Quaderni AISDUE - Rivista quadrimestrale
ISSN 2975-2698 - Fascicolo n. 1/2025

BlogDUE

Lo scrutinio di proporzionalità delle scelte di criminalizzazione sovranazionali: due interrogativi lasciati aperti dalle conclusioni dell'AG Richard de la Tour nella causa *Kinsa*

Lorenzo Grossio (Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Torino) – 25 gennaio 2025

SOMMARIO: 1. Introduzione: la validità delle scelte di criminalizzazione del legislatore dell'Unione per la prima volta sottoposte a scrutinio giurisdizionale. – 2. I fatti di causa e le domande pregiudiziali poste dal Tribunale di Bologna. – 3. Le conclusioni dell'Avvocato generale Richard de la Tour. – 4. Due rilievi critici: una teorizzazione incoerente del principio di proporzionalità dei reati e delle pene. – 5. *Segue*: l'incerto livello di intensità dello scrutinio di proporzionalità delle scelte di criminalizzazione sovranazionali. – 6. Conclusioni.

1. Il 7 novembre 2024, l'Avvocato generale Jean Richard de la Tour ha presentato le sue attese conclusioni nella causa *Kinsa* (C-460/23). Il procedimento consiste in un rinvio pregiudiziale sollevato nel 2023 dal Tribunale di Bologna e avente ad oggetto due quesiti concernenti, rispettivamente, la validità e l'interpretazione dell'art. 1 della direttiva 2002/90/EC e dell'art. 1 della decisione quadro 2002/946/GAI. In particolare, la prima domanda pregiudiziale concerne la proporzionalità ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta di tali disposizioni nella misura in cui impongono agli Stati membri di criminalizzare fattispecie dirette a favorire l'ingresso illegale nel territorio di uno Stato membro, senza escludere dalla definizione del reato condotte volte a prestare assistenza umanitaria realizzate senza scopo di lucro. Infatti, l'art. 1, par. 2, della direttiva 2002/90/CE si limita a prevedere la possibilità discrezionale per gli Stati membri di "non adottare sanzioni" con riguardo a tali ipotesi. Con il suo secondo quesito, il Tribunale di Bologna ha domandato al giudice dell'Unione se il medesimo parametro di diritto dell'Unione osti ad una disposizione nazionale di recepimento, quale l'art. 12 del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che sanziona penalmente la condotta di "chiunque […] promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato", senza escludere la rilevanza penale di condotte finalizzate a prestare assistenza umanitaria allo straniero (v. Tribunale ordinario di Bologna, ordinanza del 17 luglio 2023, causa 895/2020 R.G.Dib.).

I quesiti posti sollevano alcune questioni cruciali per lo sviluppo dell'integrazione europea in materia penale. In primo luogo, l'esito della causa *Kinsa* è suscettibile di influenzare profondamente l'iter legislativo della proposta di direttiva volta a sostituire la disciplina in esame (v. proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole minime per la prevenzione e il contrasto del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali nell'Unione e che sostituisce la direttiva 2002/90/CE del Consiglio e la decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, COM (2023) 755final; in dottrina, v. L. BERNARDINI, *Il délit de solidarité davanti alla Corte di giustizia: il caso Kinshasa come game changer per le politiche migratorie europee*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2024, p. 1 ss.; V. MITSILEGAS, *Reforming the 'Facilitators' Package' Through the Kinsa Litigation: Legality, Effectiveness and Taking International Law Into Account*, in *rivista.eurojus.it*, 2024, p. 155 ss.; V. MORENO-LAX, *Solidarity Crimes, Legitimacy Limits: Punishing Civil Obedience as an Abuse of Power*, in *verfassungsblog.de*, 17 April 2024; S. ZIRULIA, *Waiting for Kinsa: The Criminalisation of Facilitating Irregular Immigration before the CJEU*, in *verfassungsblog.de*, 10 June 2024). Infatti, il tema della criminalizzazione delle condotte di favoreggiamento commesse per finalità di assistenza umanitaria è oggi al centro del negoziato interistituzionale in materia (come emerge, in particolare, dalla posizione negoziale del Consiglio).

In secondo luogo, è opportuno sottolineare come la causa *Kinsa* costituisca il primo procedimento in cui la Corte di giustizia è chiamata a valutare la proporzionalità delle scelte di criminalizzazione assunte dal legislatore dell'Unione. Infatti, il giudice dell'Unione non aveva finora mai avuto occasione di pronunciarsi sulla proporzionalità delle disposizioni di armonizzazione di reati e pene.

All'esito di una breve ricostruzione delle circostanze fattuali che hanno dato origine al rinvio pregiudiziale (2) e delle soluzioni proposte dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni (3), il presente contributo propone alcune riflessioni con riguardo a due profili meritevoli di particolare considerazione.

