

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA'

Premessa

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

La proporzionalità nell'ordinamento europeo

Nonostante il principio in esame sia stato riconosciuto, espressamente o in modo implicito, nella maggioranza dei paesi membri (con notevoli diversità di approccio al problema), l'attenzione verrà rivolta soprattutto all'ordinamento germanico; come è stato rilevato in dottrina, infatti “l'assenza di una puntuale analisi comparativa nella giurisprudenza comunitaria e la libertà della Corte nella ricostruzione dei principi non escludono, tuttavia, che la Corte, nell'enunciare dei principi generali, valorizzi alcune esperienze giuridiche proprie di ordinamenti degli Stati membri”²⁶. Il principio oggetto della presente indagine costituisce il classico esempio del metodo con cui la Corte di

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

Lussemburgo preferisce recepire la soluzione interna accolta da un singolo Stato, anziché ricercare una disciplina uniforme negli ordinamenti di tutti i Paesi membri. Avendo fatta propria, pressoché *in toto*, l'elaborazione ideata dalla Corte costituzionale tedesca, la giurisprudenza comunitaria ha finito, tuttavia, per adattarla alle esigenze ed alle specifiche peculiarità dell'Unione europea. In tal modo la proporzionalità europea finisce per delinearsi come un principio indipendente e dai caratteri propri rispetto alla regola di proporzione valevole in ambito interno. Infatti, come è stato osservato in dottrina, i principi generali, “una volta trasposti nell'ordinamento comunitario, vivono di vita propria, per soddisfare le esigenze proprie dell'ordinamento giuridico comunitario, nel quale le caratteristiche derivanti dall'ordinamento di origine perdono rilevanza”²⁷.

Di frequente, inoltre, la nozione in esame viene impiegata, quale limite al ricorso a contromisure in caso di reazione all'illecito, anche nell'ambito internazionale. Sulla base di tali considerazioni sommarie, si osserva come tale concetto venga invocato in articolazioni normative molto eterogenee. Il problema principale diviene, quindi, quello della possibilità ed opportunità di prospettare regole e criteri uniformi e comuni e, qualora si pervenisse alla ricostruzione di una definizione comune di proporzionalità, questa possa venir intesa quale generica esigenza di moderazione ed equilibrio, o se invece possa essere connotata da un maggior spessore tecnico²⁸.

In dottrina⁸¹ è stato evidenziato come, a seguito del Trattato di Lisbona, accanto ai due “vecchi” principi di proporzionalità (il *primo*, di conio marcatamente utilitaristico, intimamente legato ad un *secondo* principio di necessità della sanzione), se ne sono affiancati altri due, andandosi così a delineare un panorama comunitario di principi generali penali più ricco ma al tempo stesso maggiormente controverso; in breve: (1) un principio di proporzionalità materiale; (2) un principio di necessità della pena; (3) un principio di proporzionalità formale; (4) un principio di

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

²⁸ E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, 2000.

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

indispensabilità/ necessità di pena.

Le critiche di alcuni autori sono indirizzate principalmente alla constatazione che, a seguito di un raddoppio dei sotto-principi in tema di proporzionalità, si sarebbe auspicato una conseguente duplicazione delle protezioni e delle garanzie. Al contrario, si è osservato come molte scelte di criminalizzazione *post* Trattato di Lisbona siano censurabili sia sotto il profilo dell'*extrema ratio* sia nell'ottica utilitaristica di proporzione/necessità in senso materiale⁸².

1) *La proporzionalità materiale*

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

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

⁸² E' tuttavia necessario chiarire che i numerosi vincoli di penalizzazione posti con misure del terzo pilastro (segnatamente con le decisioni quadro) almeno in un'ottica formalistica non postulavano un giudizio europeo di necessità della pena. La *ratio* della penalizzazione per questi atti era sempre – e necessariamente – collegata, ex artt. 29 e 31 TUE nella versione del Trattato di Amsterdam, a necessità processuali di cooperazione giudiziaria orizzontale.

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

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

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

2) *Il principio di necessità*

Il principio in questione viene coerenziato, da un lato, come un corollario, dall'altro, come un postulato della proporzionalità materiale⁸⁶. Esso infatti, quale appendice della proporzione, costituendo il secondo polo dei tre snodi dell'*idoneità*, *necessità* e *proporzione in senso stretto*, resta in una prospettiva utilitarista. Quale presupposto assiologico, invece, ancorato all'ideologia illuminista penale ed espressamente sancito dall'articolo 8 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo del 1789⁸⁶, richiama l'idea del diritto penale come *extrema ratio*. Considerando, quindi, lo strumento penalistico come, in linea di principio, il più incisivo nella sfera privatistica del singolo, si conclude che la sanzione criminale potrà venir impiegata solamente quando questa si presenti come assolutamente necessaria alla protezione degli interessi in gioco.

