

MARIO CATERINI

LA PROPORZIONE NELLA DOSIMETRIA DELLA PENA
DA CRITERIO DI LEGIFERAZIONE A CANONE ERMENEUTICO

SOMMARIO: 1. *Il principio di proporzione nel pensiero giusfilosofico sulla pena.* – 2. *La dosimetria delle pene nei principi costituzionali e nel diritto comunitario.* – 3. *L'equilibratura interpretativa tra disvalori e pene.*

1. *Il principio di proporzione nel pensiero giusfilosofico sulla pena*

Da quando è stata abbandonata la 'legge del taglione', ancorata com'era ad un criterio meramente retribuzionista in senso strettamente materiale, cieca espressione di istinti primitivi di vendetta, e, quindi, da quando si è compreso che la pena non è legata al reato da un rapporto naturale od ontico, bensì da un nesso di natura puramente convenzionale e giuridica, si è posto il problema dell'adeguatezza che dovrebbe caratterizzare la risposta sanzionatoria penale rispetto alla gravità del reato¹. Negare che la pena abbia carattere 'naturale', infatti, non significa contemporaneamente affermare che il legislatore non debba seguire dei criteri di adeguatezza nella determinazione 'convenzionale' della pena.

Tale criterio, storicamente, è stato individuato nel principio di proporzione, il quale, sebbene recuperi nobili testimonianze nell'età antica, da *Le leggi* di Platone² alla *Magna Charta*³, solo con il pensiero

¹ La graduazione della pena in relazione alla gravità del reato non era ottenibile quando la sanzione penale era rappresentata da pene corporali e capitali, in quanto non frazionabili. Detta opportunità si è avuta solo con l'introduzione delle sanzioni convenzionali, detentive e pecuniarie.

² PLATONE, *Le Leggi*, IX, 875b, in G. REALE (a cura), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano, 2000, p. 1649. L'ateniese sostiene che per il ladro, sia che abbia commesso un grande o un piccolo furto, vi sia una sola legge e una sola pena: pagare il doppio di quello che è stato rubato. Clinia non condivide la proposta poiché la gravità dei furti può essere profondamente diversa. L'ateniese concorda con Clinia ed ammette di essersi lasciato fuorviare dalla foga. Si veda L. STRAUSS, *Le Leggi di Platone: trama e argomentazione*, a cura di C. Altini, Soveria Mannelli, 2006, traduzione ita-

illuminista (in particolare con i principi di legalità, uguaglianza e misurabilità delle pene), ha trovato il necessario sostrato giusfilosofico con le fondamentali opere di Montesquieu⁴, Beccaria⁵, Filangieri⁶, Pagano⁷ e Bentham⁸, quale valido criterio per guidare il legislatore

liana di A.S. Caridi dell'edizione originale *The Argument and the Action of Plato's "Laws"*, Chicago, 1975, pp. 181-182.

³ La *Magna Charta Libertatum* del 15 giugno 1215 all'art. 20 affermava il principio di adeguatezza della pena rispetto ai piccoli reati e di proporzione della stessa in relazione alla gravità del delitto: «*Liber homo non amercietur pro parvo delicto, nisi secundum modum delicti; et pro magno delicto amercietur secundum magnitudinem delicti, salvo contentamento suo.*».

⁴ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), Libro VI, Capitolo XVI, edizione con commento di R. Derathé, traduzione italiana di B. Boffito Serra, Milano, 1989, p. 240, dedicava un capitolo alla «giusta proporzione tra le pene e il delitto» sostenendo l'essenzialità dell'«armonia» tra le pene; mentre nel Libro XII, Capitolo IV, p. 343, mostrando un retaggio di derivazione ontica, affermava che la libertà è favorita dalla natura delle pene e dalla loro proporzione, nel senso che condizione della libertà era che le pene fossero tratte dalla natura particolare di ogni delitto evitando, così, l'arbitrio del legislatore.

⁵ Anche C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), dedicava un paragrafo (§ 6) alla proporzione tra i delitti e le pene (edizione a cura di A. Burgio, Milano, 1991, p. 44). Con una chiara ispirazione utilitaristica, ed applicando il principio della “pena minima necessaria” di cui al § 2 della sua opera, introduceva il principio della proporzione tra delitti e pene in ragione della necessità che il legislatore imponesse degli ostacoli più forti, quindi sanzioni più severe, contro quegli atti che mostravano una maggiore contrarietà al «ben pubblico». Secondo il criminalista milanese, «se la geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane», alla «scala dei disordini» sarebbe dovuta corrispondere una scala delle pene. Sul tema cfr. F. ZANUSO, *I «fluidi» e «le bestie di servizio». Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in F. ZANUSO - S. FUSELLI (a cura), *Ripensare la pena*, Padova, 2004, p. 111 ss.

⁶ Il principio di proporzione tra delitto e pena fu affermato anche da G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), Parigi, 1853, ristampa anastatica, Napoli, 2003, Libro III, Parte II, Capo XXV, p. 189, n. 19: «Se ogni delitto deve avere la sua pena proporzionata all'influenza che ha sull'ordine sociale il patto, che si viola, ed al grado di malvagità che si mostra, nel violarlo; le leggi debbono dunque ben distinguere i delitti, per ben distinguere le pene.».

⁷ F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e logica de' probabili*, pubblicazione postuma, Napoli, 1828, Capo XIV, p. 34 ss., sostenne che, non potendo la libertà del cittadino essere strumentalizzata per finalità utilitaristiche, i sistemi di pura intimidazione dovevano essere rifiutati e la proporzione tra reato e pena doveva es-

nella determinazione astratta della pena⁹.

Del resto, già Bentham¹⁰, ma anche Carrara¹¹ e, in maniera pun-

sere considerata alla stregua di un limite invalicabile, così fondando una concezione strettamente retributiva della pena. Il forte influsso delle dottrine giusnaturaliste seicentesche poneva l'illuminismo partenopeo al riparo dalle visioni utilitaristiche proprie delle esperienze transalpine, perciò nell'opera di Pagano la pena non era il frutto di un'impostazione contrattualistica, come invece nell'impostazione di Beccaria. In tema si veda E. PALOMBI, *Mario Pagano e la scienza penalistica del secolo XIX*, Napoli, 1989, p. 32 ss.

⁸ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénal* (1802), Bruxelles, 1840, Tomo I, Capitolo II, p. 157, sottolineò che se Montesquieu e Beccaria avevano elaborato ed evidenziato l'importanza del principio di proporzione, non ne avevano però indicato il contenuto in maniera sufficientemente precisa. Il giurista inglese dettò le regole principali di questo principio che definì di *arithmétique morale*. La quarta di queste regole recitava che «*Plus un délit est grand, plus on peut hasarder une peine sévère pour la chance de le prévenir. N'oublions pas qu'une peine infligée est une dépense certaine pour acheter un avantage incertain. Appliquer de grands supplices à de petits délits, c'est payer bien chèrement la chance de s'exempter d'un mal léger. La loi anglaise qui condamnait au supplice du feu les femmes qui avaient distribué de la fausse monnaie, renversait entièrement cette règle de proportion. La peine du feu, si on l'adopte, devrait au moins être réservée à des incendiaires homicides*». In senso analogo ID., *Théorie des peines et des récompenses*, Tomo I, Parigi, 1818, p. 32, ove il principio è riportato nella quinta regola.

⁹ L'art. 15 della Costituzione francese del 1793 prevedeva che la legge doveva decretare solo pene strettamente ed evidentemente necessarie e che le pene dovevano essere proporzionate al delitto e utili alla società. Così l'art. 12 della Costituzione sempre francese del 1795, all'art. 12 sanciva che la legge doveva decretare solo pene strettamente necessarie e proporzionate al delitto. Precedenti legislativi, anteriore anche alle opere di Montesquieu e Beccaria, sono state le Costituzioni del Re di Sardegna del 1723 e del 1729, secondo le quali nella fissazione delle pene doveva osservarsi una giusta ed adeguata proporzione rispetto ai delitti.

¹⁰ J. BENTHAM, *Théorie*, cit., p. 24, asseriva che il principio affermato da Montesquieu e Beccaria, secondo cui la pena deve essere proporzionata al delitto, pur essendo una «*maxime excellente*» era però «*plus édifiante qu'instructive*»; per questa ragione cercava di specificarne il significato con le regole prima richiamate in nota. A. CAPACE MINUTOLO, *Sulla proporzione delle pene secondo la diversità de' tempi*, Modena, 1931, ristampa anastatica, Bologna, 1972, p. 13, in una prospettiva distante dalle teorie illuministiche, nel tentativo di difendere la severità della legislazione del duca di Modena, scriveva: «Or quali saranno le pene adatte? quale la proporzione tra esse e l delitto da serbarsi? In tale proposito nulla può dirsi di assoluto».

¹¹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto penale*, ristampa, Bologna, 2004, §§ 695 e 696, pp. 469 ss., evidenziò che il principio di proporzione tra delitto e pena, sebbene ormai ampiamente riconosciuto, rimaneva una formula nebulosa. L'illustre criminali-

tuale, Bovio¹², nonché, in tempi più recenti, Hart¹³, hanno evidenzia-

sta toscano, quindi, cercò di chiarire quali dovessero essere i cardini della proporzione, incentrando il ragionamento sulla funzione che egli attribuiva alla pena. La sanzione penale, nella sua ottica, era una «riparazione politica»: non si minacciava e applicava la pena per nuocere al reo, ma per «distruggere il turbamento degli animi cagionato dal delitto, e ristabilire la coscienza della sovranità del diritto e della sicurezza nella civile società»; oggi si direbbe, con linguaggio sostanzialmente 'neoretribuzionistico', per stabilizzare il sistema sociale con la riaffermazione della vigenza della norma violata e il ripristino della fiducia dei consociati nella norma stessa. La proporzione, dunque, non poteva essere rintracciata in un 'rapporto materiale' tra il fatto del delitto e quello della pena, proporzione solo nominale ed effimera, bensì tra gli «effetti morali» del delitto e quelli della pena. Non poteva esistere una reale uniformità tra quanto pativa la vittima e quanto il condannato, bensì la proporzione andava ragguagliata tra quanto il reo avesse operato «per eccitar o per intimorir i consociati» e quanto la pena fosse capace di «tranquillizzare i medesimi».