Da un lato, il rinvio pregiudiziale in commento offre alla Corte di giustizia l'occasione per chiarire la teorizzazione del parametro di proporzionalità nell'armonizzazione di reati e pene (4). Infatti, nell'ambito dell'integrazione in materia penale, il tradizionale test trifasico di adeguatezza, necessità e proporzionalità *stricto sensu* si confronta con canoni di natura sia prospettiva, sia retrospettiva (sul punto, v. S. MONTALDO, *Handle with Care! The Direct Effect of the Requirement of Proportionality of Sanctions and the Remedy of Disapplication*, in *CMLR*, 2024, p. 863 ss., in part. pp. 874-875). Se la proporzionalità prospettiva implica una parametrazione del carattere dissuasivo dell'intervento normativo rispetto al perseguimento di un obiettivo, il criterio retrospettivo, cristallizzato nell'art. 49, par. 3, della Carta, implica una commisurazione della criminalizzazione e della severità delle sanzioni alla gravità della condotta commessa (sul punto, *ex multis*, v. A. MARTUFI, *Proportionality of Sanctions Under EU Law: Insights from Penal Theory*, in L. GROSSIO, S. MONTALDO, V. MITSILEGAS (eds.), *Proportionality of Criminal Penalties in EU Law*, Oxford, 2025, p. 37 ss., in particolare p. 54; J. ÖBERG, *Conceptualising*

Proportionality and Criminal Sanctions in EU Law: Three Different Visions, in L. GROSSIO, S. MONTALDO, V. MITSILEGAS (eds.), *op. cit.*, p. 9 ss., in particolare p. 18; R. PALLADINO, *Il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea: natura, funzioni e controllo*, Bari, 2024, p. 135 ss.; R. A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law: Proportionality of What to What?* in E. BILLIS, N. KNUST, J. P. RUI (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford, 2021, p. 29 ss., in particolare p. 34). Tuttavia, l'assenza di giurisprudenza in materia di scelte di criminalizzazione sovranazionali fa sì che permangano dubbi, sul piano teorico, circa la relazione e le reciproche implicazioni tra tali diverse declinazioni del principio di proporzionalità.

Dall'altro lato, nella causa *Kinsa* la Corte di giustizia è chiamata a definire l'intensità del parametro di scrutinio da applicarsi nel giudizio di proporzionalità su disposizioni di armonizzazione di reati e pene (5). Come i successivi paragrafi metteranno in luce, le conclusioni in commento non offrono elementi decisivi per la soluzione dei due interrogativi richiamati, i quali meritano pertanto ulteriore approfondimento.

2. La causa *Kinsa* trae origine da un processo penale celebrato dinanzi al Tribunale di Bologna nei confronti di una cittadina congolese, accusata di aver commesso il reato di favoreggiamento dell'immigrazione illegale di cui all'art. 12 del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286. L'imputata si era presentata nel 2019 alla frontiera dell'aeroporto di Bologna in compagnia di sua figlia e sua nipote, entrambi minori (conclusioni dell'Avv. gen. Richard de la Tour, del 7 novembre 2024, causa C-460/23, *Kinsa*, par. 18, di seguito denominate "conclusioni"). Accertata la falsità dei documenti d'identità di tutti i soggetti coinvolti, l'imputata è stata arrestata. All'udienza di convalida del fermo, essa ha affermato di essere fuggita dalla Repubblica Democratica del Congo a seguito di minacce di morte derivanti dalla rottura della relazione con il suo compagno. Temendo per l'incolumità della figlia e della nipote in ragione delle medesime minacce, l'imputata ha portato queste ultime con sé. Il Giudice per le indagini preliminari di Bologna ha successivamente convalidato l'arresto, respingendo al contempo la richiesta di applicazione di misure cautelari (*ivi*, par. 19).

Nel corso del successivo processo penale, la difesa dell'imputata ha presentato istanze di rimessione sia alla Corte costituzionale, sia alla Corte di giustizia. Dando seguito alla prima di tali istanze, il Tribunale di Bologna ha sollevato un giudizio incidentale di costituzionalità relativo all'art. 12, comma 3, lettera d), del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, il quale prevede una circostanza aggravante per il caso in cui il reato di facilitazione sia commesso "utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti", per contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e di proporzionalità della sanzione penale di cui agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. Con sentenza n. 63 del 10 marzo 2022, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di tale circostanza aggravante, ritenendo l'aumento di pena previsto da quest'ultima disposizione manifestamente sproporzionato rispetto alla gravità delle condotte censurate.

Inoltre, con ordinanza del 17 luglio 2023 il Tribunale di Bologna ha sollevato due quesiti pregiudiziali aventi ad oggetto la compatibilità con il diritto primario

dell'Unione della fattispecie incriminatrice. Infatti, il reato di cui all'art. 12 del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, attua l'obbligo di criminalizzazione di condotte che consistono nell'aiuto "ad entrare [...] nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso [...] degli stranieri" previsto dal combinato disposto dall'art. 1 della direttiva 2002/90/CE e dall'art. 1 della decisione quadro 2002/946/GAI. Come anticipato nell'introduzione, l'art. 1, par. 3, della direttiva 2002/90/CE prevede la possibilità discrezionale per gli Stati membri di non applicare sanzioni rispetto a ipotesi di condotte volte a prestare assistenza umanitaria. Il legislatore italiano ha fatto leva su tale disposizione in modo solamente parziale. Infatti, l'art. 12, comma 2, del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, esclude la rilevanza penale di condotte di assistenza umanitaria solamente se "prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato". Tale disposizione non è applicabile nel caso di specie, in quanto difetta il requisito della previa presenza dello straniero nel territorio italiano (causa 895/2020 R.G.Dib., cit., punto 24).

