

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Il giudizio di proporzionalità come approccio metodologico alternativo. – 2. Un approccio metodologico dal certo ancoraggio costituzionale. – 3. Un approccio metodologico internazionalmente condiviso. – 4. Un approccio metodologico trasversale agli steccati disciplinari. – 5. Un approccio metodologico comune all'intero ordinamento giuridico. – 6. Un approccio metodologico già ampiamente diffuso. – 7. Un approccio metodologico scientificamente più fondato. – 8. Un approccio metodologico ideologicamente neutro. – 9. Un approccio metodologico di provata efficacia. – 10. Un esercizio finale di ottimismo.

1. Il giudizio di proporzionalità come approccio metodologico alternativo

Rispetto ai lavori della dottrina tedesca su questo tema, si è scelto consapevolmente, con quella che può sembrare un'inversione metodologica qui da difendere, di anteporre la nostra *pars construens* alla *pars destruens*. In quei lavori, i pregi del giudizio di proporzionalità emergono luminosamente dalle descritte macerie dei principi penalistici di limitazione delle scelte di criminalizzazione. In questo lavoro, si è scelto anzitutto di impostare in positivo una teoria dei limiti alle scelte di criminalizzazione fondata costituzionalmente sul giudizio di proporzionalità delle limitazioni ai diritti fondamentali, perché troppo alto era il rischio, in uno dei contesti giuridici a livello internazionale nei quali meno radicato, anche didatticamente, è lo studio della “parte generale” dei diritti fondamentali e del cruciale meccanismo argomentativo del giudizio di proporzionalità o di bilanciamento, che il pensiero corresse alla proporzione sanzionatoria, che nulla ha da dire chiaramente in termini di potenziale limite alle scelte sanzionatorie.

D'altronde, nella dottrina italiana, e con meno intensità nella dottrina tedesca, è diventato esercizio quantomai diffuso quello della critica e della disillusione nei confronti dei principi penalistici di limitazione delle scelte di criminalizzazione e

soprattutto della teoria del bene giuridico¹. Ci si è, dunque, esercitati molto a lungo e molto bene su quella che dovrebbe essere la *pars destruens* del nostro lavoro.

La situazione spirituale della penalistica, soprattutto italiana, pare orientarsi rispetto al tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione all'affermazione leibniziana del “migliore dei mondi possibili”. Il punto da dimostrare pare non essere più ormai che vi siano evidenti limiti e criticità negli strumenti teorici e metodologici attuali, quanto che questo “mondo” imperfetto sia davvero sostituibile con uno migliore e non sia invece il migliore possibile da tenerci ben stretto.

Proprio per questo, prima ancora di ripercorrere i sentieri argomentativi attuali su questo tema, si è voluto esporre un approccio metodologico completo ed alternativo rispetto a quello attuale.

Non si tratta, come purtroppo spesso si è ritenuto, di un principio ulteriore da aggiungere alla folta schiera dei principi penalistici, né si tratta di un giudizio in vari *step* che riprendono pedissequamente alcuni principi penalistici. Si tratta invece di una metodologia giuridica in sé compiuta, sulla quale abbonda la riflessione scientifica a livello mondiale, mai perfettamente sovrapponibile alle categorie concettuali penalistiche, che si offre come strumento di risoluzione di qualsiasi questione giuridica sui limiti alle scelte di criminalizzazione.

Si è, quindi, dimostrato quanto meno che un altro “mondo” esiste. Si tratta ora di dimostrare che sia anche migliore di quello attuale.

¹ Cfr., *ex multis*, con grande nettezza CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in FIANDACA/FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, p. 83 ss., 88, che parla di uno “studioso italiano (e continentale) stanco di impantanarsi nelle sabbie mobili di un sempre più melmoso bene giuridico”. Interessante notare come AMBOS, *The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles. A Second Contribution Towards a Consistent Theory of ICL*, in *Crim Law and Philos*, 2015, p. 301 ss., 317, osservi, tanto per il bene giuridico quanto per l'*harm principle*, che “è corretto ritenere che entrambi i concetti si dimostrino sufficientemente elastici per giustificare la criminalizzazione di quasi ogni condotta”.

2. Un approccio metodologico dal certo ancoraggio costituzionale

Bisogna tornare indietro alle considerazioni introduttive costituzionalistiche per ricordare come il giudizio di proporzionalità o di bilanciamento, a detta della maggior parte delle corti costituzionali mondiali, trovi fondamento costituzionale certo. Se quindi, come pare possibile, si imposta il tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione secondo i canoni di questo giudizio, ci si sottrae alla questione, certamente non semplice, del fondamento costituzionale dei principi penalistici in questa materia.

Si tratta di una considerazione tutt'altro che banale, se solo si pone mente al fatto che autorevoli corti costituzionali hanno negato qualsiasi fondamento costituzionale alla teoria del bene giuridico² o alla teoria dell'*harm principle*³, mentre nella maggior parte dei casi tali principi sono richiamati in senso puramente retorico senza avere alcuna incidenza pratica sul giudizio di costituzionalità⁴, se non del tutto ignorati dalle corti costituzionali. Considerando che non si tratta di costruzioni dottrinali propriamente recenti è difficile pensare che la situazione possa radicalmente mutare nel prossimo futuro.

Ma soprattutto, la strenua difesa dei principi penalistici da parte della dottrina e dell'avvocatura dinanzi alle corti costituzionali ha finito talvolta paradossalmente per distogliere l'attenzione dal vero oggetto del giudizio, garantendo al giudice costituzionale il *commodus discessus* di risolvere la questione di legittimità sottoposta sulla base del mero non accoglimento del principio penalistico, tutt'altro che difficile da argomentare, evitando di confrontarsi *funditus* sulla legittimità del bilanciamento legislativo sotteso alla singola e concreta scelta di criminalizzazione.

Qualsiasi questione di legittimità costituzionale di una scelta di criminalizzazione posta, al contrario, sulla base di una irragionevole limitazione di un diritto fondamentale

² V. ancora una volta la fondamentale decisione del BVerfG tedesco in materia di incesto, BVerfGE 120, 224 (2008).

³ Si veda nuovamente la sentenza della Corte suprema canadese nel caso R. v. Malmö-Levine; R. v. Caine [2003] 3 S.C.R. 571.

⁴ V. rispetto al principio di *ultima ratio* per quanto riguarda il BVerfG, GÄRDITZ, *Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*, in JZ, 2016, p. 641 ss., 644.

del singolo, non potrà mai essere respinta nel metodo dal giudice costituzionale, ma potrà essere respinta soltanto nel merito.

Non si trascuri un'altra importante caratteristica del giudizio di proporzionalità. La risposta che emerge da tale giudizio è l'esito della considerazione di tutti i possibili interessi e principi, in altri termini è definitiva e non più bilanciabile. Il rispetto dei principi di limitazione penalistici si presta, invece, per il suo preteso carattere sostanziale ad essere a sua volta considerato come uno degli interessi da bilanciare. La pretesa maggiore vincolatività degli stessi viene negata quindi a valle piuttosto che a monte. Un esempio potrà forse rendere più chiara la nostra affermazione. Di fronte, ad esempio, alla criminalizzazione della pedopornografia virtuale, si potrà prestare ossequio alla teoria del bene giuridico, non negandole cittadinanza, ma si potrà osservare che in concreto sono talmente forti le istanze di tutela da dover bilanciare con esse il principio penalistico. In realtà il bilanciamento è tutto interno, come abbiamo visto, alla scelta di criminalizzazione, dovendosi fare riferimento ai diritti fondamentali concretamente limitati da essa rispetto alle esigenze di tutela di diritti fondamentali altrui. La risposta del giudizio di bilanciamento, qualunque essa sia, non è però a quel punto più bilanciabile con qualsivoglia altro interesse o principio.

Peraltro, il giudizio di proporzionalità è oramai così connaturato a qualsiasi questione di controllo delle limitazioni dei diritti fondamentali da aver conquistato nelle più moderne carte dei diritti fondamentali e costituzioni riconoscimento espresso, in questo modo sancendo definitivamente un rango costituzionale di questo meta-principio mai davvero posto in discussione.

3. Un approccio metodologico internazionalmente condiviso

Il giudizio di proporzionalità come architrave della discussione sui limiti alle scelte di criminalizzazione offre altresì un altro vantaggio considerevole. Questo paradigma, pur con alcune differenze, è oramai quello dominante nella giurisprudenza della stragrande maggioranza delle corti costituzionali mondiali e soprattutto delle corti europee. In un'epoca, soprattutto all'interno del vecchio continente, di straordinaria integrazione politica e giuridica, nella quale il confronto e il ravvicinamento tra le

tradizioni giuridiche diverse diviene elemento imprescindibile⁵, ci pare un vantaggio tutt'altro che trascurabile che il giudizio di proporzionalità rappresenti forse il prodotto giuridico di maggiore diffusione a livello globale⁶.

Su un tema tanto centrale quale quello dei limiti alle scelte di criminalizzazione è impensabile che non ci si impegni per il superamento di steccati metodologici nazionali e per l'elaborazione anche dogmatica comune. Da questo punto di vista, fin troppo marcata è la differenza tra la globale diffusione del giudizio di proporzionalità e la scarsissima diffusione, oltretutto quasi solo dottrinale, dei principi penalistici, comuni al più a qualche Stato.

Una differenza di approcci metodologici assolutamente nociva proprio per la riflessione scientifica e dogmatica, che nel ricercare impossibili omologhi stranieri dei concetti e delle categorie nazionali, ha finito con il perdere di vista il fatto che autorevoli corti straniere decidevano e discutevano i medesimi problemi di legittimazione rispetto ad alcune classiche fattispecie incriminatrici.

È bastato non affezionarsi a questo piuttosto che a quell'altro principio nazionale di limitazione delle scelte di criminalizzazione per accorgersi di quanto abbondante sia la casistica delle corti costituzionali sui limiti in questa materia.

4. *Un approccio metodologico trasversale agli steccati disciplinari*

Ma vi è un altro importante steccato che il giudizio di proporzionalità riesce ad infrangere: quello tra la riflessione penalistica e la riflessione costituzionalistica. Nessuno sarebbe più pronto a negare la portata intrinsecamente costituzionalistica del

⁵ Sulla necessità che all'armonizzazione ed europeizzazione del diritto penale corrisponda un'armonizzazione della scienza penalistica cfr., *amplius*, BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 53 ss.

⁶ Non è un caso allora che l'opportunità di fondare il dibattito sui limiti alle scelte di criminalizzazione sul principio di proporzionalità sia emersa in maniera più pressante nel campo del diritto penale europeo, cfr. SATZGER, *Das europarechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip als Maßstab für eine europäische Kriminalpolitik*, in NK, 2007, p. 93 ss., 96 s.; PASTOR MUÑOZ, *Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der Europäischen Union. Zugleich: Einige Überlegungen zu den Grenzen und Grundlagen einer legitimen europäischen Kriminalpolitik*, in GA, 2010, p. 84 ss., 94 s.

tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione. Eppure tutta la riflessione penalistica si è svolta su binari metodologici autoreferenziali, sancendo una cesura metodologica rispetto alla riflessione costituzionalistica. I principi penalistici, precedenti oltretutto rispetto all'avvento del costituzionalismo, sono stati calati senza nessun adattamento nella nuova realtà costituzionale. L'approccio costituzionalistico è stato interpretato come una corsa a mettere al sicuro, attraverso interpretazioni non sempre lineari, i principi pre-costituzionali, di fatto ricavando una piccola costituzione penalistica, gelosamente custodita e sottratta alla riflessione della scienza costituzionalistica, la quale d'altronde si è spesso mostrata in grande ritardo sul fronte dei diritti fondamentali e più impegnata negli esercizi teorici sull'organizzazione del potere statale.

Anche qui non si tratta di un approccio privo di importanti conseguenze. Ci si è allontanati sempre più dagli sviluppi e dall'evoluzione della discussione costituzionalistica, non ci si è accorti spesso che problemi identici a quelli affrontati dalla penalistica venivano affrontati contemporaneamente e con molto approfondimento nella dottrina costituzionalistica. Si pensi al tema della ricerca di strumenti di intervento alternativo, della prova della loro efficacia, dei giudizi di fatto nell'ambito del processo costituzionale, e si potrebbero fare ancora tanti esempi.

Ma la distanza metodologica tra scienza penalistica e costituzionalistica è sempre meno sostenibile se si osserva come la composizione delle corti europee, più ancora delle corti costituzionali nazionali, vedo scarsamente rappresentati, quando proprio assenti, i penalisti. In questo contesto, insolito forse nell'ottica italiana, è difficile ritenere che possano fare presa modelli metodologici puramente penalistici.

D'altronde, la penalistica ha forse sottovalutato l'esigenza di coerenza orizzontale nelle strutture decisionali delle corti costituzionali. Incombe su di essa, infatti, l'obbligo di motivare l'esigenza di modelli decisionali diversi per la restrizione dei diritti fondamentali attraverso la sanzione penale rispetto a quelli utilizzati negli altri ambiti. Non si equivochi, la specificità del diritto penale emergerà tutta all'interno della struttura di giudizio metodologicamente comune, ma diverso è richiedere, come si è fatto finora, strutture di giudizio differenti.

5. Un approccio metodologico comune all'intero ordinamento giuridico

Altrettanto importante rispetto al versante scientifico-dottrinale, è la considerazione che il giudizio di proporzionalità offre uno strumento di verifica della legittimità costituzionale delle limitazioni dei diritti fondamentali indipendentemente dall'ascrizione all'ambito penalistico o extra-penalistico. Finora ci si è dovuti sforzare molto per utilizzare principi penalistici, che traevano fondamento proprio nella lettura del diritto penale come *ius exceptum*, per sindacare la legittimità di scelte sanzionatorie legislative non formalmente penali.

Oramai è da tempo evidente alla penalistica più accorta che non è sufficiente presidiare con forza la fortezza del diritto penale, se da essa sono oramai sfuggite sempre più modalità sanzionatorie in nulla distinguibili, all'atto pratico, dalla sanzione penale. Il ruolo della penalistica non può essere allora quello di curare il perfetto giardino del diritto penale, mentre al di fuori di esso cresce rigogliosa un'imperscrutabile selva sanzionatoria.

Prendiamo ancora una volta uno dei numerosi casi affrontati. Rispetto al reato di omosessualità si è per molto tempo sostenuto che la mancanza di bene giuridico o di offensività impedisse una criminalizzazione di questo comportamento, affermando esplicitamente o implicitamente la possibilità di sanzionare tali condotte purché con mezzi extra-penalistici. Ma queste sanzioni extra-penali, in questo come in molti altri casi, finiscono per entrare in un cono d'ombra, fuori dalla riflessione scientifica penalistica e mai attratte nella riflessione pubblicistica, nella quale il tema delle sanzioni amministrative non rappresenta che un oggetto di interesse minore.

Si è allora forse assistito ad una nefasta inversione metodologica. I principi penalistici pensati per tutelare i diritti fondamentali rispetto al potere legislativo, si sono tramutati essi stessi negli oggetti di tutela della scienza penalistica, tanto che essa può ritenersi soddisfatta per il semplice fatto che la violazione di un diritto fondamentale, come in questo caso l'autodeterminazione sessuale, si svolga sotto insegne diverse da quelle del diritto penale. Ci si deve, dunque, al contrario interrogare sulla legittimità di determinate limitazioni dei diritti fondamentali finanche a prescindere dall'esistenza di una sanzione specificamente penale.

D'altronde la storia ci ha insegnato e continua ad insegnarci come un potere sanzionatorio effettivo ed afflittivo possa nascondersi sotto le insegne di una sanzione civile, amministrativa o sotto le insegne ancor meno chiare delle misure di sicurezza o delle misure di prevenzione.

Se la scienza penalistica ritiene ancora doveroso – come qui si ritiene – fare della critica alle scelte di criminalizzazione legislative un pilastro fondamentale del suo oggetto di ricerca, questo oggetto non può che essere ridefinito come la limitazione dei diritti fondamentali per mezzo di un qualsivoglia intervento sanzionatorio diretto da parte del potere pubblico. Si noti bene, non si tratta dell'intero oggetto della riflessione costituzionalistica sui diritti umani, escludendosi il campo sterminato degli effetti indiretti nei rapporti privatistici, e prima ancora il campo dei diritti positivi.

Se questo è l'oggetto di ricerca, si comprende bene come gli strumenti metodologici di giudizio della scelta legislativa non possano dipendere dalle caratteristiche proprie del diritto penale strettamente inteso. Non è pensabile che il divieto di fecondazione medicalmente assistita eterologa – per fare un solo esempio – debba essere giudicato in termini radicalmente differenti a seconda che il legislatore scelga la via della sanzione penale o della sanzione amministrativa. Come non è pensabile che la risposta in questi casi possa essere il semplice divieto di sanzioni penalistiche, senza pronunciarsi sulla legittimità *tout court* di un intervento sanzionatorio.

Le caratteristiche di eccezionalità dello strumento penalistico, caso per caso riepilogate, influiscono certamente nel merito del giudizio di bilanciamento, ma non impongono in alcun modo una differenza nel metodo di giudizio delle Corti costituzionali.

6. Un approccio metodologico già ampiamente diffuso

Si è sempre dato per scontato sinora che il giudizio di proporzionalità in materia penale, come fondamento della discussione sui limiti delle scelte di criminalizzazione legislative sia l'approccio metodologico minoritario e recessivo nella riflessione penalistica. Non si può certo arrivare a sostenere il contrario, stante il mancato

abbandono finora dei principi cari alla penalistica, ma sarebbe altresì sbagliato non osservare come il paradigma del giudizio di proporzionalità vada sempre più guadagnando consensi all'interno della più attenta dottrina.

Chiaramente si è detto dell'accettazione del giudizio di proporzionalità da parte della giurisprudenza di molte corti costituzionali, ma anche la dottrina da tempo ha aperto all'utilizzo del giudizio di proporzionalità come elemento chiave di vaglio delle scelte di criminalizzazione.

Si è visto come questo strumento metodologico sia apparso indispensabile nella riflessione scientifica su singole questioni problematiche in precisi ambiti di materia. Ma anche in linea teorica e generale si susseguono sempre più numerosi gli inviti a fondare sul giudizio di bilanciamento il vaglio costituzionale delle scelte di criminalizzazione⁷, anche se, alle aperture in questo senso, solo raramente si

⁷ Si veda nella dottrina italiana, già da tempo, proprio sulla base di una ricognizione della giurisprudenza della Corte costituzionale, PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 131 ss., 158 ss.; ID., voce *Offensività del reato (Principio di)*, in Enc. dir., Annali VIII, 2015, p. 665 ss., 672; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1998, p. 350 ss., spec. 362, 369, 379 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 283 ss.; ID., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2007, p. 739 ss., 757 ss., 768 ss.; VIGANÒ, *Menschenrechte und Strafrecht. Ein Plädoyer für eine Neuorientierung*, in FAHL E AL. (a cura di), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, p. 55 ss., 62 s. Nella dottrina tedesca già in questa direzione MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, Frankfurt am Main, 1973, 47 ss. Più di recente WEIGEND, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt*, in WEIGEND/KÜPPER (a cura di), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin, 1999, p. 917 ss.; STERNBERG-LIEBEN, *Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers*, in HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, p. 65 ss.; BURCHARD, *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, in TIEDEMANN E AL. (a cura di), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, 2016, p. 27 ss. Ma questo approccio trova consensi anche al di fuori della penalistica continentale, v. ROACH, *The Primacy of Liberty and Proportionality, Not Human Dignity, When Subjecting Criminal Law to Constitutional Control*, in Isr. L. Rev., 2011, p. 91 ss., 106 s.; HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008, 127 ss.; SHEPHERD, *A Human Right not to be Punished? Punishment as Derogation of Rights*, in Crim Law and Philos, 2012, p. 31 ss.

La posizione è anche condivisa nella dottrina costituzionalistica da BARAK, *The Constitutionalization of the Israeli Legal System as a Result of the Basic Laws and its Effect on Procedural and Substantive Criminal Law*, in Isr. L. Rev., 1997, p. 3 ss., 10; SILVESTRI, *Diritto penale, democrazia, costituzione*, in VIOLANTE E AL. (a cura di), *Oggetto e limiti del potere*

accompagna un approfondimento della struttura di questo giudizio⁸. Oltretutto, anche rispetto a paradigmi ritenuti del tutto diversi rispetto al giudizio di bilanciamento qui proposto, come l'*harm principle*, non si può non osservare che già in Feinberg l'*harm* diviene nient'altro che un elemento in un giudizio più generale di bilanciamento da condurre sulla base delle massime di mediazione da lui elaborate⁹, che in realtà non fanno altro che riprendere i classici passaggi del giudizio di bilanciamento elaborati dalla dottrina costituzionalistica¹⁰. Detto altrimenti, è proprio Feinberg per primo a riconoscere il carattere non decisivo del mero accertamento binario sull'esistenza o inesistenza di un *harm*¹¹.

coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali, Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino, 2013, p. 39 ss., 40; GÄRDITZ, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, in DSt, 2010, p. 331 ss., 351.

In generale, sul carattere intrinseco di bilanciamento di qualsiasi scelta di criminalizzazione già ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 97 ss., 114, osservava che "è fuori dubbio che spesse volte l'incriminazione di un fatto implica un giudizio assai delicato, ed anche un complesso e difficile bilanciamento di interessi e controinteressi"; e poi in questo senso PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013, p. 1613 ss., 1627.

⁸ Approfondimento che è avvenuto soprattutto, se non solamente, nella dottrina tedesca, nei lavori più volte citati di LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, 1996.; APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, 1998; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, Berlin, 1998; KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014.

⁹ V. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to others*, New York, 1984, 187 ss. Su tali massime di mediazione v., nella dottrina italiana, FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014, 124 ss., 187 ss.

¹⁰ D'altronde lo stesso FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to others*, cit., 191 s., 203 ss., ricorre esplicitamente al concetto del bilanciamento e argomenta proprio a partire dalla giurisprudenza della Corte suprema statunitense in materia di libertà d'espressione.