¹² G. BOVIO, *Saggio critico del diritto penale* (1872), Milano, 1912, Parte I, § IV, p. 22 ss., premesso che non esiste idea di giustizia fuori dall'idea di proporzione, pose la questione se le proporzioni filosofiche e morali fossero diverse da quelle matematiche. L'idea che aveva del concetto, del resto, era stringente, nel senso che «la proporzione è proporzione senza più o meno» e occorreva farne applicazione al reato e alla pena per comprendere se la giustizia penale avesse o no proporzione, che voleva dire se fosse o meno giusta. Egli non riteneva che il «mondo morale» fosse di per sé estraneo all'idea di proporzione, distinguendo una proporzione con mero valore estetico, caratterizzato da un'«armonia o convenienza di parti», e una proporzione con valore matematico, ossia quella con «eguaglianza di ragioni». Precisava, però, «che qui si ragiona di proporzione matematica: chè in fatto di giustizia penale l'armonia estetica enterebbe come il cipresso di Orazio nella dipintura del naufrago». Trattandosi di «eguaglianza di ragioni», la proporzione matematica doveva concretarsi in un'equazione in cui i termini si potevano alternare e invertire; ciò implicava necessariamente l'omogeneità degli stessi termini dell'equazione, nel senso che non poteva esistere proporzione matematica tra termini eterogenei. Dunque, la proporzione penale tra reato e pena, termini eterogenei, era «intrinsecamente assurda» e tale da far «ridere i matematici e i filosofi». L'illustre napoletano, dunque, arriva alla conclusione che tra reato e pena non può rintracciarsi alcun rapporto di proporzione, spiegando ulteriormente, con un acuto ragionamento, che questo rapporto non potrebbe essere recuperato neanche nella forma della «ragione» o della «approssimazione». Dimostrato che la proporzione, fondamento del diritto, è introvabile nella pena contrariamente a quanto sosteneva la Scuola classica, l'Autore la individuò nella giustizia sociale che, tuttavia, non riteneva attuabile senza una riforma dello Stato.

¹³ H.L.A. HART, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, introduzione e traduzione italiana di M. JORI, Milano, 1981, pp. 188 ss.

to l'impossibilità di commisurare la pena al delitto in quanto la loro eterogeneità e la difficoltà di ragguagliare e omogeneizzare l'una all'altro, impediscono di rinvenire un criterio puramente oggettivo e inalterabile di quantificazione della sanzione penale¹⁴. Alla fine, dunque, l'indicazione astratta della pena è legata pur sempre ad una valutazione 'politica' del legislatore¹⁵.

Appurato che non esiste alcun canone ontologico per ragguagliare in maniera sufficientemente proporzionata la pena al reato, essendo due entità profondamente eterogenee, la questione è quella di focalizzare un criterio assiologico che, nell'individuazione della pena, sfugga il più possibile all'arbitrio e all'irrazionalità, sia nell'astratta fase edittale riservata al legislatore, sia nelle successive fasi di concreta inflizione giudiziale e di esecuzione della sanzione penale. Soffermando l'attenzione sulla prima fase, si può dire che il compito definibile, con espressione filangieriana, di scienza della legislazione, se ha impegnato molto i pensatori illuministi e quelli ottocenteschi¹⁶, nei tempi successivi, in Italia, è risultato meno indagato, con ciò pa-

¹⁴ Sull'argomento, più di recente, si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, p. 395 ss. Si veda pure L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 926. Sul principio di proporzione nella dottrina penalistica a cavallo tra '800 e '900, si veda M. SBRICOLI, *La penalistica civile. Teoria e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, 1990, pp. 167 s.

¹⁵ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, Torino, 1950, p. 4, all'obiezione secondo la quale il principio di proporzione, nella comminazione astratta della pena, non si possa applicare secondo criteri rigorosamente scientifici, replicava ricordando che i rapporti sociali sono sempre basati su convenzioni e sull'empirismo, non essendoci spazio per la rigidità scientifica. Conferma della natura eminentemente 'politica' della determinazione astratta della pena si può trarre anche dall'altra tesi – maturata in ambito culturale affatto diverso –, secondo la quale la ricerca di una proporzione tra delitto e pena è l'esaltazione della concezione del tempo come misura astratta del valore. Cfr. G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale* (1939), traduzione di D. Melossi e M. Pavarini, Bologna, 1978. In tema si veda pure M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, traduzione di A. Tarchetti, Torino, 1976, p. 59.

¹⁶ Si può ricordare G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., p. 189, nn. 16, 17, 18 e 19; J. BENTHAM, *Traité*s, cit., p. 157; ID., *Théorie*, p. 32; F. CARRARA, *Programma*, cit., pp. 431 ss., che dedicò tre capitoli ai criteri che dovevano fungere da guida nella determinazione della qualità, della quantità e del grado della pena.

lesando un contegno poco critico della dottrina penalistica verso le scelte del legislatore¹⁷.

¹⁷ Hanno evidenziato la scarsa attenzione della dottrina italiana verso le scelte legislative relative alle cornici edittali L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 396 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema delle comminatorie edittali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 437. Anche M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 228, ha rilevato la carenza nel panorama scientifico italiano di una compiuta elaborazione teorica sulle cornici edittali, pur evidenziando nel contempo alcuni contributi scientifici, ivi citati, costituenti un importante apporto per la sua realizzazione. Abbondano invece gli studi in lingua tedesca sulla commisurazione della pena (*Strafzumessung*) e i limiti edittali (*Strafrahmen*), volti a comprendere come la cornice edittale possa influenzare la quantificazione proporzionata della pena da applicare; tra i tanti: W. HASSEMER, *Die Rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens*, in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968, pp. 281 ss.; H. ZIPF, *Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977; H.J. BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, 2^a ed., Köln, 1985; H.J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Berlin, 1994; B. GÖTTING, *Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis. Eine empirische Untersuchung anhand der Strafverfolgungst Statistik für die Jahre 1987 bis 1991*, Frankfurt M., 1997; T. SCHOTT, *Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung*, Baden Baden, 2004. Non può farsi a meno di richiamare anche il diverso orientamento relativo al concetto di proporzionalità della pena, slegato dalle cornici edittali, proprio dell'esperienza giuridica nordamericana. In tema si veda G. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova, 1996; L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI (a cura), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 93 ss. La riflessione della penalistica italiana del XX Secolo in merito alla determinazione della pena è stata dedicata soprattutto alla fase di comminatoria concreta di competenza del giudice. Sull'argomento la letteratura è ampia; tra i tanti scritti si possono ricordare G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ristampa in *Il Tommaso Natale*, 1975; G. BETTIOL, *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, pp. 109 ss.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, pp. 73 ss. e 323 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1968; ID., *La commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 34; P. NUVOLONE, *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Vol. II, Padova, 1969, pp. 1558 ss.; T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, pp. 369 ss.; A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 25 ss.; V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, *passim*.

Secondo una prima e più risalente teorizzazione, la pena proporzionata era quella che superava il vantaggio del delitto¹⁸. Si contrapponeva, dunque, il ‘vantaggio’ del reato (con cifra positiva), allo ‘svantaggio’ della pena (con cifra negativa). A prescindere dalla difficoltà di comparare i due termini del rapporto, l’ottica era meramente prevenzionistica e risultava proiettata più verso l’efficacia della pena che verso un’effettiva proporzione della stessa¹⁹.

Le opere di Rossi²⁰ e di Carmignani²¹, d’altro canto, sono risultate utili a comprendere che la proporzione è necessariamente relativa e non assoluta, nel senso che, posta l’eterogeneità della pena rispetto al reato, il rapporto equilibrato deve essere rintracciato fra i diversi reati e le correlate pene previste nell’ordinamento, in modo che la valutazione di congruità si fondi, estendendosi, sulle relazioni intrasistematiche.

Il rapporto intrinseco di proporzione tra reato e pena, invece, è stato inteso in maniera più evoluta da Jhering, il quale ha teorizzato una relazione tra entità entrambi negative, ossia tra l’offesa al bene e il danno della pena²². In questo modo, l’impostazione tradizionale dello svantaggio/vantaggio è stata capovolta: «È l’offesa del reato che deve corrispondere al danno della pena»²³. Tale affermazione risulterà utile nel prosieguo di questo scritto per sostenere che – posto che sia l’offesa a dover essere proporzionata alla pena – la fattispecie deve essere costruita, ma anche interpretata, in modo da rispettare questa relazione equilibrata.

Dunque, è ormai acquisizione generalmente condivisa quella se-

¹⁸ Cfr. S. v. PUFENDORF, *De jure natura et gentium* (1672), ristampa Berlino, 1998, Vol. 2, Libro VIII, cap. III, parr. 7 e 24; J. BENTHAM, *Théorie*, cit., p. 25.

¹⁹ Anche G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale* (1791), nuova edizione, Milano, 1857, pp. 283 ss., riteneva proporzionata la pena se efficace ad arginare la ‘spinta’ al delitto.

²⁰ P. ROSSI, *Trattato di diritto penale* (1832), nuova traduzione italiana con note e addizioni di E. Pessina, Torino, 1859, p. 415.

²¹ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Tomo III, Pisa, 1832, p. 215 s.

²² Cfr. R. v. JHERING, *Lo scopo del diritto* (1877-1883), a cura di M. Losano, Torino, 1972, p. 346.