Alla luce di tale quadro normativo, il giudice *a quo* dubita della proporzionalità dell'obbligo di criminalizzazione previsto dalla disciplina sovranazionale rispetto alla tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta. Più precisamente, il Tribunale di Bologna chiede alla Corte di giustizia se l'ingerenza nel godimento dei diritti alla libertà personale, al patrimonio, alla vita e all'integrità fisica, al diritto d'asilo e al rispetto della vita familiare causata dalla scelta del legislatore dell'Unione di non escludere dall'obbligo di criminalizzazione le condotte motivate dalla necessità di prestare assistenza umanitaria sia proporzionata sulla scorta dell'art. 52, par. 1, della Carta. Qualora la Corte ritenesse valida in sede pregiudiziale la disciplina di diritto derivato, il giudice remittente domanda altresì se la mancata esclusione della rilevanza penale delle medesime condotte nell'ambito della normativa di attuazione possa a sua volta dirsi proporzionata.

3. Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale concentra l'analisi sull'art. 1 della direttiva 2002/90/CE, il quale definisce i contorni dell'obbligo di criminalizzazione in esame, e articola la risposta ai quesiti pregiudiziali in tre passaggi.

In primo luogo, dopo aver chiarito che la nozione di "assistenza umanitaria" comprende ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso di familiari come nel caso di specie (conclusioni, par. 27), l'Avvocato generale ha confermato che l'obbligo di criminalizzazione definito dall'art. 1 della direttiva 2002/90/CE si estende fino a ricomprendere simili condotte. Nonostante l'argomentazione contraria proposta dalla Commissione (*ivi*, par. 30), la disposizione in esame si caratterizza per una formulazione ampia, tale da comprendere "tutte le forme che può assumere il favoreggiamento dell'ingresso illegale nel territorio di uno Stato membro" (*ivi*, par. 35). Per quanto concerne l'elemento soggettivo, la definizione del reato si limita a prevedere la punibilità di condotte "intenzionali", caratterizzate dunque dalla sussistenza di dolo generico. Non è, invece, richiesto alcun dolo specifico: dai lavori preparatori si evince che tale ipotesi è stata esclusa dal legislatore dell'Unione (*ivi*, par. 39). Le motivazioni alla base della condotta non sono nemmeno rilevanti per definire l'estensione materiale della fattispecie, che è

invece definita in modo oggettivo (*ivi*, par. 40). In via teleologica, tale conclusione preliminare è altresì corroborata dalla finalità della direttiva e della decisione quadro in esame. Secondo l'Avvocato generale, un'interpretazione che limiti sul piano materiale l'estensione dell'obbligo di criminalizzazione risulterebbe in antitesi con gli obiettivi di contrasto al fenomeno del c.d. "*migrant smuggling*". Pertanto, la scelta di criminalizzazione esercitata dal legislatore dell'Unione dovrebbe dirsi estesa fino a ricomprendere il favoreggiamento dell'ingresso illegale di familiari nel territorio di uno Stato membro.

In secondo luogo, rispondendo al primo quesito pregiudiziale, l'Avvocato generale si interroga sulla validità della scelta di criminalizzazione sovranazionale così intesa. Infatti, la previsione di una causa di giustificazione solamente facoltativa per le condotte di assistenza umanitaria dà luogo a una interferenza con numerosi diritti fondamentali, già richiamati in precedenza, la quale deve essere proporzionata – e dunque, giustificata – in base all'art. 52, par. 1, della Carta (*ivi*, parr. 52-53).

Rispetto a tale profilo, la difesa dell'imputata ha altresì osservato che una simile previsione potrebbe dirsi in contrasto con il principio di legalità di reati e pene, sancito dall'art. 49, par. 1, della Carta, con particolare riguardo ai requisiti di chiarezza e prevedibilità della fattispecie incriminatrice (*ivi*, parr. 54 e 58; sul principio di legalità penale nel diritto dell'Unione europea, *ex multis*, v. C. PERISTERIDOU, *The Principle of Legality in European Criminal Law*, Cambridge, 2015; A. BARLETTA, *La legalità penale tra diritto dell'Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011). Secondo tale argomentazione, il termine "favoreggiamento" richiamato dalla disposizione in esame costituirebbe un concetto eccessivamente vago e indeterminato (sul medesimo argomento in dottrina, v. A. WEYEMBERGH, *Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales: introduction*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2006, p. 185 ss., in particolare p. 192, richiamato alla nota 31 delle conclusioni in esame). Rispetto a tale profilo di censura, l'Avvocato generale chiarisce che l'applicazione dei requisiti di chiarezza e prevedibilità che discendono dal principio di legalità dipende dalla natura dei poteri attribuiti dai Trattati al legislatore sovranazionale. Con riguardo al ravvicinamento del diritto penale sostanziale, il principio di legalità si esplica nell'ambito di un doppio livello normativo, vincolando sia l'azione del legislatore UE nella definizione di "norme minime" (art. 83, par. 1, TFUE), sia di quello nazionale in sede di recepimento delle disposizioni di armonizzazione (conclusioni, par. 61). La fattispecie sovranazionale si caratterizza intrinsecamente per un certo grado di indeterminatezza volto a garantire la necessaria flessibilità della disposizione rispetto alle persistenti differenze che caratterizzano i sistemi penali degli Stati membri. Tale circostanza non si porrebbe in contrasto con il principio di legalità, in quanto la norma della direttiva è di per sé inidonea ad incidere direttamente sulla responsabilità penale degli individui (*ivi*, parr. 65 e 71; in giurisprudenza, v. sentenza della Corte del 20 dicembre 2017, causa C-102/16, *Vaditrans*, punto 56, richiamata alla nota 43 delle conclusioni in commento). È invece il legislatore nazionale, in sede di recepimento della direttiva, ad essere chiamato a garantire la chiarezza e prevedibilità della risultante fattispecie incriminatrice, rispondendo così ai dettami del principio di legalità dei reati e delle pene (*ivi*, parr. 72-73). Di conseguenza,

