

PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ*

Wolfgang Frisch

ABSTRACT

L'Autore svolge un confronto tra il principio di colpevolezza e quello di proporzionalità osservandoli dal punto di vista delle rispettive potenzialità e capacità di azione relativamente alla definizione del *quantum* di pena. All'esito dell'analisi sul possibile raggio di azione del principio di proporzionalità, esaminato alla luce di entrambe le accezioni (proporzionalità in senso ampio e in senso stretto) e attribuitogli, per meri scopi di indagine, il ruolo e le funzioni del principio di colpevolezza, l'Autore ne denuncia l'inadeguatezza e l'insufficienza nell'operazione di quantificazione della pena. Mentre, infatti, mediante il modello della proporzionalità in senso ampio, non si giunge a definire con certezza il *quantum* di pena necessario rispetto al perseguimento di un determinato fine, il vaglio di proporzionalità in senso stretto si risolverebbe esclusivamente in un controllo ulteriore sulla ragionevolezza di un dato già a disposizione, ed ottenuto mediante il ricorso al principio di colpevolezza. Da qui la seguente considerazione dell'Autore: perché sostituire al principio di colpevolezza quello di proporzionalità se con il primo si raggiungono risultati già più che soddisfacenti?

[Abstract e traduzione dell'articolo a cura di Chiara Bongiorno]

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Corollari del principio di colpevolezza in rapporto di indipendenza e possibilmente di congruenza con il principio di proporzionalità. – 3. Gli aspetti equivalenti del principio di proporzionalità eventualmente funzionali al principio di colpevolezza. – 3.1. Riflessioni introduttive e contenuto del principio di proporzionalità. – 3.2. La disciplina delle misure di sicurezza quale ambito di applicazione del principio di proporzionalità nel diritto penale. – 3.3. Inutilizzabilità dei canoni dell'“idoneità” e “necessarietà” per la risoluzione del problema commisurativo. – Eventuale utilizzabilità della proporzionalità in senso stretto. – 4. Valutazione comparata dei principi di colpevolezza e proporzionalità quali principi di riferimento per la determinazione della pena. – 4.1. Differenze nei quesiti di fondo e nei criteri commisurativi. – Insufficienza definitoria della proporzionalità per la corrispondenza richiesta con la pena. – 4.2. Diversità dei metodi con cui rispondere alle questioni poste da entrambi i principi. – Impossibilità di risolvere il problema commisurativo con il giudizio di proporzionalità. – 4.3. Definizione normativa del *quantum* di pena. – Le insufficienze del principio di proporzionalità nella determinazione di una misura adeguata di pena. – 4.4. Differenze nel fondamento normativo di entrambi i principi. – Inopportunità della rinuncia ad un sistema di principi che garantisca il più possibile giustizia ed eguaglianza. – 5. Il principio di proporzionalità quale criterio costituzionale di verifica dell'operazione di determinazione della pena? – Un'alternativa.

* Titolo originale *Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in NStZ 2013 Heft 5, 249-256. Il contributo è basato su di una perizia che l'autore ha svolto su commissione del BVerfG e che è stata presentata al 2. Senato del BVerfG in occasione della decisione sulla legittimità costituzionale degli accordi processuali sulla misura della pena ex § 257c StPO.

1.

Introduzione.

La relazione che intercorre tra i principi di colpevolezza e di proporzionalità, entrambi di rango costituzionale, risulta ad oggi non sufficientemente chiarita.

Questo si evince soprattutto dal fatto che su questo punto si confrontano posizioni diverse, ma con identica pretesa di fondamento giuridico. Da una parte c'è chi vede nel principio di colpevolezza un principio più rigorosamente definito del principio di proporzionalità, che, al contrario, si limiterebbe ad apporre solo dei confini esterni e che si risolverebbe nella mera esclusione di quanto appaia sproporzionato¹. Altri invece ritengono che il principio di proporzionalità, per ciò che riguarda la pena, sia in sostanza sovrapponibile al principio di colpevolezza².

La questione è di recente divenuta rilevante nell'ambito dell'esame di legittimità costituzionale di quelle decisioni sulla misura della pena basate su accordi fra le parti e sulle relative disposizioni di legge (il riferimento è dunque al § 257c StGB). Come criterio di riferimento per l'esame di siffatte decisioni sulla misura della pena³, invero spesso problematiche, e per l'esame anche delle norme che le disciplinano, sono venuti in considerazione innanzitutto il principio di colpevolezza, ma anche il principio di proporzionalità, frequentemente utilizzato dal *BVerfG* per la verifica della legittimità costituzionale del *quantum* di pena stabilito dalla legge o dal giudice. È indifferente quale principio si faccia valere in sede di tale verifica, in quanto entrambi alla fine impongono o garantiscono identici effetti? Oppure sussistono differenze tra i due principi: differenze che eventualmente si ripercuotono anche sulla rigidità del criterio adoperato?

Anche il dibattito sui lineamenti di fondo del diritto penale e delle pene presuppone chiarezza sul rapporto tra il principio di colpevolezza e quello di proporzionalità. Questo vale innanzitutto per la discussione originata dalla proposta di sostituire ad un diritto penale, ed al relativo sistema delle pene, fondato sul principio di colpevolezza, un sistema di pene, e di commisurazione della pena, fondato invece sul principio di proporzionalità. Ci si chiede se tale sostituzione sia sensata, necessaria ovvero comporti degli svantaggi. Richieste in questo senso vengono costantemente avanzate⁴ e potrebbero guadagnare terreno grazie allo scetticismo di qualche "neuroscienziato" rispetto al concetto di colpevolezza; tali richieste non sono però neppure troppo prive di senso sotto l'aspetto delle realistiche possibilità di un'armonizzazione del diritto penale in Europa. Qualora si volesse discutere razionalmente su tali opzioni, si dovrebbe innanzitutto stabilire dove risiedono le somiglianze e le differenze tra i due principi, quali sono gli effetti che questi garantiscono e quali sono le funzioni che possono o meno essere svolte da tali principi.

Per ottenere chiare risposte a queste domande si dovranno innanzitutto richiamare alla mente quei corollari del principio di colpevolezza che potrebbero ritrovarsi anche nel principio di proporzionalità. Inoltre si dovrà anche fare chiarezza su quali aspetti del principio di proporzionalità in senso ampio possano essere idonei, almeno in parte, a svolgere il ruolo del principio di colpevolezza. Procedendo in questo modo si dimostrerà che il principio di proporzionalità in senso ampio è in gran parte inadatto a rispondere a quelle domande a cui finora si è risposto ricorrendo al principio di colpevolezza. Sostituire il principio di proporzionalità al principio di colpevolezza significherebbe affidare ad un concetto dai contorni imprecisati, ovvero alla cd. proporzionalità in senso stretto, l'onere di compiere tutto quello che attualmente viene svolto dal principio di colpevolezza. Che il principio di proporzionalità possa riuscirci appare dubbio.

¹ Tra tanti si veda ROXIN, *StrafR AT*, 4. Ed., § 3 A num. a margine 58; ARTH. KAUFMANN, *FS Lange*, 1976, p. 27, 33 ss.; H.A. WOLFF, AöR 124 (199), 55, 69ss.

² Così ad es. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, p. 187; KAU, *FS Kriele*, 1997, p. 761, 768; SCHULZE-FELTZ DREIER (a cura di), *Grundgesetz*, 2. Edizione, Art. 20 num. a margine 194, 196. Dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale ad es.: BVerfGE vol. 34 p. 267; vol. 50 p. 215; vol. 73 p. 253; vol. 86 p. 313; vol. 90 p. 203; vol. 92 p. 342; vol. 95 p. 140; vol. 110 p. 13.

³ Sul punto (diminuzione della pena di più di un terzo, sporadicamente fino alla metà, in seguito ad una "snella" confessione) si vedano gli *Studi empirici sugli accordi nel processo penale* di ALTENHAIN, 2012 (compilati su incarico del BVerfG), p. 80ss., 85ss.

⁴ Cfr. ad es. BAURMANN in BAURMANN/KLIEMT (a cura di), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, 1990 p. 109, 141ss; CALLIESS, *cit.* v. nota 2, p. 186 ss.; ELLSCHIED/HASSEMER in *Civitas – Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, Vol. 9, 1970, p. 27, 41 ss.; SCHEFFLER, *Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts*, 1985, p. 79ss., 96ss.; *contra* STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, p. 27.