¹¹ V. ancora FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to others*, cit., 188, che definisce il concetto di *harm*, avulso dalle massime di mediazione, come un "principio-guida quasi vacuo" e ancora, p. 203, come una "formula vuota". Il punto è colto molto acutamente da FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 143; ID., *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of Criminal Law in ricordo di Joel Feinberg*, Milano 2010, p. 207 ss., 225 ss.

Pare che lentamente il problema sia sempre meno quello di accettare o meno il giudizio di proporzionalità, quanto quello di comprenderne la struttura in materia penale. Di certo nelle molte aperture al giudizio di proporzionalità, non mancano accanto a letture di mera giustapposizione rispetto ai principi penalistici, letture volte a tradurre lo schema di giudizio costituzionale nei più familiari principi penalistici, svilendo questa fine costruzione dogmatica in una somma sterile tra bene giuridico o offensività ed *extrema ratio*. Si è già dimostrato ampiamente quanto si perda nella forzata traduzione in termini penalistici del giudizio di proporzionalità e ancor più quanto elevati siano i rischi di confusione nella mera giustapposizione di principi sempre diversi.

7. Un approccio metodologico scientificamente più fondato

Eppure, nonostante tutti questi importanti vantaggi del giudizio di proporzionalità, nessuno di essi è realmente decisivo. Si potrà trattare senz'altro di metodo di giudizio più diffuso a livello internazionale, trasversale ai campi del sapere giuridico, ma la questione fondamentale è comprendere se si tratti – come qui si ritiene – altresì di un approccio metodologico scientificamente più fondato.

Può essere utile allora ripercorrere le riflessioni penalistiche sui limiti alle scelte di criminalizzazione.

Ripartiamo anzitutto dalla teoria del bene giuridico e da quella dell'*harm principle*. Tali teorie si fondano, quantomeno *prima facie*, su un codice binario esistenza/non esistenza di un bene giuridico o di un *harm*, che trasmette con somma chiarezza il messaggio di legittimità/illegittimità della scelta di criminalizzazione. Tuttavia, ci si è accorti ben presto della rozzezza di questo meccanismo.

In primo luogo si è visto come tutto si risolvesse semplicemente, in astratto o in concreto, attraverso la definizione del concetto di bene giuridico o di *harm*. In astratto, definizioni estensive o restrittive, pur senza negare da parte di alcuno la validità dello strumento metodologico, sono idonee al raggiungimento di opposti risultati pratici. Ma più ancora del rebus della comune definizione teorica di tali elementi, è stata la sussunzione concreta dei casi della vita all'interno di tali concetti a dimostrarne

l'assoluta incapacità a fungere da strumento metodologico di vaglio delle scelte di criminalizzazione. La teoria del bene giuridico o dell'*harm principle* ha guadagnato uno straordinario successo soltanto nella capacità di dettare i termini della discussione, ha semplicemente stabilito un *frame* argomentativo, senza però intaccare il piano dei risultati sostanziali¹². Qualsiasi forza politica, sociale o scientifica portatrice di un'istanza di criminalizzazione è semplicemente dovuta sottostare ai termini della discussione dettati da queste teoriche, senza però che fosse realmente preclusa l'istanza di criminalizzazione sostanziale¹³.

Un esempio può forse aiutare a chiarire questo passaggio. L'istanza di tutela penale del divieto di condotte omosessuali o di condotte di detenzione di materiale pornografico ha certo perso la possibilità di inquadrare l'istanza propugnata come necessaria alla preservazione della morale pubblica, ma l'istanza di criminalizzazione si è dovuta semplicemente trasformare, secondo il *frame* dettato dal bene giuridico o dall'*harm principle*, come lesione di un bene giuridico o come *harm*.

Si è assistito con un fenomeno tanto lucidamente osservato sia nella dottrina continentale che in quella anglosassone alla proliferazione e spiritualizzazione dei beni giuridici o degli *harm*¹⁴. Compreso il meccanismo argomentativo imposto da queste teorie, si sono salvate le medesime istanze di criminalizzazione attraverso una mera ridefinizione del loro fondamento.

¹² Sul concetto di *frame* cfr., *ex multis* e per primo, GOFFMAN, *Frame Analysis. An Essay on the Organization of Experience*, New York, 1974.

¹³ Questo fenomeno è stato già da tempo osservato con grandissima lucidità da HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1999-2000, p. 109 ss.; il cui giudizio è ora sposato anche da DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1546 ss., 1565.

¹⁴ Un dibattito dottrinale dominato soprattutto dalla discussione sulla tutela penale di funzioni, cfr., tra gli altri, MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Milano, 2005, 79 ss.; ID., *Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre*, in *ZStW*, 2002, p. 720 ss.; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin, 2000.

Si è in tal modo scoperto il *bluff* teorico sottostante ad impostazione semplificatorie e binarie. Si è scoperto che l'esistenza di un bene giuridico o di un *harm* fossero in realtà frutto di una valutazione qualitativa, che occorresse cioè comprendere quali tra i supposti beni giuridici tutelati dalla norma fossero davvero in grado di fondare una scelta di criminalizzazione a sua volta in grado di incidere su altri beni giuridici. Ma l'attività di bilanciamento, condotta quasi sempre con esclusivo riguardo alla norma sanzionatoria, continua ad essere nascosta nello schema sillogistico del bene giuridico o dell'*harm principle*¹⁵. Dapprima si decide se un interesse di tutela è sufficientemente importante per sostenere una scelta di criminalizzazione e solo poi si afferma la presenza o l'assenza di un bene giuridico. Si costruisce un criterio qualitativo, frutto di bilanciamento, ma lo si nasconde ancora sotto le spoglie di un criterio binario, sillogistico. Così facendo ci si illude di sottrarsi a giudizi valutativi, non interpretativi, ma con il non trascurabile effetto collaterale di dover negare l'esistenza di un qualsiasi interesse di tutela. Si pensi, per esemplificare, al tema del negazionismo: per il timore di giustificare una fattispecie incriminatrice si sostiene l'impossibilità di identificare un bene giuridico da tutelare, non versando un omaggio anche solo simbolico e un pubblico riconoscimento ad una istanza di tutela certamente legittima, il cui rilievo semplicemente e apertamente si ritiene inferiore rispetto alle esigenze di tutela della libertà di espressione¹⁶.

Il giudizio di bilanciamento porta al centro dell'attenzione quella scelta valutativa che il bene giuridico o l'*harm principle* vuole nascondere nella penombra del retrobottega; chiede di argomentare in maniera aperta e franca sul peso degli interessi

¹⁵ In questo senso anche LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 426; APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 383; FRISCH, *An den Grenzen des Strafrechts*, in KÜPER/WELP (a cura di), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 69 ss., 73 s.

¹⁶ Sulla capacità del giudizio di proporzionalità di versare, invece, quantomeno un omaggio simbolico attraverso il riconoscimento di valore argomentativo nella motivazione della decisione e, quindi, di non disconoscere nessuno degli interessi di cui sono portatrici le parti processuali, v. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, New York, 2004, 160; nello stesso senso STONE SWEET/MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in Colum. J. Transnat'l L., 2008-09, p. 72 ss., 88 s.

confliggenti, sulle ragioni per le quali nel caso concreto alcuni interessi sono stati preferiti ad altri¹⁷.

Proprio sugli interessi confliggenti si è scontato il maggiore ritardo della penalistica. Il bilanciamento alla base delle scelte di criminalizzazione è sempre stato giocato sulla parte sanzionatoria della norma. Si sono sottolineate le caratteristiche eccezionali della sanzione penale e si è chiesto di confrontare con queste le ragioni della criminalizzazione. Molto più in ombra è stata la parte della norma di condotta, avvertendosi la contrarietà di questa all'ordinamento come patologia dell'ordinamento, da sanare in sede di anti-giuridicità in nome di esigenze di tutela dell'unitarietà e non contraddittorietà dell'ordinamento.

Si è fatto fatica a comprendere, sviati dalla continua considerazione del *Kernstrafrecht*, che il diritto penale, sempre più in espansione assieme allo stesso ordinamento giuridico, al pari di qualsiasi altro ambito dell'ordinamento fosse il risultato di interessi e diritti confliggenti, la cui ricomposizione è affidata al legislatore. Qualsiasi norma incriminatrice, prima ancora di limitare attraverso il rimprovero e la sanzione i diritti fondamentali del soggetto, limita la sua libera autodeterminazione rispetto alla condotta vietata o imposta.

Ma che d'altronde non sia sufficiente una mera considerazione dell'esistenza o inesistenza di beni giuridici o di *harm*, è da tempo noto alla dottrina. La dottrina italiana in particolare ha per prima osservato il rapporto fondamentale tra bene giuridico tutelato e tecnica di tutela utilizzata. La ricchissima discussione sulle varie tipologie di reato, soprattutto di pericolo sviluppata in Italia è divenuta poi un oggetto fondamentale di studio sia per la dottrina tedesca che per la dottrina anglosassone. Si è compreso che ai fini del bilanciamento accanto all'interesse tutelato dalla fattispecie fosse necessario comprendere il grado di lesione cui tale interesse è esposto e la probabilità della stessa lesione.

¹⁷ D'altronde, già agli albori della discussione sul bilanciamento, un giurista statunitense – MENDELSON, *The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz*, in Vand. L. Rev., 1963-63, p. 479 ss., 482 – poneva senza mezzi termini la domanda “shall the balancing be done “intuitively” or rationally; covertly or out in the open?”.

Si è poi osservata l'importanza dell'esistenza di mezzi alternativi meno limitati dei diritti fondamentali del singolo, interrogandosi sul tema della sussidiarietà nell'intervento della sanzione penale, come pure si è iniziata l'indagine sull'effettività delle scelte sanzionatorie¹⁸.

La tendenza complessiva della riflessione scientifica è allora individuabile in un continuo accrescimento della flessibilità del giudizio sulla legittimità delle scelte di criminalizzazione. Da un giudizio monofattoriale, o presunto tale, sulla semplice esistenza di un bene giuridico o di un *harm*, si è passati a considerare una molteplicità di elementi, dalla tipologia di reato all'effettività della norma, dall'esistenza di alternative rispetto alla sanzione penale alla ponderazione dell'interesse protetto.

La chiara tendenza, dunque, è un avvicinamento sempre maggiore tra la riflessione penalistica e lo strumento metodologico offerto dal giudizio di proporzionalità, di modo che l'evoluzione rappresentata dal recente accoglimento di tale strumento da una parte della dottrina pare tutt'altro che imprevedibile.

Eppure la fusione non è ancora compiuta, poiché il giudizio di bilanciamento, rappresenta, come abbiamo visto, qualcosa di sensibilmente diverso dalla somma dei principi penalistici di offensività, effettività, *extrema ratio*.

Nella riflessione penalistica si tratta ancora di principi isolati, ciascuno in grado di offrire, di per sé considerato, risposte univoche in ordine alla legittimazione di generiche scelte di criminalizzazione. Il giudizio di bilanciamento, al contrario, unisce argomentazioni in parte coincidenti con questi principi, per decidere caso per caso sulla legittimazione di una singola e concreta fattispecie incriminatrice.

Adottare l'approccio metodologico costituzionale significa abbandonare aprioristici bilanciamenti categoriali e astratti, quali il divieto di reati di pericolo astratto, o il divieto di reati di scopo, o il divieto di fattispecie scarsamente effettive, o la vana ricerca di rapporti di gerarchia tra beni o interessi, per confrontarsi in concreto, sulla base di tutte le argomentazioni disponibili, sulla ragionevolezza del singolo bilanciamento legislativo. Si è già visto come la portata dell'esistenza di mezzi

¹⁸ Sul principio di effettività resta fondamentale la compiuta ricostruzione di PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1990, p. 430 ss.

alternativi o della scarsa efficacia di una fattispecie incriminatrice vari inevitabilmente a seconda del bilanciamento concreto. In altri termini l'importanza degli interessi confliggenti, il grado di lesione degli stessi, la probabilità di tale lesione, l'effettività della norma incriminatrice, l'effettività e i costi dei mezzi alternativi, sono dati argomentativi da ponderare all'interno di un unico trasparente giudizio di bilanciamento.

8. Un approccio metodologico ideologicamente neutro

La discussione sui limiti alle scelte di criminalizzazione pare orientata, più o meno consciamente, da due diversi poli ideologici: da un lato, l'aspirazione ad una restrizione sempre più marcata dell'area del penalmente rilevante, che vede i principi penalistici in questa materia come perfetto mezzo di realizzazione di questa istanza; dall'altro, la pretesa che il potere giudiziario – la cui ascrizione anche delle corti costituzionali pare comunque oltremodo contestabile – non intervenga nelle scelte legittimamente assunte dall'organo rappresentativo della volontà popolare, con la logica conseguenza di voler confinare i principi penalistici di limitazione, quando accettati, a mere direttive politico-criminali nei confronti del Parlamento.

È chiaro, dunque, che i principi penalistici, per come elaborati nella discussione dottrinale, appaiono ideologicamente connotati. Chiunque sposi l'una o l'altra delle aspirazioni descritte potrà facilmente accettare o rifiutare *in limine litis* già l'esistenza di principi giuridici di limitazione delle scelte di criminalizzazione.

Il punto non è triviale. Questa connotazione ideologica fa sì che legittime divergenze nel merito si trasformino e si nascondano dietro questioni di metodo. Ma almeno rispetto al metodo non è possibile non giungere ad una sintesi condivisa.

È in questo senso che il giudizio di proporzionalità offre una soluzione certamente più adeguata, perché non precludendo il risultato della sua applicazione nell'un senso o nell'altro consente a posizioni ideologicamente distanti di affrontarsi su un terreno di scontro che le vede in posizione di parità.

Non solo, infatti, consente, senza ipoteche ideologiche o categoriali, di schierarsi per la legittimità o illegittimità della singola fattispecie incriminatrice, portando

argomentazioni a sostegno dell'uno o dell'altro risultato, ma consente altresì di affrontare nel merito della singola questione il tema, certamente non trascurabile, della discrezionalità del legislatore. La letteratura costituzionalistica in materia di giudizio di proporzionalità è, infatti, soprattutto un'analisi dei rapporti tra giudice costituzionale e legislatore nell'analisi delle singole questioni. Si tratta di temi di tale complessità da non poter essere qui approfonditi, ma la discussione costituzionalistica è proprio attorno agli oneri probatori all'interno del giudizio di proporzionalità, ai margini di discrezionalità da riconoscere al legislatore nelle prognosi di idoneità e di necessità, al vaglio di attendibilità dei dati empirici utilizzati. In altri termini, in ogni passaggio del giudizio, sarà certamente consentito difendere la scelta legislativa non solo nel merito, ma anche come riflesso della difesa dell'autonomia di valutazioni da parte del legislatore.

La differenza essenziale è dunque che il giudizio di proporzionalità offre uno strumento meramente metodologico, mentre i principi classici penalistici finiscono per fornire anche risposte sostanziali.

Anche qui con un *caveat*. Il fatto che il giudizio di proporzionalità offra uno schema meramente metodologico, senza poter fornire risposte concrete nel merito prima che sia attivato, non significa che l'adozione di tale metodo non implichi conseguenze sostanziali di sistema. Detto altrimenti, non pretende di indicare con certezza al legislatore che una tale norma sarà o meno dichiarate illegittima, ma indica senza dubbio al legislatore che di quella norma, della ragionevolezza del bilanciamento tra contrapposti interessi che essa traccia, sarà chiamato a fornire un'argomentata giustificazione.

Si tratta, dunque, di passare ad una cultura della giustificazione. Non ci sono limiti aprioristici al potere legislativo, ma c'è un controllo razionale sulle scelte legislative che verifichi in concreto, in chiave antimaggioritaria, che nessun diritto fondamentale sia stato aggredito in misura sproporzionata. Il legislatore può tutto ciò che riesce razionalmente a giustificare rispetto ai portatori degli interessi aggrediti e ai loro contro-argomenti.

Come è stato correttamente osservato un'applicazione generalizzata del giudizio di proporzionalità comporta indirettamente una coazione alla razionalità (*Zwang zur Rationalität*) del legislatore politico¹⁹.

Si coglie, dunque, la differenza fondamentale tra giudizio di proporzionalità e teorie di legittimazione meramente procedurale delle scelte di criminalizzazione²⁰. Il giudizio di proporzionalità infatti è strumento metodologico volto ad appurare la correttezza sostanziale della giustificazione offerta dal legislatore per la scelta di criminalizzazione. È certo probabile che un adeguato livello di confronto discorsivo delle varie posizioni, secondo quanto sarebbe richiesto in un'ottica di legittimazione procedurale, farà emergere una scelta legislativa più ragionevole e quindi più probabilmente difendibile in sede di controllo di costituzionalità. Ma ciò non esclude che un pessimo procedimento legislativo possa condurre ad un corretto bilanciamento o che un ottimo procedimento possa condurre ad uno scorretto. Si comprende, allora, come il giudizio di proporzionalità sia interessato alla giustificazione sostanziale e non meramente procedurale delle scelte legislative.

9. Un approccio metodologico di provata efficacia

Nel giudicare il giudizio di proporzionalità, ma con un discorso che vale altresì per i principi penalistici, si deve rinunciare alla tentazione di valutarne l'efficacia in termini ragionieristici rispetto alle fattispecie effettivamente espunte dall'ordinamento.

Le decisioni di una corte costituzionale dipendono chiaramente da una molteplicità di fattori umani, politici e istituzionali rispetto ai quali la correttezza metodologica è senz'altro importante ma non decisiva. Non può essere allora questi il criterio di validità ed efficacia di un approccio metodologico.

¹⁹ V. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, 234 s., con ampi riferimenti alla riflessione sul punto nella dottrina costituzionalistica tedesca.

²⁰ Teorie che di recente paiono attirare una maggiore attenzione da parte della dottrina, cfr., su tutti, FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit., 67 s.; FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico?*, cit., 146, 238, 271 ss.

Un corretto approccio metodologico alla discussione sui limiti alle scelte di criminalizzazione non può che essere valutato alla stregua della sua capacità di dare ordine, trasparenza, razionalità alla stessa. Sarà un buon metodo quello che più riuscirà a fare emergere gli argomenti di merito sulla bontà o meno di un bilanciamento legislativo. Più il giudice costituzionale sarà spinto a portare alla luce le motivazioni di merito e a non nascondersi dietro opache argomentazioni normativistiche, più agevole sarà il controllo dell'opinione pubblica e della dottrina sulla bontà delle decisioni di quel giudice²¹. Detto altrimenti, il punto non è ripudiare inevitabili decisioni valutative sugli interessi e non interpretative del giudice costituzionale, quanto adoperarsi affinché tali decisioni siano più possibili argomentate e trasparenti rispetto alle ragioni alla base della decisione; non è quindi negare il bilanciamento, ma piuttosto ricavare le garanzie fondamentali affinché il suo esercizio non scada in mero arbitrio²².

Da questo punto di vista, si è visto come il giudizio di proporzionalità offra una griglia strutturata e trasparente entro la quale debbono muoversi le argomentazioni di merito delle parti. Cosicché anche decisioni ampiamente criticabili per i loro esiti, non intaccano il giudizio positivo su uno strumento metodologico, che più di ogni altro riesce a far emergere l'inconsistenza argomentativa alla base delle stesse.

Il fatto che in moltissimi casi, come si è visto, il giudizio di proporzionalità abbia portato a dichiarazioni di illegittimità costituzionale può al più essere valutato come indizio della bontà di un metodo.

²¹ Riprendendo le parole di GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, cit., 184, "quanto più articolata è l'argomentazione e quanto più numerosi sono i passaggi giustificativi che vengono richiesti a chi deve decidere, a condizione – certo – che ci siano controlli istituzionali efficaci e/o che l'opinione pubblica sia sufficientemente vigile, tanto più difficile e rischioso è, per chi ha l'onore e l'onere di dover decidere, barare".

²² V. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 364 ss.

10. *Un esercizio finale di ottimismo*

Viviamo, è inutile dirlo, in tempi di grande pessimismo, purtuttavia difficilmente giustificato da un'analisi oggettiva e di lungo respiro sulle reali condizioni del mondo²³.

Si ignora spesso che, con le parole di Franklin Pierce Adams, “a nulla è più imputabile il mito dei bei giorni andati che ad una cattiva memoria”.

Eppure, la magnificazione dei giorni andati, l'esercizio pessimistico e critico, non è dovuto, nella scienza giuridica, alla sola mancanza di memoria o a umana nostalgia, ma è potremmo dire, in qualche misura fisiologico, come componente indispensabile della spinta di qualsiasi scienza a progredire e mettere sempre in discussione le sue conclusioni. Purtroppo, per deformazione professionale, dobbiamo concentrarci sugli aspetti di criticità, non cullandoci sugli allori delle conquiste effettuate.

Di criticità, nel campo delle scelte di criminalizzazione, non vi è certo penuria. Si è soliti fare riferimento alla continua espansione del diritto penale, al suo sviluppo ipertrofico, all'uso sempre più simbolico dello strumento penalistico, al carattere populista ed elettoralistico delle scelte di criminalizzazione. Si è decretata senza appello a più riprese la fine nella prassi delle istanze penalistiche di limitazione del potere punitivo pubblico.

Ma più ancora dei problemi sostanziali in questo campo, nella maggior parte dei casi riconducibili a cause del tutto estranee al diritto penale, la crisi e lo smarrimento sono stati avvertiti nella discussione scientifica, nell'elaborazione teorica.

Si è affermata solennemente la conclusione della stagione costituzionalistica, di un modello forte e giustiziabile di limiti al legislatore penale. Ci si è ritrovati dilaniati tra lo studio e l'insegnamento di principi di garanzia e il riconoscimento che essi non trovassero alcuna reale applicazione nella prassi. Si è avuta la netta sensazione che tale studio e tale insegnamento avessero perso qualsiasi significato giuridico, ma dovessero tramandarsi come precipitato politico ed ideologico garantistico di tempi passati.

²³ Si veda, tra i tanti, il recente saggio di NORBERG, *Progress. Ten Reasons to Look Forward to the Future*, London, 2016.

È giusto concentrarsi sulle criticità del presente, per non smettere mai di operare quale scienza dei limiti e delle garanzie nei confronti del potere pubblico; ma proprio a tal fine è necessario tracciare un bilancio più meditato, dal punto di vista pratico e dal punto di vista teorico.