²³ Cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., p. 445.

condo cui la scelta da parte del legislatore di una certa qualità e quantità della pena dovrebbe dipendere dalla gravità del reato, che a sua volta dovrebbe essere desunta in astratto sia dall'offesa oggettiva, dalla dannosità sociale, sia assumendo come parametro la colpevolezza o, meglio, il titolo di imputazione soggettiva²⁴. Al principio di proporzione, inoltre, con le sue implicazioni di carattere generale

²⁴ Il bilanciamento tra le due componenti è ormai acquisizione dei moderni sistemi penali, a differenza di quelli arcaici che propendevano prima per una ricostruzione della responsabilità penale fondata più che altro sul danno oggettivo, poi prevalentemente sull'elemento soggettivo. In merito sia consentito il rinvio alla ricostruzione storica contenuta in M. CATERINI, *Il reato eccessivo*, Napoli, 2008, pp. 10 ss. La colpevolezza, nella matura dottrina, ha acquisito un ruolo fondamentale anche di politica criminale, in particolare con riferimento alle sue esigenze orientate ai fini della pena, nel senso che se nella commisurazione della sanzione la colpevolezza non può essere mai superata in virtù della sua portata garantistica, al di sotto di detto limite massimo il proporzionamento della pena dovrebbe essere compiuto in ragione delle esigenze di prevenzione generale e speciale. In tema si veda C. ROXIN, *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, in *Festschrift für Hans Schultz*, Bern, 1977, pp. 463 ss.; ID., *Prävention und Strafzumessung*, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, München, 1978, pp. 183 ss. Per la distinzione, sempre roxiniana, della colpevolezza (*Schuld*) come fondamento della punibilità legata alle esigenze della retribuzione, e come limite alla punibilità propria delle esigenze garantistiche dello Stato di diritto, ID., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, 1966, p. 384. L'autorevole studioso tedesco, critico verso la concezione retributiva della pena, ha così recuperato il principio di colpevolezza, liberandolo dai suoi originari legami con la proporzione che implicavano presupposti di ordine metafisico come la libertà del volere, per farne l'uso di limite alla potestà punitiva dello Stato. Se detta funzione garantistica svolta dalla colpevolezza è ormai acquisizione indiscutibile, alla teoria roxiniana è stato però obiettato che se bisogna abbandonare quelle radici da cui nasce il concetto stesso di colpevolezza – perché connotate eticamente e problematiche rispetto ai principi dello Stato di diritto –, alla colpevolezza rimane la fondamentale funzione di garantire la proporzione della pena. Dunque, è opportuno «sostituire questa sorta di 'colpevolezza senza riprovevolezza' con un concetto concreto di proporzionalità, i cui criteri di valutazione dovrebbero essere dati dal titolo di imputazione soggettiva e dalla gravità del fatto sotto il profilo della dannosità sociale – nel senso del grado dell'offesa al bene giuridico e del disvalore espresso dalle modalità di aggressione allo stesso». Il limite garantistico al potere punitivo dello Stato, dunque, è rappresentato proprio dal principio di proporzione, ricavabile dai parametri della 'ragionevolezza' desumibili dall'art. 3 Cost. Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, pp. 88 ss. e in particolare p. 92.

secondo cui una reazione è legittima solo se commisurata all'azione offensiva, è riconosciuto il ruolo di fondamento di qualsiasi teoria razionale della funzione della pena e anche dei principi di sussidiarietà, di offensività e della teoria del bene giuridico²⁵.

Si è già detto, però, che se la pena è quantificabile, difficilmente lo è il reato, *a fortiori* se nella sua 'misura' deve rientrare anche l'imputazione soggettiva, che per la sua natura sfuggente è, rispetto all'offesa oggettiva arrecata dal reato, forse più difficilmente misurabile. È impossibile, dunque, come ha spiegato analiticamente Bovio²⁶, superare l'eterogeneità tra reato e pena, ciò significando che i pur possibili parametri utilizzabili dal legislatore per ragguagliare la pena al reato, sono tutti oggettivamente imperfetti, orientativi, approssimativi, alla fine espressione di un giudizio di valore, dunque il risultato di una 'scelta' di opportunità etico-politica²⁷.

²⁵ Infatti, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 165-166, oltre a sostenere che il principio di proporzione è mediatamente costituzionalizzato per implicazione logica, ha evidenziato anche che qualsiasi funzione si voglia attribuire alla pena, per essa deve valere comunque il principio di 'proporzionalità'. Anche T. PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., p. 443 s., mette in luce che l'affermazione del principio di proporzione, se in qualche modo trae origine dalla concezione retributiva della pena, non significa uniformarsi alla stessa, in quanto il principio non è di per sé antagonista rispetto alle finalità preventive della pena. In tal senso pure G. FIANDACA, nota a Corte cost., 25 luglio 1994, n. 341, in *Foro it.*, 1994, I, 2585 ss.

²⁶ G. BOVIO, *Saggio critico*, *ibidem*; U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri* (1932), 2ª ed., Torino, 1974, p. 119, ha sostenuto che con questa opera è iniziata «una nuova epoca nella storia del diritto penale italiano».

²⁷ Benché detti criteri possano vantare origini nobilissime – a partire da T. HOBBS, *Leviathan*, 1651, Cap. XXVII *Of crimes, excuses, and extenuations*, traduzione italiana di M. Vinciguerra, *Leviatano*, Bari, 1911, Vol. I, p. 256; S. v. PUFENDORF, *De jure natura et gentium*, cit., Libro VIII, cap. III, parr. 7 e 24; J. BENTHAM, *Traité*, cit., p. 157; ID., *Théorie*, p. 32 – si scontrano tutti con l'obiezione difficilmente superabile dell'eterogeneità dei termini della proporzione e della non misurabilità del reato. Anche la recente dottrina tedesca è giunta a risultati non dissimili allorché, nel più ampio dibattito sul principio di proporzione, ha affermato che il 'punto di riferimento' (*Ankerpunkt*) per la costruzione di un sistema proporzionale tra i reati e le pene, non ha natura squisitamente tecnico-giuridica, ma prevalentemente 'convenzionale' che affonda le proprie origini nella storia e nella cultura di una certa società. Cfr. R.A. DUFF, *Was ist Tatproportionalitat, und warum ist dieses Prinzip*

Utilizzando un ossimoro geometrico si potrebbe dire che i reati e le pene sono posti su due piani paralleli che, però, considerata la loro eterogeneità, non sono [perfettamente] sovrapponibili. Il parallelismo è dato dalla constatazione che ad ogni reato corrisponde una pena predeterminata dal legislatore entro limiti quantitativi: un rapporto, dunque, di [utopica] proporzionalità verticale *infra delicta*. I piani, invece, rappresentano i due sistemi, quello dei reati e quello delle pene: ossia, un rapporto di [ideale] proporzionalità orizzontale *inter delicta*²⁸.

Se la relazione verticale non è dotata di proporzionalità ontologica, rappresenta, comunque, la cifra, nel senso proprio di dato numerico, che il legislatore ordinario attribuisce convenzionalmente al disvalore di ogni reato, nella componente oggettiva e soggettiva, mediante la cornice edittale²⁹. Ma la *Konventionalität* del rapporto *infra delicta* non esclude che, in particolare, il piano del sistema dei reati debba essere informato ad una sua proporzionalità interna, frutto di una costruzione razionale e coerente dei rapporti tra le diverse fattispecie; ossia, ad una coerenza interna al piano sistemico delle fattispecie. Se, come si è detto, è impossibile valutare algebricamente in maniera ontologica la gravità di un reato, ciononostante resta valida la considerazione che se due diverse fattispecie sono sanzionate con la stessa pena, nell'apprezzamento convenzionale del legislatore ordinario dovrebbero possedere medesimo disvalore³⁰.

wichtig?, e A. v. HIRSCH, *Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen*, in W. FRISCH - A. v. HIRSCH - H.J. ALBRECHT (a cura), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg 2003, pp. 23 ss., 47 ss.

²⁸ Sul distinguo tra proporzionalità orizzontale e verticale si veda H.J. ALBRECHT, *Strafzumessung*, cit., p. 97.

²⁹ Con le parole del giureconsulto PAPINIANO, si potrebbe dire che *poena est aestimatio delicti*, (*Leg. 41 ff. de poenis*), con ciò significando che si tratta di una operazione di valutazione convenzionale; valutazione che ha fatto concepire il sistema delle pene come un 'tariffario', con l'implicazione che quest'ultimo dovrebbe rappresentare la scala dei valori, storica e sociologica, propria di una certa società. A tal proposito si veda R. v. JHERING, *Lo scopo del diritto*, cit., p. 346; F. CARRARA, *Programma*, cit., p. 471, che parlava di pena come «cambio di valori»; H.L.A. HART, *Responsabilità*, cit., p. 194 ss.

³⁰ In tema si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 399.

Sempre sul piano del rapporto *inter delicta*, può accadere, però, che la scelta convenzionale del legislatore ordinario contrasti col principio di proporzione: si pensi, ad esempio, a due reati che offendono lo stesso bene giuridico con modalità del tutto assimilabili, sanzionati tuttavia con pene differenti; oppure a due fattispecie che offendono sempre lo stesso bene, ma con modalità oggettive e con-
tegni soggettivi dissimili, gli uni palesemente e obiettivamente più gravi degli altri, sanzionati però con la medesima pena o, addirittura, invertendo i disvalori, il primo con una sanzione meno severa del secondo. Si pensi, ancora – questa volta uscendo dai soli rapporti intrasistemati tra le fattispecie –, al caso in cui una norma incriminatrice punisca in modo più blando una condotta dolosa che offende in maniera pregnante un bene giuridico all’apice dei valori costituzionali, a fronte di un’altra norma che punisca più severamente un’azione meramente colposa lesiva di un bene di minor rilevanza³¹.

In tutti questi casi, non infrequenti nella nostra legislazione, ricorrono delle incoerenze sistematiche, interne ed esterne, rispetto all’ideale razionalità dei rapporti ‘proporzionali’ tra fattispecie. Per questa via è possibile recuperare il principio di proporzione inteso non in senso ontico, ma come parametro per saggiare la razionalità del sistema delle fattispecie convenzionalmente elaborato dal legislatore penale³². Spetta ora capire se, e in che modo, detto principio

³¹ L’esempio fa comprendere come, oggi, sia relativa l’affermazione di R. v. JHERING, *Lo scopo del diritto*, cit., p. 346, secondo cui «La tariffa della pena misura il valore dei beni sociali», in quanto detto ‘valore’ attualmente non può non essere ‘misurato’ prioritariamente alla stregua dei valori costituzionali. A tal proposito si può richiamare la distinzione tra ‘razionalità’ e ‘ragionevolezza’ ricavabile da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 147 ss., e richiamata da A. PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori o sproporzione «irrazionale»?*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 775. La prima è determinata dalla coerenza logica, la seconda dall’adeguatezza ad un valore. Da ciò discende che la comparazione dell’importanza di due beni giuridici in relazione alla misura delle pene predisposta a loro tutela, non è un processo solamente razionale, ma anche ispirato ai canoni della ragionevolezza in quanto involge valutazioni assiologiche di tipo ideologico-politico. Del resto, se dette ultime valutazioni sono cristallizzate nella gerarchia dei valori costituzionali, il criterio della ragionevolezza può essere utilizzato anche dall’interprete.

³² Infatti, secondo A. CERRI, *Nuove note sul principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*,

possa essere utilizzato per porre rimedio alle discrepanze esistenti tra il sistema ideale e quello reale. Utilizzato in questa [prima] maniera, il principio di proporzione non assume tanto una connotazione 'positiva', utile a determinare quale sarebbe la utopica giusta proporzione, bensì una valenza 'negativa', capace di individuare quale non è la giusta proporzione, ovvero di svelare le sproporzioni, alcune volte anche lampanti, nel sistema delle relazioni tra fattispecie³³.