2.

Corollari del principio di colpevolezza in rapporto di indipendenza e possibilmente di congruenza con il principio di proporzionalità.

Il concetto di *nulla poena sine culpa*⁵, che si può ricavare dal concetto di dignità dell'uomo e dal principio dello stato di diritto e della relativa idea di giustizia, costituisce il primo corollario del principio di colpevolezza. In secondo luogo, dal principio di colpevolezza si deriva il concetto in base al quale “è inammissibile una pena al di sopra della misura della colpevolezza”⁶ (ovvero il corollario di portata costituzionale del divieto di superamento della colpevolezza). In terzo luogo al principio di colpevolezza si attribuisce anche quell'affermazione in base alla quale la pena non può tendenzialmente risultare inferiore alla misura della colpevolezza⁷. Si noti che questa accezione del principio di colpevolezza potrebbe avere anche una diversa radice costituzionale rispetto ai primi due corollari menzionati e da ricollegarsi al compito statale della effettiva tutela dei diritti e delle libertà.

Di questi tre sotto-principi perlomeno uno non può essere sostituito dal principio di proporzionalità: si tratta di quello in base al quale “chi non ha agito colpevolmente non può essere punito”. Questa affermazione non ha niente a che fare, né con le domande sulla misura della pena, né con una presunta mancata proporzionalità. L'assenza di colpevolezza opera quale primario sbarramento all'applicazione della pena, fintantoché in questa si riconosca un rimprovero etico-sociale nei confronti del fatto commesso⁸. Questo dovrebbe rimanere un principio fondamentale e inderogabile, e tale quindi da non poter essere dissolto nei confini così poco definiti del principio di proporzionalità. Solo in questo modo può essere garantito un punto di partenza più chiaro per il processo penale e dunque anche la strada migliore verso la ricostruzione della verità storica⁹.

Al principio di proporzionalità potrebbero essere eventualmente ricondotti i due corollari del principio di colpevolezza che riguardano la questione del *quantum* di pena. Ci si riferisce innanzitutto al divieto di imporre una pena che superi la misura della colpevolezza: al suo posto potrebbe valere il divieto di determinare pene sproporzionatamente alte. E dall'altro ci si riferisce al divieto di imporre una pena che, perlomeno quando non lo impongano motivi concreti, risulti inferiore alla misura della pena commisurata alla colpevolezza (*schuldgerechte Strafe*): al suo posto, infatti, potrebbe valere il divieto di determinare pene sproporzionate perché troppo lievi e che in tal senso si pongono dunque al di sotto della soglia ritenuta giusta¹⁰.

⁵ A tal proposito e sull'origine di tale corollario nel concetto di dignità dell'uomo e/o nel principio dello stato di diritto: BVerfGE vol. 9 p. 169; vol. 20 p. 334; vol. 25 p. 285; vol. 45 p. 259; vol. 50 p. 214; vol. 54 p. 108; vol. 90 p. 173; vol. 95 p. 140; vol. 109 p. 171; vol. 123 p. 413; in generale sul contenuto del principio di colpevolezza: ARTH. KAUFMANN, *cit. v. nota 1*, p. 32ss; HÖRNLE in SCHUMANN (a cura di), *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, 2010, p. 104, 107 ss.

⁶ Sul punto, oltre alle decisioni del BVerfG citate nella nota 2, si vedano ad es.: BVerfGE vol. 73 p. 253; vol. 98 p. 313; sulla validità del principio anche nel caso singolo si vedano, tra gli altri.: BVerfGE vol. 54 p. 116; vol. 120 p. 253; e dalla giurisprudenza del BGH, ad es., BGH 20,264, (266).

⁷ In questo senso – in parte ponendo in risalto la natura della pena come mero strumento repressivo, e dunque come compensazione della colpevolezza o espiazione – si vedano tra gli altri BVerfGE. vol. 21 p. 387; vol. 33 p. 383; vol. 46 p. 222; vol. 64 p. 270ss; vol. 86 p. 312; vol. 110 p. 13; vol. 122 p. 272; BVerfG 1987, 2662ss.; BGHSt. vol. 24, p. 134; vol. 29 p. 321; vol. 43, p. 208.; vol. 50, p. 49; negli scritti penalistici la questione è controversa; sul punto cfr. FRISCH in FRISCH (a cura di), *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, 2011, p. 3, 23ss.; ROXIN, *cit. a nota 1* § 3 Rn 54ss.

⁸ In tal senso sia la giurisprudenza del BVerfG che quella del BGH; cfr. ad es. BVerfGE vol. 6 p. 429; vol. 20 p. 331; vol. 95 p. 140; vol. 109 p. 173; vol. 123 p. 413; vol. 128 p. 376; BVerfG NJW 1998, 2585; BGHSt vol. 2 p. 200.

⁹ Sulla questione per cui dal principio di colpevolezza possono dedursi precise pretese, sulle quali si fonda il processo ed in forza delle quali si deve evitare la condanna di soggetti innocenti, si veda BVerfGE vol. 57 p. 275; vol. 80 p. 378; anche BVerfGE vol. 63 p. 61; vol. 77 p. 77; più distante RADTKE *Goldammer's Archiv* 2012, 187,188; H.A. WOLFF, *AöR* 124 (1999), 55,72s.

¹⁰ (Ndt: *Untermaß* è il termine utilizzato dall'autore). Sul tema, con riferimento alla pena, si veda ad es. BRUNS, *StrafzumessungsR*, 1. Ed., p. 680ss.; STÖCKEL NJW 1968, 1862ss.; come *Untermaß* nel senso di insufficienza rispetto alle richieste vincolanti provenienti dalla Costituzione, si veda BVerfGE vol. 88 p.203ss; vol. 96 p. 412.

3. Gli aspetti equivalenti del principio di proporzionalità eventualmente funzionali al principio di colpevolezza.

3.1. *Riflessioni introduttive e contenuto del principio di proporzionalità.*

A questo punto risulta necessario richiamare alla mente le accezioni del principio di colpevolezza che potrebbero eventualmente essere sostituite dal principio di proporzionalità. Ma non solo. Per giudicare opportunamente se una tale sostituzione possa essere presa seriamente in considerazione occorre innanzitutto definire precisamente l'oggetto di tale sostituzione, ovvero individuare la sostanza del principio di proporzionalità. Ciò a maggior ragione se si considera che già nell'ambito dello stesso principio è possibile ricavare due diversi significati¹¹. A tal fine non basta richiamare alla mente le caratteristiche del principio di proporzionalità. Si deve anche riflettere su quale tra questi criteri possa al meglio assumere il compito di determinare il giusto *quantum* di pena, espungendo quindi le pene troppo alte o quelle troppo basse. Solo in questo modo sarà possibile valutare razionalmente se, quel che effettivamente rimane del principio di proporzionalità riferito al *quantum* di pena, possa opportunamente svolgere quel che fino ad oggi è stato svolto dal divieto di superamento, nel minimo e nel massimo, della misura della colpevolezza.

Al principio di proporzionalità nella sua classica rappresentazione si ricorre in occasione della verifica di legittimità costituzionale di quelle lesioni dei diritti fondamentali, che sono però funzionali al conseguimento di determinati fini. Posto che lo scopo perseguito dallo Stato è lecito e che tale è anche lo strumento che deve essere impiegato, solo ricorrendo al principio di proporzionalità si può stabilire se il mezzo utilizzato per il raggiungimento di quel fine è adatto ed opportuno rispetto ad un determinato scopo¹² (per il raggiungimento del quale non possano utilizzarsi mezzi egualmente efficaci e meno invasivi). Tali questioni di fatto, riguardanti l'idoneità e l'opportunità di determinati strumenti adoperati per il raggiungimento di determinati fini (o di realizzazione di determinate condizioni concrete), pongono quesiti di natura prettamente empirica, la cui risposta presuppone una conoscenza altrettanto empirica. Infine, si tratta di sottoporre quelle misure, già riconosciute empiricamente come idonee ed opportune, ad una verifica normativa¹³: a questo punto ci si chiederà se questo strumento sia altresì adeguato, equilibrato, ovvero non sproporzionato rispetto all'intervento¹⁴. Ad essere giudicata è la cosiddetta "proporzionalità in senso stretto": si compie, cioè, un bilanciamento dei beni e degli interessi, che con una determinata misura devono essere realizzati o protetti, rispetto all'entità della lesione conseguente all'utilizzo di quello strumento¹⁵.

