. LAHTI, *Das moderne Strafrecht und das ultima-ratio-Prinzip*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010.

G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, München-Berlin, 1959.

P. LERCHE *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Köln e.a., 1961.

LESTER, *The European Convention on Human Rights In the New Architecture of Europe: General Report*, in *Proceedings of the 8<sup>th</sup> International Colloquy on The European Convention on Human Rights*, 1995.

V. LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZstW*.

M. LUCIANI, *I fatti e la Corte. Sugli accertamenti istruttori del potere costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 1987.

J. LUTHER, *voce Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamenti*, 1997.

MACCABRUNI, *Insider trading e analisi economica del diritto*, in *Giur. comm.*, 1995.

MAHONEY, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, in AA.VV., *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, n. 1, 1998.

M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe, 1972.

S. MANACORDA, *Court de Justice et justice pénale en Europe*, Parigi, 2010.

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

V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G. Giappichelli editore, Torino, 2000.

V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: judicial transplant, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, in corso di pubblicazione.

V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007.

G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv.*

*trim. dir. pen. ec.*, 2006.

MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 3<sup>a</sup> ed. Padova, 1992.

G. MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Internaz. Dir. uomo*, 1989.

M. MASUCCI, *Abusi di mercato*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. FIORELLA, Torino, 2012.

N. MAZZACUVA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione: spunti problematici*, in *Foro it.*, 1988.

P. MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea, Trattato di diritto commerciale*, Padova, 1997.

S. MIR PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010.

E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, terza edizione, Milano, 2007.

G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004.

E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, 2006.

A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, 2012.

A. NISCO, *“Principio di proporzionalità” ed eclissi del bene giuridico in una*

*recente sentenza della Corte costituzionale tedesca*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008.

P. NUVOLONE, *Recensione a Neppi Modona*, in *Ind. Pen.*, 1967.

T. A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standarts in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quart.*, Vol 4, No. 4, winter 1981.

T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, in AA. VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici costituzionali*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, Milano, 1985.

F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di codificazione*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996.

C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.

C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in ID., *Diritto penale*, Vol. III, Milano, 2003.

P. PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972.

- D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983.
- D. PULITANÒ, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.
- G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. Internaz. Dir. uomo*, 1998.
- H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, London, 1986.
- J. RENZIKOWSKI, in *Münchener Kommentar, StGB*, 2005.
- J. RINCEANU, *La disciplina della custodia di sicurezza (Sicherungsverwahrung) nello specchio della giurisprudenza costituzionale tedesca*, in F. SGUBBI- D. FONDAROLI (a cura di), *Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, 2011.
- A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1910.
- M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.
- M. ROSENFELD – A. SAJO, *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*, Oxford University press, 2012.
- ROUYER, *L'incesto fratello-sorella*, in GABEL, LEBOVICI, MAZET (a cura di), *Il trauma dell'incesto*, Torino, 1997.
- ROXIN, *Franz von Liszt un die Kriminalpolitische Konzeption des*

*Alternativentwurfs*, in ID., *Strafliche Grundlagenprobleme*, De Gruyter, Berlin- New York, 1973.

F. SALERNO, *Principi generali di diritto*, 1995.

A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991.

SCABINI e CIGOLI, *Il familiare*, Milano, 2000. Per la letteratura straniera, si veda SCABINI, *Psicologia sociale della famiglia. Sviluppo dei legami e trasformazioni sociali*, Torino, 1995.

G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, Roma, 2004.

D. SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale - Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, 1994.

B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1976.

SCHUBARTH, in *Festschrift für Gerald Grünwald*, 1999.

S. SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed. aggiornata, Bologna, 2000.

S. SEMINARA, in AA. VV., *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, a cura di Canestrari e Foffani, Milano, 2005.

- S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*
- F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario – Lezioni*, Cedam, 2008.
- F. SGUBBI, *Tutela penale di interessi diffusi*, in *La questione criminale*, 1975.
- C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, Milano, 2011.
- C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007.
- STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992.
- C. STARCK, *I diritti fondamentali nel Grundgesetz della Repubblica federale di Germania*, in *Giur. cost.*, 1992.
- STAUDACHER, *Anthropologische Untersuchungen zum Inzestproblem unter besonderer Berücksichtigung des Bruder-Schwester-Inzests*, 1974.
- U. STEINER, *Nuovi sviluppi nel diritto costituzionale della Repubblica federale tedesca*, in *Annuario di diritto tedesco 1999*, a cura di S. PATTI, Milano, 2000.
- V. STRATENWERTH, *Inzest und Strafgesetz*, in *FS Hinderling*, Basel, 1974.
- P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.
- G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, DUE, 1999.

- A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e Statuto penale del mercato finanziario*, Roma, 2012.
- A. VASSALLI, *Abuso sessuale sui bambini: definizione, caratteristiche e conseguenze*, in MALACREA e A. VASSALLI (a cura di), *Segreti di famiglia*, Milano, 1990.
- F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione- Lineamenti di ermeneutica giuridica*, Roma-Bari, 2000.
- VOGEL, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, StV, 1996.
- C. F. VON GERBER, *Diritto pubblico*, trad. it. a cura di P. Lucchini, Milano, 1971.
- A. VON HIRSCH, *Ein grundrechtlicher Verbot exzessiver Strafen? Versuch einer Begründung*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010.
- N. WRAGE, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt*, in *Grundlagen gesamte Strafrechtswissenschaft*, herausgegeben von Regina Harzer, Frankfurt am Main, 2009.
- Z. YI, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der Grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1998.
- H. C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Boston-London, 1996.
- C. ZANGHI, *Su taluni aspetti del meccanismo di garanzia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in F. SALERNO (a cura di), *Il ruolo del giudice*

*internazionale.*

G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, 2<sup>a</sup> edizione, Bologna, 1988.