3) *La proporzionalità formale*

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

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

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

della sanzione e di razionalità formale (assimilabile metodologicamente al c.d. principio di uguaglianza) la regola in parola opera con l'ausilio di uno o più fattispecie di riferimento in cui si assume che la pena sia determinata. E' proprio sulla base delle considerazioni appena svolte che si basa la critica avanzata da numerosi autori e diretta all'applicabilità dello schema ragionativo in questione nel contesto europeo⁸⁷. Il giudizio di proporzionalità formale presuppone infatti la conoscenza (quanto meno) di tre fattori: la gerarchia dei valori in gioco, la scala di sanzioni applicabili, l'ideologia penalistica di riferimento.

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

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

Infine viene analizzato un secondo principio europeo di necessità della sanzione, enunciato addirittura come “indispensabilità” nella formulazione del legislatore comunitario. L'articolo 83, secondo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) prescrive, infatti, che “Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione (...), norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in

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

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

questione possono essere stabilite tramite direttive”.

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

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

⁹⁴ M. DONINI, *Ragioni e imiti della fondazione del diritto penale della carta costituzionale*, in *Foro. it.*, 2001, parte V, 33, il quale aggiunge: “(...) Potrebbe in teorie essere di fatto un illecito amministrativo (come è oggi), ma venire qualificato come illecito formalmente penale dalla legge: la proporzione sarebbe rispettata limitatamente al tipo di

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

La proporzionalità in Germania

Nel sistema giuridico tedesco, il principio di proporzionalità, pur non essendo stato esplicitamente sancito in via generale in alcuna norma, è stato elevato dalla giurisprudenza a principio generale non scritto, la cui esistenza è stata poi individuata nello spirito della stessa Legge fondamentale, soprattutto nei suoi primi venti articoli¹⁶³.

Il canone della proporzionalità vanta origini antiche. Prima di assistere al suo imponente sviluppo sul piano comunitario, esso, sebbene ancora in forma embrionale e concettualmente indefinita, esplicava la sua portata nell'ambito del c.d. *Polizeirecht* prussiano quale divieto per i pubblici poteri amministrativi di utilizzare strumenti e meccanismi restrittivi della libertà individuale del cittadino oltre quanto risultasse strettamente indispensabile alla realizzazione dell'interesse pubblico¹⁶⁴.

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

sanzione. Senonché, a una valutazione di tipo assiologico ripugna che nel “penale-criminale” possano confluire illeciti di quel genere. Non si tratta, pertanto, di rispettare una proporzione di tipo agnostico e relativistico, ma di conferire al penale una soglia più significativa di gravità e serietà degli illeciti senza le quali non avrebbe più ragione di esistere”; allo stesso modo, si vedano le osservazioni svolte da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*; dello stesso autore si veda, inoltre, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 762; A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Roma, 2012, p. 211 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: judicial transplant, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, in corso di pubblicazione.

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

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

inesatto “entusiasmo” se non si specificasse che il principio in parola, collocato in un contesto schellinghiano che trova il suo fulcro nell'idea-forza dello Stato-persona, ha come riscontro una teoria dei diritti ancora decisamente autoritativa. In definitiva, la configurazione dello Stato quale “personalità assoluta” che condiziona ogni realtà giuridica degrada il concetto di libertà individuale in mero *Reflexwirkung* (effetto riflesso) di una “(...) volontaria autolimitazione del potere statale”¹⁶⁵. L'originaria limitatezza del contenuto applicativo della proporzionalità è data dall'assenza di un fondamento autonomo - e potenzialmente contrapposto a quello della volontà statale – della libertà individuale della persona. Quest'ultima è posta inevitabilmente in secondo piano, su di un piano asimmetrico e non isonómico, e viene perlopiù esaminata dall'angolo visuale di un'ideologia che colloca lo Stato in posizione di ontologica preminenza. Ristretto nei limitati confini materiali delle misure di polizia, il sindacato di proporzione non è connotato da specifici elementi di complessità, bensì da vita ad un riscontro di tipo essenzialmente formale avente ad oggetto la relazione sussistente tra un'ampia gamma di atti pubblicistici (ispettivi, investigativi, repressivi ecc.) e le finalità di essi, ovvero la protezione della sicurezza e della tranquillità dei consociati. Pertanto, il giudizio che ne scaturisce è configurabile come una meccanica valutazione quantitativa e non impegnativa sul piano delle scelte di valore.