3.2. *La disciplina delle misure di sicurezza quale ambito di applicazione del principio di proporzionalità nel diritto penale.*

Nel campo delle sanzioni penali il principio di proporzionalità in senso ampio costituisce il pilastro principale del giudizio di costituzionalità sulle misure di sicurezza¹⁶. In questo ambito il ricorso ai criteri di verifica del principio di proporzionalità risulta un'operazione piuttosto agevole: prevenendo la commissione di reati da parte di un determinato soggetto ritenuto pericoloso, viene perseguito un compito legittimo (ovvero l'adempimento del compito statale di tutela) attraverso il principale strumento a disposizione dello Stato, ovvero quello della

¹¹ Ovvero le accezioni di proporzionalità in senso stretto e proporzionalità in senso ampio.

¹² Sul punto cfr. tra gli altri PIEROTH/SCHLINK *Grundrechte – StaatsR II*, 26a Ed., num. a margine 289ss; SACHS in SACHS (a cura di), *Grundgesetz*, 5a Ed.

¹³ ELLScheid/HASSEMER, *cit.* a nota 4, p. 27,44: "delimitazione" "della tendenza ad un agire di tipo puramente finalistico, attraverso ragionamenti orientati ai valori".

¹⁴ Cfr. per le diverse formulazioni ad es. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, 1989, p. 7ss.; PIEROTH/SCHLINK, *cit.*, num. a margine 299.

¹⁵ Cfr. ad es. BVerfGE vol. 109, p. 349ss.; vol. 120, p. 428; PIEROTH/SCHLINK, *cit.*, numero a margine 301; DECHSLING, *cit.*, p. 7ss. con ulteriori indicazioni bibliografiche; SCHULZE/FIELTZ, *cit.*, num. a margine 184ss.

¹⁶ Si tratta delle *Maßregeln der Besserung und Sicherung* (). Espressamente previsto dal § 62 StGB. Tra la giurisprudenza del BVerfG cfr. *ex multis* BVerfGE vol. 70 p. 311; vol. 128 p. 376; NStZ-RR 2004, 76; in generale sulla legittimazione si veda FRISCH, ZStW 102 (1990), 343, 367ss.

privazione – o, a seconda dei casi, della limitazione – della libertà personale. Per valutare se tale privazione sia idonea e necessaria, sono disponibili sufficienti conoscenze empiriche. La questione della proporzionalità in senso stretto, invece, che da un legislatore approssimativo – ed è proprio questo il caso – viene formulata quale mera “assenza di sproporzionalità”, in linea di massima potrebbe anche essere risolta in tal senso: innanzitutto si valutano le misure adottate e gli scopi da raggiungere (ovvero l’impedire che determinate libertà e beni giuridici di terzi possano essere posti in pericolo da un determinato soggetto); tutto ciò viene poi messo in relazione con la misura della lesione della libertà da applicare al soggetto ritenuto pericoloso. Le questioni sulla durata necessaria della misura¹⁷, invece, appaiono difficilmente risolvibili in chiave empirica: la misura viene infatti determinata senza che venga fissato un termine, e rivista solo a seguito di controlli periodici. A tal proposito, pertanto, i criteri del principio di proporzionalità (in senso stretto) verranno in rilievo rispetto alla durata della misura¹⁸.

3.3.

Inutilizzabilità dei canoni dell’“idoneità” e “necessarietà” per la risoluzione del problema commisurativo – Eventuale utilizzabilità della proporzionalità in senso stretto.

La prospettiva cambia radicalmente se dal campo delle misure di sicurezza, paragonabili sostanzialmente al diritto di polizia, si passa al terreno della pena vera e propria. Qui, infatti, appare subito evidente che certi requisiti del principio di proporzionalità, che nel diritto di polizia e nella disciplina delle misure di sicurezza contribuiscono a individuare e delimitare le misure stesse (come i criteri dell’idoneità e della necessità), con riferimento alla pena sono più difficilmente utilizzabili, stanti i postulati che regolano la pena stessa. Solo attraverso quei criteri, infatti, si può definire agevolmente quella pena che viene comunemente ritenuta conforme a Costituzione, ovvero la pena commisurata alla colpevolezza. Pertanto, sostituendo al principio di colpevolezza il principio di proporzionalità ed elevando quest’ultimo a fulcro e caposaldo della pena, questo principio presenterebbe quei connotati di vaghezza e scarsa razionalità, che oggi vengono riscontrati nel principio di proporzionalità in senso stretto¹⁹. Questo vale sia se si utilizzi il principio di proporzionalità (in senso ampio) quale principio-guida per la commisurazione della pena, sia se lo si intenda quale principio regolatore del giudizio di legittimità costituzionale delle pene.

I problemi cominciano già con il concetto di pena in funzione special-preventiva, che, sotto l’aspetto delle finalità da perseguire, può essere paragonata alle misure di sicurezza. Ciò che manca del tutto è, infatti, una conoscenza empirica sufficiente ad individuare il *quantum* di pena necessario ad impedire che il condannato commetta altri reati in futuro²⁰. Mancando ciò, manca anche una base solida per il giudizio di proporzionalità in senso stretto. Per quanto attiene alla pena fissata in sentenza, una commisurazione special-preventiva della pena, che sia rispettosa del principio di proporzionalità, verrà effettuata senza dover ricorrere a questo principio: infatti, le pene commisurate in chiave special-preventiva, che oltrepassano la misura della colpevolezza, sono già di per sé *contra legem*²¹ e in quanto tali non possono rispondere più ad alcun fine specifico, né avrebbe senso esaminarle sotto l’aspetto della proporzionalità.

Ancora più significativo è il fallimento delle categoria della idoneità e necessità (propri del giudizio di proporzionalità) nella determinazione della pena commisurata alla colpevolezza. Quale *quantum* di pena può essere considerato adeguato e necessario a compensare la colpevolezza dell’agente? A questa domanda, a differenza di quanto avviene per le misure del diritto di polizia, non si può rispondere servendosi di dati empirici. La compensazione della colpevolezza attraverso una determinata pena è un concetto (o una conseguenza) ideale; men-

¹⁷ Su tali difficoltà cfr. FRISCH, *Prognoseentscheidungen im StrafR*, 198, p. 37ss.

¹⁸ Cfr. la giurisprudenza sul punto: BVerfGE vol. 70 p. 312ss.; BVerfG NStZ 1992, 405, 406; si veda anche FRISCH, ZStW 102 (1990), 702, 766ss.

¹⁹ Cfr. ad es. PIEROTH/SCHLINK, *cit.*, num. a margine 303; SCHLINK in “FS 50 Jahre BVerfG”, 2001, vol. 2, p. 445, 460ss.; GROSS, DÖV 2006, 856, 858.

²⁰ Cfr. tra gli altri SCHÖCH in *FS Schaffstein*, 1975, p. 255, 262ss.; KAISER, in *FS Bockelman* 1979, p. 923ss.

²¹ Cfr. §46 I StGB; la formula base viene solitamente interpretata così: anche in virtù di esigenze special-preventive, la misura della colpevolezza non può essere superata; cfr. ad es. BHS vol. 20 p. 266; vol. 29 p. 320; dalla giurisprudenza del BVerfG cfr. BVerfGE vol. 86 p. 313.

tre la pena, alla cui infissione (ed esecuzione) vengono attribuite queste conseguenze, è proprio quella corrispondente alla colpevolezza dell'autore, ovvero la *schuldgerechte Strafe*. Riflessioni in punto di idoneità e necessità non sono idonee ad individuare una pena così connotata, in quanto questa è determinabile solo attraverso un sistema di disposizioni normative che disciplinano, per l'appunto, quella pena²². Volendo utilizzare la prospettiva del principio di proporzionalità in senso ampio, ciò significa che la funzione oggi svolta dal principio di colpevolezza (e dalla sua concretizzazione) dovrebbe essere compiuta mediante il criterio della proporzionalità in senso stretto. È, però, tutto da verificare se questo criterio sia idoneo a tale scopo (cfr. *infra* 4).