Dal punto di vista pratico, se solo ci si sforza di ragionare sui tempi lunghi, abbiamo assistito alla decriminalizzazione di reati quali la sodomia, la fornicazione, l'adulterio, l'aborto, l'obiezione di coscienza al servizio militare, l'esercizio della prostituzione, lo sciopero, per non parlare del pratico smantellamento dei reati d'opinione politici, della protezione pressoché assoluta dei giornalisti, dei manifestanti, della sempre più diffusa decriminalizzazione delle condotte di consumo e detenzione di sostanze stupefacenti. Si tratta di casi numericamente limitati, che hanno però cambiato in maniera straordinaria la struttura stessa della nostra società, con conseguenze pratiche imparagonabili rispetto a qualsiasi operazione, pur in larga scala, di depenalizzazione in senso stretto attraverso il passaggio a sanzioni amministrative.

Ma anche rispetto all'uso così pervasivo del diritto penale, non si dovrebbe dimenticare che l'alternativa più invocata, la sanzione amministrativa, è comunque un frutto recente delle riflessioni penalistiche.

Molti altri casi abbiamo affrontato in questo lavoro: casi meno centrali nella riflessione dottrinale, poiché i problemi di costituzionalità non investono l'intera fattispecie incriminatrice, ma alcune sue applicazioni, alcune sue parti. Forse, però, proprio questi casi sono quelli che più devono farci riflettere sulla necessità di impegnarsi a mappare le violazioni dei diritti fondamentali anche negli spazi più interstiziali del nostro ordinamento, sulla necessità di comprendere che i bilanciamenti più irragionevoli possono annidarsi nelle infinite pieghe dell'applicazione ai mille casi della vita di norme astratte che ci appaiono del tutto legittime. In un contesto nel quale, per fortuna, paiono sempre più rari i casi di frontale violazione di determinati diritti fondamentali da parte di una fattispecie incriminatrice, il compito di una scienza penalistica delle garanzie e dei limiti dovrebbe essere proprio quello di scovare violazioni meno eclatanti, ma di certo non meno importanti nell'ottica del reo ingiustamente condannato.

Si dirà che si è fatto riferimento a fattispecie da tempo estranee all'ordinamento italiano, nonostante vicende quali la disciplina della fecondazione medicalmente assistita e le sanzioni ai danni dei giornalisti per diffamazione, tra i tanti altri esempi, ci raccontino di una tutela dei diritti fondamentali tutt'altro che impeccabile. Ma tra le aspirazioni della scienza penalistica non vi è forse quella che le garanzie e i limiti derivanti dal rispetto dei diritti fondamentali acquisiscano portata universale? Non deve essere visto come risultato anche della nostra dottrina, per il suo influsso pratico e culturale sulle organizzazioni internazionali e nella formazione di giuristi stranieri, l'estensione o il tentativo di estensione di questi risultati a sempre più Stati?

Ma i tanti, forse anche troppi, casi richiamati, rispetto alle più diverse fattispecie incriminatrici, dovevano servire soprattutto a mostrare che, prima ancora che dal punto di vista dei risultati pratici, comunque straordinari, è vinta la battaglia teorica e culturale. La stagione costituzionalistica, tutt'altro che superata, vive forse il suo momento di massimo splendore.

Giudici costituzionali di ogni continente riconoscono espressamente la portata giuridica dei limiti alle scelte di criminalizzazione²⁴. In una democrazia costituzionale che riconosca accanto e in contrapposizione alla legge la tutela dei diritti fondamentali²⁵, qualsiasi scelta di criminalizzazione legislativa, sorretta da qualsiasi

²⁴ Il pessimismo della dottrina tedesca che più si è occupata del giudizio di proporzionalità, arrivando alla conclusione che i diritti fondamentali non offrirebbero limiti invalicabili per il legislatore, ma al più direttive non vincolanti – cfr. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 511, 531, 536, e, in termini di mera constatazione rispetto alla giurisprudenza del BVerfG, VOGEL, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in StV, 1996, p. 110 ss., 114 – chiaramente valorizzato da quanti difendono la necessità di difendere i principi penalistici pre-costituzionali, può forse essere spiegato, accanto ad alcuni difetti di costruzione del giudizio stesso, con la ragione che in Germania questo giudizio non ha mai portato a decisioni di illegittimità costituzionale di fattispecie incriminatrici, avendo spesso provveduto il legislatore ad eliminare per tempo le ipotesi più problematiche di criminalizzazione. Sul punto molto chiaro NEUMANN, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip*, in VON HIRSCH E AL., *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, p. 128 ss., 130, il quale correttamente osserva come “il *self-restraint* del BVerfG non venga interpretato – soltanto – auto-limite istituzionalmente motivato, dovuto al principio della separazione dei poteri, ma – anche – come conseguenza obbligata di una debolezza strutturale del principio di proporzionalità”.

²⁵ Sulla centralità della separazione tra legge e diritti v. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 57 ss.

maggioranza parlamentare o sociale, è sottoposta ad uno scrutinio anti-maggioritario di legittimità costituzionale che valuti la ragionevolezza del bilanciamento tracciato tra confliggenti diritti fondamentali. In una prospettiva – lo si ricorda velocemente – abissalmente lontana dall'idea, alla base dei limiti negativi costituzionali, della vana ricerca di limiti testuali all'interno della costituzione a precise scelte di criminalizzazione, in una lettura vetero-positivistica e per regole della costituzione.

Il giudizio di proporzionalità in materia penale, lungi dal rappresentare un lascito politico-criminale da tramandare, è un istituto giuridico che deve far parte del bagaglio pratico di qualsiasi giurista, che ciascun giurista, nella differenza dei ruoli professionali, deve utilizzare per scardinare scelte di criminalizzazione incostituzionali. Il linguaggio dei diritti fondamentali, del bilanciamento, del *chilling effect*, deve rappresentare un linguaggio trasversalmente e internazionalmente condiviso con il quale affrontare nel concreto la legittimità delle singole scelte di criminalizzazione.

Il giudizio di proporzionalità sta offrendo e continuerà ad offrire uno schema metodologico ottimale per portare avanti istanze garantistiche di limitazione del potere punitivo pubblico. Non si tratta di abbandonare l'alta istanza culturale e ideologica alla base dei principi penalistici pre-costituzionali, si tratta soltanto di riconoscere che tale istanza può essere meglio servita, in un contesto giuridico rivoluzionato dall'avvento delle moderne costituzioni, dal più vantaggioso strumento del giudizio di proporzionalità. Occorre chiedersi se, difendendo i principi pre-costituzionali, si stia difendendo ancora l'ideale che animava quei principi o ci si sia semplicemente affezionati ai concetti giuridici contingenti che per molto tempo quell'ideale hanno servito.

ZUSAMMENFASSUNG

ÜBERSICHT: I. Der dem Strafrecht immanente Grundrechtseingriff und seine theoretischen Folgen. – II. Die Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung strafrechtlicher Normen. – 1. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich des Freiheitsgrundrechts anhand der bloßen Verhaltensvorschrift. – 2. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich des Freiheitsgrundrechts anhand der Art der Sanktion. – 3. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich des Freiheitsgrundrechts anhand des Maßes der Sanktion. – 4. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich der Ehre und der sozialen Achtung des Verurteilten. – III. Die Dynamik der Verhältnismäßigkeitsprüfung der strafrechtlichen Normen. – IV. Die Vorzüge der Verhältnismäßigkeitsprüfung als Grundlage der Diskussion über die Legitimität staatlichen Strafens. – V. Der Widersinn der deutschen Diskussion über die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Strafrecht.

I. Der dem Strafrecht immanente Grundrechtseingriff und seine theoretischen Folgen

Die Behauptung, das Strafrecht bewirke stets einen Eingriff in die Grundrechte, ist alles andere als neu in der Diskussion über die Grenzen staatlichen Strafens. Indem die Strafvorschrift ein Verhalten verbietet oder aufzwingt, greift sie in das spezifische Freiheitsgrundrecht oder ggf. in die allgemeine Handlungsfreiheit ein, auf deren Ausübung das Verhalten zurückgeführt werden kann. Eine Eigenart des Strafrechts ist auch der damit verbundene unvergängliche Eingriff in die Ehre und die soziale Achtung des Beschuldigten, der sich durch den besonderen sozialen und ethischen Unwert der strafrechtlichen Zuwiderhandlungen erklären lässt. Außerdem stellt natürlich die konkret verhängte Strafe einen weiteren Eingriff in die Grundrechte der verurteilten Person dar¹.

Alle diese Grundrechte lassen sich ohne Mühe explizit oder implizit in den meisten modernen Verfassungstexten sowie in den internationalen

¹ *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 8 f.; *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 490 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 352 ff., 619 ff.

menschenrechtlichen Übereinkommen finden. Die normative Relevanz dieser Grundrechte ist jedoch bislang nicht in ihrer vollen theoretischen Bedeutung analysiert worden. In der Tat ist mit dem Übergang zu einer modernen Verfassung, die die Achtung der Grundrechte zur Begrenzung der gesetzgebenden Gewalt einfordert, die theoretische Grundlage der Diskussion über die Grenzen staatlichen Strafens komplett verändert worden. Was bis zu diesem Zeitpunkt nur ein philosophisches und kriminalpolitisches Problem darstellte, ist seitdem ein echtes rechtliches Problem geworden². Der Unterschied ist keineswegs unbedeutend: Einerseits darf jetzt jeder Einzelne meist mittels einer individuellen Verfassungsbeschwerde³, die Legitimität jeder beliebigen Strafvorschrift rechtlich bestreiten⁴; andererseits und folglich darf die Frage nach der Legitimität einer Strafvorschrift nicht mehr offen oder ungelöst bleiben, sondern muss jede Rechtsordnung und vor allem jedes Verfassungsgericht über Kriterien für die rechtliche Überprüfung ihrer Legitimität verfügen.

Diese Arbeit wird den Versuch unternehmen, den einzigen Maßstab für die Legitimität gesetzgeberischer Pönalisierungsentscheidungen, der explizite Anerkennung bei vielen verschiedenen Verfassungs- und internationalen Gerichten gefunden hat, d.h. die Verhältnismäßigkeitsprüfung, zu analysieren und auf der Grundlage der Rechtsprechung dieser Gerichte einen Beitrag zu der aktuellen Diskussion über ihre Struktur im strafrechtlichen Kontext zu leisten.

Infolge dieses Blickwinkels der vorliegenden Arbeit, die sich nur mit den rechtlichen Grenzen staatlichen Strafens beschäftigt, ist nicht zu analysieren, ob es neben diesen Grenzen noch philosophische oder kriminalpolitische Prinzipien gibt oder geben sollte. Insbesondere kann auch dahinstehen, ob die letztgenannten den Maßstab für die Legitimität einer Strafvorschrift verschärfen⁵. Jegliches philosophische oder

² In diesem Sinne *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), S. 331.

³ Unterstreicht die Bedeutung dieses Rechtsmittel *Hassemer*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 59.

⁴ Für diesen radikalen Perspektivwandel s., im Bezug zur Rechtsgutstheorie, *Appel* (Anm. 1), S. 319.

⁵ *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 34 ff.; *Greco*, in: *Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vorbaum* (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, 2013, S.

kriminalpolitische Prinzip bewegt sich in einen komplett anderen Zusammenhang und wäre nie in der Lage, eine Antwort auf das rechtliche Legitimitätsproblem anzubieten. Verteidigt man eine rein kriminalpolitische Rolle des Rechtsguts oder des *ultima-ratio*-Prinzips oder erkennt man, was auf das Gleiche hinauskommt, eine rechtliche Bedeutung dieser Prinzipien nur an, wenn sie zu den gleichen Ergebnissen wie die Verhältnismäßigkeitsprüfung führen⁶, ist dies kein Widerspruch zur These dieser Arbeit, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung die einzige rechtliche Grenze staatlichen Strafers darstellt.

II. Die Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung strafrechtlicher Normen

Die Diskussion über die Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung strafrechtlicher Normen ist vor allem von der Frage dominiert worden, welche Rolle die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsvorschriften besitzt⁷. Einer Meinung nach sollte diese Kontrolle – besagter Unterscheidung entsprechend – in verschiedene Stufen unterteilt werden, nämlich in die Prüfung der Verhaltensvorschrift, der Ermächtigung zu einem staatlichen Vorwurf und der verhängten Strafe. So gesehen sei die Verhältnismäßigkeitsprüfung der strafbewehrten Verhaltensvorschrift von der Prüfung nicht strafrechtlicher Ver- oder Gebotsnormen nicht zu unterscheiden, weil in diesem ersten Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung die strafrechtliche Natur der Sanktion gar nicht von Belang sei⁸.

Diese Ansicht ist richtigerweise kritisiert worden, weil eine solche Verhältnismäßigkeitsprüfung der Verhaltensvorschrift dem qualitativen und nicht nur

13 ff., 24 f. Vgl. ferner *Du Bois-Pedain*, Festschrift für Von Hirsch, 2014, S. 319 f.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), S. 49.

⁶ *Roxin*, Festschrift für Schönemann, 2005, S. 144 f.; *ders.*, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 586; *ders.*, GA 2013, S. 450 f.

⁷ *Lagodny* (Anm. 1), S. 6 f., 55 f.; *Appel* (Anm. 1), S. 65, 79, 432 ff.; *Gärditz*, JZ 2016, S. 642. Im Bezug zur Rechtsprechung des BVerfG *Vogel*, StV 1996, S. 113.

⁸ *Lagodny* (Anm. 1), S. 137; *Appel* (Anm. 1), S. 438, 473 f., 491, 559, 569, 572.

quantitativen Bruch zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Sanktionen nie gerecht werden könne⁹.

Den methodologischen Folgerungen aus dieser berechtigten Kritik ist jedoch nicht zuzustimmen: Dies gilt einerseits hinsichtlich der Behauptung, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung selbst völlig ungeeignet für das Strafrecht sei¹⁰; andererseits der Forderung nach einer ganzheitlichen Struktur dieser Prüfung, in der Verhaltens- und Sanktionsvorschrift nie getrennt zu analysieren seien¹¹.

Es ist nicht einzusehen, weshalb die Diskussion über die Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung strafrechtlicher Normen nicht der normalen methodologischen Herangehensweise im Verfassungsrecht folgen sollte. Entscheidend für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist es noch vor der Betrachtung des Eingriffs – in diesem Kontext wird die strafrechtliche Vorschrift relevant –, die tangierten Grundrechte zu identifizieren. Wie schon gesagt ist das verbotene oder gebotene Verhalten zunächst die Ausübung eines bestimmten Freiheitsgrundrechts oder der allgemeinen Handlungsfreiheit. Deswegen ist es sicher richtig, dass der erste Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Legitimität der Abwägung zwischen diesem Grundrecht und dem gesetzgeberischen Zweck der strafrechtlichen Vorschrift zum Gegenstand haben muss. Die Illegitimität der Abwägung kann dennoch von der Verhaltensvorschrift selbst oder von der Art der Sanktion oder auch vom Maß der Sanktion abhängen. Die Lösung kann also nicht in der Ablehnung der Verhältnismäßigkeitsprüfung oder in einer undifferenzierten Struktur derselben bestehen, sondern in einem noch strukturierteren und analytischeren Prüfungsschema.

Natürlich bleibt dann noch die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich des Eingriffs in die Ehre und den sozialen Achtungsanspruch des Verurteilten sowie

⁹ *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 50, 164; *Kaspar* (Anm. 1), S. 224 f., 364 ff.; *Böse*, in: *Hefendehl/von Hirsch/ Wohlers* (Anm. 3), S. 89 ff., 91; *Bunzel*, ebd., S. 110; *Kudlich*, ZStW 127 (2015), S. 648 f.

¹⁰ Vgl. *Schünemann*, in: *Hefendehl/von Hirsch/ Wohlers* (Anm. 3), S. 144 ff.

¹¹ In dieser Richtung die Verhältnismäßigkeitsprüfung der strafbewehrten Verhaltensnorm bei *Kaspar* (Anm. 1), S. 381 ff.

diejenige bezüglich des von der konkreten Strafe tangierten Grundrechts. In Bezug auf diese ist jedoch die Struktur der Prüfung kaum umstritten.

1. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich des Freiheitsgrundrechts anhand der bloßen Verhaltensvorschrift

Man kann, wie gesagt, ohne Zweifel der These zustimmen, dass es in vielen Fällen unmöglich wäre, die Legitimität der gesetzgeberischen Entscheidung zu überprüfen, ohne den strafrechtlichen Charakter der Sanktion zu berücksichtigen. Das bedeutet jedoch nicht, dass sich die Illegitimität der gesetzgeberischen Entscheidung in vielen anderen Fällen schon anhand der Prüfung der Verhaltensvorschrift aufzeigen lässt, sodass die Norm selbst dann illegitim sein würde, wenn der Gesetzgeber eine außerstrafrechtliche Sanktion gewählt hätte.

Nehmen wir das zentrale Beispiel der Bestrafung von Homosexualität. Würde man nur das Instrumentarium strafrechtlicher Prinzipien benutzen, ergäbe sich daraus nur das Argument, dass solche Verhalten nicht kriminalisiert werden dürfen, weil es kein Rechtsgut beeinträchtigt und das Strafrecht nicht bloße Moralvorstellungen schützen darf. Man würde dann die Frage nach der Legitimität einer außerstrafrechtlichen Sanktionierung desselben Verhaltens entweder anderen Rechtsgebieten überlassen, die aber nie wirklich an dem Thema der Sanktionen interessiert sind, oder, noch schlimmer, explizit anerkennen, dass dieses Verhalten mit außerstrafrechtlichen Sanktionen belegt werden kann. Von diesem Blickwinkel bietet die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein vollständigeres und überzeugenderes Instrument, um die Grundrechte der Normadressaten zu schützen. So lässt sich im Rahmen einer einheitlichen Prüfung die Illegitimität jeglicher Sanktion begründen, weil hier schon die Verhaltensvorschrift auf einer fehlerhaften Abwägung zwischen der sexuellen Autonomie der Menschen und den gesetzgeberischen Zwecken beruht.

Wer der Meinung ist, dass in diesem Fall, wie in vielen anderen ähnlichen Fällen, jegliche Sanktionierung und nicht nur speziell strafrechtliche Sanktionen illegitim seien, muss zugeben, dass diese Schlussfolgerung nur auf der Grundlage eines außerstrafrechtlichen Prinzips, nämlich demjenigen der Verhältnismäßigkeit, und nicht eines genuin strafrechtlichen Prinzips gezogen werden kann.

Natürlich kann die veraltete Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zur Bestrafung von Homosexualität¹² nicht beweisen, dass es nur anhand der Rechtsgutstheorie und nicht anhand der Verhältnismäßigkeitsprüfung möglich sei, die Illegitimität der Bestrafung festzustellen. Lenkt man den Blick über die ausgesprochen seltenen Entscheidungen des BVerfG hinaus, zeigt sich sogleich, dass seither der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit es vielen Verfassungs- und internationalen Gerichten ermöglicht hat, die Illegitimität der Bestrafung von Homosexualität festzustellen¹³.

Das ist keineswegs ein Einzelbeispiel. In vielen anderen Fällen haben Gerichte aus der ganzen Welt anhand des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit die Illegitimität von Verhaltensvorschriften festgestellt – ohne jegliche Betrachtung der Natur der Sanktion. Es lässt sich insoweit auf Entscheidungen zur Unkeuschheit¹⁴, zum Verkauf von Verhütungsmitteln¹⁵ oder *Sextoys*¹⁶, zum Schwangerschaftsabbruch¹⁷, zur künstlichen Befruchtung¹⁸, zur Wehrdienstverweigerung¹⁹ oder zur Kinderpornographie²⁰ verweisen.

¹² BVerfGE 6, 389.

¹³ Vgl. U.S. Supreme Court, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); EGMR, *Dudgeon g. Vereinigtes Königreich* (1981), *Norris g. Irland* (1988), *Modinos g. Zypern* (1993) und *A.D.T. g. Vereinigtes Königreich* (2000); Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/98; UN-Menschenrechtsausschuss, Stellungnahme im Fall *Toonen g. Australien* (1994).

¹⁴ Supreme Court of New Jersey, *State v. Saunders*, 75 N.J. 200 (1977); Supreme Court of Virginia, *Martin v. Zihlerl*, 607 S.E.2d 367 (Va. 2005).

¹⁵ U.S. Supreme Court, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) und *Carey v. Population Svcs. Int'l*, 431 U.S. 678 (1977).

¹⁶ United States Court of Appeals, 5th Circuit, *Reliable Consultants Inc. v. Earle*, 517 F.3d 738 (5th Cir. 2008).

¹⁷ U.S. Supreme Court, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); Italienisches Verfassungsgericht, 27/1975.

¹⁸ Italienisches Verfassungsgericht, 151/2009, 162/2014, 96/2015; EGMR, *Costa und Pavan g. Italien* (2012).

¹⁹ UN-Menschenrechtsausschuss, Stellungnahme im Fall *J.P. g. Canada* (1991), dann in *Yeobum Yoon und Myung-Jin Choi g. Südkorea* (2007); EGMR, *Bayatyan g. Armenien* (2011), *Erçep g. Türkei* (2011), *Savda g. Türkei*, *Feti Demirtaş g. Türkei*, *Tarhan g. Türkei* (2012), *Buldu und andere g. Türkei* (2014); UN-Arbeitsgruppe zu willkürlicher Haft, Bericht 8/2008 gegenüber Kolumbien und 16/2008 gegenüber Türkei.

²⁰ Supreme Court of Canada, *R. v. Sharpe* [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2.

Es ist auch sehr wichtig zu unterstreichen, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung vielfach von den beiden europäischen Gerichten genutzt wird, die auf dieser Grundlage zahlreiche Vorschriften für illegitim erklärt haben²¹.

Selbst eine oberflächliche quantitative Betrachtung zeigt somit, welche bedeutende Relevanz die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Begrenzung staatlichen Strafens spielt und spielen kann. Ebenso wichtig ist es jedoch darzulegen, warum die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein besseres und vollständigeres methodologisches Instrumentarium anbietet.