Il quadro delineato muta radicalmente soltanto con l'avvento del *Verfassungsstaat*, nel quale i diritti, abbandonata la svalutativa denominazione di “diritti pubblici soggettivi”, vengono collocati a fondamento del sistema costituzionale, in posizione anteriore rispetto all'organizzazione pubblicistica, adesso preordinata funzionalmente alla loro salvaguardia. Pertanto, con il dissolvimento della concezione statocentrica, viene abbandonata la posizione defilata del sindacato di proporzionalità surrichiamato. Ne consegue, quale logico corollario, l'incorporazione

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

dell'elemento della *Abwägung der Interessen* nel perimetro applicativo del principio in parola, che oramai non ingloba in sé solamente l'attività pubblica esecutiva, bensì anche quella istituzionalmente svolta dal potere legislativo.

Con la trasposizione dello strumento della proporzionalità nell'ambito delle valutazioni di legittimità costituzionale, il suo modulo di giudizio va ad estendersi a “strumenti” non identificabili *a priori* ma ricavabili da apprezzamenti di merito e politici e risulta proteso, non più alla semplice stima dell'azione statale in termini di idoneità/necessità, bensì al riscontro dell'ammissibilità dell'intervento pubblico restrittivo, che può essere considerato ragionevolmente giustificato solo se posto a difesa di un valore di rango costituzionale e se posto in un rapporto di equilibrato bilanciamento con il diritto sacrificato¹⁶⁸.

Si legge: «*Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird als Verfassungsbegriff eine gesetzbrechende Kraft zugeschrieben; insofern sei dieses Prinzip “tedenziell starker Verbündeter eines liberalen Strafrechts”*»². In tal modo, Hassemer, autorevole giurista e giudice tedesco, attribuisce alla regola della proporzione la funzione di potenziale limite concettuale dell'ambito operativo-applicativo della norma penale, in conformità con i dettami, costituzionalmente e democraticamente sanciti, dell'*ultima ratio* e della sussidiarietà. In sostanza, il giurista in commento definisce la *Verhältnismäßigkeit* quale “forte alleato di un diritto penale di matrice liberale”.

Alcuni autori rilevano, tuttavia, come da una costante giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, nonché dalla letteratura giuridica in materia sia sovente emerso un sostanziale disaccordo tra il principio teorico della proporzionalità e la prassi ruotante intorno a quest'ultimo³. In generale, è

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

¹ W. HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, herausgegeben von Andres von Hirsch, Kurt Seelmann und Wolfgang Wohlers, Baden-Baden, 2006, p. 121.

² N. WRAGE, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt*, in *Grundlagen gesamte Strafrechtswissenschaft*, herausgegeben von Regina Harzer, Frankfurt am Main, 2009, p. 180 ss.

³ W. HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, herausgegeben von Andres von Hirsch, Kurt Seelmann und Wolfgang Wohlers, Baden-Baden, 2006, p. 121.

stato sottolineato che il significato pratico e concreto dei tre sotto-criteri della *Geeignetheit*, *Erforderlichkeit* e *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, in chiave di rigorosi veicoli di ricerca di confini materiali di un fatto penalmente rilevante, si presenta come assai ristretto ed angusto.

In particolare, in relazione alla prima fase esplicativa della proporzionalità, la accreditata dottrina surrichiamata ritiene che presupposto indispensabile ai fini della soluzione del quesito avente ad oggetto l'idoneità della fattispecie incriminatrice a soddisfare il fine legislativo predeterminato, è la previa sussistenza di una sufficiente chiarezza concettuale in ordine alla funzione che, all'interno dell'attuale sistema giuridico positivo, la sanzione criminale è chiamata a svolgere. Ma a ben vedere, emerge con lampante evidenza come, nel contemporaneo sistema vigente, l'ambito in questione si presenti come produttivo di una moltitudine di implicazioni e profili problematici (attinenti, tra l'altro, ai vasti temi della teoria del bene giuridico e della positiva [o negativa] funzione general- e speciapreventiva della pena)⁴. Viene, quindi, ribadita una sostanziale inattitudine della moderna scienza penalistica ad elaborare concetti generali intellegibili e precisi, idonei a condurre ad un serio giudizio valutativo in ordine alla *Geeignetheit* di una norma⁵.