Intanto, però, appare comunque opportuno prestare attenzione anche a quanto accade commisurando la pena in chiave general-preventiva. In quest'ottica, a prima vista, la valenza finalistica del principio di proporzionalità appare alquanto pertinente: si tratta di fondare o consolidare determinati atteggiamenti interiori (quali la fiducia della generalità nella legge, il consolidamento di una determinata coscienza giuridica, fino a considerare l'ipotesi di una vera e propria "costrizione psicologica"); e la questione su cosa sia idoneo e necessario al fine di far insorgere o consolidare suddetti orientamenti interiori, non è che un problema di tipo empirico. Il problema, pertanto, è dato dal fatto che, indipendentemente dalla vaghezza stessa di suddette condizioni di tipo psicologico che ci si prefissa di assicurare, ciò che manca è innanzitutto una significativa conoscenza empirica, che possa portare ad individuare concretamente il *quantum* di pena idoneo e necessario a fondare o consolidare, rispetto ad una popolazione eterogenea di individui, determinati atteggiamenti interiori²³. La soluzione alla quale giunge la teoria della prevenzione generale positiva, riguardo questa condizione empirica, è ormai nota: la stessa si attesta sulla pur plausibile supposizione che la pena giusta sia quella che viene ritenuta tale dai consociati; ciò significa, quindi, che la *schuldgerechte Strafe* è proprio la pena più idonea (e al contempo necessaria) a fondare o consolidare la fiducia dei cittadini nella giustizia²⁴. Se si condivide tale opinione, allora, non c'è alcun motivo per sostenere che il principio di colpevolezza e la pena ad esso rispondente debbano essere sostituiti dal principio di proporzionalità. La *schuldgerechte Strafe* costituisce già di per sé la concretizzazione specifica del principio di proporzionalità. Pertanto, solo se non si condivide tale impostazione, ovvero se si preferisce per altri motivi evitare di utilizzare il concetto di "colpevolezza" nel contesto della pena, si può risolvere il problema della pena in funzione general-preventiva ricorrendo unicamente al principio di proporzionalità. Ciò può accadere perché, ad esempio, si ritiene che il concetto di colpevolezza sia di per sé problematico, oppure perché si vuole evitare di utilizzarlo nel contesto di una verifica di legittimità costituzionale, e si preferisca adottare, invece, quel più generale concetto di proporzionalità che, peraltro, è così anche più facilmente estensibile al campo sovranazionale. Dunque, appurato che, per la commisurazione della pena in funzione general-preventiva, i requisiti dell'idoneità e della necessità non sono utilizzabili, i contenuti del principio di proporzionalità in senso ampio si riducono di fatto a quelli della proporzionalità in senso stretto. Attraverso la stessa si dovrebbe, non solo, come in precedenza, rispondere alla domanda sul se la pena intesa quale intromissione nei diritti della persona stia in un rapporto ragionevole con tale intromissione, e cosa con la stessa debba essere raggiunto, ma si dovrebbe anche valutare l'adeguatezza del rapporto tra la pena e il fatto commesso, rendendo suddetta proporzione compatibile con i principi costituzionali, in particolare con il canone della ragionevolezza. A ben vedere, si tratterebbe proprio del ruolo svolto fino ad ora dalla colpevolezza, utilizzando però la terminologia della proporzionalità²⁵.

Alla lunga, accettando che al principio di proporzionalità spetti tale doppia funzione, risulta ineludibile la seguente domanda: ha senso lasciare svolgere al solo principio di proporzionalità, ovvero ai (diversi) vagli di proporzionalità, ciò che fino ad ora veniva svolto – e con risultati soddisfacenti – dalla combinazione tra principio di colpevolezza e principio di

²² Un esempio per un sistema siffatto di disposizioni può essere costituito da quell'idea, nel frattempo fatta propria anche dalla giurisprudenza (BGHSt 27, 2ss.), di una scala di valori riferibile a possibili forme di manifestazione di un delitto, cui corrispondono pene più o meno severe; sul punto cfr. FRISCH, *cit.*, p. 3 e 6ss.; HÖRNLE, *cit.*, p. 105, 110ss.

²³ Cfr. ora KAISER, *cit.*, p. 930; e ancora KAISER, *Kriminologie*, 5a Ed., num. a margine 34ss.; SCHÖCH, *FS Jescheck*, 1985, p. 1081, 1090ss.

²⁴ Tra tanti cfr. MÜLLER-DIETZ, *FS Jescheck*, p. 813, 823; NOLL, *FS Mayer*, 1966, p. 219, 223; ROXIN, *FS Bockelmann*, p. 279, 305.

²⁵ Come una – per usare le parole di JACOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 7 – "proporzionalità con lo sguardo rivolto all'indietro".

proporzionalità²⁶? In cosa consisterebbe il vantaggio di tale nuova prospettiva? E ancora: quel principio di proporzionalità dai contorni poco chiari e indefiniti, ovvero il principio di proporzionalità in senso stretto, è all'altezza di compiere ciò che fino ad oggi è stato garantito dal principio di colpevolezza?

4. Valutazione comparata dei principi di colpevolezza e proporzionalità quali principi di riferimento per la determinazione della pena.

Per rispondere a queste domande si devono innanzitutto richiamare alla mente le caratteristiche di entrambi i principi e i contesti in cui essi si sviluppano. Non c'è dubbio, infatti, che gli ambiti di operatività degli stessi si intersecano, essendo entrambi rivolti alla risoluzione del problema commisurativo. All'occorrenza è, perciò, anche possibile ricavare dal concetto di proporzionalità alcuni corollari del principio di colpevolezza. Ma solo ed esclusivamente in caso di necessità ed essendo consapevoli degli svantaggi e dei pericoli correlati ad una tale operazione. Il principio di proporzionalità non è affatto la risposta migliore per la risoluzione dei problemi che finora venivano risolti tramite il principio di colpevolezza. Come si vedrà, entrambi i principi mirano alla risoluzione di diverse questioni e conseguentemente sollevano anche diversi interrogativi di fondo, anche laddove questi sembrano intersecarsi (*infra* 4.1). Per rispondere alla questione sul *quantum* di pena, invero, queste diverse questioni di fondo presentano: percorsi diversi e diversamente motivabili (*infra* 4.2.); differenti esigenze con riferimento al *quantum* stesso (*infra* 4.3.); nonché differenze di tipo sostanziale nei criteri utilizzabili per fornire risposte a tali quesiti (*infra* 4.4.). Da queste differenze emerge l'inidoneità del principio di proporzionalità in senso stretto ad operare quale criterio di commisurazione della pena e dunque l'inopportunità di una sostituzione del principio di proporzionalità al principio di colpevolezza.

4.1. Differenze nei quesiti di fondo e nei criteri commisurativi – Insufficienza definitoria della proporzionalità per la corrispondenza richiesta con la pena.

Il principio di proporzionalità e quello di colpevolezza mirano originariamente alla risoluzione di problematiche diverse tra loro. Ciò si riflette anche sulla questione del *quantum* di pena, ambito nel quale i piani di operatività dei due principi si intersecano, conducendo così all'individuazione dei diversi interrogativi di fondo che li caratterizzano.

Nel quadro del principio di proporzionalità in senso ampio si rinviene una costellazione di fatti designati mediante una relazione di mezzo a scopo²⁷: si tratta di stabilire in virtù di quali presupposti certe misure, che per perseguire un determinato scopo colpiscono diritti fondamentali (o altri interessi protetti dalla Costituzione), possano considerarsi lecite. I criteri a disposizione per la risoluzione di tale quesito sono espressione di un giudizio valutativo rivolto ad uno scopo (*zweckrational*). Attraverso tali criteri si può stabilire se il perseguimento di un determinato scopo mediante l'utilizzo di un determinato strumento appaia ragionevole e quindi opportuno. Alla luce di tali quesiti di fondo si deve verificare non solo l'idoneità e la necessità, bensì anche – attraverso il passaggio ad un giudizio valutativo rivolto non più ad uno scopo, ma ad un valore (*wertrational*) – la proporzionalità in senso stretto. Qui si tratta di una proporzionalità specifica: la misura da adottare deve apparire opportuna anche rispetto al rapporto che si instaura tra il mezzo scelto per raggiungere gli obiettivi prefissati e la necessaria lesione dei diritti che ne deriva. In sostanza si tratta di un rapporto vittima-utilità,

²⁶ La domanda è di grande rilevanza soprattutto per coloro che continuano, a differenza di qualcun altro (cfr. *supra*, nota 4), a vedere nella colpevolezza il punto di riferimento per una pena proporzionata!