l'invocazione di quest'ultimo principio da parte della difesa non giunge ad inficiare la validità della disposizione in esame.

Secondo l'Avvocato generale, la disposizione soggetta a scrutinio dovrebbe altresì dirsi proporzionata ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta, letto alla luce dell'art. 49, par. 3, della Carta, il quale sancisce che "le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato". Con riguardo alla definizione del parametro di proporzionalità, le conclusioni richiamano il tradizionale test di adeguatezza e necessità, allo scopo di verificare se l'obbligo di criminalizzazione sovranazionale "sia, da un lato, idoneo a realizzare gli obiettivi perseguiti da detta direttiva e, dall'altro, non vada oltre quanto è necessario per raggiungere gli stessi" (*ivi*, par. 77). Entrambi i requisiti dovrebbero dirsi soddisfatti. Da un lato, un obbligo di criminalizzazione che si estende in principio fino a ricomprendere atti di favoreggiamento compiuti senza finalità di lucro e a favore dei propri familiari è certamente idoneo a raggiungere l'obiettivo repressivo alla base della direttiva 2002/90/CE e della decisione quadro 2002/946/GAI. Dall'altro lato, la possibilità per gli Stati membri di escludere la rilevanza penale di condotte volte a prestare assistenza umanitaria fa sì che la disposizione in esame risponda altresì al test di necessità. Richiamando la gravità del fenomeno criminoso perseguito in via generale dalla direttiva 2002/90/CE (*ivi*, par. 84), l'Avvocato generale sostiene che un obbligo di criminalizzazione generalizzato permette di ricondurre "il complesso degli atti che contribuiscono all'ingresso illegale di cittadini di paesi terzi […] nell'ambito di intervento delle autorità pubbliche e, in particolare, nell'ambito di azione delle autorità penali" (*ivi*, par. 83). Così facendo, "il legislatore dell'Unione si assicura non solo un miglior controllo dei flussi migratori, ma anche una maggiore sorveglianza di detti atti e, in particolare, di quelli che, dissimulati come atti compiuti per solidarietà o in ragione di legami familiari, potrebbero in realtà perseguire altri scopi ed esporre le persone interessate a una grave violazione dei loro diritti fondamentali" (*ibidem*).

Inoltre, la direttiva prevede solamente norme minime per la definizione della fattispecie tipica in sede di trasposizione nazionale: spetta dunque al legislatore nazionale far uso dell'eccezione facoltativa per atti di assistenza umanitaria qualora la criminalizzazione di simili condotte appaia sproporzionata (conclusioni, par. 85; in senso similare, v. E. PISTOIA, *La facoltà di non incriminare il "favoreggiamento umanitario" al confronto con alcuni diritti di cittadini di Stati terzi sanciti nella Carta*, in *Sistema penale*, 18 ottobre 2024, p. 5). Ne consegue che l'art. 1 della direttiva 2002/90/CE costituisce un'ingerenza proporzionata con i diritti fondamentali garantiti dalla Carta.

Muovendo da quest'ultima conclusione, in terzo ed ultimo luogo l'Avvocato generale esamina la proporzionalità della disposizione penale di trasposizione prevista dall'ordinamento italiano. Come anticipato, tale fattispecie non comprende una causa di giustificazione per atti di favoreggiamento dell'ingresso di familiari del reo nel territorio dello Stato realizzati per finalità umanitarie.

Come ricordato dall'Avvocato generale, l'obbligo di prevedere sanzioni penali proporzionate in sede di recepimento per la fattispecie prevista dalla direttiva 2002/90/CE costituisce un mero richiamo al più generale principio di proporzionalità dei reati e delle pene (conclusioni, par. 102; in via similare, v. sentenza della Corte dell'8 marzo 2022, causa C-205/20, *Bezirkshauptmannschaft*

Hartberg-Fürstenfeld (Effet direct), punto 21; per un'analisi delle implicazioni di quest'ultima pronuncia, v. S. MONTALDO, *op. cit.*; M. LANOTTE, *La proporzionalità della sanzione: un principio ritrovato? Note a margine della sentenza NE*, in *Quaderni AISDUE – Serie Speciale, Atti del Convegno "Ambiente, digitale, economia: l'Unione europea verso il 2030" Bari 3-4 novembre 2022*, p. 367 ss.). In base a tale principio, "la severità delle pene dev'essere adeguata alla gravità delle violazioni che esse puniscono, in particolare garantendo che esse abbiano un effetto realmente dissuasivo, senza andare oltre quanto necessario per raggiungere gli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa in discussione" (conclusioni, par. 102). Tale scrutinio di proporzionalità si impone non solo al legislatore nazionale in sede di recepimento dell'obbligo di criminalizzazione sovranazionale, ma anche al giudice penale nell'applicazione della fattispecie tipica. Pertanto, il principio di proporzionalità dei reati e delle pene implica che la legislazione nazionale fornisca al giudice del procedimento gli strumenti necessari per poter valutare, alla luce delle circostanze del caso concreto, la misura più proporzionata rispetto alla gravità della condotta (*ivi*, par. 103).