2. *La dosimetria delle pene nei principi costituzionali e nel diritto comunitario*

La Corte costituzionale italiana, sollecitata in vario modo dalla dottrina più sensibile³⁴, è ormai arrivata al risultato, almeno come enunciazione ideale, secondo cui i principi di uguaglianza e di rieducazione impongono che la reazione penale debba essere parametrata in modo proporzionato sia al disvalore d'evento, sia a quello d'azione³⁵.

1971, p. 981, la 'ragionevolezza' ha un carattere relazionale e non impone il contenuto a cui le leggi si devono uniformare, ma richiede solo che le stesse siano coerenti e armonizzate.

³³ Evidenzia la valenza 'negativa' del principio di proporzione M.A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, ristampa aggiornata, Torino, 1998, p. 104, richiamando anche il pensiero di H.L.A. HART, *Responsabilità*, *ibidem*.

³⁴ La letteratura sul tema è molto vasta e in questa sede non è possibile tentarne un richiamo, sia pur limitato; si veda per tutti, S. MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., *passim*.

³⁵ Anche la Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) ha compiuto un'elaborazione del principio di proporzione, attraverso il quale controlla le scelte di penalizzazione, secondo uno schema in qualche modo assimilabile a quello che la Consulta italiana utilizza mediante il connubio ragionevolezza/offensività; ciò dimostra ulteriormente che il principio di proporzione si pone in intima connessione teorica e logica anche col canone dell'offensività. Per i punti di convergenza, in materia, della giurisprudenza costituzionale tedesca con quella italiana, si può richiamare *Bundesverfassungsgericht*, 9 marzo 1994, in *BVerfGE*, 90, 145, in tema di uso di sostanze stupefacenti. Nell'esperienza nordamericana il canone costituzionale di riferimento è rappresentato dall'VIII emendamento che vieta di imporre «*cruel and unusual punishments*». L'elaborazione della Suprema Corte americana sul tema, se si è incentrata soprattutto sulla legittimità della pena di morte, non ha però trascurato di verificare l'incidenza del principio anche sulle pene detentive, arrivando alla conclusione, nella decisione *Solem v. Helm* (vol.

La Consulta si è interessata in più occasioni della proporzione delle pene, secondo due principali direttrici³⁶. La prima è quella relativa al rapporto di proporzionalità fra la gravità del reato e l'entità della pena (*infra delicta*). L'orientamento della Corte è abbastanza costante sul punto, nel senso che il principio d'uguaglianza, di cui all'art. 3, co. 1, Cost., «esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso»³⁷; solo l'ossequio a questo asserto permette al sistema sanzionatorio di adempiere sia la funzione di difesa sociale, sia quella di tutela degli individui. Il principio è così fondato anche sull'art. 27, co. 3, Cost., in quanto la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale provocata dalla previsione di una sanzione penale manifestamente eccessiva rispetto al disvalore dell'illecito, vanifica il fine rieducativo della pena³⁸. La Consulta ha precisato che sebbene le valutazioni in merito alla proporzione astratta tra reato e pena afferiscano al potere discrezionale del legislatore, le stesse possono essere comunque censurate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, nel momento in cui oltrepassino i limiti della ragionevolezza³⁹.

463 U.S., 277, 28 giugno 1983), che il giudizio di proporzione è frutto di una comparazione in quanto devono essere valutati: la gravità dell'offesa, la pena comminata nello stesso Stato per altri reati, la pena prevista in altri Stati per lo stesso reato.

³⁶ Per una puntuale e completa analisi della giurisprudenza costituzionale in materia si veda S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato i legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 134 ss.

³⁷ Cfr. Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409, in *Cass. pen.*, 1990, I, pp. 781 ss.

³⁸ La Corte, dunque, ha riconosciuto che la finalità rieducativa della pena non è circoscritta alla sola fase dell'esecuzione, costituendo invece una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la sanzione penale nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Tale finalità rieducativa, perciò, impone una costante proporzione tra la qualità e la quantità della sanzione, da una parte, e l'offesa e il disvalore del fatto, dall'altra. Cfr. per tutte, Corte cost., 12 luglio 1995, n. 313, in *Riv. pen.*, 1996, 27 ss.; Id., 28 luglio 1993, n. 343, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2474 ss.

³⁹ Sono più d'una le sentenze che, in maniera esplicita o implicita, esprimono questi principi. Oltre a quella richiamata nella nota precedente, si possono ricordare Corte cost., 24 maggio 1979, n. 26, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 288 ss.; Id., 20 maggio 1980, n. 72, in *Cass. pen.*, 1980, pp. 1492 ss.; Id., 27 maggio 1982, n. 103, in *Giur. it.*,

L'affermazione della necessaria proporzione tra pena e disvalore del reato, d'altronde, in genere non ha condotto, di per sé, alla dichiarazione di illegittimità delle norme incriminatrici denunciate, rimanendo sul piano della petizione di principio.

Anche in quelle pronunce nelle quali il principio è affermato in maniera più perspicua, la motivazione della Consulta è sempre integrata da un altro essenziale argomento: quello della valutazione della ragionevolezza dei rapporti dosimetrici tra le pene di più fattispecie ritenute omogenee. Questa è la seconda direttrice dell'orientamento della Corte costituzionale in rapporto alla proporzione delle pene, che potrebbe definirsi *inter delicta*. Anche in questo caso l'indagine è condotta sulla ragionevolezza di norme penali con un trattamento sanzionatorio che potrebbe essere eccessivo, ma la sproporzione è apprezzata non in relazione al rapporto, tra fatto e pena, interno alla singola norma incriminatrice, bensì in riferimento alla possibile disparità sanzionatoria tra fattispecie affini, con identica *ratio*⁴⁰. Occor-

1982, I, 1, 1292; Id., 16 febbraio 1989, n. 49, in *Giust. pen.*, 1990, I, 25; Id., 28 luglio 1993, n. 343, cit., con nota di D. BRUNELLI, *Il rifiuto di prestare il servizio militare nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, pp. 2482 ss.; Id., 3 dicembre 1993, n. 422, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 1153 ss., con nota di G. RICHELLO, *In tema di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza*, pp. 1158 ss.; Id., 25 luglio 1994, n. 341, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 25 ss., con nota di G. ARIOLLI, *Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità educativa della pena*, pp. 29 ss.; Id., 22 maggio 2009, n. 161, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4641; Id., 12 febbraio 2010, n. 47, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 2201 ss., con nota di V.N. D'ASCOLA, *Il trattamento sanzionatorio della falsa testimonianza al vaglio dei principi costituzionali di proporzionalità, ragionevolezza e rieducazione*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 575 ss. Tale orientamento è ormai consolidato e ha superato il precedente secondo il quale la severità della pena è questione che «esula da un qualsivoglia riscontro di costituzionalità, poiché attiene a scelte di politica legislativa, sottratte al sindacato di questa Corte» cfr. Corte cost., 17 febbraio 1971, n. 22. A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene*, cit., c. 199, segnalava un orientamento della Consulta per il quale esisteva una distinzione tra un'irragionevolezza macroscopica e un'altra microscopica o media, a cui corrispondeva o meno il potere della Corte di sindacare le norme che fissano le misure delle pene.

⁴⁰ Sul principio di ragionevolezza si vedano, di recente, gli Atti del Convegno, in ricordo di Albino Saccomanno, su *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, 2-4 ottobre 2006, pubblicati a cura di A. Cerri, Roma, 2007; in particolare, per quanto concerne la materia penale, si vedano, nel tomo III, i contributi di A. BEVERE, *Ragionevolezza del trattamento sanzionatorio*

re, pertanto, il ricorso al *tertium comparationis* secondo un'argomentazione triadica di confronto della fattispecie incriminatrice con altre omogenee⁴¹. La Corte, dunque, ritiene possibile intervenire sulla dosimetria della pena legata ad una certa fattispecie, solo a condizione che la disposizione impugnata preveda una condotta sostanzialmente identica e stabilisca una pena più grave rispetto al *tertium comparationis*, altrimenti la scelta resta affidata alla discrezionalità del legislatore.

Considerato il primato e l'effetto diretto del diritto comunitario su quello nazionale, è opportuno ricordare che il principio di proporzione ha ricevuto riconoscimento, in un primo momento impli-

penale nella legislazione e nella giurisprudenza, p. 1 ss.; G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale*, p. 13 ss.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, p. 31 ss. Questi ultimi due scritti sono pubblicati anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, rispettivamente, p. 671 ss. e p. 739 ss. Sul tema si veda pure O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della corte costituzionale in un caso facile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 100 ss.; ID., *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 159 ss.

⁴¹ Il Giudice delle leggi ha compiuto più volte comparazioni di questo genere. Tra le decisioni di rigetto, con le quali si è ritenuto che le fattispecie poste a confronto non fossero omogenee, si possono ricordare Corte cost., 30 luglio 1981, n. 162, in *Foro it.*, 1981, I, 2341; più recentemente Id., 26 novembre 2004, n. 364, in *Giur. cost.*, 2004, 6; Id., ord. 21 aprile 2006, n. 170, in *Giur. cost.*, 2006, 2; Id., ord. 13 giugno 2006, n. 229, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 3620 ss.; Id., 2 febbraio 2007, n. 22, in *Giur. cost.*, 2007, 1, p. 151, con nota di D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, pp. 181 ss., il quale ritiene che la Corte non sia intervenuta sulla comminatoria edittale per due preoccupazioni: da un lato la scarsa attendibilità del parametro su cui fondare il giudizio di sproporzione della pena, dall'altro la scarsa efficacia riparativa di un qualunque intervento della Corte. Sono molteplici, del resto, anche le pronunce della Consulta che hanno dichiarato l'illegittimità delle norme denunciate per la sproporzione delle reazioni sanzionatorie di fronte a fattispecie affini: Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409, cit.; Id., 28 luglio 1993, n. 343, cit.; Id., 14 novembre 1997, n. 329, in *Foro it.*, 1998, I, 26, con nota di G. FIANDACA, *Altro passo avanti della Consulta nella rabberciatura dei reati contro la religione*, pp. 26 ss.; Id., 25 luglio 2001, n. 287, in *Foro it.*, 2001, I, 3023; Id., 9 luglio 2002, n. 327, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 3351 ss.; Id., 29 aprile 2005, n. 168, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 2531 ss.; Id., 23 novembre 2006, n. 394, in *Giur. cost.*, 2006, 6, 4127 (s.m.).

cito, anche nel diritto comunitario attraverso l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia delle Comunità europee⁴². Con la nota sentenza del 21 settembre 1989, relativa all'*affaire* del "mais greco", e con molte altre pronunce successive, la predetta Corte, oltre a riconoscere l'esistenza di un obbligo per gli Stati membri di sanzionare le violazioni della normativa comunitaria, ha anche precisato i contenuti di tale obbligo, tra i quali quello secondo cui le sanzioni in ogni caso devono avere «un carattere effettivo proporzionato e dissuasivo» (c.d. principio di efficacia-proporzionalità)⁴³.