²⁷ Cfr., accanto ai riferimenti forniti nella nota 12, DECHSLING, *cit.*, p. 5, 11ss., 141ss.; HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, p. 43ss.; HUSTER, *Rechte und Ziele*, 1993, p. 129ss., ma anche p. 147ss.; H.A. WOLF AöR 124 (1999), 55, 68ss.

costi-guadagno²⁸, ovvero della ragionevolezza dell'intervento rispetto al rapporto tra gli obiettivi da raggiungere e i diritti della "vittima da sacrificare"²⁹. Si consideri, a titolo di esempio, il ruolo della ragionevolezza nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale sul sistema delle misure previsto dagli articoli 61 e ss. StGB, ovvero delle misure processuali coercitive.

Al contrario, il rapporto che deve sussistere tra la pena e la colpevolezza del reo nella cornice edittale pone, invece, una questione del tutto diversa. Qui viene in gioco una proporzionalità di tipo deontologico, ovvero basata su di un giudizio valutativo orientato ai valori (*wertrational*), e dal contenuto molto particolare: pena e colpevolezza devono trovarsi esattamente in quel rapporto per il quale, secondo la nostra concezione in punto di valori e giustizia, la pena rifletta esattamente la misura della colpevolezza³⁰, e appaia perciò *meritata*. Si tratta, dunque, di una relazione condizionata da quei valori, mutevoli, in base ai quali una determinata società ritiene una pena *meritata*. Tale rapporto, tale relazione, che si forma attraverso la prassi quotidiana, non è una proporzionalità qualsiasi, bensì una corrispondenza basata su determinati criteri di valore e che, si noti bene, solo per questi motivi può essere intesa quale ipotesi di proporzionalità, perché, infatti, qualsiasi corrispondenza tra due grandezze rappresenta già di per sé una proporzione, un rapporto. Già per il rapporto vittima-utilità si può parlare in fondo del "sovra-concetto" di proporzionalità³¹. Questo tipo di proporzionalità, dalla quale le altre discendono, costituisce un tipo di proporzionalità diverso; e nel caso si verifichi quella corrispondenza, si tratta comunque di una proporzionalità definita male, ovvero in maniera molto imprecisa.

Le differenze appena descritte si manifestano chiaramente qualora le citate questioni sul *quantum* di pena vengano affrontate l'una alla luce del principio di colpevolezza, l'altra alla luce del principio di proporzionalità. Affrontare separatamente tali questioni commisurative, in relazione ai due principi e ai rispettivi criteri di riferimento, impedisce che quesiti di fondo e criteri di valore vengano mescolati, confusi³². Una certa contaminazione è comunque purtroppo già iniziata, dal momento che il BVerfG, allorquando in diverse decisioni si è dovuto occupare della legittimità delle cornici edittali, ha accostato i due principi, di fatto sovrappo-ndendoli l'uno con l'altro³³ (si tratta, tra l'altro, anche in questo caso, di una sovrapposizione tra un giudizio di tipo finalistico – *zweckrational* – sulla singola incriminazione e un giudizio sulla ragionevolezza della stessa: la pena viene valutata, al contempo, sia quale strumento razionale finalizzato alla salvaguardia di determinate condizioni, sia quale giusto rimprovero). Questa sovrapposizione dovrebbe però essere evitata sul piano terminologico e nel giudizio sulla commisurazione della pena, in quanto creerebbe solamente confusione.

Ad esempio, ci si può ben immaginare che una pena in funzione special-preventiva soddisfi le esigenze di un principio di proporzionalità di tipo finalistico (*zweckrational*), dal momento che mirerebbe a prevenire la commissione di gravi delitti: la compromissione della libertà del reo, necessaria a quello scopo, non apparirebbe invero sproporzionata, alla luce di ciò che sarebbe volta ad impedire. Allo stesso modo potrebbe accadere, però, che tale privazione di libertà non possa considerarsi lecita *quale pena*, perché ad esempio la stessa oltrepassi la misura della colpevolezza del reo (come avviene nel caso di carenza della capacità di intendere e di volere)³⁴. La giustapposizione dei due principi consente di risolvere tali problematiche con una decisione che è al contempo chiara ed opportuna (e così consentendo che quella proporzionalità di tipo finalistico – *zweckrational* – venga valorizzata attraverso le misure di sicurezza, e dunque al di fuori della pena)³⁵. Si dubita che tutto questo possa essere ottenuto affrontando

²⁸ HUSTER, *cit.*, p. 140, 158; con riferimento alla pena BAURMANN, *cit.*, p. 144ss, 148ss.

²⁹ Anche la giurisprudenza del BVerfG (cfr. ad es. BVerfGE vol. 113 p. 260; vol. 120 p. 241), nonché la dottrina di diritto pubblico (cfr. ad es. LÜCKE, DÖV 1974, 770; HIRSCHBERGER, *cit.*, p. 97ss.; HUSTER, *cit.*, p. 161 con ulteriori indicazioni bibliografiche; PIEROTH/SCHLINCK, *cit.*, num. a margine 299) sottolineano che nell'ambito della proporzionalità in senso stretto vengono in rilievo (anche) aspetti riguardanti il canone della ragionevolezza.

³⁰ Il concetto della corrispondenza si ritrova anche in HUSTER, *cit.*, p. 140ss, soprattutto p. 142ss., 468. (Ndr: il termine utilizzato dall'autore è *wertrational*, con il quale si intende una razionalità in base al valore; il termine coniato da Max Weber e contrapposto a *zweckrational*, con il quale si designa invece una razionalità in base al fine).

³¹ In tal senso HUSTER, *cit.*, p. 144: solo "formale somiglianza"; HUSTER fa anche notare, a ragione, che nei casi di corrispondenza (caratteristici per la relazione mezzo-scopo) manca il bilanciamento tra lo strumento adoperato e lo scopo (quindi tra i beni giuridici in conflitto), p. 142, 145.

³² Pertinente ROXIN, *MSchrKrim*, 1973, 317, 322; HIRSCHBERG, *cit.*, p. 48 e HUSTER, *cit.*, p. 142ss, 145.

³³ Cfr. la giurisprudenza riportata nella nota 2.

³⁴ Cfr. ad es. il caso BGHSt 20, 264, 266; dalla giurisprudenza del BVerfG cfr. BVerfGE vol. 91 p. 31; BVerfG NJW 1995, 2405.

³⁵ Cfr. nuovamente il caso BGHSt 20, 264, 266 e in generale FRISCH, ZStW 102 (1990), 343ss., 389ss.

le questioni appena sollevate solo in base al principio di proporzionalità, alla luce della sua complessa struttura. C'è da temere, però, che nella prassi tali questioni di fondo vengano (con) fuse o forse addirittura del tutto ignorate.

4.2.

Diversità dei metodi con cui rispondere alle questioni poste da entrambi i principi – Impossibilità di risolvere il problema commisurativo con il giudizio di proporzionalità.

Diversità tra entrambi i principi possono riscontrarsi non solo rispetto alle questioni di fondo concernenti il giudizio sulla commisurazione della pena e sui relativi criteri che la regolano. Talune differenze sono riscontrabili, in verità, anche nel metodo utilizzato per affrontare il giudizio commisurativo. Queste differenze non sono casuali, bensì necessitate.

La verifica di proporzionalità (in senso ampio) si concretizza in una sorta di controllo finale sulla legittimità di una misura, che risulta già aver soddisfatto altri criteri, ovvero quelli di idoneità ed efficacia rispetto al raggiungimento di un fine legittimo. Tale verifica mira ad esaminare se gli scopi da raggiungere con una determinata misura si trovino in un rapporto proporzionato e ragionevole anche rispetto a ciò che viene sacrificato a causa ed a seguito del perseguimento degli stessi. Si tratta, quindi, di confrontare, comparare e, volendo adoperare un termine di gran lunga utilizzato a tal proposito³⁶, soppesare due grandezze rinvenute secondo diversi criteri. Entrambe le grandezze vengono poi poste a confronto (perlomeno su di un piano sovraordinato)³⁷ così da poter verificare, ricorrendo ad un giudizio di tipo pratico (*praktischer Vernunft*), se e quando la vittima, che subisce una determinata misura, ed il vantaggio che si consegue con la stessa, si trovino, oppure no, in una giusta proporzione. Si tratta di una valutazione “bipolare”, che richiama, a ben vedere, quella che contraddistingue lo stato di necessità (nonché qualsiasi altra decisione che riguardi casi di collisione di interessi). Uno sguardo ad altri insiemi di circostanze non è necessario, in quanto non apporterebbe alcun contributo alla questione in esame.