Zwei Aspekte, die Grenzen hinsichtlich der Zwecksetzung (Rechtsgutstheorie) und der möglichen Mittel (Ultima Ratio), bilden seit jeher den Schwerpunkt der strafrechtlichen Diskussion über die Grenze staatlichen Strafens. Es ist denn auch nicht erstaunlich, dass die Strafrechtslehre dazu neigt, sich nur auf die Aspekte des legitimen Zwecks, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit zu konzentrieren. Die Verhältnismäßigkeit i. e. S., der mangels einer klaren Entsprechung in den strafrechtlichen Prinzipien die verschiedensten Rollen zugeschrieben werden, steht im Schatten dieser Gesichtspunkte²².

Die zitierten Fälle zeigen dagegen, wie zentral und entscheidend in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte die Verhältnismäßigkeit i. e. S. ist. In einer komplexen und pluralistischen Gesellschaft ist es normal und häufig, dass ein Eingriff des Gesetzgebers in Grundrechte nicht wegen des Nichtvorhandenseins eines legitimen Zwecks oder der nachweisbaren Existenz milderer Mittel unzulässig ist, sondern erst

²¹ Für das EUGH denkt man nur an die zahlreichen Fälle, in denen die nationalen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, vor allem im Lebensmittelrecht, als Verstoß der europäischen Warenverkehrsfreiheit erklärt wurden, vgl., *ex multis*, C-8/74 Dassonville, C-788/79 Gilli und Andres, C-193/80 Kommission g. Italien, C-261/81 Rau, C-178/84 Kommission g. Deutschland, C-407/85 Drei Glocken, C-90/86 Zoni, C-174/82 Sandoz, C-227/82 Van Bennekom, C-257/84 Motte, C-304/84 Muller, C-42/90 Bellon, C-13/91 und C-113/91 Debus, C-17/93 van der Veldt.

Für das EGMR wäre eine Liste der Entscheidung gar nicht möglich, vgl. nur, zusammen mit den schon erwähnten Entscheidungen, die Hunderte von Entscheidungen bezüglich der Meinungsfreiheit, von der Beleidigung zur Anstiftung, vom Negationismus zur Verunglimpfung.

²² S. Hassemer, in: *Von Hirsch/Seelmann/Wohlens* (Hrsg.), *Mediating Principles*, Baden-Baden, 2006, S. 123.

aufgrund einer unzumutbaren Abwägung zwischen verschiedenen Interessen und Grundrechten. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass der im Parlament repräsentierten Mehrheit ein Interesse einer kleinen Minderheit fern ist, so dass dieses von ihr nicht berücksichtigt wird.

Auch wenn es bei objektiver Betrachtung unmöglich scheint, einen legitimen Zweck (oder ein Rechtsgut oder ein *harm*) zu finden, auf den ein Strafgesetz gestützt werden kann, hat die Strafrechtslehre seit langem erfahren müssen, wie einfach es ist, einen solchen argumentativ zu konstruieren²³. Dies zeigt sich erneut am Beispiel von Strafvorschriften gegen Homosexualität oder Unkeuschheit: Das Verbot dieser Verhaltensweisen wurde mit dem Schutz der allgemeinen Gesundheit vor sexuell übertragbaren Erkrankungen erklärt²⁴.

Hieran zeigt sich, dass die Prüfung des Zwecks allein oder die Frage nach milderem Mitteln nicht ausreichen kann. Die Prüfung der Legitimität eines Strafgesetzes muss – im Rahmen einer Gesamtabwägung – einerseits die Relevanz des Zwecks, den Grad und die Wahrscheinlichkeit der Zweckerfüllung durch die Norm, den Grad und die Wahrscheinlichkeit der Zweckerfüllung durch alternative Mittel, die Kosten und die Dauer der Umsetzung der verschiedenen Alternativen sowie andererseits (und vor allem) die Relevanz des tangierten Grundrechts und die Intensität des Eingriffs umfassen. Die Rechtsgutstheorie oder der Ultima-Ratio-Grundsatz sind, allein genommen, in keinem der erwähnten Fälle in der Lage, die Frage nach der Legitimität der jeweiligen Strafvorschriften zu beantworten.

In dem erwähnten Beispiel wäre etwa der Schutz der allgemeinen Gesundheit vor sexuell übertragbaren Erkrankungen nicht nachweislich durch gleich wirksame mildere

²³ S., *ex multis*, Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, und in der italienischen Diskussion Manes, Il principio di offensività nel diritto penale, 2005, S. 79 ss. Bezüglich des *harm principle* und der amerikanischen kriminalpolitischen Diskussion vgl. die scharfsinnige Analyse von Harcourt, 90 J. Crim. L. & Criminology 109 (1999-2000), der richtigerweise beobachtet, wie das *harm principle* als Fundament und nicht mehr als Grenze der Pönalisierung benutzt worden ist. Beobachtet jetzt sehr deutlich das gleiche Phänomen im Bezug zum Rechtsgut Burchard, in: Asholt/Kuhli (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster (in Vorbereitung), in einem Beitrag mit dem bezeichnenden Titel "Strafrechtslimitation als Motor der Strafrechtsexpansion".

²⁴ In diesem Sinne z.B. die Verteidigung der australischen Regierung in dem schon zitierten Fall im Fall Toonen g. Australien (1994) und nochmals Harcourt (Anm. 23), S. 161 ff.

Mittel erreichbar. Dessen ungeachtet wäre das Verbot von Homosexualität oder Unkeuschheit verfassungswidrig, weil die sexuelle Autonomie des Einzelnen gegenüber unwahrscheinlichen kollektiven Risiken unbedingt Vorrang haben muss. Es darf daher nie vernachlässigt werden, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung i. e. S. nicht nur ein empirisches Element, wie die Prüfungsstufe der Erforderlichkeit, sondern auch ein überragend wichtiges axiologisches Element beinhaltet.

Es ist daher schon hier zu unterstreichen, dass die Fundierung der Debatte über die Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlichen Strafens einen Einschnitt darstellen kann und muss. Würde man versuchen, diesen Grundsatz als eine leere Hülle zu benutzen, in welche die traditionellen strafrechtlichen Prinzipien eingesetzt werden²⁵, ginge die Leistungsfähigkeit dieses Instruments völlig verloren. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung beinhaltet natürlich viele Aspekte, die aus der Diskussion über das Rechtsgut, über die Schutztechniken oder über den Ultima-Ratio-Grundsatz bekannt sind. Diese sind aber, wie auch noch viele weitere Aspekte, in eine andersartige argumentative Struktur eingebettet, deren Regeln zu beachten sind²⁶.

2. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich des Freiheitsgrundrechts anhand der Art der Sanktion

Es gibt, wie gesehen, viele Fälle, in denen schon die Verhaltensvorschrift illegitim ist; das schließt aber nicht aus, dass der staatliche Eingriff in das Freiheitsgrundrecht häufig auch wegen des Art der Sanktion unverhältnismäßig ist. Dies kann infolge

²⁵ In dieser Richtung s. Hassemer (Anm. 3), S. 60 f.; ders. (Anm. 22), 121 ff., nach dem "funktioniert die Spiegelung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Prinzipiellen recht gut, übersetzt und überträgt man ihn in grundlegende strafrechtliche Vorstellungen", S. 124.; ähnlich Neumann, in: *Von Hirsch/Seelmann/Wohlers* (Anm. 22), S. 128 ff.; Bunzel, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Anm. 3), S. 114. Diese Richtung ist noch verbreiteter in der ausländischen Lehre, vgl., in Italien, *Molinari*, *Dir. pen. cont.* 2016, S. 12 f.; in der spanischen Literatur, *Augado Correa*, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, 1999, S. 151 ff.; *Muñoz de Morales Romero*, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, 2011, S. 374 ff.; *De la Mata Barranco*, *ADPCP* 2007, S. 180 ff.; *Demetrio Crespo*, *RFICP* 2013, S. 79 ff.; *Diez Ripólles*, *Festschrift für Enrique Gimbernat*, 2008, S. 241 ff.; *Mir Puig*, in: *Carbonell Mateu et al.* (Hrsg.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, S. 1357 ff.; *ders.*, *Festschrift für Hassemer*, 2010, S. 521 ff.; *Fernández Cruz*, *RDUCN* 2010, S. 73 ff.

²⁶ Vgl. ausführlich *Burchard*, in: *Tiedemann et al.* (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016, S. 41 ff.

zweier verschiedener Gründe der Fall sein: Einerseits kann die Sanktion das Freiheitsgrundrecht des Täters exzessiv beschneiden. Diese Argumentationslinie ist natürlich bezeichnend in der Strafrechtslehre, die immer den qualitativen Unterschied zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Sanktionen betont (a). Andererseits kann die Sanktion Dritte von der Ausübung wichtiger Freiheitsgrundrechte abschrecken (sog. *chilling effect*) (b).

a) Um wiederum ein plakatives Beispiel zu wählen, sei an die Bestrafung des Ehebruchs²⁷ erinnert. In einem solchen Fall ließe sich die Verhaltensvorschrift als solche möglicherweise noch für legitim halten: Der Gesetzgeber verfolgt einen legitimen Zweck – den des Schutzes der Familie – und das Verbot als solches lässt sich als Resultat einer angemessenen Abwägung zwischen diesem Zweck und der Selbstbestimmung des Täters begreifen. Hiervon getrennt zu betrachten wäre im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Frage nach einer etwaigen Sanktion (z.B. im Sinne einer Schadensersatzpflicht). Insoweit wäre deren strafrechtlicher Charakter gar nicht entscheidend, weil auch eine Ordnungswidrigkeit oder selbst eine schwerwiegende zivilrechtliche Sanktion sehr wahrscheinlich als unverhältnismäßig anzusehen wäre²⁸.

Es ist also nicht die strafrechtliche Natur der Sanktion selbst, obwohl sie einen besonders schweren Eingriff in die Ehre des Verurteilten begründet, von entscheidender Bedeutung für diese Prüfung, sondern nur das Verhältnis zwischen Verhaltens- und Sanktionsvorschrift und dem abschreckenden Charakter der Sanktion *in concreto*. Dabei ist zu präzisieren, dass auch diese Verhältnismäßigkeitsprüfung keine spezifisch strafrechtliche ist, obwohl strafrechtliche Sanktionen im Sinne der Verhältnismäßigkeit *eo ipso* als problematisch anzusehen sind.

²⁷ Gerade dank einer Verhältnismäßigkeitsprüfung wurde diese Straftat vor kurzem vom südkoreanischen Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt, vgl. die Entscheidung 2009Hun-Ba17, vom 26 Februar 2015.

²⁸ Wie z.B. die sehr schwerwiegenden zivilrechtlichen Sanktionen, die in einigen amerikanischen Staaten die Straftat ersetzt haben, vgl. *McMillian*, 90 N.C. L. Rev. 1987 (2011-2012).

Auch wenn man z.B. an Verbote von Drogenkonsum oder Inzest denkt, steht nicht etwa die Legitimität der Verhaltensvorschrift in Frage, beispielsweise weil ein zwangsweises Eingreifen von Ärzten oder Sozialdiensten²⁹, die dem Täter die Auswirkungen von Drogen erklären, nicht zu legitimieren wäre. Die Kritik geht insoweit nicht dahin, dass eine unverhältnismäßige Verhaltensvorschrift durchgesetzt und das prominente Grundrecht auf Selbstbestimmung begrenzt würde. Problematisch ist hier die besondere Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen, nicht hingegen das – auch symbolisch richtige – Verbot.

b) Wenig Beachtung hat in der Strafrechtswissenschaft jedoch der zweite Teil dieses Tests gefunden, nämlich der des *chilling effect*. Dieser Begriff ist zuerst von der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* entwickelt worden³⁰, vor allem im Bereich der Meinungsfreiheit. Er erfuhr dann in der amerikanischen Verfassungsrechtslehre³¹ eine intensive Vertiefung, bevor er zum zentralen Bestandteil der EGMR-Rechtsprechung wurde.

Mit dem *chilling effect*, d.h. der abschreckenden Wirkung, ist natürlich nicht die normale und erwünschte Folge eines staatlichen Verbots oder Gebots für die entsprechenden Verhaltensweisen gemeint. Der Begriff soll vielmehr darauf hinweisen, dass der Gesetzgeber nicht in einer perfekten Welt lebt und daher, sozusagen wie in einem physikalischen Laboratorium, Messfehler einkalkulieren muss. Im Bereich der Normsetzung besteht dieser Messfehler in der Möglichkeit, dass die Normadressaten nicht oder nicht nur von verbotenem Verhalten absehen, sondern auch von ähnlichem, noch erlaubten Verhalten. Das kann auf zwei Gründe zurückzuführen sein: Fehler und Ungewissheit. Einerseits kann der Normadressat befürchten, dass ein eigentlich

²⁹ Für die wichtige Bedeutung dieser hoheitlichen Maßnahmen im Kontext des Inzestverbots s. die abweichende Meinung von *Hassmer* in der Entscheidung des BVerfG, BVerfGE 220, 224, 269 s.

³⁰ Zuerst in *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 195 (1952) (Frankfurter, J., concurring); dann mit dieser exakten Formulierung zuerst in *Gibson v. Florida Legis. Investigation Comm.*, 372 U.S. 539, 556-57 (1963), und schon wenige Jahre später konnte Justice Harlan feststellen, dieser Begriff sei überall in der Rechtsprechung des Gerichts zu finden, *Zwickler v. Koota*, 389 U.S. 241, 256 n.2 (1967) (Harlan, J., concurring).

³¹ Vgl., zuerst und für alle, die Anmerkung, *The Chilling Effect in Constitutional Law*, 69. Colum. L. Rev. 808 (1969) und *Schauer*, 58 B.U. L. Rev. 685 (1978).

erlaubtes Verhalten infolge einer falschen richterlichen Auslegung als verboten angesehen wird. Dieses Fehlerrisiko des Rechtsanwenders kann es, zusammen mit der Ungewissheit jeglicher Normauslegung, aus der Sicht des Normadressaten ratsam erscheinen lassen, von einer größeren Zahl von Verhaltensweisen abzusehen. Andererseits kann auch ein Auslegungsfehler des Normadressaten selbst zu diesem Ergebnis führen.

Der Grund, weshalb sich der Gesetzgeber eifrig bemühen sollte, diesen *chilling effect* zu minimieren, ist leicht benannt: Besonders wenn sehr bedeutende Grundrechte betroffen sind, wäre ein Verzicht auf deren Wahrnehmung infolge des *chilling effect* ein unerträglicher Verlust für die Gesellschaft. Gerade die nahe an einem Verbot angesiedelten Verhaltensweisen sind häufig für eine Demokratie wesentlich, denn sie gehen von kritischen und unkonventionellen Stimmen aus.

Deswegen sollte der Gesetzgeber im Hinblick auf die Ausübung von Grundrechten „Luft zum Atmen“ (einen „*breathing space*“) gewährleisten³², d.h. die Linie des Verbotenen ein wenig zurücknehmen. Hieraus ergibt sich, wie zentral der Begriff des *chilling effect* in jeder Diskussion über die Grenze staatlichen Strafens sein sollte.

Dazu seien im vorliegenden Text nur wenige Beispiele angeführt – natürlich ließen sich aber viele weitere bilden. Ein sehr interessanter Bereich ist derjenige der Bestechungsdelikte im Zusammenhang mit Politikern, bei denen der Gesetzgeber eine vernünftige Abwägung zwischen dem Schutz der Unparteilichkeit und Leistungsfähigkeit der Verwaltung einerseits sowie der politischen Freiheit andererseits ziehen muss. Es ist vor diesem Hintergrund nicht überraschend, dass der U.S. Supreme Court in einem neueren Fall³³ gerade auf den *chilling effect* verwiesen hat, um eine restriktive, verfassungskonforme Auslegung des Elements der Diensthandlung zu begründen. Darin stand der Unwert des Verhaltens des konkret betroffenen Politikers oder ähnlicher Fälle nicht in Frage, deren Bestrafung auch der Supreme Court daher *per*

³² Diese durchschlagende Metapher ist zuerst von Justice Brennan in U.S. Supreme Court, *A. A. C. P. v. Button*, 371 U.S. 415, 433 (1963) benutzt worden.

³³ U.S. Supreme Court, *McDonnell v. United States*, 577 U.S. ____ (2016).

se als vollkommen legitim erachtete. Das Problem seien vielmehr die Auswirkungen einer solchen Verurteilung auf das Verhalten der Gesamtheit aller Politiker, die möglicherweise künftig auf die Erfüllung wichtiger sozialer Verpflichtungen verzichten würden, um das Risiko einer Bestrafung zu vermeiden. Aus dieser anderen Perspektive wirft die Entscheidung des BGH im Fall der Vorteilsannahme durch Parteispenden³⁴ interessante Fragen auf. Darin wird der *chilling effect* gar nicht erwähnt. Die Lösung des BGH zieht eine nuancierte Grenze zwischen legalen Parteispenden und illegalen Bestechungshandlungen³⁵, die vielleicht eine vernünftige Entscheidung im konkreten Einzelfall ermöglicht, es aber nicht schafft, einen möglichen *chilling effect* auf Politiker zu vermeiden. Es drängt sich die Frage auf, ob in diesem Bereich durch eine streng überprüfte und regulierte Transparenz von Parteispenden den Wählern – und nicht einem Richter – die Aufgabe zuzuweisen wäre, zu entscheiden, ob ein „Vorteil allein dem Zuwendenden nutzt oder nur bestimmten Individualinteressen förderlich ist“³⁶.

Auch bezüglich einer anderen wichtigen Konstellation hätte eine Erwägung des *chilling effect* seitens der Lehre von Hilfe sein können, nämlich derjenigen der Strafbarkeit eines Strafverteidigers wegen Geldwäsche durch die Annahme seines Honorars. Auch insoweit erklärt die Theorie des *chilling effect* viel besser die verfassungsrechtlichen Gründe für eine Restriktion der strafrechtlichen (ebenso wie der berufsrechtlichen) Sanktionierung. Aus dieser Perspektive, die sich im Ergebnis wohl auch das BVerfG zueigen macht³⁷, leuchtet ein, dass gar nicht von Interesse ist, ob der konkrete Strafverteidiger (oder irgendein Strafverteidiger) wegen bedenkenlosen Verhaltens eine Strafe verdient hat³⁸. Die sozialschädlichen Folgen für die Ausübung dieses unverzichtbaren Berufs durch die Gesamtheit der Strafverteidiger überwiegen den positiven Effekt der legitimen Bestrafung im Einzelfall³⁹. Vor diesem Hintergrund

³⁴ BGH, Urt. vom 28. Oktober 2004 – 3 StR 301/03, BGHSt 49, 275.

³⁵ Als explizit anerkannt bei dem BGH selbst, vgl. BGHSt 49, 275, 295 f.

³⁶ BGHSt 49, 275, 295.

³⁷ BVerfGE 110, 226, sowie BVerfG, Urteil vom 28. Juli 2015, 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14.

³⁸ Vgl. in dieser Richtung *Fischer*, NStZ 2004, S. 473.

³⁹ Mit einem so hohen Bestrafungsrisiko wären alle Strafverteidiger gezwungen, in den meisten Fällen das Mandat nicht zu akzeptieren, vgl. auch *Grüner/Wasserburg*, GA 2000, S. 439.

ist fraglich, ob die Entscheidung des BVerfG wirklich ausreicht, um nicht nur eine gerechte Lösung des Einzelfalls zu finden, sondern auch den *chilling effect* auf die Strafverteidiger zu minimieren⁴⁰, die jedenfalls eine besondere Kategorie von Normadressaten darstellen, weil bei ihnen richtigerweise von einer besseren Kenntnis der Rechtsprechung auszugehen ist.

3. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich des Freiheitsgrundrechts anhand des Maßes der Sanktion

In einigen Fällen besteht auch die Möglichkeit, das Problem des *chilling effect* zu minimieren, indem das Maß der Sanktion verringert wird. So wird normalerweise der Normadressat eher das Risiko einer Sanktion eingehen, wenn diese nur gering ausfallen würde. Deswegen kann die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich des Freiheitsgrundrechts die Illegitimität der Strafnorm auch in Fällen begründen, in denen kein Zweifel daran besteht, dass die Verhaltensvorschrift und die Befugnis zur Sanktionierung der entsprechenden Zuwiderhandlung vollkommen legitim sind.

Jedoch ist dieser Test von der der Strafrechtslehre vertrauteren Legitimation der Sanktion gegenüber dem Verurteilten (sei es im Hinblick auf den Schuldausgleich, die Tatproportionalität oder etwas Anderes) zu unterscheiden. Hier stehen – nochmals – nur die Folgen des Maßes der Sanktion für die Ausübung des von der Verhaltensvorschrift tangierten Freiheitsgrundrechts seitens der Allgemeinheit im Vordergrund. Daher hat ein solcher Test seine Grundlage in jedem Freiheitsgrundrecht, und nicht, wie manchmal die andere erwähnte Prüfung, in einer generellen verfassungsrechtlichen Norm.

Einstweilen geht es hier noch generell um die Verhältnismäßigkeit jeglicher Sanktion, weil, wie schon oben gesehen, die Verhältnismäßigkeitsprüfung sowohl auf strafrechtliche als auch auf außerstrafrechtliche Sanktionen Anwendung findet. Soweit allerdings für ein bestimmtes Verhalten nur außerstrafrechtliche Sanktionen als verhältnismäßig anzusehen sind, kann auch dieser Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung schon eine Entkriminalisierung *stricto sensu* erzeugen.

⁴⁰ Vgl. kritisch dazu *Wohlers*, JZ 2004, S. 679.

Beispiele hierfür sind vor allem in der Rechtsprechung der zwei europäischen Gerichte ebenfalls zahlreich. Anführen lässt sich z.B. die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit: Obwohl der Gerichtshof die Befugnis der Mitgliedstaaten anerkennt, bestimmte Verhaltensweisen zu sanktionieren, verbietet er ihnen unverhältnismäßige Sanktionen⁴¹, und manchmal *expressis verbis* strafrechtliche Sanktionen⁴², gerade weil deren Schärfe einen *chilling effect* auf die Ausübung der Personenfreizügigkeit durch die europäischen Bürger bewirken könnte.