Successivamente, il principio di proporzione ha ricevuto una formale ed espressa consacrazione in sede comunitaria. Se nell'ordinamento interno tale principio può reputarsi ancora un assioma implicito che, attraverso la simbiosi con i principi di ragionevolezza e di uguaglianza, pervade comunque l'intero sistema quale limite

⁴² In relazione ai principi comunitari impliciti si veda, in generale, F. CAPO-
TORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, pp. 409 ss.; F.
CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1986, pp. 545
ss.; M. VACCA, *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e
con i principi generali di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1991, pp. 339 ss.; A. ADI-
NOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordina-
menti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, pp. 521 ss.

⁴³ Cfr. Corte giust., 21 settembre 1989, ric. n. 68/88 (Commissione c. Gre-
cia), in *Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia*, 1989, pp. 2965 ss.; Id., 10
luglio 1990, ric. n. 326/88 (Hansen), ivi, 1990, pp. 2935 ss.; Id., 2 ottobre 1991,
ric. n. 7/90 (Vandevenne), ivi, 1991, pp. 4387 ss.; Id., 8 giugno 1994, ric. n.
382/92 (Commissione c. Regno Unito), ivi, 1994, pp. 2475 ss.; Id., 8 giugno 1994,
ric. n. 383/92 (Commissione c. Regno Unito), ivi, 1994, pp. 2494 ss.; Id., 26 otto-
bre 1995, ric. n. 36/94 (Siesse), ivi, 1995, p. 3573, punto 20; Id., 12 settembre
1996, ric. nn. 58/95, 75/95, 112/95, 119/95, 123/95, 135/95, 140/95, 141/95,
154/95, 157/95 (Gallotti), ivi, 1996, pp. 4345 ss.; Id., 27 febbraio 1997, ric. n.
177/95 (Ebony), ivi, 1997, pp. 1143 ss.; Id., 18 ottobre 2001, ric. n. 354/99
(Commissione c. Irlanda), ivi, 2001, parte I, pp. 7657 ss.; Id., 3 luglio 2001, ric. n.
297/00 (Commissione c. Lussemburgo), ivi, 2001, parte I, pp. 5189 ss.; Id., 30
settembre 2003, ric. n. C-167/01 (Inspire Art), ivi, parte I, pp. 10155 ss. La Corte,
del resto, già molto prima, sia pur in materia diversa, aveva affermato che il prin-
cipio di proporzione corrisponde a un diritto fondamentale, rientrando nel nove-
ro dei principi generali di cui la stessa Corte garantisce l'osservanza. Cfr. Corte
giust., 17 dicembre 1970, ric. n. 25/70 (Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide
und Futtermittel / Köster), ivi, 1970, pp. 1162 ss.

all'esercizio del potere pubblico⁴⁴, nell'ordinamento comunitario, invece, esso riceve ormai un espresso riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, all'art. 49, co. 3, recita: «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»; così come all'art. 52, co. 1, sancisce che i diritti e le libertà riconosciuti dalla Carta possono sì essere limitati, però solo nel rispetto del principio di proporzionalità. Gli stessi principi sono stati utilizzati anche nel tentativo di formare la c.d. Costituzione europea (artt. II-109, co. 3; II-112, co. 1). È noto, infine, che con l'art. 6 del Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 e in vigore dal 1° dicembre 2009, l'Unione europea ha riconosciuto i diritti, le libertà e i principi sanciti nella richiamata Carta dei diritti fondamentali, attribuendole lo stesso valore dei trattati.

A prescindere dalla controversa valenza di queste disposizioni, deve evidenziarsi che, benché il tenore della prima norma parrebbe deporre per un'operatività del principio di proporzione limitata al solo momento dell'irrogazione della sanzione, la seconda disposizione, invece, pretende senza dubbio che il principio di proporzione presieda già al momento della redazione della fattispecie astratta⁴⁵.

Alla luce della preminenza del diritto comunitario su quello interno – che con le sue norme a contenuto dispositivo condiziona certamente l'ambito di applicazione delle fattispecie incriminative che all'occorrenza possono essere anche disapplicate –, è difficile oggi negare al principio di proporzione di promanazione comunitaria un valore quantomeno condizionante sul piano interpretativo.

3. *L'equilibratura interpretativa tra disvalori e pene*

Alla luce delle suesposte considerazioni, il principio di proporzione deve reputarsi un criterio immanente al nostro sistema penale, che deve ispirare il legislatore, ma anche presiedere all'attività

⁴⁴ In tema si veda A. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, p. 4643.

⁴⁵ Cfr. V. MANES, *Attualità e prospettive*, cit., p. 52, nota n. 67. Sul principio di proporzionalità nelle norme comunitarie si veda pure E. MEZZETTI, *L'internazionalizzazione della legge penale*, in AA.VV., *La legge penale*, opera diretta da M. Ronco, Bologna, 2006, p. 145 ss.

dell'interprete⁴⁶. Spetta ora cercare di comprendere in che modo e sino a che punto detto principio possa essere utilizzato alla stregua di un canone ermeneutico utile ad equilibrare quelle parti del sistema che risultano 'sproporzionate', ossia irrazionali. Occorre premettere, ancora, che lo squilibrio si può emendare solo in due modi: o intervenendo sulla pena o 'correggendo' gli elementi del disvalore. Qualora ciò sia possibile, con una metafora si potrebbe dire che l'ortopedia interpretativa per pareggiare la misura delle due 'gambe' della norma (disvalore e pena), non ha altra scelta che o allungare l'una o accorciare l'altra, a meno di voler ipotizzare altri interventi congiunti sull'una e l'altra, ancora più complessi e impraticabili.

In sintesi, si possono quindi immaginare due essenziali ipotesi di più palese asimmetria tra disvalori e pene. La prima è quella in cui due fattispecie sostanzialmente identiche sono punite con pene diverse⁴⁷. In questi casi l'intervento, che in qualche modo potrebbe es-

⁴⁶ Per l'elaborazione teorica tedesca sul principio di proporzione, si vedano I. APPEL, *Verfassung und Strafe*, Berlin, 1998, pp. 171 ss.; G. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin, 1998, pp. 101 ss.; O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, 1996, pp. 138 ss. Per la letteratura in lingua spagnola si vedano T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en materia penal*, Madrid, 1999, *passim*; N.J., DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, 2007, *passim*.

⁴⁷ Rimane naturalmente la questione nodale di stabilire quando due fattispecie sono "sostanzialmente identiche", e ciò ripropone il complesso e più ampio discorso sulla 'ragionevolezza' che in questa sede, oltre gli accenni fatti in precedenza, non può essere affrontato compiutamente. Per quanto concerne più specificamente la ragionevolezza delle pene, ci si può limitare a rimandare alle riflessioni di A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, cc. 192 ss.; A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 2160 ss.; M. ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 288 ss.; M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura editale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. PIZZORUSSO - V. VARANO, Tomo I, Milano, 1985, pp. 688 ss.; M. SPASARI, *Riflessioni minime in tema di oltraggio e principio di eguaglianza*, *Giur. cost.*, 1994, pp. 2810 ss.; R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia di incostituzionalità della pena minima prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 2815 ss.; E.

sere considerato «a rime obbligate»⁴⁸, dovrebbe riguardare la riduzione o la completa eliminazione della pena, essendo irragionevole che per fatti dotati di medesimo disvalore si prevedano in astratto pene dissimili o, addirittura, per uno la sanzione penale e per l'altro una sanzione amministrativa o nessuna sanzione⁴⁹.

GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3203 ss.; A. PAGLIARO, *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2573 ss.; F. CURI, *L'attività paralegislativa della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 1091 ss.; M. RUOTOLO, *Un caso di 'irragionevole' ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 851 ss.

⁴⁸ Il riferimento è a V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II, Padova, 1984, pp. 402 ss., in relazione a quelle situazioni in cui la Corte costituzionale in sostanza non 'crea' qualcosa di nuovo, ma rende semplicemente palese ciò che deriva direttamente ed inequivocabilmente dai principi costituzionali.

⁴⁹ In casi di questo genere, come anticipato, la Corte costituzionale ha provveduto all'espunzione della norma penale con la sanzione più severa. Cfr. Corte cost., 25 luglio 2001, n. 287, cit.; Id., 29 dicembre 2004, n. 426, in *Cass. pen.*, 2005, 5, p. 1567. Queste sentenze hanno dichiarato l'illegittimità di norme incriminatrici che sanzionavano condotte assimilabili ad altre punite in via amministrativa. In tema, sia consentito il richiamo anche a M. CATERINI, *I reati di falso nel procedimento di ammissione al patrocinio a spese dello stato, tra ansie repressive ed elusioni dei principi costituzionali*, in *Corti cal.*, n. 2/2009, p. 335 ss., ove si mettono a confronto la norma che incrimina il falso in dichiarazione sostitutiva di certificazione ex art. 46 d.P.R. 445/2000 (punito, ex art. 483 c.p., con la reclusione sino a due anni), e il falso in dichiarazione sostitutiva di certificazione sempre ex art. 46 d.P.R. 445/2000, attestante però la particolare situazione reddituale utile all'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (punito, ex art. 95 d.P.R. 115/2002, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 309,87 a 1.549,37 euro). Nel saggio si dimostra che le due fattispecie sono sostanzialmente identiche e si conclude sostenendo l'illegittimità della seconda norma incriminatrice, punita con una pena ben maggiore. In altre ipotesi la Consulta ha ritenuto di poter essa stessa individuare il nuovo limite di pena, come ad esempio nella sentenza del 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. it.*, 1995, I, 357 ss., con nota di M. RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*; oppure la sentenza, in tema di oltraggio, del 25 luglio 1994, n. 341, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1091 ss., con nota di P. MAZZI, *Minimo edittale della pena per il delitto di oltraggio e principio di proporzione*, pp. 1101 ss.; sentenza pubblicata anche in *Foro it.*, 1994, I, 2585 ss., con nota di G. FIANDACA, il quale solleva alcune perplessità sul potere della Corte di sindacare la fissazione dei limiti edittali, dubbi però superabili di fronte alle intollerabili inadempienze del legislatore. In termini critici sulla possibilità da parte

Operazioni di questo genere, com'è intuibile, sono riservate alla Corte costituzionale che in tali casi interviene sulla norma che prevede la sanzione più elevata. Infatti, sebbene in generale il ripristino dell'uguaglianza e della ragionevolezza violate possa avvenire anche estendendo la portata della norma che determina quella violazione in modo da ricomprendervi i casi discriminati, detta possibilità non è consentita in sede di controllo della legittimità di norme penali poiché consentirebbe l'estensione della punibilità a fatti prima non sanzionati, violando così il principio di riserva di legge; da qui l'insegnamento della stessa giurisprudenza costituzionale che per questi casi esclude l'ammissibilità di sentenze d'incostituzionalità che avrebbero come effetto quello di espandere l'ambito della punibilità⁵⁰.