Come affermato dall'Avvocato generale, solo il giudice *a quo* si trova nella posizione idonea a verificare se la legislazione penale italiana risponda a tale requisito (*ivi*, par. 104). Al contempo, le conclusioni sottolineano come l'art. 12 del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, preveda un regime particolarmente severo, in quanto non distingue il trattamento sanzionatorio destinato a condotte di favoreggiamento attuate dietro compenso e quelle realizzate per fini di assistenza umanitaria. Inoltre, la cornice edittale della pena detentiva applicabile *ratione temporis* nel procedimento *a quo* – che va da un minimo di due ad un massimo di sei anni di reclusione – corrisponde al livello di pena previsto dalla decisione quadro 2002/946/GAI per il caso in cui la condotta sia realizzata con scopo di lucro (*ivi*, par. 106). La severità della sanzione è ancor più accentuata dalla previsione di un'ulteriore pena pecuniaria dall'ammontare fisso di quindicimila euro, corrispondente a quella prevista per le ipotesi aggravate del medesimo reato contemplate all'art. 12, comma 3, del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*ivi*, par. 107). Come richiamato dall'Avvocato generale, il principio di proporzionalità esige che il cumulo di sanzioni sia regolato da disposizioni idonee a garantire la corrispondenza della pena complessiva rispetto alla gravità del reato (*ivi*, par. 108).

A fronte di tali considerazioni, l'Avvocato generale conclude affermando che una disciplina penale che non permetta di effettuare un bilanciamento tra gli interessi in gioco – così da differenziare il trattamento sanzionatorio di una condotta realizzata per finalità umanitarie, a titolo gratuito e a favore dei propri familiari minori da quella commessa per finalità di lucro – si pone in contrasto con il principio di proporzionalità dei reati e delle pene (*ivi*, par. 114).

4. Nel complesso, la soluzione proposta dall'Avvocato generale appare condivisibile. Facendo salva la scelta di criminalizzazione adottata dal legislatore dell'Unione, le conclusioni valorizzano invece le implicazioni del principio di proporzionalità dei reati e delle pene di cui agli artt. 49, par. 3, e 52, par. 1, della Carta per la trasposizione della normativa di armonizzazione in materia penale.

Dinanzi all'opzione prevista dalla direttiva 2002/90/CE di non sanzionare condotte motivate dalla necessità di prestare assistenza umanitaria, le conclusioni mettono in luce come gli Stati membri non godano di discrezionalità piena nella scelta tra recepire o meno tale esclusione. Infatti, il principio di proporzionalità poc'anzi richiamato osta ad una normativa nazionale che preveda il medesimo trattamento sanzionatorio per simili condotte e il reato di favoreggiamento commesso a fini di lucro, senza permettere al giudice del procedimento di soppesare gli interessi in gioco e valutare se la condotta oggetto di imputazione possa ritenersi giustificata.

Nonostante la condivisibilità nel merito di tale soluzione, a parere di chi scrive sussistono almeno due profili che, come anticipato nell'introduzione, avrebbero meritato più attenzione sul piano tecnico nel ragionamento proposto dall'Avvocato generale.

Il primo aspetto concerne la teorizzazione del principio di proporzionalità dei reati e delle pene nel diritto dell'Unione. Infatti, le conclusioni sembrerebbero proporre una concettualizzazione differente di tale principio a seconda che quest'ultimo sia invocato quale parametro di validità delle scelte di criminalizzazione sovranazionali o di compatibilità del recepimento nazionale di queste ultime. Nel primo caso, l'Avvocato generale si limita a definire il test di proporzionalità sulla scorta dei requisiti di adeguatezza e necessità, evitando ogni riferimento non solo alla proporzionalità in senso stretto (come osservato in S. ZIRULIA, *Facilitating Irregular Immigration Under the Lens of the Proportionality Principle – Brief Notes on the Advocate General's Conclusions in the Kinsa Case (C-460/23)*, in *EU Law Live*, 21 November 2024), ma anche ai paradigmi prospettivo e retrospettivo definiti in precedenza. Questi ultimi figurano, invece, nel secondo caso: "la severità delle pene dev'essere adeguata alla gravità delle violazioni che esse puniscono" (proporzionalità retrospettiva), "garantendo che esse abbiano un effetto realmente dissuasivo, senza andare oltre quanto necessario per raggiungere gli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa in discussione" (proporzionalità prospettiva) (conclusioni, par. 102).