Noch mehr Beispiele sind in der Rechtsprechung des EGMR zu finden. Im Bereich der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit hat das europäische Gericht Sanktionen aufgrund einer nicht autorisierten Demonstration dieser Prüfung unterzogen und festgestellt, dass eine strafrechtliche Sanktion für den bloßen Teilnehmer immer unverhältnismäßig ist⁴³, während für die Veranstalter prinzipiell nur eine Haftstrafe unverhältnismäßig ist⁴⁴; stets wird dabei in der Begründung klar auf den *chilling effect* Bezug genommen. Auch in Fällen nichtpazifistischer Demonstrationen hat der EGMR im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeit darauf abgestellt, ob die verhängte Sanktion einen *chilling effect* auf die anderen Bürger haben könnte⁴⁵.

Andere Beispiele sind im Bereich der Meinungsfreiheit zu finden. Für Beleidigungen durch Journalisten ist nach der strengen Rechtsprechung des EGMR den Staaten grundsätzlich jegliche Sanktion untersagt, sodass die meisten Fälle schon auf der Ebene der Verhaltensvorschrift selbst zu lösen sind. Für einige sehr schwerwiegende Verhaltensweisen von Journalisten bleibt es zwar möglich, eine Sanktion zu verhängen. Diese unterliegt dann jedoch der strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle durch den EGMR. Insoweit wurde jedenfalls eine

⁴¹ Vgl., *ex multis*, EUGH, C-118/75 Watson e Belmann, C-265/88 Messner, C-193/94 Skanavi e Chryssanthakopoulos, C-8/77 Sagulo e al., C-157/79 Pieck. Über diese Rechtsprechung *amplius Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 300 ff.

⁴² In diesem Sinn EUGH, C-193/94 Skanavi e Chryssanthakopoulos, zit.

⁴³ EGMR, Akgöl und Göl g. Türkei (2011).

⁴⁴ EGMR, Gün und andere g. Türkei (2013).

⁴⁵ EGMR, Taranenko g. Russland (2014), Karpyuk und andere g. Ukraine (2016), Yaroslav Belousov g. Russland (2016).

Haftstrafe für generell unverhältnismäßig erklärt⁴⁶. Dass die Handlung des einzelnen Journalisten dabei missbilligenswert sein mag, stand für den EGMR wiederum außer Frage; ihm ging es erneut um die generellen Auswirkungen einer solchen Verurteilung im Sinne ihres *chilling effect*.

4. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich der Ehre und der sozialen Achtung des Verurteilten

Wie gesehen sind sehr viele Grenzen für staatliches Strafen schon auf der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich des Freiheitsgrundrechts zu finden. Auf dieser Ebene geht es hauptsächlich um die Grenze jeglicher Sanktionierung, während die nun zu analysierende Prüfung bezüglich der Ehre und der sozialen Achtung des Verurteilten nur die Wahl einer strafrechtlichen statt einer außerstrafrechtlichen Sanktion betrifft, sodass das Ergebnis dieser Prüfung nur eine Entkriminalisierung *stricto sensu* erzeugen kann.

Der Ausgangspunkt dieser Prüfung ist natürlich die Behauptung, dass die strafrechtliche Sanktion einen besonderen Eingriff in die Ehre und in den sozialen Achtungsanspruch des Verurteilten darstelle. Schon unabhängig von einem verfassungsrechtlichen Ansatz hat sich die Strafrechtlehre seit langem mit diesem Eingriff beschäftigt und unter dem Stichwort der *Ultima Ratio* vor allem das Thema der möglichen Alternativen zur Strafe vertieft⁴⁷. Die Literatur zu dieser Frage ist viel zu umfassend, als dass es möglich wäre, hier auch nur einen kleinen Abriss anzubieten. Es ist jedoch wichtig zu bemerken, dass sich die Aufmerksamkeit der Strafrechtswissenschaft nur auf eine Seite der Abwägung konzentriert hat: Während die Wirksamkeit der verschiedenen Mittel und die Belegbarkeit dieses Effekts ausführlich diskutiert worden ist, hat man die Relevanz, die Intensität des staatlichen Eingriffes vernachlässigt, als ob dieses Element für die gesamte Strafrechtsordnung konstant bliebe.

⁴⁶ Vgl. EGMR, *Cumpăna und Mazăre g. Rumänien* (2004), *Belpietro g. Italien* (2013) und *Ricci g. Italien* (2013).

⁴⁷ Vgl. jüngst *Gärditz* (Anm. 7), S. 645 f.; *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, S. 969 ff.

Der Verweis darauf, dass die Strafe in die Freiheit des Menschen eingreife, während außerstrafrechtliche Sanktionen nur das Vermögen betreffen, ist ebenso wie die Bezugnahme auf das schwerwiegendere strafprozessuale Instrumentarium nicht geeignet zu zeigen, dass das Strafrecht immer einen gravierenderen Eingriff in die Ehre des Verurteilten darstellt. Dies zeigt sich daran, dass es Geldstrafen gibt und dass sich das prozessuale Instrumentarium normalerweise für verschiedene Kategorien von Straftaten unterscheidet. Es ist auch schwierig zwischen dem durch den strafrechtlichen Charakter der Sanktion verursachten Eingriff in die Ehre und dem Ansehensverlust zu differenzieren, der allein dadurch eintritt, dass die Gesellschaft von der Zuwiderhandlung gegen die Verhaltensvorschrift Kenntnis erlangt. Für Kernstraftaten z.B., deren Unwert sich von der Allgemeinheit einfach begreifen lässt, liegt die Vermutung nahe, dass die Abnahme der sozialen Achtung mehr in einer autonomen Einschätzung der Verwerflichkeit der Tat begründet ist als im Charakter der Sanktion. Und zuletzt gilt es sich auch alle diejenigen Möglichkeiten ins Gedächtnis rufen, die genau das strafrechtliche Stigma einer Verurteilung vermeiden sollen.

Gerade in den Grenzfällen, in denen eine außerstrafrechtliche staatliche Reaktion eher befürwortet wird, ist der Eingriff in die Ehre nicht so gravierend, wie man glauben könnte. Das bedeutet dann eigentlich, dass es, wann immer es um eine Abwägung geht, keine einheitliche Ultima-Ratio-Prüfung geben kann. Vielmehr wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgrund der unterschiedlichen Relevanz des tangierten Grundrechts immer abweichende Ergebnisse liefern. Erwägungen zur Erforderlichkeit der ausgewählten Mittel sind dann natürlich im Kontext eines Eingriffs in ein spezielles Freiheitsgrundrecht viel wichtiger als bei einem Eingriff in die Ehre.

Das bedeutet natürlich nicht, dass es keine anderen wichtigen Gründe für eine Subsidiarität der staatlichen Intervention gäbe: Diese reichen von den gesellschaftlichen Kosten der Strafe bis zur Leistungsfähigkeit der Justiz, von der schwindenden Abschreckungswirkung einer inflationären Strafpraxis bis zu der Annahme, dass eine massive Ausweitung des Strafrechts es sogar erschweren kann, den Unterschied zwischen verbotenem und erlaubtem Verhalten zu erkennen. Nur leiten sich diese Gründe nicht von den Grundrechten ab und haben daher mit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich Grundrechtseingriffen nichts zu tun. Es gilt

also unbedingt, verfassungsrechtliche Prinzipien, die ein Verfassungsgericht für seine Prüfung heranziehen darf, von kriminalpolitischen Prinzipien zu unterscheiden, die nur dem Gesetzgeber als kritische Argumente angeboten werden können.

III. Die Dynamik der Verhältnismäßigkeitsprüfung der strafrechtlichen Normen

Die vorstehenden Ausführungen waren der Struktur der Verhältnismäßigkeitskontrolle strafrechtlicher Normen – bildlich gesprochen also gleichsam ihrer Statik – gewidmet. Sie haben insbesondere gezeigt, dass viele verschiedene Verfassungs- und internationale Gerichte eine ähnliche Verhältnismäßigkeitsprüfung oder Abwägung vornehmen. In diesem Bereich kann die Strafrechtswissenschaft vor allem einen dogmatischen und systematischen Beitrag leisten, um die Struktur der Prüfung zu optimieren.

Die meisten Probleme und Unterschiede sind jedoch nicht in diesem Bereich, sondern gewissermaßen in der Dynamik der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu finden. Damit ist gemeint, wie ein Rechtssystem auf die Illegitimität einer strafrechtlichen Norm reagiert. Insoweit ist eine geradezu universelle Betrachtung wie oben nicht möglich.

Vergleicht man die verschiedenen Rechtsordnungen, nehmen die wenigen Staaten, in denen keine Verfassungsgerichtsbarkeit existiert, die Extremposition ein. Gravierende Unterschiede bestehen aber auch zwischen Staaten, die im Hinblick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit einem Trennungs- oder aber einem Einheitsmodell folgen, d.h. über ein selbstständiges Verfassungsgericht verfügen oder den Fachgerichten die Verfassungsgerichtsbarkeit zuweisen. Ferner gibt es Gerichte, die nur über Verfassungsbeschwerden entscheiden können (wie im Prinzip z.B. der EGMR), und andere, die lediglich im Wege einer konkreten Normenkontrolle judizieren (wie z.B. das italienische Verfassungsgericht oder der EUGH), manche Gerichte verfügen auch über beide Möglichkeiten (wie z.B. das BVerfG).

All dies sind wohlbekannte Unterschiede im Hinblick auf die Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Ihr Einfluss auf die Dynamik der

Verhältnismäßigkeitsprüfung strafrechtlicher Normen wurde jedoch bislang weitgehend vernachlässigt.

Im vorliegenden Kontext darf die Konzentration nur einem Thema gelten, nämlich wie eine festgestellte Antinomie zwischen einer strafrechtlichen Norm und der Verfassung aufzulösen ist⁴⁸. Normalerweise verfügt ein Verfassungsgericht hierzu über viele verschiedene Instrumente: die totale oder partielle Nichtigerklärung der Norm; Vorgaben zur Auslegung der Vorschrift im Sinne einer verfassungskonformen oder sonstigen teleologischen Reduktion; die Heranziehung der Grundrechte als Rechtfertigungsgründe; die Übertragung der Lösung auf den Tatrichter mittels verschiedener Mechanismen wie Opportunitätseinstellungen oder einem Absehen von Strafe.

Die Wahl zwischen diesen verschiedenen Optionen ist bisher vor allem aus einer strafrechtlichen Perspektive analysiert worden, ohne ihre verfassungsrechtlichen und institutionellen Gründe näher zu behandeln. Noch wichtiger ist jedoch die Feststellung, dass die Strafrechtslehre dazu übergegangen ist, diese verschiedenen Antworten auf ein und dasselbe Problem für verschiedene Probleme zu halten. Es wurde vergessen, dass es um verschiedene Heilmittel gegen die gleiche Krankheit geht, und man begann, jedes dieser Heilmittel isoliert für sich zu analysieren. In der Folge hat es sich eingebürgert, nur die Fälle der totalen Illegitimität einer Strafnorm im Rahmen der von der Rechtsgutstheorie dominierten Diskussion über die Grenze der Kriminalisierung zu behandeln. Die verfassungskonforme Auslegung sowie die Heranziehung der Grundrechte als Rechtfertigungsgründe hingegen finden seither, soweit sie überhaupt untersucht werden, v.a. im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit Erwähnung.

Es leuchtet jedoch nicht ein, wieso der Einsatz dieser speziellen Mittel, welche dem Verfassungsgericht auch dazu dienen, die soeben beschriebene Antinomie zu beseitigen, etwas an der Tatsache ändern soll, dass es um die Grenze staatlichen Strafans geht.

⁴⁸ Vgl. darüber *Kaspar* (Anm. 1), S. 519 ff.

Das Problem besteht eigentlich darin, dass die vorkonstitutionellen strafrechtlichen Ansatzpunkte für die Begrenzung staatlichen Strafens – wie die Rechtsgutslehre oder der Ultima-Ratio-Gedanke – nicht geeignet sind, auch die Fälle einer partiellen Antinomie zwischen einer strafrechtlichen Norm und der Verfassung zu lösen. So wird in den schon erwähnten Fällen der Geldwäsche seitens des Strafverteidigers durch Honorarannahme oder der Vorteilsnahme seitens des Politikers deutlich, dass die strafrechtlichen Prinzipien insoweit nichts anzubieten haben. Daher ist es eine wissenschaftliche Notwendigkeit, diese Fälle in einem anderen Bereich zu analysieren, sodass auch die Benutzung verschiedener methodologischer Ansätze nicht inkongruent erscheint.

Dies ist ein weiterer Hinweis darauf, dass die strafrechtlichen Prinzipien im Gegensatz zur Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht in der Lage sind, ein umfassendes und generelles Konzept für die Begrenzung staatlichen Strafens anzubieten.

Es wurde bisher in der Diskussion über die Grenze staatlichen Strafens viel über die Vernachlässigung der verfassungsrechtlichen Perspektive seitens der Strafrechtslehre geklagt⁴⁹. Zudem ist diese Perspektive in Bezug auf gänzlich illegitime Normen sogar noch aufschlussreicher, als wenn eine Strafvorschrift nur in einigen Konstellationen verfassungsrechtlich problematisch ist.

So wurde das Beispiel der Geldwäsche durch den Strafverteidiger durch die Strafrechtswissenschaft erstaunlicherweise fast nur aus einer strafrechtsinternen dogmatischen Perspektive behandelt wurde. Stattdessen hätte es für die vielen Ansätze in der Lehre nahegelegen, zuerst und vor allem die Verfassungsmäßigkeit der Norm zu hinterfragen und das Verfassungsgericht insoweit als Dialogpartner zu identifizieren. Merkwürdig ist auch, dass keine großen Bedenken hinsichtlich der Legitimität der strafrechtsdogmatischen Begrenzungsansätze laut geworden sind, wohingegen vielfach Zweifel an der Möglichkeit und Legitimität eines Einschreitens durch das BVerfG geäußert wurden⁵⁰.

⁴⁹ Vgl., *ex multis*, Gärditz (Anm. 2), S. 331 ff.; Appel (Anm. 1), *passim*; Stuckenberg, GA 2011, 655.

⁵⁰ S. nur Hefendehl, Festschrift für Roxin, 2001, S. 168 f.

Die Tatsache, dass die Strafrechtslehre gerade in diesen Fällen auf das verfassungsrechtliche Instrumentarium verzichtet, zeigt deutlich, dass sie sich eine verfassungs- und grundrechtliche Perspektive noch nicht zueigen gemacht hat.

IV. Die Vorzüge der Verhältnismäßigkeitsprüfung als Grundlage der Diskussion über die Legitimität staatlichen Strafens

Noch vor kurzem wurde festgestellt, dass die Arbeit der Strafrechtslehre zu den Auswirkungen der Verfassung auf die Diskussion über die Grenzen staatlichen Strafens noch am Anfang stehe⁵¹. Dies mag befremdlich klingen, da die Verfassung keine Neuheit der letzten Jahre ist⁵². Gleichwohl ist dieser Behauptung voll zuzustimmen, wenn man sich die vielen Aspekte von der Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung bis hin zu ihrer Dynamik vergegenwärtigt, über die bisher sehr wenig nachgedacht und diskutiert wurde und über die hier eine Debatte angestoßen werden soll.

Viel Diskussionsbedarf besteht insbesondere noch darüber, wie die Verhältnismäßigkeitsprüfung in diesem speziellen strafrechtlichen Kontext funktionieren soll. Das bedeutet jedoch nicht, dass wir auch in Bezug auf die vorgelagerte Frage, ob die Verhältnismäßigkeitsprüfung sich überhaupt für die Diskussion über die Legitimität staatlichen Strafens eignet, noch am Anfang der Diskussion stünden. Denn die Verhältnismäßigkeitsprüfung gewinnt – auf Kosten der traditionellen Rechtsgutslehre – immer mehr an Zustimmung in der Strafrechtswissenschaft⁵³, was aufgrund ihrer Vorzüge leicht zu erklären ist.

⁵¹ S. z.B. *Hassemer* (Anm. 3), S. 58.

⁵² S. nochmal oben, Anm. 47.

⁵³ Neben den schon mehrmals erwähnten Arbeiten von *Lagodny* (Anm. 1), *Appel* (Anm. 1), *Kaspar* (Anm. 1), *Gärditz* (Anm. 47), *Stuckenberg* (Anm. 47), s. auch *Weigend*, *Festschrift für Hirsch*, 1999, S. 917 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlens* (Anm. 3), S. 65 ff.; *Burchard* (Anm. 26), S. 27 ff. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Abwägung finden immer größere Zustimmung in Italien, obwohl noch nicht als vollständig Ersatz der Rechtsgutslehre, vgl. *Pulitano*, in: *Stile* (Hrsg.), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, S. 158 ff.; *ders.*, voce *Offensività del reato (Principio di)*, in: *Enc. dir.*, *Annali VIII*, 2015, S. 672; *Palazzo*, *RIDPP* 1998, S. 362, 369, 379 ff.; *Manes* (Anm. 23), S. 283 ff.; *ders.*, *RIDPP* 2007, S. 757 ff., 768 ff.; *Viganò*, *Festschrift für Beulke*, 2015, S. 62 f. In der angloamerikanischen Lehre vgl. für ähnliche Versuche einer verfassungsrechtlichen

Erstens kommt der Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne Zweifel Verfassungsrang zu; Jeder Angriff gegen die Legitimität einer Strafnorm, der mittels des Argumentationsmusters der Verhältnismäßigkeit geführt wird, macht eine Reaktion seitens des Verfassungsgerichts erforderlich. Argumentiert man dagegen mit anderen Prinzipien, die sich nicht auf eine Verfassungsgrundlage stützen, ist die Gefahr hoch, dass das Verfassungsgericht die Rüge für unbegründet erklärt, ohne sich darum zu bemühen, die Legitimität der angegriffenen Norm zu beweisen. In anderen Worten wird dem Verfassungsgericht ein leichter Ausweg angeboten, indem es ihm ermöglicht wird, die einfache und generelle Frage nach der verfassungsrechtlichen Anerkennung der Rechtsgutslehre oder des *harm principle* und nicht die viel schwierigere Frage nach der verhältnismäßigen Machtausübung seitens des Staates im konkreten Fall zu beantworten⁵⁴. Eine entsprechende Gefahr besteht auch für die Strafrechtswissenschaft selbst, die viel Zeit und Energie in die abstrakte Diskussion über das Rechtsgut oder das *harm principle* investiert und viel weniger in eine vertiefte Legitimitätskontrolle einzelner Strafnormen.

Zweitens ist gleichfalls offensichtlich, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung, als bestes Exportprodukt der deutschen Rechtswissenschaft, sich praktisch in der ganzen Welt durchgesetzt hat⁵⁵. Daher würde die „Sprache“ der Verhältnismäßigkeit eine transnationale Diskussion über die Grenze staatlichen Strafens ermöglichen, die bisher an der Verschiedenheit der nationalen bzw. regionalen Begrenzungsprinzipien gescheitert ist. Wie groß der Bedarf an einer transnationalen wissenschaftlichen Diskussion hierüber in Zeiten ist, in denen die Schaffung von Strafrecht immer mehr

Begrenzung staatlichen Strafens zu finden, *Roach*, *Isr. L. Rev.* 2011, S. 106 f.; *Husak*, *Overcriminalization*, 2008, S. 127 ff.; *Shepherd*, *Crim Law and Philos* 2012, S. 31 ff. Und natürlich in diesem Sinne einige Verfassungsrechtler, die sich mit diesen Themen beschäftigt haben, s. *Barak*, *Isr. L. Rev.* 1997, S. 10; *Gärditz* (Anm. 47), S. 351; *Silvestri*, in: *Violante et al.* (Hrsg.), *Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali*, 2013, S. 40.

⁵⁴ Für ein instruktives Beispiel s. Supreme Court of Canada, *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine* [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74.

⁵⁵ S. nur in einer nunmehr unüberschaubaren Literatur über die Migration dieses Rechtskonzepts in den ganzen Welt *Barak*, *Proportionality*, 2012, S. 181 ff.; *Stone Sweet/Mathews*, *Colum. J. Transnat'l L.* 2008-09, S. 72 ff.; *Jackson*, *Yale L.J.* 2015, S. 3110 ff.

auf der supranationalen Ebene stattfindet, bedarf keiner näheren Erläuterung⁵⁶. Es ist deshalb kein Zufall, dass die große Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung als Grenze für das Strafrecht zuerst und vor allem auf der europäischen Ebene aufgedeckt wurde⁵⁷.

Drittens ist vielleicht noch wichtiger, dass es der Verhältnismäßigkeitsprüfung gelingt, nicht nur geographische Grenzen, sondern auch die Grenzen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, vor allem natürlich dem Strafrecht und dem Verfassungsrecht, zu überwinden. Diese scharfe Trennung zwischen verschiedenen Teilgebieten der Rechtswissenschaft stellt einen klaren Nachteil für die Diskussion über die Grenze staatlichen Strafens dar, weil sie sowohl die Strafrechtslehre als auch die Verfassungsrechtslehre daran hindert, die Ergebnisse einer für beide relevanten Debatte zur Kenntnis zu nehmen. Andererseits obliegt es der Strafrechtswissenschaft zu beweisen, dass die Besonderheiten des Strafrechts nicht nur – was unbestreitbar scheint – spezifische Lösungen bei der Abwägung kollidierender Interessen erforderlich machen, sondern auch spezifische methodologische Strukturen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kontrolle der gesetzgeberischen Abwägung. Da einem Verfassungsgericht an der horizontalen Kohärenz seines Entscheidungsinstrumentariums gelegen sein wird, bedarf die Notwendigkeit solcher Ausnahmen einer überzeugenden Begründung. Wenn die Grenze staatlichen Strafens ein zentrales Thema für die Verfassungsgerichte sein soll, ist aber natürlich auch die Tatsache ins Gedächtnis zu rufen, dass Strafrechtler in diesen Gremien herkömmlich sehr schwach repräsentiert sind.