Tuttavia, attraverso tale valutazione bipolare non è possibile risolvere all'origine il problema della misura della pena, eccezion fatta per la pena special-preventiva. Qual è la pena giusta rispetto ad una determinata quantità di colpevolezza? La risposta a questa domanda si coglie solo allorché quel *quantum* di colpevolezza venga definito e messo poi in relazione con la colpevolezza del reo nel caso concreto. Ma non solo: tale quantità dovrà essere poi messa in relazione con altre forme di manifestazioni dell'illecito e della colpevolezza, nonché con le pene previste in quei casi (in particolare rispetto a quelle già inflitte o comunque generalmente ritenute opportune)³⁸. La determinazione della *schuldgerechte Strafe*, rispetto ad un determinato caso concreto, può quindi essere compiuta opportunamente solo mediante un inquadramento del caso concreto in una scala di valori più o meno differenziata; successivamente mediante un confronto con le altre forme di manifestazione dell'illecito e della colpevolezza, quindi con il *quantum* di pena a questi già assegnato³⁹. Solo un siffatto inquadramento comparato, in un sistema più o meno differenziato di definizioni e assegnazioni, rende la determinazione della pena un'operazione realizzabile, che garantisce uguaglianza e giustizia della punizione.

Questo risulta piuttosto evidente allorché si voglia, per una volta, tentare di determinare una pena seguendo il modello del principio di proporzionalità in senso stretto, quindi ignorando quei sistemi di definizione di tipo bipolare appena descritti. In tal senso ci si dovrebbe porre la seguente domanda: quale *quantum* di pena (e cioè *quanta* lesione dei diritti e *quanto* rimprovero) può essere proporzionale alla colpevolezza? Sarebbe assolutamente im-

³⁶ Cfr. l'orientamento di DECHSLING, *cit.*, p. 7ss.; HUSTER, *cit.*, p. 139ss. (Ndt: successivo corsivo del traduttore; il termine utilizzato dall'autore è *Abwägung*).

³⁷ Ad esempio sul piano della privazione, mantenimento o garanzia della libertà, oppure delle condizioni di tale libertà; ovvero sul piano della privazione e della conservazione di beni che si trovano in un determinato rapporto tra loro.

³⁸ Sul significato pregnante di una tale comparazione per la determinazione della pena nel singolo caso cfr. ad es. FRISCH, *cit.* a nota 7, p. 3, 17ss.; HÖRNLE, *Tätproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 361ss.; MAURER, *Komparative Strafzumessung*, 2005, p. 94ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche; STRENG, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, 1984, p. 49ss, 238ss., 299ss.

³⁹ In tal senso BRUNS, *cit.* a nota 10, p. 66, 81; DREHER, *Über die gerechte Strafe*, 1947, p. 61ss.; FRISCH, *cit.* a nota 7, p. 3, 18; HÖRNLE, *cit.* a nota 38, p. 361ss.; tra la giurisprudenza BGHSt 27, 2ss.

possibile dare una risposta precisa a questa domanda in termini assoluti. In questo modo si riuscirebbe, al massimo, ad espungere dal novero di pene possibili quelle pene che appaiono troppo o troppo poco severe (anche se considerazioni di tipo comparativo possono svolgere probabilmente un certo ruolo persino inconsciamente)⁴⁰. È evidente che la pena non può essere determinata in questo modo. Solo il riferimento ad un sistema di definizioni sulla misura della colpevolezza, che descrivono determinate situazioni-tipo verificabili nella realtà, ovvero che assegnano ad una determinata misura di colpevolezza un “giusto” *quantum* di pena; solo il riferimento ad un sistema siffatto rende attuabile, attraverso un’attività comparata di interpolazione, determinazioni della pena concrete ed opportune.

Nondimeno, non stupisce che qualche risultato soddisfacente potrebbe essere raggiunto pur muovendosi nell’ambito dell’accezione finalistica (*zweckrational*) del principio di proporzionalità in senso ampio, ma ricorrendo comunque alla proporzionalità in senso stretto: alla proporzionalità in senso stretto non verrebbe, invero, richiesto di scegliere la misura da applicare. Ciò viene già compiuto, infatti, dai criteri di idoneità e necessarietà, nell’ambito di applicazione del principio di proporzionalità in senso ampio: la proporzionalità in senso stretto, infatti, non è altro che un controllo ulteriore sulla ragionevolezza di un dato già a disposizione, di cui non si discutono i presupposti. Attribuire a tale operazione il significato e la funzione di principio regolatore della commisurazione della pena significherebbe caricarlo di un compito che non è in grado di svolgere.

Da queste premesse risulta evidente che non è appropriato, né conveniente, rispondere ai quesiti sul *quantum* di pena servendosi del principio di proporzionalità, piuttosto che del principio di colpevolezza (nel quale, come si è visto, è compreso il primo)⁴¹. Nella migliore delle ipotesi un tale cambio di prospettiva non comporta degli svantaggi. Si tratta, invero, del caso in cui il principio di proporzionalità venga utilizzato esclusivamente quale novità terminologica, laddove per la soluzione di problemi concreti, invece, non si ricorra ai metodi e ai quesiti di fondo del principio di proporzionalità in senso stretto, bensì ci si serva di quelli propri del principio di colpevolezza. Qualora invece si voglia seriamente applicare all’operazione della commisurazione della pena le metodiche e i quesiti di fondo del principio di proporzionalità, allora sorge il rischio di effettuare una commisurazione della pena che lascerebbe nuovamente irrisolto il seguente quesito: in quale modo si può arrivare a definire, da quell’ampia cornice della pena proporzionata, la pena giusta?

4.3.

Definizione normativa del quantum di pena – Le insufficienze del principio di proporzionalità nella determinazione di una misura adeguata di pena.

Di certo, rispetto al giudizio di proporzionalità non è, però, solo il metodo a risultare inadatto a determinare misure della pena più precise, o ad essere inadeguato rispetto al giudizio commisurativo finalizzato alla determinazione della *schuldgerechte Strafe* (o più in generale rispetto al metodo del giudizio di tipo comparativo). È chiaro che il concetto della proporzionalità della pena è meno idoneo rispetto a quello del principio di colpevolezza, anche sul piano della determinazione legale della misura di pena. Il tema della proporzionalità evidenzia un’insufficienza che – a differenza del principio di colpevolezza – apre ampi varchi alla violazione di postulati costituzionali attraverso la prassi penale.

Difatti, affermare che il principio di colpevolezza e la misura della pena si trovano in stretta correlazione, non dà luogo ad equivoci, in quanto si tratta di un’affermazione chiara e che mira alla giustizia e all’uguaglianza: si tratta di *quella* pena da determinare, che rispecchia al meglio la misura della colpevolezza dell’autore del reato. La definizione del principio di proporzionalità in senso stretto è, invece, molto meno chiara. Questa necessaria propor-

⁴⁰ Tuttavia, senza un punto di riferimento (ndt: *Ankerpunkte* è il termine usato dall’Autore) cui rapportarsi per determinare la misura della colpevolezza e dunque il *quantum* di pena accettabile per la stessa, non è possibile formulare in maniera soddisfacente neanche il giudizio sulla proporzionalità *in concreto*.

⁴¹ Ciò vale fintantoché si reputi la misura della colpevolezza il criterio centrale per la determinazione della misura della pena.

zione viene infatti descritta come giusta, adeguata oppure equilibrata⁴². In molti giudizi, di recente anche del *BVerfG*, viene richiesto esclusivamente che la misura della pena non risulti sproporzionata rispetto a ciò che deve esser raggiunto con quel determinato intervento⁴³. Con riferimento al problema della pena ciò significa che, ove possibile, anche una pena non sproporzionata rispetto alla colpevolezza dell'autore (ovvero, seguendo un criterio alternativo, rispetto alla misura dell'illecito) potrebbe risultare adeguata. Il pericolo che questo possa diventare il principio di riferimento per l'operazione di determinazione della pena non è tuttavia da escludersi, in quanto questo criterio è già da tempo previsto nella disciplina sulle misure di sicurezza (§ 62 StGB) e con una semplice determinazione bipolare della pena corrispondente alla colpevolezza non si raggiungerebbe un risultato molto più preciso (*supra* 4.2).