Al di fuori di questi interventi del Giudice delle leggi, all'interprete, in particolare al giudice ordinario, non resta altra possibilità – a parte quella di sollecitare l'intervento della stessa Corte costituzionale – se non quella di utilizzare la comparazione tra l'entità della sanzione prevista in fattispecie assimilabili, come criterio ermeneutico utile alla concreta commisurazione della pena. Quando le cornici

della Consulta di intervenire manipolativamente sulla misura della pena, se non in termini strettamente logico-razionali, si veda F. CURI, *L'attività «paralegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 1091 ss.; in senso analogo anche A. PAGLIARO, *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2573 ss., secondo cui lo stabilire una misura di sanzione è operazione di tipo discrezionale riservata alle scelte politiche del legislatore. Del resto, anche in precedenti occasioni, onde evitare la depenalizzazione, la Corte ha ritenuto possibile individuare la pena da applicare al posto di quella dichiarata incostituzionale. Si vedano, tra le tante, le sentenze 24 maggio 1979, n. 26, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 288 ss.; 27 maggio 1982, n. 103, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1292; 16 febbraio 1989, n. 49, in *Giust. pen.*, 1990, I, 25. Successivamente, con analoga tecnica manipolativa, Corte cost., 14 novembre 1997, n. 329, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 1575 ss., con nota di A. CHIZZONITI, *Il vento delle sentenze della Corte costituzionale e le foglie secche della tutela penale della religione*.

⁵⁰ In questo senso Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 440, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 42 ss.; Id., 20 novembre 2000; n. 508, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 802 ss.

edittali lo permettono⁵¹, il giudice dovrebbe contenere la pena da applicare al reato punito più gravemente entro il limite massimo dell'ambito edittale previsto per il reato, con analogo disvalore, punito con pena più lieve. Pur essendo questa un'operazione interpretativa residuale che può prestarsi solo parzialmente a risolvere le possibili asimmetrie tra pene e disvalori – rimanendo questo compito precipuo del legislatore e, nei limiti prima visti, della Corte costituzionale –, resta comunque un'opzione da non svincolare che, di fronte all'indifferenza del legislatore e al *self-restraint* della Consulta⁵², potrebbe rivelarsi utile nella pratica, come una sorta di *self-help*, a temperare molte situazioni di sproporzione sanzionatoria.

L'altra macroarea di possibile asimmetria tra disvalori e pene è quella inversa in cui delle fattispecie portanti in sé disvalori, d'evento e/o di azione, eminentemente differenti, sono punite con la stessa sanzione o, addirittura, quella col maggior disvalore è punita con una pena meno grave di quella prevista per la realizzazione della fattispecie avente il disvalore minore. Ipotesi di questo genere non possono essere 'corrette', in via interpretativa [o paralegislativa], agendo sulla misura della pena, che, consideratane la *Konventionalität* – in mancanza di termini di raffronto certi come la 'dose' di pena prevista per una fattispecie identica – non può che essere rimessa all'apprezzamento 'politico' del legislatore. In sostanza, se i disvalori

⁵¹ Di recente, per un'indagine sulle cornici edittali e la proporzionalità della pena, si veda C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 947 ss.

⁵² A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene*, cit., c. 206, già segnalava nella giurisprudenza di quegli anni che i giudici costituzionali avvertivano in modo particolarmente intenso l'esigenza di autolimitarsi in relazione alle decisioni sulla misura della pena, se raffrontate con altre che avevano fatto applicazione del principio di eguaglianza in relazione ad altri settori. In tema più recentemente si veda pure M. DE GIORGIO, *Sindacato di ragionevolezza ed infiduciazione del tetium comparationis: in tema di limiti edittali di pena la Corte conferma eccessiva prudenza*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 4040 ss.; E. NICOSIA, *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità in materia di proporzione e adeguatezza allo scopo di sanzioni penali: un caso di «self restraint» della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2003, I, 64 ss.; G. RICCARDI, *Il «pendolarismo» della Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza: a proposito dell'irrazionale, ma ragionevole, disciplina sanzionatoria dell'immigrazione*, in *Critica dir.*, 2007, pp. 52 ss.

dei reati non sono omogenei, a differenza dei casi in cui due fattispecie sostanzialmente identiche sono sanzionate con pene diverse, l'interprete non ha alcun parametro di origine legislativa per orientarsi su quale potrebbe essere il proporzionato ambito edittale 'correttivo' relativo alla fattispecie dotata di minor disvalore e, invece, punita in modo più severo. In casi del genere, dunque, l'adeguamento al parametro della proporzionalità può avvenire solo se si agisce sugli elementi che compongono il complessivo disvalore della fattispecie, sia d'evento, sia d'azione.

A questo punto occorre verificare se, e fino a che punto, l'interprete abbia questa facoltà, che sfocerebbe in un'esegesi capace di aggiungere elementi [impliciti] della fattispecie onde proporzionare i disvalori *inter delicta*, avvalendosi di un'ermeneutica adeguatrice ai sovraordinati e già richiamati principi costituzionali e comunitari.

In tale indagine può essere di ausilio una questione interpretativa paradigmatica, come quella che ancora impegna la dottrina sulle ipotesi di responsabilità oggettiva. È noto che parte rilevante della letteratura penalistica, in attesa di un'auspicata riforma legislativa, ritiene che il giudice debba interpretare in conformità a Costituzione tutte le norme che prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva (ad es. delitti aggravati dall'evento, omicidio preterintenzionale, ecc.), a causa del loro contrasto col principio costituzionale della responsabilità penale personale⁵³. La soluzione proposta, dunque, è quella di

⁵³ La letteratura in tal senso, sia pur con impostazioni parzialmente diverse, è vasta. Si vedano G. LEONE, *Il reato aberrante*, Napoli, 1964, pp. 113 ss.; P. NUVOLOSE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 367; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, p. 48; A. FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIX, Milano, 1988, p. 1321; F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1509 ss.; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 38; A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999, pp. 223 ss.; E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 867; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 467 ss.; *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 38; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, pp. 369 ss.; C. FIORE C. - S. FIORE, *Diritto penale*, Parte generale, vol. I, Torino, 2005, pp. 375 ss.; F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005, *passim*.

adeguare dette norme considerandole come se già contenessero l'elemento della colpa, pur se nelle stesse formalmente non esiste alcun richiamo a detto elemento soggettivo⁵⁴.

L'operazione ermeneutica suggerita da questo importante orientamento, così, è quella 'additiva' volta a correggere la norma incriminatrice in ragione del principio della personalità della responsabilità penale. Analoga tecnica adeguatrice ai principi costituzionali viene comunemente usata anche in riferimento al principio di offensività, introducendo nelle fattispecie costruite 'senza offesa', degli elementi in grado di condurre la norma verso un'applicazione conforme a Costituzione⁵⁵. Ma la stessa tecnica correttiva potrebbe essere impiegata anche per adeguare le norme incriminatrici al principio di proporzione, che, come si è avuto modo di vedere, ha altrettanto robusto fondamento giusfilosofico, costituzionale e ora anche comunitario. Se la tecnica interpretativa 'additiva' è valida per la colpevolezza, non si vede perché non possa essere utilizzata, almeno in linea astratta, anche per il principio di proporzione.

Rimanendo nello stesso campo della responsabilità oggettiva, per esempio in quello della preterintenzione, le norme dovrebbero essere passate al vaglio non solo del principio di personalità della responsabilità, ma anche di quello della proporzione, come in una sor-

⁵⁴ Non mancano, naturalmente, i sostenitori dell'opposta tesi secondo la quale, per varie ragioni tra cui quella dell'assenza nelle norme di riferimenti espliciti, l'elemento della colpa non può essere introdotto dall'interprete. Sul tema si veda G. INSOLERA, *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *Ind. pen.*, 1981, fasc. 3, p. 754 ss.; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, p. 177; C.F. GROSSO, voce *Preterintenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991, pp. 1 ss.; A. REGINA, *L'omicidio preterintenzionale (Una rilettura dell'art. 584 c.p.)*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 530; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 428 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, p. 335; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2004, pp. 203 ss.

⁵⁵ Si pensi al caso paradigmatico dei reati di attentato interpretati, sia in dottrina che in giurisprudenza, in maniera tale che la formula "fatto diretto a" deve intendersi come "fatto idoneo diretto a", e l'espressione "chiunque attenda a" come equivalente a "chiunque compie atti idonei diretti a", così riportando questa categoria di reati nell'alveo dell'idoneità-offensività usando come parametro di riferimento la struttura del tentativo. In tema, in particolare sul principio di offensività, sia permesso il rinvio a M. CATERINI, *Il reato impossibile*, Napoli, 2004, *passim*.

ta di buratto di cruschiano ricordo, con setacci dotati di maglie (interpretative) che raffinano diverse impurità (legislative). Se si compie questa operazione si scopre che nell'omicidio preterintenzionale la correzione 'additiva' volta ad inserire la colpa quale elemento della fattispecie, se evita d'infrangere il principio della personalità della responsabilità, non è altrettanto efficace a proposito del principio di proporzione tra disvalori e pene. Com'è noto, il massimo edittale previsto da tale norma incriminatrice è di 18 anni di reclusione; mentre la pena sancita per l'omicidio colposo *ex art. 589 c.p.*, nella sua forma non aggravata, nel massimo è pari a 5 anni. È evidente che le due fattispecie sono la proiezione di due diversi disvalori, che trapelano dalla notevole diversa misura di sanzione. Questa disomogeneità di disvalori, d'altronde, non può essere rintracciata nel differente disvalore d'evento, che è identico. Il trattamento sanzionatorio notevolmente diverso, allora, non può che essere spiegato con un disuguale disvalore di azione, che comprende inevitabilmente anche una componente soggettiva. Ciò significa che l'omicidio preterintenzionale, rispetto al colposo, deve essere caratterizzato da un più rilevante disvalore d'azione, con un più grave elemento psicologico. Solo questo spiega la differenza così netta sul piano sanzionatorio⁵⁶.