Quest'ultima definizione del principio – il quale informa la definizione sia degli elementi costitutivi del reato, sia delle relative sanzioni (sul punto, v. sentenza della Corte del 31 maggio 2018, causa C-190/17, *Zheng*, punto 40; sentenza della Corte del 9 febbraio 2012, causa C-210/10, *Urbán*, punti 53 e 54) – è ben radicata nella giurisprudenza della Corte in materia di proporzionalità di reati e pene previsti a livello nazionale (in particolare, v. sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-544/19, *ECOTEX BULGARIA*, punto 100; sentenza della Corte dell'11 febbraio 2021, causa C-77/20, *K. M.* (Sanctions infligées au capitaine de navire), punto 38). Tale scrutinio di proporzionalità, composto da valutazioni prospettive e retrospettive, caratterizza la valutazione di compatibilità con il diritto dell'Unione di misure penali nazionali indifferentemente dal parametro invocato, sia esso l'art. 49, par. 3, o l'art. 52, par. 1, della Carta (v. sentenza della Corte del 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Link Logistik N&N*, punto 42; *ECOTEX BULGARIA*, cit., punto 97).

Pertanto, se tale è la valutazione di proporzionalità delle misure penali nazionali in base all'art. 52, par. 1, della Carta, la medesima concettualizzazione del principio dovrebbe riproporsi nello scrutinio di validità delle disposizioni UE

in materia di reati e pene sulla scorta del medesimo parametro normativo. In quest'ultimo passaggio delle sue conclusioni, l'Avvocato generale propone una definizione del principio di proporzionalità dei reati e delle pene limitato ai soli requisiti di adeguatezza e necessità, che discendono dalla definizione generale del principio di proporzionalità nell'esercizio delle competenze dell'Unione in base all'art. 5, par. 4, TUE. Tuttavia, come la giurisprudenza in materia di reati e pene nazionali poc'anzi richiamata dimostra, lo scrutinio di proporzionalità di disposizioni penali rispetto al godimento dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta è più articolato. Infatti, esso richiede valutazioni sia prospettive, sia retrospettive con riguardo alla definizione degli elementi costitutivi dell'illecito e delle sanzioni. Di conseguenza, diversamente dall'approccio seguito dall'Avvocato generale nelle conclusioni in commento, quest'ultima definizione del parametro di scrutinio dovrebbe trovare applicazione anche nello scrutinio di validità delle disposizioni UE di armonizzazione di reati e pene sulla base dell'art. 52, par. 1, della Carta.

La prassi del legislatore dell'Unione sembrerebbe corroborare la tesi proposta. In vista dell'adozione di atti di armonizzazione di disposizioni penali nazionali, il Parlamento, il Consiglio e la Commissione sono chiamati a giustificare la proporzionalità delle scelte di criminalizzazione sovranazionali in relazione non soltanto all'art. 5, par. 4, TUE, ma anche alla loro ingerenza nel godimento di diritti fondamentali sulla scorta dell'art. 52, par. 1, della Carta. Nell'ambito di quest'ultimo scrutinio, le istituzioni dell'Unione effettuano costantemente valutazioni di natura prospettiva e retrospettiva, le quali emergono dai rilevanti lavori preparatori (sui lavori preparatori del diritto dell'Unione in genere, v. S. LATTANZI, *I 'travaux préparatoires' del diritto dell'Unione europea: tassonomia, ruolo e funzioni*, Milano, 2022). Senza la pretesa di un'analisi esaustiva della prassi legislativa sovranazionale (rispetto alla quale sia consentito un rinvio a L. GROSSIO, *Proportionality of Criminal Offences and Penalties: A Hybrid Principle*, Oxford, 2025, in corso di pubblicazione), alcuni esempi sono sufficienti in questa sede ad illustrare detto approccio. Tra questi, è opportuno richiamare la proposta di direttiva del 2003 relativa all'inquinamento provocato dalle navi, la cui relazione illustrativa chiarisce che "[gli] effetti (…) saranno sufficientemente dissuasivi solo se gli scarichi illeciti sono considerati un reato (…), ad indicare una disapprovazione a livello sociale diversa, sotto il profilo qualitativo, dai meccanismi di indennizzo previsti dal diritto civile o dai provvedimenti amministrativi" (proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni, comprese sanzioni penali, per i reati di inquinamento, COM (2003) 92final, p. 5). Tale passaggio manifesta un'analisi di natura prospettiva con riguardo alla proporzionalità della scelta di criminalizzazione. In via complementare, il legislatore tiene altresì in considerazione la proporzionalità retrospettiva. Come chiarito dalla proposta di direttiva del 2021 sulla tutela penale dell'ambiente, l'obbligo di criminalizzazione va limitato "a gravi violazioni del diritto ambientale [rispettando] pertanto la proporzionalità" (proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99/CE, COM (2021) 851final, p. 4).

Se tale è l'approccio del legislatore nella valutazione di proporzionalità delle proprie scelte di criminalizzazione ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta, anche lo scrutinio di validità esercitato dalla Corte di giustizia in base al medesimo parametro meriterebbe una valorizzazione di considerazioni di natura prospettiva e retrospettiva, garantendo così una tendenziale simmetria tra le motivazioni addotte dal legislatore dell'Unione e il loro controllo in sede giurisdizionale.