In pratica, ci si dovrebbe accontentare di formulazioni normative facenti riferimento al concetto di pena "non sproporzionata" rispetto alla colpevolezza dell'autore (o forse anche solo rispetto all'illecito): questo costituirebbe un grave passo indietro rispetto alla situazione attuale. Così facendo si potrebbe arrivare a punire casi chiaramente più gravi di altri con pene meno severe – sempreché le pene stabilite si attestino entro una misura che non sia da considerare sproporzionata. Risultati di questo tipo, naturalmente, non si possono escludere a priori nella pratica, quand'anche si adotti lo schema del principio di colpevolezza; il punto è che tali risultati non possono, però, essere "programmati strutturalmente" già al momento della definizione legale della pena.

La "proporzionalità della pena" suscita in tal modo un'aspettativa di tipo qualitativo sulla misura della pena, che risulta chiaramente insufficiente; e ciò anche e soprattutto tenuto conto dell'importanza dei principi costituzionali di giustizia delle pene e di parità di trattamento. Un sistema penale che vuole (e deve) fondarsi su tali esigenze non può trascurare il compito di determinare *quella* pena che al meglio corrisponda al disvalore del fatto e alla colpevolezza dell'autore, come appunto fa il principio di colpevolezza.

4.4.

Differenze nel fondamento normativo di entrambi i principi – Inopportunità della rinuncia ad un sistema di principi che garantisca il più possibile giustizia ed eguaglianza.

Un passaggio dal principio di colpevolezza a quello di proporzionalità, nella discussione sulla misura della pena, appare in fin dei conti impensabile anche con riguardo a quei parametri normativi che sono rinvenibili e disponibili per ciascuno dei due principi, e che garantiscono risultati opportuni rispetto alla questione sul *quantum* di pena.

Nell'attuale diritto penale tedesco, il principio di colpevolezza si concretizza – per quanto riguarda la questione del *quantum* di pena – in un sistema differenziato di disposizioni di legge e definizioni normative. Tali disposizioni forniscono diverse indicazioni non solo sulle circostanze del fatto e dell'autore e su altre ancora, che devono essere tenute in considerazione per poter determinare la pena (colpevole⁴⁴). Molto di più. Dalla legge stessa, così come dalla prassi generalizzata in ambito di *Strafzumessung* che contribuisce a formare la regola, si possono dedurre, infatti, indicazioni sul peso di determinate circostanze per la commisurazione della *schuldgerechte Strafe*⁴⁵.

Da un tale panorama normativo si possono dedurre altre indicazioni sul grado di gravità dell'illecito colpevole commesso, ovvero sulla posizione occupata dall'illecito all'interno di una scala dei possibili illeciti e delle forme di manifestazione della colpevolezza di un determinato delitto. A queste diversità corrispondono – a partire dal meno grave fino ad arrivare gradualmente al più grave, a seconda delle diverse manifestazioni del fatto e della colpevolezza, e

⁴² Cfr. ad es. BVerfGE vol. 6 p. 439; vol. 10 p. 117; vol. 15 p. 234; vol. 18 p. 362; vol. 35 p. 232; vol. 35 p. 401; vol. 38 p. 302; vol. 100 p. 240; tra la dottrina di diritto pubblico cfr. PIEROTH/SCHLINK, *cit.* a nota 12, num. a margine 299; WITTIG DÖV 1968, 817; ulteriori indicazioni bibliografiche in HIRSCHBERG, *cit.* a nota 27, p. 75, 92ss.

⁴³ Cfr. ad es. BVerfGE vol. 7 p. 407; vol. 13 p. 118; vol. 17 p. 279; vol. 28 p. 374; vol. 39 p. 270; BVerfG NVwY 2010, 373, 378; NJW 2011, 1578, 1582; indicazioni in tal senso in HIRSCHBERG, *cit.* a nota 27, p. 75.

⁴⁴ Cfr. in particolare § 46 II e III StGB, in tal senso FRISCH, *Goldammer's Archiv* 1989, 338 (355ss.); FRISCH, in *50 Jahre Bundesgerichtshof*, FG Wissenschaft, Vol. IV, 2000, p. 269, 287ss.

⁴⁵ In tal senso FRISCH in WOLTER (a cura di), *140 Goldammer's Archiv*, 1993, p. 1, 32, 37.

tenuto conto della *ratio legis* – gradazioni di pena, all'interno della stessa cornice sanzionatoria, che sono sempre più definite. Tale gamma di pene possibili può essere definita già sul piano teorico⁴⁶: solo attraverso la prassi giudiziale si arriverà, poi, alla sua concretizzazione e stabilizzazione⁴⁷. Nella prassi capita spesso, infatti, che rispetto a talune forme di manifestazioni del reato vengano determinate cornici di pena più strette all'interno di cornici più ampie; una determinazione eventualmente imprecisa della pena viene poi esaminata attraverso il vaglio giudiziale di legittimità⁴⁸. All'interno di queste cornici più strette sono da prendere in considerazione quelle ulteriori circostanze, che si concretizzano in determinate forme di manifestazione del fatto e della colpevolezza, che ancora non erano emerse e che sono comunque rilevanti per la determinazione della misura della pena.

Il principio per cui la pena deve corrispondere alla misura della colpevolezza può trovare una applicazione concreta e giuridicamente corretta solo attraverso un siffatto sistema di indicazioni normative: solo in tal modo è possibile garantire una giustizia relativa, nonché una certa parità di trattamento in casi significativamente simili.

A differenza di quel modello differenziato, fondato su proposizioni normative, che contribuisce ad una vera e propria concretizzazione del principio di colpevolezza, il principio di proporzionalità in senso stretto non porta agli stessi risultati. Di norma, dopo aver qualificato il *quantum* di pena necessario (designandolo, ad esempio, come “adeguato”, “non sproporzionato”) ci si chiede poi se tali esigenze possano essere soddisfatte nel caso concreto. Indicazioni contenutistiche relative ad una determinata pena, che corrisponda a determinate forme di manifestazione del fatto e della colpevolezza, non sono rinvenibili, né desumibili, dalle caratteristiche intrinseche del principio di proporzionalità. Questo vale a maggior ragione se per “controllo di proporzionalità” si intenda la mera esclusione dei casi sproporzionati. Ciò si spiega con la funzione assai limitata che il principio di proporzionalità in senso stretto svolge nell'ambito del principio di proporzionalità in senso ampio. Il compito della proporzionalità in senso stretto consiste nel sottoporre determinate misure, che vengono scelte secondo altri criteri e ritenute ragionevoli, a controlli di sopportabilità sotto l'aspetto del *quantum*. La sua funzione, pertanto, non si concretizza affatto nella ricerca di quel giusto *quantum*. Dovrebbe dunque risultare abbastanza chiaro che un tale criterio, a parte tutte le altre perplessità ad esso riferibili, non è adatto a candidarsi quale principio guida dell'operazione di commisurazione della pena. Pertanto, per la *determinazione* della pena il principio di proporzionalità non può rappresentare – per motivi riconducibili alla teoria della *Strafzumessung* e per motivi di ordine costituzionale – alcuna alternativa possibile al principio di colpevolezza.

5. Il principio di proporzionalità quale criterio costituzionale di verifica dell'operazione di determinazione della pena? – Un'alternativa.

Come si è accennato all'inizio di questo contributo, resta infine da appurare se la proporzionalità possa, almeno, fornire un criterio adeguato per la verifica di legittimità costituzionale delle decisioni giudiziali sul *quantum* di pena. Ciò che ha portato il principio di proporzionalità ad essere screditato quale principio guida per la *Strafzumessung* potrebbe costituire qui un vantaggio: rifugiarsi nel criterio di proporzionalità e limitare la verifica e la critica ad un giudizio sulla mera sproporzionalità della pena potrebbe rivelarsi utile nell'ambito del controllo di compatibilità costituzionale effettuato dal *BVerfG* (e al contempo evitare, così, contestazioni eccessive avverso le decisioni sul *quantum* di pena)⁴⁹. Infatti, qualora in sede di *Strafzumessung*

⁴⁶ Ad esempio gradazioni per i casi molto lievi, per quelli lievi, per quelli da lievi a medio-gravi, per i medio-gravi, i gravi e i particolarmente gravi; su simili suddivisioni di classi di pena cfr. BRUNS, *cit.* a nota 10, p. 66ss., 81ss., 84; HÖRNLE, *cit.* a nota 38, p. 364ss., 371ss. con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴⁷ Sul significato della prassi giudiziale come concretizzazione contenutistica del concetto di scala di valori di casi possibili e di una gradazione ascendente dal più lieve al più grave, cfr. FRISCH, in FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (a cura di), *Tatproportionalität*, 2003, p. 155, 162ss.; FRISCH, *cit.* a nota 7, p. 3, 19 con ulteriori riferimenti.