Ampliando poi ulteriormente il raggio dell'analisi critica, la domanda principale, oggetto di molteplici trattazioni dottrinarie tedesche, è la seguente: può la regola generale della *Proportionalität*, *latu sensu* intesa, fungere da base di legittimazione dell'intervento normativo strettamente penalistico, o la funzione suddetta deve, più correttamente, rimanere confinata all'interno del tradizionale spettro operativo delle teorie retributiva e preventiva⁶?

Singoli autori, nell'ambito del quesito proposto, elencano i lati positivi di una siffatta base legittimativa. La proporzionalità, a detta dell'orientamento in parola, fornirebbe un più concreto e

⁴ N. WRAGE, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt*, in *Grundlagen gesamte Strafrechtswissenschaft*, herausgegeben von Regina Harzer, Frankfurt am Main, 2009, p. 180 ss.

⁵ Sul punto, merita di essere citato nuovamente HASSEMER, in *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*: "Die Konzepte, mit denen die Strafwissenschaft die Tauglichkeit des Strafrechts beurteilt, und deren Relationen zu den jeweiligen Zielbestimmungen des Strafrechts sind immer noch unklar und schwebend.", p. 121.

⁶ S. MIR PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgegeben von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p. 521 ss.

positivo fondamento (“*konkretere, positivrechtliche Grundlage mit Verfassungscharakter neisteuert*”)⁷, rispetto all'archetipo concettuale sviluppatosi nel pensiero penalistico “classico”. Quest'ultimo, in effetti, poggiando su di una concezione strettamente retributiva-preventiva, lungi dal fotografare fedelmente la normativa penale vigente, sarebbe difeso principalmente da fattori religiosi, etici e filosofici.

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

Si osserva inoltre come, avallando un configurazione lata della regola in commento, essa presenti una peculiare attitudine comprensiva e sintetica di molteplici ulteriori principi materiali penalistici. Vengono quindi elencati, tra gli altri, i principi di necessità, sussidiarietà, *ultima ratio*⁸, frammentarietà, offensività e la teoria dei beni giuridici⁹, tutti suscettibili di essere ricondotti all'interno della basilare logica della proporzionalità. Esclusa dal nucleo sostanziale dell'ampia categoria delineata, sarebbe solamente la regola della legalità, che attenendo alla forma più che alla sostanza, non appare riferibile al giudizio valutativo contenutistico della norma penale¹⁰.

Al di là delle molteplici analisi critiche sviluppatesi nella letteratura penalistica tedesca in materia, si osserva, in generale, che l'articolazione del principio di proporzionalità in successive fasi

⁷ S. MIR PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 522.

⁸ R. LAHTI, *Das moderne Strafrecht und das ultima-ratio-Prinzip*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p. 439 ss.

⁹ J. DE SOUSA E BRITO, *Strafzwecke im Rechtsstaat*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, herausgezogen von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, Heidelberg, 2010, p. 305 ss.

¹⁰ S. MIR PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 525.

applicative rendono la valutazione di proporzione, nel contesto germanico, un vero e proprio *test* di giudizio¹⁶⁹.

Nell'elaborazione giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht*, il controllo di proporzionalità viene disarticolato in tre diversi gradi di scrutinio. Il giudizio in esame può essere, pertanto, suddiviso in tre stadi in rapporto di successione tra di loro: la verifica d'idoneità (*Geeignetheit, Tauglichkeit*); il controllo di necessità (*Erforderlichkeit o Notwendigkeit*); infine il bilanciamento vero e proprio (*Abwägung o Proportionalität*)¹⁷². Le componenti in parola sono sorte nel contesto amministrativo e costituzionale tedesco, che ne rappresenta la culla, per poi irradiarsi nel sistema giuridico italiano pubblicistico per il tramite del diritto europeo che funge da collettore comune delle esperienze dei singoli Stati membri anche, ma non solo, in ragione della sua posizione di dominanza giuridica-istituzionale. Esse, a ben vedere, costituiscono altrettanti *test* di verifica progressiva e “a tre livelli” (“*dreistufige Prüfung*”) sull'uso proporzionato del potere pubblico.