5. Il secondo profilo critico attiene all'intensità dello scrutinio di proporzionalità delle scelte di criminalizzazione dell'Unione. Sul punto, le conclusioni dell'Avvocato generale Richard de la Tour non offrono indicazioni precise. Infatti, l'intensità del test di proporzionalità viene specificata solamente con riguardo allo scrutinio della disciplina italiana di recepimento, la quale deve permettere al giudice *a quo* di applicare sanzioni limitate "a quanto strettamente necessario in ordine alla gravità dell'illecito commesso" (conclusioni, par. 113). Di converso, l'Avvocato generale non chiarisce con quale grado di severità la Corte di giustizia dovrebbe esaminare la proporzionalità delle scelte di criminalizzazione previste dalla direttiva 2002/90/CE.

Si tratta, tuttavia, di un aspetto cruciale, specialmente se si considera la novità rappresentata dalla causa *Kinsa* – primo esempio di scrutinio di proporzionalità sulle scelte di criminalizzazione sovranazionali – nel panorama giurisprudenziale. A fronte della lacuna lasciata aperta dalle conclusioni in commento, uno sguardo all'approccio della Corte nel controllo di proporzionalità degli atti dell'Unione può fornire utili spunti. Infatti, la giurisprudenza in materia sembrerebbe manifestare due tendenze opposte.

Da un lato, "la Corte ha riconosciuto al legislatore comunitario, nell'ambito dell'esercizio delle competenze attribuitegli, un ampio potere discrezionale nei settori in cui la sua azione richiede scelte di natura tanto politica quanto economica o sociale e in cui è chiamato ad effettuare valutazioni complesse" (*ex multis*, v. sentenza della Corte dell'8 giugno 2010, causa C-58/08, *Vodafone e a.*, punto 52). In simili circostanze, "non si tratta […] di accertare se un provvedimento [sia] l'unico o il migliore possibile, in quanto solo la manifesta inidoneità del provvedimento rispetto allo scopo che le istituzioni competenti intendono perseguire può inficiare la legittimità del provvedimento stesso" (*ex multis*, v. sentenza della Corte del 22 novembre 2018, causa C-151/17, *Swedish Match*, punto 36; sul punto, in dottrina, v. R. PALLADINO, *op. cit.*, p. 56 ss.). Come autorevole dottrina ha sottolineato (J. MONAR, *Reflections on the Place of Criminal Law in the European Construction*, in *European Law Journal*, 2021, p. 356 ss., in particolare p. 360), l'armonizzazione di reati e pene ben può costituire un settore in cui il legislatore dell'Unione è chiamato a svolgere valutazioni complesse e di natura politica, tali da richiedere una simile moderazione nello scrutinio giurisdizionale.

Dall'altro lato, la recente giurisprudenza della Corte di giustizia manifesta un approccio più severo nei casi in cui le disposizioni sovranazionali diano luogo ad un'ingerenza particolarmente grave nel godimento dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta. In tali casi, il controllo giurisdizionale sul rispetto del principio di proporzionalità ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta è più intenso, in quanto teso a verificare che tale ingerenza sia limitata a quanto strettamente

necessario rispetto al raggiungimento dell'obiettivo perseguito (sentenza della Corte del 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke e Eifert*, punto 77; sentenza della Corte dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e a.*, punto 48; sentenza della Corte del 21 giugno 2022, causa C-817/19, *Ligue des droits humains*, punti 115-117; sentenza della Corte del 22 novembre 2022, cause riunite C-37/20 e C-601/20, *Luxembourg Business Registers*, punti 64-65). Nell'ambito di tale filone giurisprudenziale, è interessante notare come la Corte abbia fatto uso di un simile parametro di scrutinio con riguardo alle disposizioni in materia di *data retention*, ritenute tali da rappresentare un'ingerenza "di vasta portata e […] particolarmente grave" con il godimento dei diritti fondamentali della persona (*Digital Rights Ireland e a.*, cit., punto 37).

Può dunque l'armonizzazione di reati e pene dar luogo ad un'ingerenza altrettanto grave con i diritti garantiti dalla Carta, così da richiedere in sede giurisdizionale un controllo severo sul rispetto del principio di proporzionalità? A parere di chi scrive, la risposta a tale interrogativo dovrebbe essere positiva. È infatti pacifico in dottrina che la criminalizzazione di determinate condotte costituisca in assoluto la più forma più profonda di ingerenza con i diritti della persona (*ex multis*, v. S. MELANDER, *Ultima Ratio in European Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 2013, p. 45 ss., in particolare p. 52; N. JAREBORG, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2005, p. 521 ss., in particolare p. 527). Sulla base di tale premessa, la giustificazione della previsione di obblighi di criminalizzazione a livello sovranazionale sulla scorta dell'art. 52, par. 1, della Carta dovrebbe essere oggetto di uno scrutinio di stretta proporzionalità da parte della Corte di giustizia.

6. Le conclusioni dell'Avvocato generale Richard de la Tour nella causa *Kinsa* affrontano una tematica complessa e fino ad oggi inesplorata nell'ambito dell'integrazione europea in materia penale. Esaminando per la prima volta le implicazioni del principio di proporzionalità dei reati e delle pene per la legittimità di disposizioni di armonizzazione in materia penale, l'Avvocato generale fa salva la scelta di criminalizzazione del legislatore sovranazionale e sposta invece il focus del test di proporzionalità sulla disciplina di recepimento, la quale non si avvale la possibilità – contemplata dalla direttiva 2002/90/CE – di prevedere una causa di giustificazione per i casi di favoreggiamento dell'ingresso illegale commesso per prestare assistenza umanitaria.