Orbene, se alla preterintenzione si riconosce la natura di mera responsabilità obiettiva e, così, si ascrive l'evento più grave sulla base del solo nesso eziologico, si arriva alla irragionevole conclusione per cui una condotta qualificata dall'assenza dell'elemento psicologico o, comunque, dall'assenza di tutti i requisiti della colpa, sarebbe punita molto più severamente di un'altra condotta caratterizzata da un più grave disvalore d'azione, ossia l'omicidio colposo. Si tenga conto, poi, che quest'ultima fattispecie, per espressa disciplina codicistica, è perfettamente compatibile con la previsione dell'evento morte (colpa cosciente). Da ciò si desume che la fattispecie dell'omicidio preterintenzionale, se intesa come forma di responsabilità oggettiva, viola non solo il principio di colpevolezza, ma anche quello di proporzione. Ma 'correggere' la norma aggiungendo l'elemento

⁵⁶ Per gli argomenti – storici, di volontà legislativa, sistematici e costituzionalmente orientati – a sostegno di questa conclusione, sia concesso il rinvio a M. CATERINI, *Il reato eccessivo*, cit., *passim*.

della colpa, è sufficiente anche ad equilibrare pene e disvalori?

Si potrebbe pensare, infatti, che la differenza di disvalore tra omicidio colposo e preterintenzionale, capace di giustificare il diverso trattamento sanzionatorio, risieda nel dolo del fatto-base delle lesioni o percosse che, com'è noto, nell'omicidio preterintenzionale devono essere volute. Dunque, dovrebbe essere la volontà di ledere o percuotere a giustificare la così ampia divaricazione edittale. Tuttavia, questo ragionamento non spiega perché la pena prevista per l'omicidio preterintenzionale sia comunque notevolmente più grave, nel massimo, di quella che risulterebbe dall'applicazione del regime del concorso di reati tra lesioni dolose ed omicidio colposo. Ad equilibrare disvalori e pene, perciò, non è sufficiente l'introduzione della colpa come criterio d'imputazione dell'evento morte, ma è necessario un atteggiamento interiore più pregnante, che potrebbe essere individuato non nella mera prevedibilità, ma nell'effettiva previsione, senza volizione, dello stesso evento letale.

Questo esempio è utile a chiarire come il principio di proporzione potrebbe essere usato ermeneuticamente, in attesa dell'intervento legislativo sempre preferibile, per bilanciare pene e disvalori, nel caso di specie attraverso un'addizione alla fattispecie di un elemento psicologico: l'effettiva previsione dell'evento più grave.

Per questa via la 'misura' edittale non è più un dato acritico, ma esprime la dimensione del disvalore della condotta. Dovendo il disvalore del reato – come sosteneva Jhering⁵⁷ – corrispondere al danno della pena, alla fattispecie, nei limiti consentiti dai criteri ermeneutici, deve essere attribuito un significato tale da corrispondere all'entità della pena fissata dal legislatore. Ciò significa che l'interprete non può limitare l'oggetto della sua attività alla descrizione legislativa della condotta incriminata, ma deve ampliarlo comprendendovi anche la misura edittale della pena che, a questo punto, acquista un fondamentale valore ermeneutico critico, ossia capace di condizionare l'esito dell'attività interpretativa.

Si potrebbe obiettare che l'intervento ermeneutico proposto contrasti col principio di legalità, nel momento in cui 'crea' una

⁵⁷ Cfr. R. v. JHERING, *Lo scopo del diritto*, cit., p. 346.

nuova norma, modificando gli elementi della fattispecie come costruita dal legislatore. In questo senso potrebbe militare l'affermazione secondo cui se il procedimento ermeneutico è aperto alle scelte dell'interprete, lo è però entro i limiti, sia pur tesi all'estremo, del dettato letterale della norma: se questa non contempla affatto un elemento, lo stesso non può essere introdotto dall'interprete⁵⁸.

L'obiezione è robusta, ma forse è superabile con le considerazioni che seguono. In primo luogo, qualora non fosse vincibile, ad essa si esporrebbero tutte quelle operazioni ermeneutiche già ricordate in riferimento ai principi di colpevolezza e di offensività, che consentono l'introduzione nella fattispecie di elementi assenti nella lettera della norma incriminatrice. Ma questa replica, di per sé, non è sufficiente. Se a ciò però si aggiunge che il principio di legalità, come formulato dalla nostra Costituzione, vieta solo di 'punire' se non nei casi previsti dalla legge, ne discende che contrastano con tale imprescindibile principio solo quelle possibili interpretazioni 'creative' che ampliano l'ambito della punibilità, e non anche quelle, come qui proposto, tese a limitare il medesimo ambito. L'art. 25, co. 2, Cost., infatti, sancisce il primato della garanzia della libertà del cittadino, non quello della certezza del diritto.

L'opzione ermeneutica qui indicata, dunque, da un lato sembra non contrastare col principio di legalità correttamente delimitato, dall'altro è conforme ai principi di proporzione, uguaglianza e rieducazione della pena. Il principio di legalità, infatti, non può essere deformato sino al punto di imporre una sanzione sproporzionata rispetto al disvalore della condotta, quando nel sistema esistono altre fattispecie con maggior disvalore punite più mitemente. Anche il principio di certezza del diritto, intimamente connesso a quello di

⁵⁸ M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, a cura di G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI, Torino, 2006, pp. 214 ss., ritiene che in assenza di una espressa indicazione legislativa (nel caso di specie, della colpa), all'interprete non sia consentita un'ermeneutica conforme a Costituzione. In casi di questo genere l'unica soluzione sarebbe quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Sul tema, più in generale, si veda T. PADOVANI - L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2006, pp. 94 ss., secondo cui le operazioni di c.d. ortopedia interpretativa trovano un limite nella compatibilità col testo normativo.

legalità, pur con la sua innegabile rilevanza, non può prevalere sugli assiomi che caratterizzano costituzionalmente il nostro sistema penale: personalità della responsabilità penale, proporzione tra pene e disvalori delle condotte, funzione risocializzante o almeno non desocializzante della pena⁵⁹; principi che sarebbero irrimediabilmente compromessi se il giudice, alla stregua di un fuorviante concetto di legalità e certezza del diritto, fosse costretto a punire con pene più severe fatti che denotano un chiaro minor disvalore rispetto ad altri sanzionati con minore severità.

Ebbene, l'interpretazione additiva qui suggerita non è riferita all'ampliamento della sfera del penalmente rilevante, ma all'introduzione nella fattispecie, per via ermeneutica, di un elemento in grado di equilibrare la dosimetria sanzionatoria, con l'effetto, imprescindibile, di restringere la punibilità.

Di fronte alle possibili asimmetrie sanzionatorie, qualora non si dovesse ritenere superabile l'obiezione prima sollevata relativa ai principi di legalità e certezza del diritto, l'opzione ermeneutica proposta conserva comunque una sua valenza, in quanto il criterio 'correttivo' di equilibratura qui segnalato potrebbe essere utilizzato almeno dalla Corte costituzionale. L'ossequio al principio di legalità, infatti, qualora fosse inteso in guisa da non permettere al giudice ordinario un'operazione di adeguamento in via interpretativa ai principi costituzionali, comporta la necessità di sollevare la questione di costituzionalità di tutte quelle norme che risultano in contrasto col principio di proporzione. D'altronde, il Giudice delle leggi, oltre ad optare per la soluzione completamente ablativa della fattispecie, potrebbe intervenire anche con particolari sentenze interpretative, manipolative o additive⁶⁰. Con questi interventi mirati potrebbe salvare

⁵⁹ Anche un convinto sostenitore della teoria retributiva assoluta come V. MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978, *passim*, che giustifica anche la pena di morte, pur partendo da un'idea di simmetria della giustizia fondata sul libero arbitrio dell'uomo o, quantomeno, sulla non dimostrabilità dell'inesistenza della stessa 'libertà' umana, arriva comunque alla conclusione che la pena, affinché possa 'educare', deve essere giusta, e giustificata, e quindi commisurata al fatto compiuto e all'intenzione.

⁶⁰ Come è noto, le sentenze additive possono essere di regola o di principio. Con le prime la Corte, accertata la fondatezza della questione di legittimità costitu-

le fattispecie incriminatrici, arricchendole di elementi in modo da equilibrarne il rapporto proporzionato con le misure delle pene. Per il riguardo dovuto al potere discrezionale del legislatore, la soluzione preferibile dovrebbe essere quella ablatoria *tout court*, a cui dovrebbe far seguito l'intervento, appunto, del legislatore, che però nella realtà avviene raramente. Il Giudice delle leggi, perciò, potrebbe essere spinto ad interventi 'correttivi', pur col rischio di invadere la sfera di competenza del legislatore⁶¹.

zionale, dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui il suo testo non prevede qualcosa che invece dovrebbe prevedere. Con le seconde, invece, anziché integrare la legge con la regola mancante, aggiunge il principio al quale il legislatore dovrà ispirare la sua futura azione legislativa e il giudice la sua decisione concreta. Alternative a questo tipo di pronunce sono le sentenze di inammissibilità in quanto un diverso intervento additivo della Corte implicherebbe un'invasione nella sfera riservata alla discrezionalità del legislatore.