Viertens versieht uns die Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie schon gesehen, mit einer Lösung, die für die gesamte Rechtsordnung gilt: Wenn einige Verhaltensnormen *per se* – ganz unabhängig von der Natur der Sanktion – für illegitim erklärt werden, gilt dies für sämtliche Rechtsgebiete. Stützte man diesen Befund hingegen allein auf strafrechtliche Prinzipien, wäre damit noch keine bindende Aussage für andere

⁵⁶ S. nur *Satzger*, in: *Tiedemann et al.* (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*. Erinnerung an Joachim Vogel, 2016, S. 277 ff.; in Italien *amplius Bernardi*, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, 2004, S. 53 ff.

⁵⁷ Vgl. *Satzger*, NK 2007, S. 96 f.; *Pastor Muñoz*, GA 2010, S. 94 f.

Rechtsgebiete getroffen. Dieses Bedenken ist noch wichtiger in einer Zeit, in welcher die traditionellen Definitionen von Strafe angesichts der immensen Zunahme staatlicher Sanktionsmechanismen zunehmend unbrauchbar scheinen und in der die Achtung der Menschenrechte gegenüber dem Staat immer mehr im Hinblick auf seine generelle Sanktionsgewalt eingefordert werden muss, nicht nur speziell im Hinblick auf seine Strafgewalt.

V. Der Widersinn der deutschen Diskussion über die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Strafrecht

Die deutsche Diskussion über die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Strafrecht ist bislang vor allem von dem Thema des gesetzgeberischen und politischen Ermessens dominiert worden. Wenn man über die Grenze staatlichen Strafens in einer Demokratie diskutiert, diskutiert man zwangsläufig zugleich über die möglichen Grenzen demokratisch legitimierter Entscheidungen seitens technokratischer Organe. Der Streit zwischen Rechtsgutslehre und Verhältnismäßigkeit ist dann auch eine ideologische Konfrontation zwischen verschiedenen Ideen von Demokratie, namentlich einer Input-Betrachtung (die auf den demokratischen Prozess der Wahl abstellt) und einer Output-Betrachtung (welche menschenrechtskonforme Entscheidungen in den Mittelpunkt stellt).

Die verschiedenen Positionen sind zu eindeutig, als dass sie hier nochmals aufgeführt zu werden bräuchten. Interessant ist jedoch, dass sie paradoxerweise beide keine Stütze in der verfassungsrechtlichen Realität finden.

Befasst man sich mit Autoren⁵⁸, die von der Notwendigkeit einer Verhältnismäßigkeitskontrolle überzeugt sind, gewinnt man den Eindruck, dass nur diese die Beachtung des gesetzgeberischen und politischen Ermessens gewährleisten könne, während die Strafrechtswissenschaft mit der Rechtsgutslehre eine starke Limitierung dieses Ermessens anstrebe.

⁵⁸ Vgl., z.B., in diesem Sinne *Gärditz* (Anm. 2), S. 331 ff.; *Burchard* (Anm. 26), S. 48 ff.

Liest man dagegen Autoren, die die Rechtsgutslehre für nach wie vor notwendig halten⁵⁹, scheint der Maßstab der Verhältnismäßigkeit inakzeptabel, weil sie umgekehrt dem Rückgriff auf das Strafrecht durch den Gesetzgeber zu geringe Grenzen setze.

Bereits wenn man die konkreten Ergebnisse beider Instrumente analysiert, zeigt sich jedoch, dass keine dieser Behauptungen richtig ist. Während sich kein einziges Beispiel für eine verfassungsgerichtliche Entscheidung findet, mit der eine Strafvorschrift wegen des Fehlens eines Rechtsguts für illegitim erklärt wurde⁶⁰, gibt es Dutzende von Beispielen (von denen viele schon oben Erwähnung gefunden haben), in denen ein Verfassungsgericht mittels der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Strafvorschrift vollständig oder teilweise für illegitim erklärt hat. Dieser Befund mag vielleicht im deutschen Kontext nicht so augenfällig sein, wo die Verhältnismäßigkeitskontrolle nie zur totalen Streichung einer Strafnorm geführt hat. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass viele problematische Vorschriften vom Gesetzgeber zuvor reformiert oder abgeschafft wurden. Außerdem hat die deutsche Strafrechtslehre möglicherweise der Rechtsprechung des BVerfG in einigen Bereichen nicht genug Aufmerksamkeit gewidmet, wo die Verhältnismäßigkeitsprüfung beachtliche Grenzen staatlichen Strafens aufgezeigt hat, die in ihrem potenziellen praktischen Effekt weit über die Abschaffung einiger strafrechtlicher Nebenvorschriften hinausgehen⁶¹.

Betrachtet man die Diskussion aus einer eher theoretischen Perspektive, zeigt sich ein weiterer Widerspruch: Die Literatur ist so unüberschaubar geworden, dass sich die Stellungnahmen gar nicht mehr auflisten lassen, welche der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorwerfen, dass sie eine Verschiebung der Herrschaft

⁵⁹ S. nochmals *Greco* (Anm. 5).

⁶⁰ Das gilt nicht nur in Deutschland, sondern auch z.B. in Italien, vgl. kürzlich *Manes*, in: *Tiedemann et al.* (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016, S. 401 ff. Und das gleiche könnte man für das angloamerikanische *harm principle* sagen, vgl. *Dubber*, *ZStW* 117 (2005), S. 500, Fn. 41.

⁶¹ Vgl. z.B. die schon erwähnte Entscheidung im Bezug zur Geldwäsche, BVerfGE 110, 226 und BVerfG, Urt. vom 28. Juli 2015, 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14, oder auch die wichtigen Entscheidungen im Bereich der Versammlungsfreiheit, vgl. BVerfGE 73, 206, S. 247 ff., S. 252 ff.; BVerfGE 104, 92, S. 109 ff.; BVerfG, Urt. vom 7. März 2011, 1 BvR 388/05, § 38 ff.

vom Gesetzgeber zu den Gerichten, und vor allem natürlich zum Verfassungsgericht, bewirke⁶². Es ist aber geradezu kurios, dass eine der weltweit wichtigsten Waffen der Gerichte in der strafrechtlichen Literatur einerseits als ungenügend empfunden, andererseits aber als die beste Lösung verteidigt wird, um das Ermessen des Gesetzgebers zu verteidigen.

Analysiert man nur die knappe Rechtsprechung des BVerfG zu den Grenzen staatlichen Strafens, kann dies leicht die Perspektive verzerren. Denn seine Entscheidungen sind nur teilweise auf die Stimmigkeit des angewandten Prüfungsschemas zurückzuführen, teilweise (und besonders zur Zeit) aber unvermeidbarer Weise auch auf andere, institutionelle oder „politische“ Faktoren. Daher wäre es falsch, nur aus den konkreten Ergebnissen – bzw. den für verfassungswidrig erklärten Strafvorschriften – die Überzeugungskraft dieses Prüfungsschemas ableiten zu wollen, wie es häufig getan wurde. Was stattdessen in den Blick zu nehmen ist, ist vielmehr die Fähigkeit des Prüfungsschemas, das bestmögliche analytische Argumentationsmuster für eine Entscheidung anzubieten. Anders gesagt soll das Prüfungsschema die seitens des Verfassungsgerichts abzugebende Begründung so strukturieren – und erschweren –, dass es evident ist, wenn die Entscheidung auf institutionellen oder „politischen“ Gründen beruht.

So wäre es z.B. eine arge Verkürzung, aus dem berühmten Inzest-Urteil des BVerfG⁶³ nur zu folgern, dass die Prüfung anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Ergebnis die Verfassungsmäßigkeit der Strafvorschrift bestätigt hat, oder dass die Rechtsgutslehre zum entgegengesetzten Resultat geführt hätte. Viel interessanter ist, ob und wie die Verhältnismäßigkeitsprüfung das BVerfG gezwungen hat, eine strukturierte Argumentation anzubieten und verschiedene Punkte analytisch abzuhandeln: Gerade der Maßstab der Verhältnismäßigkeit zeigt die argumentativen Schwächen der Entscheidung des BVerfG auf und macht deutlich, dass sie wohl auch mit der Sorge des Gerichts um seinen gesellschaftlichen Zuspruch zu erklären ist. Anders gesagt ist die Leichtigkeit, mit der die Entscheidung des BVerfG sich in jedem

⁶² Vgl., *ex multis*, nochmals *Stone Sweet/Mathews* (Anm. 53), S. 72 ff.

⁶³ BVerfGE 120, 224.

einzelnen Aspekt kritisieren lässt, das beste Zeugnis für die Vorzüge der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Somit ist festzuhalten: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bietet ein kohärentes und analytisches Argumentationsmuster für die Entscheidung eines Verfassungsgerichts, mit dessen Hilfe sich Aspekte systematisch behandeln lassen, die sonst nur partiell und vor allem in einer chaotischen Aneinanderreihung verschiedener Einzelprinzipien – Rechtsgutsgedanke, Schutztechniken, Ultima Ratio, Effektivität – angesprochen werden können. Unabhängig davon, ob die betreffende Strafvorschrift für verfassungswidrig erklärt wird oder nicht, gelingt es dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit viel besser als den strafrechtlichen Begrenzungsprinzipien, ein rationales Modell für die richterliche Entscheidung über die Legitimität einer Strafnorm zu entwerfen.

BIBLIOGRAFIA

- , *The Chilling Effect in Constitutional Law*, in Colum. L. Rev., 1969, 808 ss.;
- ABBADESSA P., *L'insider trading nel diritto privato italiano: prima e dopo la legge n. 157/1991*, in Banca borsa, 1992, p. 749 ss.;
- AGUADO CORREA T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, 1999;
- ALEINIKOFF T.A., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in Yale L.J., 1987, p. 943 ss.;
- ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985;
- AMARELLI G., *Il metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale: elemento necessario o superfluo per la sua configurazione?*, in Dir. pen. cont., 2014, p. 1 ss.;
- AMARELLI G., *L'uso di gruppo tra modifiche normative e overruling*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2011, p. 1038 ss.;
- AMARELLI G., *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2014, p. 4 ss.;
- AMBOS K., *Annahme "bemakelten" Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungsversuche im Lichte des Völker- und ausländischen Rechts*, in JZ, 2002, p. 70 ss.;
- AMBOS K., *The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles. A Second Contribution Towards a Consistent Theory of ICL*, in Crim Law and Philos, 2015, p. 301 ss.;
- ANDROULAKIS N.K., *Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität? Das „Entrustungsprinzip“ (zu der Entscheidung BVerfGE 120, 224)*, in F. HERZOG E AL. (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 271 ss.;
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983;
- ANTOLISEI F., *Il problema del bene giuridico*, in F. ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 97 ss.;
- APPEL I., *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, 1998;
- ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, 2002;

- ARMAG D.S., *Virtual Child Pornography: Criminal Conduct or Protected Speech?*, in *Cardozo L. Rev.*, 2002, p. 1993 ss.;
- ASP P., *Two notions of proportionality*, in K. NUOTIO (a cura di), *Festschrift in Honour of Raimo Lathi*, Helsinki, 2007, p. 207 ss.;
- BAKER D.J., *Constitutionalizing the Harm Principle*, in *Crim. Just. Ethics*, 2008, p. 3 ss.;
- BARAK A., *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, New York, 2012;
- BARAK A., *The Constitutionalization of the Israeli Legal System as a Result of the Basic Laws and its Effect on Procedural and Substantive Criminal Law*, in *Isr. L. Rev.*, 1997, p. 3 ss.;
- BARBERA A., Art. 2, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 50 ss.;
- BARTOLE S., voce *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXV, 1986, p. 494 ss.;
- BARTOLI R., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, p. 659 ss.;
- BARTOLI R., *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 90 ss.;
- BARTON S., *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)*, in *StV*, 1993, p. 156 ss.;
- BARTON S., *Verteidigerhonorar und Geldwäsche*, in *JuS*, 2004, p. 1033 ss.;
- BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010;
- BEATTY D.M., *The Ultimate Rule of Law*, New York, 2004;
- BECCUCCI S./GAROSI E., *Corpi globali. La prostituzione in Italia*, Firenze, 2008;
- BELFIORE E.R., *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005;
- BENDOR A.L./DANCIG-ROSENBERG H., *Unconstitutional Criminalization*, in *New Crim. L. Rev.*, 2016, p. 171 ss.;
- BERNARDI A. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015;
- BERNARDI A., Art. 7, in S. BARTOLE E AL. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 249 ss.;
- BERNARDI A., *Il 'fattore culturale' nel sistema penale*, Torino, 2010;
- BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004;

- BERNARDI A., *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in Cass. pen., 1996, p. 995 ss.;
- BERNSMANN K., *Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche - Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund*, in StV, 2000, p. 40 ss.;
- BERRY III W.W., *Criminal Constitutional Avoidance*, in J. Crim. L. & Criminology, 2014, p. 105 ss.;
- BERTOLINO M., *Dalla mera interpretazione alla "manipolazione": creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. I, Jovene, 2011, p. 55 ss.;
- BIANCHI M., *Il "sexting minorile" non è più reato?*, in Dir. pen. cont., 2016, p. 1 ss.;
- BIANCHI M., *Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile è incostituzionale? Riflessioni su un recente caso canadese*, in *Indice pen.*, 2005, p. 263 ss.;
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992;
- BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in D&Q, 2002, p. 115 ss.;
- BONINI S., *Doping e diritto penale*, Padova, 2006;
- BOSCARELLI M., *Corte costituzionale e liberalizzazione dell'aborto*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1975, p. 569 ss.;
- BÖSE M., *Grundrechte und Strafrecht als "Zwangsrecht"*, in R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH/W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, p. 89 ss.;
- BÖSE M., *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, in EuCLR, 2011, p. 35 ss.;
- BOTTKE W., *Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?*, in W. HASSEMER E AL. (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, p. 93 ss.;
- BOTTKE W., *Theologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche*, in wistra, 1995, p. 121 ss.;
- BRAY C., *Coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza*, in Dir. pen. cont., 2016;
- BREMS E./LAVRYSEN L., *'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in HRLR, 2015, p. 139 ss.;
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in Nss. D. I., Vol. XIV, Torino, 1973, p. 7 ss. (ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, a cura di S. CANESTRARI/A. MELCHIONDA, Milano, 1997, p. 539 ss.);
- BUNZEL M., *Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft*, in R. HEFENDEHL/A.

- VON HIRSCH/W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, p. 96 ss.;
- BURCHARD C., *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, in K. TIEDEMANN E AL. (a cura di), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, 2016, p. 27 ss.;
- BURGER A./PEGLAU J., *Geldwäsche durch Entgegennahme “kontaminierten” Geldes als Verteidigerhonorar*, in *wistra*, 2000, p. 161 ss.;
- BÜRGER S., *§ 299 StGB – eine Straftat gegen den Wettbewerb?*, in *wistra*, 2003, p. 130 ss.;
- BURKE D.D., *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question*, in *Harv. J. on Legis.*, 1997, p. 439 ss.;
- CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law in ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010;
- CADOPPI A., *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *Indice pen.*, 2013, p. 229 ss.;
- CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA/G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, p. 83 ss.;
- CALVINO I., *Italiani, vi esorto ai classici*, *L'Espresso*, 28 giugno 1981, p. 58 ss.;
- CANES-WRONE B./DORF M.C., *Measuring the Chilling Effect*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2015, p. 1095 ss.;
- CANESTRARI S., *Il potenziamento cognitivo farmacologico: quale ruolo del giurista penalista nella discussione pubblica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 681 ss.;
- CANESTRARI S., *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 97 ss.;
- CANESTRARI S., *Procreazione assistita: limiti e sanzioni. Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2004, p. 416 ss.;
- CANESTRARI S./FAENZA F., *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Crim.*, 2008, p. 73 ss.;
- CAPUTO M., *Eventi e sentimenti nel delitto di atti persecutori*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. III, Jovene, 2011, p. 1373 ss.;
- CARBONE V., *Tutela dei valori costituzionali della persona e status coniugale: risarcibile il danno morale da adulterio*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1633 s.;
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Relazione all'incontro delle Corte Costituzionali di Portogallo, Spagna e Italia*, 2013, in www.cortecostituzionale.it;
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012;

- CAVALIERE A., *L'offensività nella relazione e nel progetto preliminare della commissione Grosso per la riforma del codice penale*, in S. MOCCIA (a cura di), *La riforma continua*, Napoli, 2002, p. 235 ss.;
- CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in G. GIOSTRA/G. INSOLERA, *Costituzione, Diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, p. 133 ss.;
- CAZZETTA G., *"Colpevole col consentire". Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'Ottocento*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1997, p. 424 ss.;
- CELANO B., *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013;
- CENTORRINO M./SCAGLIONE A., *Il fenomeno della prostituzione in Italia*, in G. SIGNORINO/P. SAITTA/M. CENTORRINO (a cura di), *Sex industry. Profili economici e sociali della prostituzione*, Napoli, 2009, p. 31 ss.;
- CERASE M., *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*, in Giur. cost., 2000, p. 4066 ss.;
- CHINI C., *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in BioLaw J., 2016, p. 173 ss.;
- CHRISTOFFERSEN J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, 2009;
- CINGARI F., *Sul traffico di influenze illecite*, in Dir. pen. e processo, 2015, p. 479 ss.;
- COCCO G., *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2006, p. 863 ss.;
- COENEN M., *Of Speech and Sanctions: Toward a Penalty-Sensitive Approach to the First Amendment*, in Colum. L. Rev., 2012, p. 991 ss.;
- COFFEE JR. J.C., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, in B.U. L. Rev., 1991, p. 193 ss.;
- COFFEE JR. J.C., *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models—And What Can Be Done About It*, in Yale L.J., 1992, p. 1875 ss.;
- COHEN A.D., *How the Establishment Clause Can Influence Substantive Due Process: Adultery Bans After Lawrence*, in Fordham L. Rev., 2010, p. 605 ss.;
- COLES M., *Lawrence v. Texas & The Refinement of Substantive Due Process*, in Stan. L. & Pol'y Rev., 2005, p. 23 ss.;
- CONCKLE D.O., *The Second Death of Substantive Due Process*, in Ind. L.J., 1986-1987, p. 215 ss.;
- CONSORTE F., *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013;
- COOTER R., *Prices and Sanctions*, in Colum. L. Rev., 1984, p. 1523 ss.;
- COPPI F., *Difesa della patria, obiezione di coscienza e reati militari (art. 52 Cost.)*, in G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 267 ss.;

- CORN E., *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013;
- COTTU E., *La nuova fisionomia dello scambio elettorale politico-mafioso, tra istanze repressive ed equilibrio sistematico*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, p. 789 ss.;
- CRESPI A., *L'aborto vivo e vitale negli auspici della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, p. 566 ss.;
- D'AMICO M., *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw J.*, 2014, p. 13 ss.;
- DAHS H./KRAUSE D.M./WIDMAIER G., *Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche durch die Annahme des Honorars*, in *NStZ*, 2004, p. 259 ss.;
- DANIELE L., *Disputing the Indisputable: Genocide Denial and Freedom of Expression in Perinçek v Switzerland*, in *Nott L J.*, 2016, p. 141 ss.;
- DE BÚRCA G., *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, in *Y.B. EUR. L.*, 1993, p. 105 ss.;
- DE LA MATA BARRANCO N.J., *Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal*, in *ADPCP*, 2007, p. 165 ss.;
- DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010;
- DE SIMONE G., *Il delitto di atti persecutori (la struttura oggettiva della fattispecie)*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 1 ss., 14, 44 s.;
- DEBERNARDI G., *Sul rapporto fra pubblicità e favoreggiamento della prostituzione*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2130 ss.;
- DECKER J.F., *Overbreadth Outside The First Amendment*, in *N.M. L. Rev.*, 2004, p. 53 ss.;
- DELLA MORTE G., *Bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della dignità del popolo armeno nella sentenza Perinçek c. Svizzera della Corte europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. intern.*, 2016, p. 183 ss.;
- DELLA RAGIONE L., *Il nuovo articolo 416 ter c.p. nelle prime due pronunce della Suprema Corte*, in *Dir pen. e processo*, 2015, p. 307 ss.;
- DEMETRIO CRESPO E., *Constitución y sanción penal*, in *RFICP*, 2013, p. 57 ss.;
- DEMURO G.P., *La fattispecie di devastazione: una sua descrizione, tra offensività e ragionevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1521 ss.;
- DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1654 ss.;
- DICIOTTI E., *Il principio del danno nel diritto penale*, in *Dir. pen. e processo*, 1997, p. 366 ss.;
- DÍEZ RIPÓLLES J.L., *El control de constitucionalidad de las leyes penales*, in C. GARCÍA VALDÉS E AL. (a cura di), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, 2008, p. 221 ss., 241 ss.;

DODARO G., *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, p. 2115 ss.;

DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012;

DOLCINI E., *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (L. 19 febbraio 2004 n. 40)*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2004, p. 440 ss.;

DOLCINI E., *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2014, p. 1669 ss.;

DOLCINI E., *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2011, p. 428 ss.;

DOLCINI E./MARINUCCI G., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1994, p. 333 ss.;

DÖLLING D., *Anmerkung zu BGH, Urt. vom 28. Oktober 2004 – 3 StR 301/03*, in JR, 2005, p. 519 ss.;

DONINI M., *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2008, p. 1546 ss.;

DONINI M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2016, p. 698 ss.;

DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2013, p. 4 ss.;

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004;

DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2013, p. 51 ss.;

DONINI M., *Prospettive europee del principio di offensività*, in CADOPPI (a cura di), *Offensività e colpevolezza. Verso un codice modello per l'Europa*, Padova, 2002, p. 109 ss.;

DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in Foro it., 2001, p. 29 ss.;

DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2003, p. 141 ss.;

DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996;

DOVA M., *Maternità surrogata e diritto penale*, in Riv. it. med. leg., 2015, p. 917 ss.;