⁴⁸ In tal senso FRISCH, *cit.* a nota 45, p. 11, 30ss.; FRISCH, *cit.* a nota 7, p. 217, 229ss e MAURER, *cit.* a nota 38, p. 120ss., 130ss.

⁴⁹ Cfr. ad es. i timori di WEIGEND in *FS H.J. Hirsch*, 1999, p. 917, 928; si vedano però anche le limitazioni già presenti nei giudizi dello stesso *BVerfG*, ad es. *BVerfGE* vol. 80 p. 255; vol. 95 p. 141; *BVerfGK* vol. 10 p. 139.

venisse determinata una pena in violazione delle regole che concretizzano il principio di colpevolezza, allora non si tratterebbe già di una commisurazione incostituzionale della pena. All'opposto, una determinazione del *quantum* di pena che invece apparisse sproporzionata in difetto o in eccesso, sarebbe da considerare molto più seriamente. Una decisione siffatta ricorderebbe, in effetti, quella dei giudici di legittimità che, guardando unicamente al *quantum* di pena, giudicano la sostenibilità o insostenibilità della pena inflitta ("sbagliare di un'ottava")⁵⁰. Per un giudice che non giudica in sede di legittimità, bensì che verifica solo le eventuali violazioni dei principi costituzionali⁵¹, una siffatta limitazione appare ancor più fondata.

Allo stesso tempo, anche riconoscendo la fondatezza di principio di una siffatta delimitazione della verifica costituzionale, rimane però ancora da valutare se tale verifica, effettuata in base al principio di proporzionalità, appaia apprezzabile. Chi scrive ritiene che questo percorso non convinca per due motivi.

Innanzitutto, negare che vi sia stata violazione del principio di proporzionalità vuol dire solo constatare che una determinata decisione sul *quantum* di pena, sotto *questo* aspetto, è costituzionalmente legittima. Ciò però non vuol dire anche che la decisione sia scevra da violazioni, rispetto, ad esempio, al principio di colpevolezza. Né pare opportuno rifarsi a quelle decisioni nelle quali il principio di colpevolezza e quello di proporzionalità vengono rappresentati come ampiamente coincidenti. Anzi, in questi casi si impone *a fortiori* la necessità di una motivazione: per quale ragione solo alcune deviazioni dai principi regolatori del principio di colpevolezza, e cioè solo quelle che violino allo stesso tempo anche il principio di proporzionalità, costituiscono una violazione della Costituzione?

In secondo luogo, una verifica effettuata alla luce del principio di proporzionalità risulta anche troppo generica, per individuare decisioni sul *quantum* che non siano accettabili dal punto di vista costituzionale. Qualora però ciò accada, il criterio per verificarne la legittimità costituzionale si dovrà comunque orientare, nella sostanza, verso quello in cui si sostanzia ogni decisione che riguardi il tema della commisurazione e che possa dirsi rispettosa della Costituzione: e cioè verso il principio di colpevolezza. Solo in tal modo, e non mediante l'adozione di un principio rivelatosi del tutto idoneo ad effettuare un vaglio di legittimità costituzionale su di un giudizio commisurativo, si può giudicare se singole decisioni sulla misura della pena siano compatibili o meno con la Costituzione. Questo comporta a maggior ragione che, in un sistema penale orientato al principio di colpevolezza, un giudizio sulla sproporzionalità della pena possa essere definito in maniera convincente solo riferendosi alle regole attorno alle quali si forma, appunto, il principio di colpevolezza: non si tratterà, dunque, di una sproporzionalità qualsiasi, quanto di uno squilibrio rispetto ai criteri-guida, e dunque rispetto al principio di colpevolezza. Ciò vale in particolar modo anche per quei casi in cui l'allontanamento da quei criteri porti alla commisurazione di una pena troppo lieve⁵². Il concetto assolutamente impreciso di pena "insufficiente" (*Untermass*)⁵³, infatti, rimane senza possibilità di verifica, se si crede di poter disattendere quelle regole, mediante le quali si definisce la misura della pena.

Non potendo fare a meno di guardare a tali regole, appare dunque più opportuno fissare proprio qui il fulcro costituzionalmente garantito di una giusta *Strafzumessung*, degradando, così, la "carezza di proporzionalità" da concetto primario a concetto secondario. Da tali premesse può considerarsi costituzionalmente inammissibile quella commisurazione della pena che – a prescindere dai casi in cui si rigetti *tout court* la valenza del principio di colpevolezza⁵⁴ – si allontani a tal punto dalle regole che fondano il principio di colpevolezza, da arrivare a violare il fulcro costituzionalmente garantito del principio stesso. Questo avviene, innanzitutto, quando vengono inflitte pene che, secondo le regole che formano il principio di colpevolezza (dunque secondo i valori della cornice di pena e della prassi che via via si forma), sono evidentemente insostenibili – perché, ad esempio, vengono in considerazione solo fatti più gravi

⁵⁰ Cfr. sul punto BRUNS, *cit.* a nota 10, p. 82, 680ss.; FRISCH, *cit.* a nota 7, p. 217, 229ss e in SK-StPO/Frisch § 337, 37a, num. a margine 173ss.; MAURER, *cit.* a nota 38, p. 126ss, 130ss, 139ss. (Ndt: qui l'autore si riferisce ai *Revisionsgerichte*)

⁵¹ Cfr. BVerfGE vol. 7 p. 207; vol. 18 p. 92; vol. 28 p. 160; BVerfGK vol. 17 p. 479; HERZOG in *FS Dürig*, 1990, p. 431, 434.

⁵² Si tratta soprattutto dei giudizi sulla tenuta costituzionale di quelle decisioni sulla misura della pena basate su accordi fra le parti. Oltrepassare il limite verso l'alto gioca qui un ruolo solo nell'operazione della cd. "*Sanktionsschere*". Sul punto BGHSt-GS 50, 40; BGH StV 2004, 470; NSTZ 2005, 393; 2008, 170. (Ndt: con *Sanktionsschere* si intende quella prassi giudiziaria che interviene al momento dell'accordo sulla misura della pena, e che prevede la proposta del giudice al reo di una fornice di pena: più lieve se decide di confessare, più alta se invece non intende farlo).

⁵³ Sul punto si vedano i riferimenti forniti nella nota 10.

⁵⁴ In tal senso già BVerfGE vol. 80 p. 255; vol. 95 p. 141; BVerfGK vol. 10 p. 139.

o più lievi. Qui – proprio per questo motivo! – ci si trova di fronte *anche* ad una violazione del principio di proporzionalità. Inoltre, si dovrà riconoscere una violazione del principio costituzionale di colpevolezza ogniqualvolta vengano inflitte pene palesemente arbitrarie: ciò avviene quando le stesse vengano fondate su motivazioni illogiche secondo il principio di colpevolezza e ci si allontani, pertanto, verso l'alto o verso il basso, dalla immagine classica della *schuldgerechte Strafe* (ciò vale anche per le decisioni sulla pena basate su accordi tra le parti)⁵⁵.

A ben vedere, vi sono svariati esempi di una siffatta definizione del fulcro costituzionale del principio di colpevolezza. Anche per il principio del giudice naturale precostituito per legge, ad esempio, si riconosce che non ogni violazione contro le disposizioni che regolano tale principio (ad esempio le norme sulla competenza) contengono una violazione del relativo principio costituzionale. Il divieto costituzionalmente garantito della privazione del giudice naturale precostituito per legge, infatti, viene violato solamente allorquando ci si allontani in modo arbitrario, e dunque in un modo non giustificabile oggettivamente, da quelle disposizioni⁵⁶.

⁵⁵ Ovvero quando si attribuisca alla confessione un significato ben più ampio, e così si alleggerisca il lavoro giudiziale: come se ciò fosse addirittura prescritto dalle regole che disciplinano la determinazione della pena e ne consegua, ad esempio, la riduzione della pena fino alla metà.

⁵⁶ Cfr. sul punto ad es. BVerfGE vol. 3 p. 364; vol. 82 p. 298; vol. 117 p. 356; BVerfG (K) NJW 2011, 2191, 2192.