⁶¹ Il complesso e, in alcuni casi, conflittuale rapporto che la Corte costituzionale ha con il legislatore, ha consentito di affermare che la stessa Corte in alcuni casi è organo ambivalente che "fa politica" con metodo giurisdizionale. Cfr. F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, Vol. X, Milano, 1962, p. 865. Il tema è assai vasto e spinoso, ed esula dall'oggetto della presente indagine. Più in particolare per la letteratura costituzionalistica sull'interpretazione conforme a Costituzione si vedano, tra i tanti, i contributi più datati, ma fondamentali, di V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956; C. MORTATI, *Ancora sulla "manifesta infondatezza"*, in *Giur. cost.*, 1959; V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977. Tra gli studi più recenti, invece, si vedano R. ROMBOLI, *L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune*, in AA.VV., *Testi e questioni di ordinamento giudiziario e forense*, vol. I, *Antologia di Scritti*, a cura di S. PANIZZA - A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI, Pisa, 2002; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, 6 agosto 2007, nella rivista telematica <www.federalismi.it>; AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, a cura di M. D'AMICO - B. RANDAZZO, Torino, 2009, in particolare i contributi di V. ANGIOLINI, *L'«interpretazione conforme» nel giudizio sulle leggi*; V. BONCINELLI, *Interpretazione conforme a Costituzione e ragionevolezza: la prospettiva della Corte costituzionale*; A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*; G. SORRENTI, *Interpretazione conforme a Costituzione e ragionevolezza*; L. MONTANARI, *Interpretazione conforme a convenzione europea dei diritti dell'uomo e canoni di proporzionalità e adeguatezza*. Per alcune ancor più recenti considerazioni sull'interpretazione conforme a Costituzione e la scelta delle tecniche decisorie,

Naturalmente si è consapevoli delle molte difficoltà connesse all'interpretazione 'adeguatrice' e del possibile sconfinamento in quella 'creatrice', i cui limiti sono difficilmente demarcabili⁶². La questione è sempre la stessa: per quanto un certo significato attribuibile ad una disposizione normativa sia adeguato alla Costituzione, questa operazione di adeguamento sino a che punto può essere condotta? E, più in particolare, può essere spinta sino al punto di leggere nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse⁶³?

Per rispondere a queste domande bisogna ricordare che l'interpretazione adeguatrice ai principi costituzionali è un canone di secondo grado, ossia di per sé non fornisce alcuna indicazione su come e con quali criteri ermeneutici debba essere ricostruito il significato di una disposizione affinché questa possa essere considerata conforme a Costituzione. Opera, dunque, su un livello ermeneutico ulteriore che, tuttavia, presuppone il precedente, ossia quello di interpretazione 'ordinaria' i cui risultati non sono ancora raffrontati con i principi costituzionali. In sostanza, prima di procedere ad un'interpretazione adeguatrice è necessario elaborare argomenti interpretativi di primo livello, che consentano di giustificare una certa attribuzione di significato ad una norma, significato che deve essere

nonché sull'incidenza dell'inerzia della politica sulla evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, si veda M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, in corso di pubblicazione, anticipato nella rivista telematica <www.gruppodipisa.it>, gennaio 2011.

⁶² Cfr. M. ESPOSITO, *"In penetrabilis pontificum repositum erat": brevi considerazioni sulla parabola discendente del diritto scritto*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 3018 ss.

⁶³ In tema si veda M. LUCIANI, *Le funzioni*, cit., pp. 7 ss., secondo cui il superamento del limite del significato della norma sarebbe gravido di conseguenze negative: a) la rottura della legalità legale, che non viene più semplicemente modellata (come si dovrebbe) dalla legalità costituzionale, ma è da questa interamente sostituita; b) se il limite è superato dal giudice comune, la sua sostituzione al giudice costituzionale, con la cancellazione dell'incidentalità e il sacrificio del controllo accentratore in favore di un controllo para-diffuso di costituzionalità; c) se il limite è superato dal giudice costituzionale, la cancellazione del principio dell'annullamento delle leggi illegittime, che l'art. 136 della Costituzione impone.

poi raffrontato con i principi costituzionali⁶⁴. Interpretazione adeguatrice, dunque, dovrebbe significare selezionare, tra i possibili, il significato di una norma [più] conforme ai principi costituzionali⁶⁵.

Infatti, se l'interpretazione di una norma non è altro che un'attività logica finalizzata a portare argomenti a sostegno di un certo significato da attribuire alla disposizione, ne discende che quell'attività volta ad attribuire un certo senso ad una norma, priva però delle necessarie ragioni a sostegno della correttezza dello stesso senso, non può definirsi vera operazione logica interpretativa. In altri termini, ad una norma non si può attribuire un certo senso sol perché [solo quello] è conforme a Costituzione, in quanto, essendo l'interpretazione adeguatrice un'operazione di secondo grado, necessita di una preliminare attività ermeneutica volta ad attribuire un senso alla norma in base agli ordinari canoni ermeneutici di primo grado. In conclusione, l'interpretazione conforme a Costituzione non dovrebbe essere autoreferenziale, ma 'allocentrica', nel senso che per giustificare un certo significato di una norma dovrebbero essere portate ragioni ulteriori rispetto al solo adeguamento a Costituzione⁶⁶.

Del resto, può accadere anche che l'interpretazione adeguatrice venga utilizzata, in maniera più 'propulsiva', per individuare e utilizzare i mezzi capaci di costruire la compatibilità costituzionale del testo normativo. Per questa via, il criterio utilizzato non è strettamente interpretativo, ma probabilmente è un metacriterio che utilizza e opportunamente orchestra l'insieme dei mezzi ermeneutici, in modo da far cogliere un significato che risulterebbe precluso dal fisiologi-

⁶⁴ In questo senso M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, nella rivista telematica *Etica & Politica*, 2006, disponibile sul sito internet <www2.units.it/etica/2006_1/BARBERIS.pdf>, p. 9, secondo il quale l'interpretazione conforme è «un argomento incompleto, in quanto, per ottenere la disciplina del caso, comporta il ricorso ad altri argomenti».

⁶⁵ Con G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 303, si potrebbe dire che se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) ricavarla interpretativamente; se non è presente, spetta al legislatore (solo al legislatore) stabilirla.

⁶⁶ Sul tema si veda in particolare V. BONCINELLI, *Interpretazione conforme*, cit., *passim*.

co utilizzo di questi mezzi, «con probabili risvolti di creatività»⁶⁷.

Tanto più la 'legalità legale' sarà distante dalla 'legalità costituzionale', maggiore sarà la tentazione di ricorrere all'uso 'non fisiologico' degli ordinari canoni ermeneutici, istaurando un confronto tra 'significati' che non potrà che essere filtrato col ricorso alla 'ragionevolezza' che impone all'interprete di evitare l'insorgere di contraddizioni fra norme, come le 'sproporzioni' sanzionatorie nel senso prima indicato. Allora, la coerenza fra norme, e dunque anche l'equilibratura tra sanzioni e disvalori, non è altro che il risultato di un percorso interpretativo utile ad attribuire alle disposizioni significati non contraddittori, percorso che dovrà connettere la 'legalità legale' a quella 'costituzionale' e, per quel che ci interessa, anche alla 'legalità comunitaria'.

Dunque, alla luce di quanto sinora scritto, per tentare di evitare i 'risvolti di creatività', in qualche modo pur sempre connaturati all'interpretazione adeguatrice, è opportuno che al senso voluto dalla Costituzione faccia riscontro un senso ricavabile dalle altre norme. Naturalmente in questa operazione di confronto di 'significati', non ci si può limitare, nell'individuazione del senso da attribuire alla norma penale, al significato meramente semantico ricavabile solamente dall'interno della stessa fattispecie, ma si dovrà ricorrere a tutti gli altri possibili criteri adottati dalla comunità di interpreti (storico, logico-sistematico, teleologico, ecc.).

Tornando all'esempio della responsabilità preterintenzionale, per concludere il discorso si può dire che l'elemento soggettivo dell'effettiva previsione dell'evento non voluto, se apparentemente è assente da una lettura semantica della fattispecie⁶⁸, forse non lo è se

⁶⁷ Cfr. A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come criterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione": verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di A. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Torino, 2002, pp. 466-467, 519.

⁶⁸ Non bisogna trascurare, però, che il primo termine del rapporto di proporzione è ricavabile dall'interno della stessa norma penale, ossia la 'dose' della pena, che, per gli argomenti esposti, dovrebbe rappresentare un primo indice logico-sistematico utile ad attribuire un certo disvalore alla condotta tipizzata e, dunque, a permettere di considerare esistenti degli elementi nella fattispecie, apparentemente assenti dalla lettera della norma, ma ricavabili dal sistema nel suo comples-

alla norma si attribuisce, invece, un significato utilizzando il criterio storico e quello logico-sistematico⁶⁹. È vero che di primo acchito questo risultato interpretativo di ‘primo livello’ potrebbe risultare una forzatura, ma probabilmente non lo è più allorché si considera che trae una fondamentale conferma di ‘secondo livello’ di conformità ai principi costituzionali e comunitari di uguaglianza, rieducazione e proporzione. Sia o non sia creativa questa soluzione ermeneutica, in attesa dei sempre meno probabili interventi riformatori del legislatore, è quella che attribuisce coerenza e ragionevolezza al sistema nel suo insieme (legale, costituzionale, comunitario), ed evita, almeno per questa parte, un diritto penale disumano e ‘violento’ in quanto attuato con sanzioni sproporzionate, proponendo un diritto penale mite⁷⁰, frutto dell’uso ragionevole della forza⁷¹.

In conclusione, convenzionalità della pena non significa arbitrio del legislatore nella scelta della misura sanzionatoria, dovendo essere dette scelte guidate dal principio di proporzione come prima delineato, che, all’occorrenza e nei limiti descritti, può essere utilizzato anche dall’interprete per correggere, con ermeneutica adeguatrice, le [apparenti] asimmetrie dei rapporti tra pene e relativi disvalori incarnati dalle fattispecie.

so, utili a ristabilire l’equilibrio tra disvalori e pene.

⁶⁹ Per la disamina degli argomenti interpretativi usati per supportare tale conclusione, sia consentito il rinvio a M. CATERINI, *Il reato eccessivo*, cit., *passim*.

⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 204, ha ricordato che la ‘ragionevolezza’ da requisito soggettivo del giurista è diventata requisito obiettivo del diritto, nel senso che il diritto è ragionevole quando, tra l’altro, la caratterizzazione dei fatti tiene conto di tutti i principi che essi mettono in movimento, ed è proprio nella ricerca di questa complessiva ragionevolezza che consiste l’opera di unificazione del diritto, compito dell’interprete.

⁷¹ S. COTTA, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*, L’Aquila, 1978, *passim*, opponeva recisamente la ‘violenza’ alla ‘forza’ e ciò anche fondando la distinzione sulla sproporzione allo scopo: «Nell’orizzonte della passionalità acquista un netto risalto il carattere strutturale unitario e fondamentale della violenza [...]: l’assenza di misura o sregolatezza». Dunque, la ‘forza’ è misura, azione orientata a criteri, si potrebbe dire ragionevole.