- DU BOIS-PEDAIN A., *The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State*, in A.P. SIMESTER E AL. (a cura di), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, 2014, p. 305 ss.;
- DUBBER M.D., *Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest*, in U. Toronto L.J., 2011, p. 737 ss.;
- DUBBER M.D., *Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht*, in ZStW, 2005, p. 485 ss.;
- DUBBER M.D., *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, in Am. J. Comp. L., 2005, p. 679 ss.;
- DUBBER M.D., *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, in Hastings L.J., 2003-2004, p. 509 ss.;
- DWORKIN A., *Pornography: Men Possessing Women*, New York, 1981;
- DWORKIN R., *Is There a Right to Pornography?*, in Oxford J. Legal Stud., 1981, p. 177 ss.;
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977;
- EASTON S., *Criminalising the Possession of Extreme Pornography: Sword or Shield?*, in J. Crim. L., 2011, p. 391 ss.;
- ECPI, *Manifesto sulla politica criminale europea*, in ZIS, 2009, p. 737 ss.;
- EMMERICH-FRITSCH A., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung. Mit Beiträgen zu einer gemeineuropäischen Grundrechtslehre sowie zum Lebensmittelrecht*, Berlin, 2000;
- ENGLÄNDER A., *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutstheorie durch das Verfassungsrecht?*, in ZStW 2015, p. 616 ss.;
- EROINA O., *Potenziamento umano e diritto penale*, Milano, 2013;
- FACCI G., *Il danno da adulterio arriva in Cassazione*, in Fam. dir., 2012, p. 257 ss.;
- FACCI G., *Il danno da adulterio*, in Resp. civ. prev., 2012, p. 1481 ss.;
- FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to others*, New York, 1984;
- FERNÁNDEZ CRUZ J.A., *El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?*, in RDUCN, 2010, p. 51 ss.;
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in Riv. fil. dir., 2015, p. 37 ss.;
- FIANDACA G., *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1982, p. 42 ss.;
- FIANDACA G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Padova, 1984;

- FIANDACA G., *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of Criminal Law in ricordo di Joel Feinberg*, Milano 2010, p. 207 ss.;
- FIANDACA G., *Sui "giudizi di fatto" nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. I, Jovene, 2011, p. 265 ss.;
- FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014;
- FIANDACA G./FRANCOLINI G. (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008;
- FIGLIOLI C., *I reati di opinione*, Padova, 1972;
- FIGLIOLI C., *Il principio di offensività*, in *Indice Pen.*, 1994, p. 275 ss.;
- FISCHER T., *Ersatzhehlerei als Beruf und rechtsstaatliche Verteidigung*, in *NStZ*, 2004, p. 473 ss.;
- FLETCHER G.P., *The Relevance of Law in the Incest Taboo*, in F. HERZOG E AL. (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 321 ss.;
- FLOR R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, 2010;
- FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014;
- FREEDMAN E.M., *Digitized Pornography Meets The First Amendment*, in *Cardozo L. Rev.*, 2002, p. 2011 ss.;
- FRISCH W., *An den Grenzen des Strafrechts*, in W. KÜPER/J. WELP (a cura di), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 69 ss.;
- FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012;
- GAETA P., *Limiti di espressione dell'antagonismo politico e giurisprudenza di legittimità: riflessioni sparse*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 909 ss.;
- GAETA P./MACCHIA A., *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2595 ss.;
- GALLO E., *Sciopero e repressione penale*, Bologna, 1981, 103 ss.;
- GÄRDITZ K.F., *Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*, in *JZ*, 2016, p. 641 ss.;
- GÄRDITZ K.F., *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, in *DSt*, 2010, p. 331 ss.;
- GATTA G.L., *La repressione della corruzione negli Stati Uniti. Strategie politico-giudiziarie e crisi del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 1281 ss.;

- GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in E. DICIOTTI/V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, p. 173 ss.;
- GILLESPIE A.A., *Adolescents, Sexting and Human Rights*, in HRLR, 2013, p. 623 ss.;
- GOFFMAN E., *Frame Analysis. An Essay on the Organization of Experience*, New York, 1974;
- GRÄFIN VON GALEN M., *Die reduzierte Anwendung des Geldwäschetatbestands auf die Entgegennahme von Strafverteidigerhonorar – Drahtseilakt oder Rechtssicherheit?*, in NJW, 2004, p. 3304 ss.;
- GRANDE STEVENS F., *Questioni in tema di insider trading e di compravendita di azioni proprie*, in Riv. soc., 1991, p. 1006 ss.;
- GRANDI C., *Il ruolo del parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015, p. 678 ss.;
- GRECO L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009;
- GRECO L., *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, in M. BÖSE/D. STERNBERG-LIEBEN (a cura di), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2009, p. 3 ss.;
- GRECO L., *Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, in B. BRUNHÖBER E AL. (a cura di), *Strafrecht und Verfassung*, Baden-Baden, 2013, p. 13 ss.;
- GRECO L., *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in ZIS, 2008, p. 234 ss.;
- GROSSO C.F., *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in Dir. pen. e processo, 2015, p. 517 ss.;
- GRÜNER G./WASSERBURG K., *Geldwäsche durch Annahme des Verteidigerhonorars?*, in GA, 2000, p. 429 ss.;
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, in A. CICU E AL. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011;
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. CICU E AL. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004;
- GULLO A., *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013;
- GUR-ARYE M./WEIGEND T., *Constitutional Review of Criminal Prohibitions Affecting Human Dignity and Liberty: German and Israeli Perspectives*, in Isr. L. Rev., 2011, p. 63 ss.;
- HAMANN A., *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, Neuwied, 1963;
- HARCOURT B.E., *The Collapse of the Harm Principle*, in J. Crim. L. & Criminology, 1999-2000, p. 109 ss.;

HASSEMER W., *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, in R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH/W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, p. 57 ss.;

HASSEMER W., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in A. VON HIRSCH E AL., *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, p. 121 ss.;

HASSEMER W., *The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods' (Rechtsgüterschutz): A German Perspective*, in A.P. SIMESTER E AL. (a cura di), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford-Portland, 2014, p. 187 ss.;

HASSEMER W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1973;

HEFENDEHL R., *Kann und soll der Allgemeine Teil bzw. das Verfassungsrecht mißglückte Regelungen des Besonderen Teils retten? – Die „Geldwäsche“ durch den Strafverteidiger*, in B. SCHÜNEMANN E AL. (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, 2001, p. 145 ss.;

HEFENDEHL R., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002;

HEINRICH M., *Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Asulaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas*, in B. SCHÜNEMANN E AL. (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, 2011, p. 131 ss.;

HERLIN-KARNELL E., *The constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford, 2012, 110 ss.;

HETZER W., *Geldwäsche und Strafverteidigung*, in *wistra*, 2000, 281 ss.;

HÖLTKEMEIER, K. *Sponsoring als Straftat. Die Bestechungsdelikte auf dem Prüfstand*, Berlin, 2005;

HÖRNLE T., *"Rights of Others" in Criminalisation Theory*, in A.P. SIMESTER E AL. (a cura di), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, 2014, p. 169 ss.;

HÖRNLE T., *Consensual Adult Incest: A Sex Offence*, in *N.C. L. Rev.*, 2014, p. 76 ss.;

HÖRNLE T., *Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*, in *NJW*, 2008, p. 2085 ss.;

HÖRNLE T., *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main, 2005;

HÖRNLE T., *Theories of Criminalization*, in *Crim Law and Philos*, 2016, p. 301 ss.;

HUOMO-KETTUNEN M., *EU Criminal Policy at Crossroads between Effectiveness and Traditional Restraints for the Use of Criminal Law*, in *NJECL*, 2014, p. 301 ss., 312 ss.;

HUSAK D., *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008;

- HUSAK D., *Reservations about Overcriminalization*, in *New Crim. L. Rev.*, 2011, p. 97 ss.
- HUSAK D., *The Criminal Law as Last Resort*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 2004, p. 207 ss.;
- HWANG S., *Demokratische Willensbildung vor grundrechtlicher Rahmenordnung*, in *DSt*, 2012, p. 233 ss., 242 ss.;
- HWANG S., *Freiheitsverkürzung im Namen des Rechtsgüterschutzes: Kritische Bemerkungen zur materiellen Grundrechtsvorstellung durch die neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Strafgesetzgebung*, in *ZStW*, 2013, p. 209 ss.
- INSOLERA G., *I controlli di ragionevolezza sul sistema penale. Note in margine alla sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 16 ss.;
- INSOLERA G., *Il volto costituzionale dell'illecito penale: tra responsabilità legislativa e decisioni della Corte Costituzionale*, in *Crit. dir.*, 1996, p. 51 ss.;
- JACKSON V.C., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in *Yale L.J.*, 2015, p. 3094 ss.;
- JÄGER H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957;
- JAHN M., *Schutzpflichtenlehre revisited: Der Beitrag des Verfassungsrechts zur Legitimation eines Straftatbestandes der Wettbewerbsverfälschung im Sport*, in B. BANNENBERG E AL. (a cura di), *Über allem: Menschlichkeit. Festschrift für Dieter Rössner*, Baden-Baden, 2015, p. 599 ss.;
- JAHN M./BRODOWSKI D., *Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips*, in *JZ*, 2016, p. 969 ss.;
- JAKOBS G., *Recht und Gut – Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung*, in G. FREUNDE E AL. (a cura di), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, p. 81 ss.;
- JAKOBS G., *Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem*, in M. BÖSE/D. STERNBERG-LIEBEN (a cura di), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrecht. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2009, p. 37 ss.;
- JAREBORG N., *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2005, p. 521 ss.;
- JUNG H., *Das Inzestverbot oder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf den Spuren des Bundesverfassungsgerichts*, in *GA*, 2012, p. 617 ss.;
- KARGL W., *Parteispendenakquisition und Vorteilsannahme*, in *JZ*, 2005, p. 503 ss., 508 s.;
- KASPAR J., *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014;
- KINDHÄUSER U., *Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*, in *ZIS*, 2011, p. 461 ss.;

- KNAUER C./KASPAR J., *Restriktives Normverständnis nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz*, in GA, 2005, p. 387 ss.;
- KOCH O., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin, 2003;
- KOKOTT J., *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law. Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems*, The Hague, 1998;
- KORTE M., *Anmerkung zu BGH, Urt. vom 28. Oktober 2004 – 3 StR 301/03*, in NSTZ, 2005, p. 512 ss.;
- KRAUB D., *Rechtsgut und kein Ende. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests (BVerfGE 120, 224)*, in F. HERZOG E AL. (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 423 ss.;
- KRÜGER M., *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin, 2000;
- KUBICEL M., *Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR. Die Entscheidung und ihre Folgen für die strafrechtswissenschaftliche Debatte*, in ZIS, 2012, p. 282 ss.;
- KUDLICH H., *Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat*, in ZStW, 2015, p. 635 ss.;
- KÜHL K., *Beobachtungen zur nachlassenden und begrenzten Legitimationswirkung des Rechtsguts für Strafvorschriften*, in E. HILGENDORF/R. RENGIER (a cura di), *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2012, p. 766 ss.;
- KUHLEN L., *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg, 2006;
- LA ROSA E., *La coltivazione “domestica” di cannabis tra (in)offensività e particolare tenuità del fatto*, in Giur. it., 2016, p. 196 ss.;
- LAGODNY O., *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, 1996;
- LANZI A., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983;
- LAUTERWEIN C.C., *The Limits of Criminal Law. A comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, Farnham, 2010;
- LENAERTS K./VAN NUFFEL P./BRAY R., *Constitutional Law of the European Union*, London, 2005²;
- LEOTTA C.D., *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno (2015)*, Padova, 2016;
- LEPERA M., *Favoreggiamento della prostituzione altrui e locazione di un immobile ad una prostituta*, in Cass. pen., 2014, p. 322 ss.;
- LEPERA M., *Il favoreggiamento della prostituzione mediante inserzioni pubblicitarie su un sito internet*, in Cass. pen., 2011, p. 2752 ss.;

LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2014, p. 1815 ss.;

LOMBARDO M., *Nota a Cassazione penale, Sez. III, 11 ottobre 2005, n. 40841*, in Giur. it., 2006, p. 1934 s.;

LÜDERSSEN K., *Der Angestellte im Unternehmen – quasi ein Amtsträger? Der Verzicht auf die Gefährdung des Wettbewerbes in der geplanten Strafvorschrift des § 299 Abs. 1 Ziff. 2 StGB*, in U. SIEBER E AL. (a cura di), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, p. 889 ss.;

MACKINNON C.A., *Not a Moral Issue*, in Yale L. & Pol'y Rev., 1983, p. 321 ss.;

MACKINNON C.A., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, 1989;

MACKINNON C.A., *Trafficking, Prostitution, and Inequality*, in Harv. C.R.-C.L. L. Rev., 2011, p. 271 ss.;

MADEO A., *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*, in Dir. pen. e processo, 2016, p. 1088 ss.;

MAIELLO V., *Il nuovo art. 416 ter c.p. approda in Cassazione*, in Giur. it., 2014, p. 2836 ss.;

MAINS B.A., *Virtual Child Pornography, Pandering, and the First Amendment: How Developments in Technology and Shifting First Amendment Jurisprudence Have Affected the Criminalization of Child Pornography*, in Hastings Const. L.Q., 2010, p. 809 ss.

MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in Studi in onore di Mario Romano, Vol. IV, Jovene, 2011, p. 2373 ss., spec. 2400 ss.

MANACORDA S., *Cour de justice et juridictions constitutionnelles: quelles interactions en droit pénal?*, in G. GIUDICELLI-DELAGE/C. LAZERGES (a cura di), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, 2012, p. 245 ss.;

MANES V., *Art. 7*, in S. BARTOLE E AL. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 258 ss.;

MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2007, p. 739 ss.;

MANES V., *Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre*, in ZStW, 2002, p. 720 ss.;

MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015, p. 154 ss.;

MANES V., *Il nuovo art. 73 del d.P.R. n. 309/1990: nodi risolti e questioni ancora aperte*, in Cass. pen., 2008, p. 4461 ss.;

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Milano, 2005;

- MANES V., *L'atto d'ufficio nella fattispecie di corruzione*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2000, p. 926 ss.;
- MANES V., *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 95 ss.;
- MANNA A./RESTA F., *I delitti in tema di pedopornografia, alla luce della legge 38/2006. Una tutela virtuale?*, in Dir. int., 2006, p. 221 ss.;
- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966;
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, p. 445 ss.;
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, CNPDS (a cura di), *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 91 ss.;
- MANTOVANI F., voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in Enc. dir., vol. XV, 1966, 627 ss.;
- MARRA G., *La detenzione di materiale pornografico minorile. Scelte di criminalizzazione e questioni di legittimità costituzionale nell'esperienza statunitense*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2003, p. 410 ss.;
- MARRA G., *Tutela della salute umana ed etica sportiva nella nuova legge contro il doping. Profili penalistici*, in Cass. pen., 2001, p. 2851 ss.;
- MATHEWS J./STONE SWEET A., *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, in Emory L.J., 2010-11, p. 797 ss.;
- MATT H., *Geldwäsche durch Honorarannahme eines Strafverteidigers. Besprechung von BGH, Urteil vom. 4.7.2001, 2 StR 513/00*, in GA, 2002, p. 137 ss., 145 ss.;
- MATT H., *Verfassungrechtliche Beschränkungen der Strafverfolgung von Strafverteidigern*, in JR, 2004, p. 321 ss.;
- MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione "soggettiva" nell'ambito del delitto di atti persecutori (stalking)*, in *Indice pen.*, 2014, p. 555 ss.;
- MAUGERI A.M., *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010;
- MAZZACUVA F., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013, p. 1899 ss.;
- MCMILLIAN L., *Adultery as Tort*, in N.C. L. Rev., 2012, p. 1987 ss.;
- MELANDER S., *Ultima Ratio in European Criminal Law*, in EuCLR, 2013, p. 45 ss.;
- MENDELSON W., *The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz*, in Vand. L. Rev., 1963-63, p. 479 ss.;
- MERENDA I., *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2013, p. 88 ss.;

- MERENDA I., *La rilevanza del metodo mafioso nel nuovo art. 416-ter c.p.: la Cassazione alla ricerca del "compromesso" interpretativo*, in Cass. pen., 2016, p. 522 ss.;
- MERLI A., *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*, Napoli, 2006;
- MERLO A., *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2016, p. 1427 ss.;
- MEYERS R.S., *The End of Substantive Due Process?*, in Wash. & Lee L. Rev., 1988, p. 558 ss.;
- MILITELLO V., *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in Dir. pen. XXI sec., 2003, p. 47 ss.;
- MIR PUIG S., *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, in F. HERZOG E AL. (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 521 ss.;
- MIR PUIG S., *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, in J.C. CARBONELL MATEU E AL. (a cura di), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia, 2009, p. 1357 ss.;
- MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1995, p. 343 ss.;
- MOCCIA S., *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, in G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 211 ss.;
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992;
- MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995;
- MOLINAROLLI A., *Una possibile dimensione europea del principio di offensività. Un'analisi integrata dei principi*, in Dir. pen. cont., 2016, p. 1 ss.;
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001;
- MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura*, in Giurcost, 2014, 1 ss.;
- MORRONE A., voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in Enc. dir., Annali II, Tomo II, 2008, p. 185 ss.;
- MOWBRAY A., *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in HRLR, 2010, p. 289 ss.;
- MÜLLER-DIETZ H., *Strafe und Staat*, Frankfurt am Main, 1973;
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Cizur Menor, 2011;
- MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974;

- MÜSSIG B., *Strafverteidiger als "Organ der Rechtspflege" und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche*, in *wistra*, 2005, p. 201 ss.;
- NESTLER C., *Der Bundesgerichtshof und die Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche*, in *StV*, 2001, p. 641 ss.;
- NEUMANN U., *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip*, in A. VON HIRSCH E AL., *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, p. 128 ss.;
- NISCO A., *"Principio di proporzionalità" ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in materia di incesto*, in D. FONDAROLI (A cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p. 147 ss.
- NISCO A., *Gli eventi del reato di atti persecutori tra disorientamenti applicativi ed apporto delle scienze empirico-sociali*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 1 ss.;
- NISCO A., *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 70 ss.
- NORBERG J., *Progress. Ten Reasons to Look Forward to the Future*, London, 2016;
- NUVOLONE P., *La problematica penale della Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, p. 487 ss.;
- NUVOLONE P., *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 1253 ss., 1264 ss.;
- OTTO H., *Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens*, in *JZ*, 2001, p. 436 ss.;
- PADOVANI T., *I delitti di sciopero e di serrata nella giurisprudenza della Corte costituzionale (art. 40 Cost.)*, in G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 255 ss.;
- PALAZZO F., *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1033 ss.;
- PALAZZO F.C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979;
- PALAZZO F.C., *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in CNPDS (a cura di), *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 73 ss.;
- PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.;
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.;
- PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990;
- PASTOR MUÑOZ N., *Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der Europäischen Union. Zugleich: Einige Überlegungen zu den*

Grenzen und Grundlagen einer legitimen europäischen Kriminalpolitik, in GA, 2010, p. 84 ss.;

PAULDURO A., *Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, insbesondere der Normen des Strafgesetzbuches im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, München, 1992;

PEDRAZZI C., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1975, p. 646 ss.;

PEDRAZZI C., *Lo sciopero nella legge penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1963, p. 1064 ss.;

PETTA C., *Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la responsabilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità*, in Dir. fam., 2012, p. 1448 ss.;

PINO G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010;

PINO G., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in Rag. prat., 2014, p. 541 ss.;

PIZZORUSSO A., *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1982, p. 305 ss.;

POLI L., *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in BioLaw J., 2015, p. 7 ss.;

POULOS P.W., *Chicago's Ban on Gang Loitering: Making Sense of Vagueness and Overbreadth in Loitering Laws*, in Cal. L. Rev., 1995, p. 379 ss.;

PRETE F., *Prime riflessioni sul traffico di influenze illecite*, in Dir. pen. cont., 2012, p. 1 ss.;

PULITANÒ D., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 131 ss.;

PULITANÒ D., *Diritti umani e diritto penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013, p. 1613 ss.;

PULITANÒ D., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2008, p. 1004 ss.;

PULITANÒ D., *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 239 ss.;

PULITANÒ D., voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in Dig. pen., Vol. IV, 1990, p. 320 ss.;

PULITANÒ D., voce *Offensività del reato (Principio di)*, in Enc. dir., Annali VIII, 2015, p. 665 ss.;

PULITANÒ D., voce *Sciopero (dir. pen.)*, in Enc. dir., Vol. XLI, 1989, p. 728 ss.;

- RANFT O., *Verteidigerhonorar und Geldwäsche – Die Entscheidung des BVerfG vom 30.3.2004*, in *Jura*, 2004, p. 759 ss.;
- RECCHIA N., *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, p. 55 ss.;
- RIPPA F., *La Cassazione scopre il vero volto del nuovo scambio elettorale politico-mafioso*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1617 ss.;
- RISICATO L., *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”. Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Torino, 2008;
- RISICATO L., *La Corte costituzionale supera le esitazioni della Corte EDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1487 ss.;
- RISICATO L., *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 674 ss.;
- ROACH K., *The Primacy of Liberty and Proportionality, Not Human Dignity, When Subjecting Criminal Law to Constitutional Control*, in *Isr. L. Rev.*, 2011, p. 91 ss.;
- ROFFEE J.A., *No Consensus on Incest? Criminalisation and Compatibility with the European Convention on Human Rights*, in *HRLR*, 2014, p. 541 ss.;
- ROMANO M., *“Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 39 ss.;
- ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora sui limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Crim.*, 2011, p. 33 ss.;
- ROMANO M., *Zur Legitimation der Strafgesetze. Zu Fähigkeit und Grenzen der Rechtsgutstheorie*, in B. SCHÜNEMANN E AL. (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, 2011, p. 155 ss.;
- RÖNNAU T., *Alte und neue Probleme bei § 299 StGB*, in *StV*, 2009, p. 302 ss.;
- ROXIN C., *Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr*, in BANNENBERG E AL. (a cura di), *Über allem: Menschlichkeit. Festschrift für Dieter Rössner*, Baden-Baden, 2015, p. 892 ss.;
- ROXIN C., *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*, in *GA*, 2013, p. 433 ss.;
- ROXIN C., *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in R. HEFENDEHL (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente, krimilapolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln, 2005, p. 135 ss.;
- ROXIN C., *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in F. HERZOG E AL. (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 573 ss.;
- ROXIN C., *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests - Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften*, in *StV*, 2009, p. 544 ss.;
- RUDOLPHI H., *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriff*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, p. 151 ss.;