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

Effettivamente la sostituzione del rigore espressivo e la conseguente stabilizzazione (e

¹⁶⁹ M. C. CICIRIELLO, *op. cit.*

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

prevedibilità) delle pronunce con i “moduli argomentativi della filosofia pratica”¹⁸⁵ pone evidenti problemi in relazione al rispetto dei principi generali in materia penale quali il principio di *legalità* e quello dell'*offensività*. Sancito, in generale, dall'articolo 25 della Costituzione, il principio di legalità viene specificato sul terreno penalistico dall'art. 1 del codice penale (a conferma della sua posizione di preminenza all'interno dell'impianto codicistico). Le affermazioni appena svolte, tuttavia, non possono essere accolte in modo acritico ed incondizionato, poiché in tal modo si trascurerebbe di considerare alcuni dati essenziali della realtà concreta; le pronunce costituzionali, a differenza di quelle “comuni”, sono soggette ad una forza costringente simile a quella degli argomenti giuridici, data da elementi, forze e “spinte emotive” (orientamenti politici, ideologie, condizionamenti ambientali, aspettative, obbligazioni di ruolo ecc.). Le feroci critiche dai toni provocatoriamente “apocalittici” che mirano ad un maggior rigore scientifico e ad un aumento della prevedibilità delle decisioni di un *Bundesverfassungsgericht* oramai politicizzato, sono pertanto solo parzialmente accoglibili.

L'incesto

La recente sentenza tedesca¹¹, emessa dal *Bundesverfassungsgericht*, che, riferita ad un reato penale che involge considerazioni che attengono all'area della morale (più che riferirsi a questioni rigorosamente tecnico-giuridiche) e che, astenendosi dall'incorporare un bene giuridico propriamente definito, qual'è il delitto di incesto, appare particolarmente emblematica e significativa all'interno del presente elaborato. Infatti, non solo l'*iter* logico-argomentativo seguito dalla Corte tedesca per giungere alla decisione di rigetto della questione di illegittimità costituzionale del § 173, comma 2, *StGB*¹² è, essenzialmente incentrato sull'applicazione del

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

¹¹ *BVerfGE* 120,224, sentenza 26 febbraio 2008, in www.bundesverfassungsgericht.de/

¹² La prescrizione, intitolata *Beischlaf zwischen Verwandten*, recita: «(1) Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen. (3) Abkömmlinge und Geschwister werden nicht nach dieser Vorschrift bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt waren.»

principio di proporzionalità, ma la pronuncia, trattando un caso che ha come protagonisti principali due fratelli nati dal matrimonio degli stessi genitori da cui sono nati quattro figli (due dei quali portatori di *handicap*) dal 2001 al 2005, ha ad oggetto la dibattuta norma dell'incesto, paradigmatico esempio di come la teoria dei beni giuridici stenti, attualmente, a fungere da idoneo elemento di legittimazione dell'intervento penale, e di come tale esigenza possa essere sopperita dal *Verhältnismäßigkeitgrundsatz*.

La decisione è inoltre rilevante sotto l'aspetto del metodo impiegato dalla Corte nella risoluzione del caso di specie¹³. “(...) La fattispecie di incesto – come è stato osservato – si rivela per noi un importante pietra di paragone per i presupposti della potestà punitiva dello Stato. Non solo si tratta di verificare gli argomenti razionali che vengono adottati a sostegno della sua legittimità, ma dobbiamo anche confrontarci con argomenti che introducono nel terreno dell'irrazionale”¹⁴. Ebbene, la nozione di “razionale”, evocando il procedimento di “secolarizzazione” del diritto (penale), ovvero la sua sostanziale emancipazione da uno stretto ancoraggio ad una determinata visione etico-religiosa, richiama la necessità di configurare obiettivi razionali per tale branca della scienza giuridica. Sarà pertanto necessaria quella “verifica scientifica dell'uso della sanzione penale”¹⁵ auspicata da alcuni autori, nonché il divieto per i concetti e le categorie penalistiche della scienza giuridica di abbracciare, conformandovisi, determinate concezioni morali, ove non siano presenti gli altri legittimi elementi costitutivi del reato. Proprio considerando i presupposti dell'elemento della razionalità rispetto allo scopo dell'incriminazione (*Zweckrationalität*) e quello dell'appiglio alla realtà empirica, che la pronuncia in questione appare censurabile nell'ambito di un copioso orientamento giurisprudenziale e dottrinale.

¹³ Per un'analisi approfondita della pronuncia, si veda A. NISCO, “Principio di proporzionalità” ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p.147 ss.

¹⁴ H. JUNG, *Zur Strafbarkeit des Inzests*, in *FS Lefrenz*, Heidelberg, 1983.

¹⁵ In particolare, si veda M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981. Dimostra, invece, come tale verifica sia ancora ben lungi dal significare una verifica empirica attenta alle reali conseguenze della norma penale DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.