La soluzione proposta appare condivisibile, avendo il merito di chiarire i limiti posti dal principio di proporzionalità alla discrezione del legislatore nazionale nel recepimento delle disposizioni di armonizzazione in materia penale. Tale approccio è altresì coerente con il carattere di "armonizzazione minima" della competenza dell'Unione in materia penale. Come sancito dall'art. 83, par. 1, TUE, il legislatore sovranazionale può dettare solamente "norme minime" sulla definizione dei reati e delle rispettive pene, le quali richiedono una certa flessibilità per tenere in considerazione le differenze che caratterizzano gli ordinamenti penali degli Stati membri. In un simile modello normativo, non è solo il principio di legalità – come sottolineato dall'Avvocato generale (conclusioni, par. 61) – ad articolarsi su un doppio livello normativo, sovranazionale e

nazionale. Anche il rispetto del principio di proporzionalità di reati e pene armonizzati va valutato in relazione sia alle scelte di criminalizzazione del legislatore dell'Unione, sia all'azione degli Stati membri in sede di definizione delle fattispecie tipiche, sia allo scrutinio del giudice penale in sede di applicazione di reati e pene *in concreto*.

Al contempo, il percorso argomentativo seguito dall'Avvocato generale lascia insoluti due profili particolarmente rilevanti, rispetto ai quali il presente contributo ha avanzato alcune riflessioni.

In primo luogo, l'articolo ha sostenuto che il parametro di validità delle disposizioni di armonizzazione di reati e pene dovrebbe essere concettualizzato in modo analogo allo scrutinio di proporzionalità delle disposizioni penali nazionali sulla scorta degli artt. 52, par. 1, e 49, par. 3, della Carta. Pertanto, esso non dovrebbe dirsi limitato ai requisiti di idoneità e necessità della misura: esso implicherebbe valutazioni di natura sia prospettiva, sia retrospettiva circa gli elementi costitutivi dell'illecito e la severità delle sanzioni.

In secondo luogo, il contributo ha sostenuto che il giudizio di validità delle scelte di criminalizzazione sovranazionali richieda uno scrutinio di stretta necessità, aspetto sul quale le conclusioni dell'Avvocato generale Richard de la Tour non offrono indicazioni precise.

Alla luce delle considerazioni proposte e della novità rappresentata dalla causa *Kinsa* nel panorama giurisprudenziale, è dunque auspicabile che l'ormai prossima sentenza della Corte di giustizia affronti esplicitamente tali profili, segnando così alcuni punti fermi cruciali per la successiva evoluzione del principio di proporzionalità dei reati e delle pene nell'ordinamento dell'Unione europea.

ABSTRACT (ITA)

Nella causa *Kinsa*, la Corte di giustizia è per la prima volta chiamata ad esaminare la validità di disposizioni di armonizzazione di reati e pene sotto il profilo del principio di proporzionalità. Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Richard de la Tour fa salva la scelta di criminalizzazione in esame, chiarendo al contempo le implicazioni del principio di proporzionalità dei reati e delle pene di cui agli artt. 49, par. 3, e 52, par. 1, della Carta per la trasposizione nazionale delle disposizioni di armonizzazione in materia penale. Nonostante la condivisibilità nel merito della soluzione proposta, il contributo avanza alcune riflessioni su due profili rispetto ai quali le conclusioni non offrono sufficienti indicazioni. In primo luogo, l'articolo sostiene che il parametro di validità delle disposizioni di armonizzazione di reati e pene dovrebbe essere concettualizzato in via analoga allo scrutinio di proporzionalità delle disposizioni penali nazionali in base agli artt. 52, par. 1, e 49, par. 3, della Carta. Pertanto, esso non dovrebbe dirsi limitato ai requisiti di idoneità e necessità della misura, in quanto implica valutazioni di natura sia prospettiva, sia retrospettiva circa gli elementi costitutivi dell'illecito e la severità delle sanzioni. In secondo luogo, il contributo argomenta nel senso che il giudizio di validità delle scelte di criminalizzazione sovranazionali richieda uno scrutinio di stretta necessità in sede giurisdizionale.

ABSTRACT (ENG)

In the *Kinsa* case, the Court of Justice is for the first time called upon to assess the validity of harmonising provisions on offences and penalties under the principle of proportionality. In his conclusions, Advocate General Richard de la Tour upholds the EU choice of criminalisation at stake; at the same time, he clarifies the implications of the principle of proportionality of criminal offences and penalties stemming from Articles 49 (3) and 52 (1) of the Charter for its domestic implementation. While being convincing on the merits, the conclusions do not offer precise indications on two key profiles, in respect of which this contribution puts forward some reflections. First, the article argues that the proportionality paradigm for reviewing harmonising provisions on offences and penalties should be conceptualised analogously to the proportionality scrutiny of national criminal measures under Articles 52 (1) and 49 (3) of the Charter. Thus, its theorisation is more complex than the requirements of appropriateness and necessity, as it involves both prospective and retrospective assessments of the constituent elements of the offence and the severity of the penalties. Secondly, the contribution argues that the assessment of the validity of supranational criminalisation choices requires strict necessity scrutiny by the Court of Justice.