- RUGA RIVA C., voce *Sciopero (profili penalistici dello)*, in Dig. pen., Agg., 2000, p. 738 ss.;
- SALIGER F./SINNER S., *Korruption und Betrug durch Parteispenden*, in NJW, 2005, p. 1073 ss.;
- SANDEL M.J., *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*, in Cal. L. Rev., 1989, p. 521 ss.;
- SATZGER H., *Bestechungsdelikte und Sponsoring*, in ZStW, 2003, p. 469 ss.;
- SATZGER H., *Das europarechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip als Maßstab für eine europäische Kriminalpolitik*, in NK, 2007, p. 93 ss.;
- SATZGER H., *Die Europäisierung des Strafrechts. Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht*, Köln, 2001;
- SAX W., *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K.A. BETTERMANN E AL. (a cura di), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1959, p. 909 ss.;
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000;
- SCALIA A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, in U. Chi. L. Rev., 1989, p. 1175 ss.;
- SCHAEFER H.C./WITTIG G., *Geldwäsche und Strafverteidiger*, in NJW, 2000, p. 1387 ss.;
- SCHALLBETTER STRATTON T., *No More Messing Around: Substantive Due Process Challenges to State Laws Prohibiting Fornication*, in Wash. L. Rev., 1998, p. 767 ss.;
- SCHAUER F., *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, in B.U. L. Rev., p. 685 ss.;
- SCHÜNEMANN B., *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH/W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, p. 133 ss.;
- SCHÜNEMANN B., *Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat*, in A. VON HIRSCH E AL., *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, p. 18 ss.;
- SEMINARA S., *Il reato di corruzione tra privati*, in Le soc., 2013, p. 61 ss.;
- SEMINARA S., *Intervento nella tavola rotonda: Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano?*, in R. ACQUAROLI/L. FOFFANI, *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003, p. 271 ss.;
- SHEPHERD J.D., *A Human Right not to be Punished? Punishment as Derogation of Rights*, in Crim Law and Philos, 2012, p. 31 ss.;
- SILVESTRI G., *Diritto penale, democrazia, costituzione*, in L. VIOLANTE E AL. (a cura di), *Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali*,

- Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino, 2013, p. 39 ss.;
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2012, p. 111 ss.;
- SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007;
- SPENA A., *Corruzione tra privati*, Dir. pen. e processo, 2013, p. 39 ss.;
- SPENA A., *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008;
- SPENA A., *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013, p. 690 ss.;
- SPENA A., *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in Riv. it. med. leg., 2015, p. 1546 ss.;
- SQUILLACI E., *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in Arch. pen., 2013, p. 1 ss.;
- STÄCHELIN G., *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, Berlin, 1998;
- STEINBERG G., *Liberale Potentiale des strafrechtlichen Rechtsgutskonzepts – Überlegungen zur „Inzest-Entscheidung“ des BVerfG vom 26.02.2008 – 2 BvR 392/07 –*, in G. STEINBERG (a cura di), *Recht und Macht. Zur Theorie und Praxis von Strafe. Festschrift für Hinrich Rüping zum 65. Geburtstag*, München, 2008, p. 91 ss.;
- STERNBERG S., *The Child Pornography Prevention Act of 1996 and the First Amendment: Virtual Antitheses*, in Fordham L. Rev., 2001, p. 2783 ss.;
- STERNBERG-LIEBEN D., *Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers*, in R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH/W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, p. 65 ss.;
- STONE SWEET A./MATHEWS J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in Colum. J. Transnat'l L., 2008-09, p. 72 ss.;
- STRATENWERTH G., *Zum Begriff des 'Rechtsgutes'*, in A. ESER/U. SCHITTENHELM /H. SCHUMANN (a cura di), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, p. 377 ss.;
- STUCKENBERG C., *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*, in GA, 2011, p. 653 ss.;
- SWOBODA S., *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in ZStW, 2010, p. 24 ss.;
- TESAURO A., *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, p. 143 ss.;
- TESAURO A., *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2004, p. 1083 ss.;

- TESAURO A., *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005;
- TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013;
- TESAURO G., *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria. Relazione all'incontro delle Corti Costituzionali di Portogallo, Spagna e Italia*, 2013, in www.cortecostituzionale.it;
- THOMAS A.G./CAUFFMAN E., *Youth Sexting as Child Pornography? Development Science Supports Less Harsh Sanctions for Juvenile Sexters*, in *New Crim. L. Rev.*, 2014, p. 631 ss.;
- TIEDEMANN K., *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, 1990;
- TIGANO V., *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 1 ss.;
- TORIELLO M., *Nuovi orizzonti del principio di offensività in materia di coltivazione di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1955 ss.;
- TRANQUILLO C., *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 1 ss.;
- TRIBE L.H., *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its Name*, in *Harv. L. Rev.*, 2004, p. 1983 ss.;
- TRIBE L.H./DORF M.C., *On Reading the Constitution*, Cambridge, 1991;
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, New York, 2006²;
- TRINCHERA T., *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 418 ss.;
- TRIPODI A.F., *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012;
- UBIALI M.C., *I rapporti tra corruzione ex art. 319 c.p., traffico d'influenze illecite e millantato credito nella prima pronuncia della Cassazione sulla vicenda "Tempa Rossa"*, in *Dir. pen. cont.*, 2016;
- VALLINI A., *Gli ultimi fantasmi della legge '40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*, in *Dir. pen. e processo*, 2016, p. 64 ss.;
- VALLINI A., *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1457 ss.;
- VALLINI A., *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012;
- VALLINI A., *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa" – Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, p. 831 ss.;

- VALONGO A., *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw J.*, 2016, p. 131 ss., 145 ss.;
- VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, p. 617 ss.;
- VASSALLI G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 699 ss.;
- VERONESI P., *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Ist. fed.*, 2015, p. 5 ss.;
- VERZA A., *"Sexting" e pedopornografia: i paradossi*, in *Rag. prat.*, 2013, p. 569 ss.;
- VERZA A., *Il dominio pornografico*, Napoli, 2006;
- VERZA A., *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico. Considerazioni sociologiche e giuridiche a margine di una recente sentenza in materia*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1 ss., 16 ss.;
- VIGANÒ F., *Belpietro c. Italia: una pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di (s)proporzione della sanzione detentiva inflitta ad un giornalista*, in *Quaderni cost.*, 2014, p. 177 ss.;
- VIGANÒ F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo". Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss.
- VIGANÒ F., *Menschenrechte und Strafrecht. Ein Plädoyer für eine Neuorientierung*, in C. FAHL E AL. (a cura di), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, p. 55 ss.;
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000;
- VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, p. 123 ss.;
- VOGEL J., *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in R. ACQUAROLI/L. FOFFANI, *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003, p. 75 ss.;
- VOGEL J., *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *StV*, 1996, p. 110 ss.;
- WASSERMAN A.J., *Virtual.Child.Porn.Com: Defending the Constitutionality of the Criminalization of Computer-Generated Child Pornography by the Child Pornography Prevention Act of 1996 – A Reply to Professor Burke and Other Critics*, in *Harv. J. on Legis.*, 1998, p. 245 ss.
- WEIGEND T., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt*, in T. WEIGEND/G. KÜPPER (a cura di), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin, 1999, p. 917 ss.;
- WOHLERS W., *Anmerkung zu BVerfG 30 März 2004, 2 BvR 1520, 1521/01*, in *JZ*, 2004, p. 678 ss.;

WOHLERS W., *Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit*, in StV, 2001, p. 420 ss.;

ZABEL B., *Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht. Zur Vereinbarkeit von § 173 Abs. 2 S.2 StGB mit dem Grundgesetz – zugleich Besprechung des Beschlusses des BVerfG v. 26.2.2008*, in JR, 2008, p. 453 ss.;

ZAGREBELSKY G., *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in Quad. fior., 2002, p. 865 ss.;

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992;

ZIETHEN J., *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 26. 2. 2008 – 2 BvR 392/07*, in NStZ, 2008, p. 617 ss.;

ZUFFADA E., *La Corte di cassazione ritorna sull'art. 416-ter c.p.: una nuova effettività per il reato di "scambio elettorale politico mafioso"?*, in Dir. pen. cont., 2016, 1 ss.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza italiana

Corte costituzionale

Sent. 236/2016

Sent. 109/2016

Sent. 84/2016

Sent. 229/2015

Sent. 96/2015

Sent. 162/2014

Sent. 151/2009

Sent. 243/2001

Sent. 531/2000

Sent. 519/2000

Sent. 518/2000

Sent. 263/2000

Sent. 519/1995

Sent. 360/1995

Sent. 368/1992

Sent. 333/1991

Sent. 144/1991

Sent. 437/1989

Sent. 24/1989

Sent. 957/1988

Sent. 189/1987

Sent. 269/1986

Sent. 132/1986

Sent. 62/1986

Sent. 164/1985

Sent. 126/1985

Sent. 165/1983

Sent. 63/1983

Ord. 231/1982

Sent. 170/1982

Sent. 20/1980

Sent. 11/1979

Sent. 71/1978

Sent. 60/1976

Sent. 222/1975

Sent. 27/1975

Sent. 290/1974

Sent. 108/1974

Sent. 20/1974

Sent. 16/1973

Sent. 15/1973

Sent. 199/1972

Sent. 137/1971

Sent. 49/1971

Sent. 90/1970

Sent. 65/1970

Sent. 56/1970

Sent. 147/1969

Sent. 97/1969

Sent. 31/1969

Sent. 133/1968

Sent. 126/1968

Sent. 120/1968

Sent. 102/1968

Sent. 53/1967

Sent. 24/1967

Sent. 87/1966

Sent. 7/1966

Sent. 24/1965

Sent. 9/1965

Sent. 125/1963

Sent. 121/1963

Sent. 123/1962

Sent. 64/1961

Sent. 29/1960

Sent. 11/1960

Sent. 51/1959

Sent. 32/1959

Sent. 74/1958

Sent. 46/1958

Sent. 30/1958

Sent. 27/1958

Sent. 50/1957

Sent. 45/1957

Sent. 29/1957

Sent. 1/1957

Sent. 9/1956

Sent. 1/1956

Corte di cassazione

Cass. pen., Sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525

Cass. Pen., Sez. III, 21 marzo 2016, n. 11675

Cass. Pen., Sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 23355

Cass. Pen., Sez. VI, 16 settembre 2015, n. 41801

Cass. Pen., Sez. VI, 19 maggio 2015, n. 25302

Cass. Pen., Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 36382

Cass. Pen., Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 37374

Cass. Pen., Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 37367

Cass. Pen., Sez. Un., 10 giugno 2013, n. 25401

Cass. Pen., Sez. III, 7 febbraio 2013, n. 5979

Cass. Pen., Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 41249

Cass. Civ., Sez. VI, 17 gennaio 2012, n. 610

Cass. Civ., Sez. III, 15 settembre 2011, n. 18853

Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2008, n. 28605

Giurisprudenza europea

Corte di giustizia dell'Unione Europea

C-193/94, Skanavi e Chryssanthakopoulos (1996)

C-17/93, van der Veldt (1994)

C-13/91 e C-113/91, Debus (1992)

C-265/88, Messner (1989)

C-407/85, Drei Glocken e al. (1988)

C-90/86, Zoni (1988)

C-178/84, Commissione c. Germania (1987)

C-304/84, Muller (1986)

C-257/84, Motte (1985)

C-174/82, Sandoz (1983)

C-227/82, Van Bennekom (1983)

C-261/81, Rau (1982)

C-193/80, Commissione c. Italia (1981)

C-788/79, Gilli e Andres (1980)

C-157/79, Pieck (1980)

C-120/78, Rewe (1979)

C-8/77, Sagulo e al. (1977)

C-41/76, Donckerwolcke (1976)

C-118/75, Watson e Belmann (1976)

C-8/74, Dassonville (1974)

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

[GC], Paradiso e Campanelli c. Italia (2017)

Savda c. Turchia (n. 2) (2016)

Budaházy c. Ungheria (2016)

De Carolis et France Télévisions c. Francia (2016)

Huseynli e al. c. Azerbaijan (2016)

Ibrahimov e al. c. Azerbaijan (2016)

Instytut Ekonomichnykh Reform, TOV c. Ucraina (2016)

Karpyuk e al. c. Ucraina (2016)

Medipress-Sociedade Jornalística e Editorial, Lda c. Portogallo (2016)

Novikova e al. c. Russia (2016)

Yaroslav Belousov c. Russia (2016)

Ziemiński c. Polonia (n. 2) (2016)

[GC], Parrillo c. Italia (2015)

Müdür Duman c. Turchia (2015)

[GC], Lambert c. Francia (2015)

Stankiewicz e al. c. Polonia (n. 2) (2015)

[GC], Perinçek c. Svizzera (2015)

Belek e Velioğlu c. Turchia (2015)

[dec.], M'Bala M'Bala c. Francia (2015)

Gafgaz Mammadov c. Azerbaijan (2015)

[GC], Kudrevičius e al. c. Lituania (2015)

[GC], S.A.S. c. Francia (2014)

Labassee c. Francia (2014)

Mennesson c. Francia (2014)

Shvydka c. Ucraina (2014)
Buldu e al. c. Turchia (2014)
Taranenko c. Russia (2014)
Yilmaz Yildiz e al. c. Turchia (2014)
Navalnyy e Yashin c. Russia (2014)
Malofeyeva c. Russia (2013)
Eon c. Francia (2013)
Gün e al. c. Turchia (2013)
Belpietro c. Italia (2013)
Ricci c. Italia (2013)
Costa e Pavan c. Italia (2012)
Koch c. Germania (2012)
Berladir e al. c. Russia (2012)
Feti Demirtaş c. Turchia (2012)
Stübing c. Germania (2012)
P. e S. c. Polonia (2012)
Savda c. Turchia (2012)
Tarhan c. Turchia (2012)
Fáber c. Ungheria (2012)
Erla Hlynisdóttir c. Islanda (2012)
Björk Eiðsdóttir c. Islanda (2012)
Bayar e Gürbüz c. Turchia (2012)
Aydın c. Germania (2011)
Haas c. Svizzera (2011)
[GC], S.H. e al. c. Austria (2011)
Otegi Mondragon c. Spagna (2011)
R.R. c. Polonia (2011)
Erçep c. Turchia (2011)
[GC], Bayatyan c. Armenia (2011)
Akgöl e Göl c. Turchia (2011)
Faruk Temel c. Turchia (2011)

Ahmet Arslan e al. c. Turchia (2010)
Fatullayev c. Azerbaijan (2010)
Hyde Park e al. c. Moldavia, n. 5 e 6 (2010)
Dink c. Turchia (2010)
[GC], A., B. e C. c. Irlanda (2010)
Herri Batasuna e Batasuna c. Spagna (2009)
Eerikäinen e al. c. Finlandia (2009)
Saime Özcan c. Turchia (2009)
Kaya e Seyhan c. Turchia (2009)
Barraco c. Francia (2009)
[dec.], Skiba c. Polonia (2009)
[dec.], Rai e Evans c. Regno Unito (2009)
Soulas e al. c. Francia (2008)
Éva Molnár c. Ungheria (2008)
Urcan e al. c. Turchia (2008)
Karaçay c. Turchia (2007)
Tønssbergs Blad AS and Haukom c. Norvegia (2007)
Artun e Güvener c. Turchia (2007)
Dilek e al. c. Turchia (2007)
Tysiąc c. Polonia (2007)
Bukta e al. c. Ungheria (2007)
Ormanni c. Italia (2007)
Falakaoğlu e Saygılı c. Turchia (2006)
Dicle c. Turchia (n. 2) (2006)
Erdal Tas c. Turchia (2006)
Radio France e al. c. Francia (2004)
[dec.], Ziliberg c. Moldavia (2004)
[GC], Cumpăna e Mazăre c. Romania (2004)
Baran c. Turchia (2004)
Selistö c. Finlandia (2004)
[GC], Refah Partisi (The Welfare Party) e al. c. Turchia (2003)

[GC], Perna c. Italia (2003)
Yaşar Kemal Gökçeli c. Turchia (2003)
[dec.], Lucas c. Regno Unito (2003)
[dec.], Garaudy c. Francia (2003)
Yazar e al. c. Turchia (2002)
Pretty c. Regno Unito (2002)
Colombani e al. c. Francia (2002)
Dicle pour le Parti de la Democratie (DEP) c. Turchia (2002)
A.D.T. c. Regno Unito (2000)
[dec.], Drieman e al. c. Norvegia (2000)
[GC], Okçuoğlu c. Turchia (1999)
[GC], Gerger c. Turchia (1999)
[GC], Ceylan c. Turchia (1999)
[GC], Arslan c. Turchia (1999)
[GC], Polat c. Turchia (1999)
[GC], Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) c. Turchia (1999)
A. c. Regno Unito (1998)
Steel e al. c. Regno Unito (1998)
[GC], Socialist Party e al. c. Turchia (1998)
[GC], United Communist Party of Turkey e al. c. Turchia (1998)
Modinos c. Cipro (1993)
[GC], Norris c. Irlanda (1988)
[GC], F. c. Svizzera (1987)
[GC], Dudgeon c. Regno Unito (1981)
[GC], Engel e al. c. Olanda (1976)

Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo

X. c. Germania (1976)
G.Z. c. Austria (1973)
Grandrath c. Germania (1966)

Giurisprudenza internazionale

Comitato per i diritti dell'uomo delle Nazioni Unite

Yeo-Bum Yoon c. Repubblica di Corea (2007)

Myung-Jin Choi c. Repubblica di Corea (2007)

Toonen c. Australia (1994)

J.P. c. Canada (1991)

L.T.K. c. Finlandia (1990)

Muhonen c. Finlandia (1990)

Commissione interamericana per i diritti umani

Cristián Daniel Sahli Vera e al. c. Cile (2005)

Alfredo Díaz Bustos c. Bolivia (2005)

Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria dell'ONU

Parere nei confronti della Turchia n. 16/2008

Parere nei confronti della Colombia n. 8/2008

Giurisprudenza costituzionale straniera

Consiglio costituzionale francese

Dec. 647/2012

Corte costituzionale del Sudafrica

CCT 11/98

Corte costituzionale della Corea del Sud

Sent. 2009Hun-Ba17, del 26 febbraio 2015

Corte degli Appelli del Tennessee

Campbell v. Sundquist, 926 S. W. 2d 250 (Tenn. App. 1996)

Corte Suprema argentina

Caso Arriola, Sebastián e al. (2009)

Corte Suprema degli Stati Uniti

McDonnell v. United States, 577 U.S. ____ (2016)

United States v. Alvarez, 567 U.S. (2012)

Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011)

United States v. Skilling 561 U.S. 358 (2010)

District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008)

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)

Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002)

Planned Parenthood v. Casey, 505 U. S. 833 (1992)

Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990)

United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990)

Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)

Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enters., Inc., 486 U.S. 888 (1988)

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)

New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982)

Carey v. Population Svcs. Int'l, 431 U.S. 678 (1977)

Smith v. United States, 431 U.S. 291 (1977)

United States v. Orito, 413 U.S. 139 (1973)

United States v. 12 200-ft. Reels of Film, 413 U.S. 123 (1973)

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972)

Papachristou v. City of Jacksonville, 405 U.S. 156 (1972)

United States v. Thirty-seven Photographs, 402 U.S. 363 (1971)

United States v. Reidel, 402 U.S. 351 (1971)

Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969)

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)
Zwickler v. Koota, 389 U.S. 241 (1967)
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)
New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)
Gibson v. Florida Legis. Investigation Comm., 372 U.S. 539 (1963)
N. A. A. C. P. v. Button, 371 U.S. 415 (1963)
Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961)
Wieman v. Updegraff, 344 U.S. 183 (1952)

Corte Suprema del Canada

Carter v. Canada (Attorney General) [2015] 1 S.C.R. 331
Canadian Foundation For Children, Youth and the Law v. Canada [2004] 1 S.C.R. 76
R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine [2003] 3 S.C.R. 571
R. v. Sharpe [2001] 1 S.C.R. 45
R. v. Butler [1992] 1 S.C.R. 452
R. v. Zundel [1992] 2 S.C.R. 731
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.) [1990] 1 S.C.R. 1123
R. v. Morgentaler [1988] 1 S.C.R. 30

Corte Suprema del Kentucky

Commonwealth v. Wasson, 842 S. W. 2d 487 (Ky. 1992)

Corte Suprema del Montana

Gryczan v. State, 283 Mont. 433, 942 P. 2d 112 (1997)

Corte Suprema del New Jersey

State v. Saunders, 75 N.J. 200 (1977)

Corte Suprema dell'Arkansas

Jegley v. Picado, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332 (2002)

Corte Suprema della Georgia

Powell v. State, 270 Ga. 327, 510 S. E. 2d 18, 24 (1998)

Corte Suprema della Pennsylvania

Commonwealth v. Bonadio, 490 Pa. 91 (Pa. 1980)

Corte Suprema della Virginia

Martin v. Zihlerl, 607 S.E.2d 367 (Va. 2005)

Supremo Tribunale Federale del Brasile

Sent. del 29 novembre 2016, ricorso 124.306

Tribunale costituzionale del Portogallo

Sent. 654/2011

Tribunale costituzionale della Spagna

Sent. 235/2007

Tribunale costituzionale federale tedesco (BVerfG)

BVerfG, Sent. 28 luglio 2015, 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14

BVerfG, Sent. 7 marzo 2011, 1 BvR 388/05

BVerfGE 120, 224 (2008)

BVerfGE 110, 226 (2004)

BVerfGE 104, 92 (2001)

BVerfGE 92, 1 (1995)

BVerfGE 90, 241 (1994)

BVerfGE 90, 145 (1994)

BVerfGE 88, 203 (1993)

BVerfGE 81, 278 (1990)

BVerfGE 81, 298 (1990)

BVerfGE 76, 211 (1987)

BVerfGE 73, 206 (1986)

BVerfGE 47, 109 (1978)

BVerfGE 39, 1 (1975)

BVerfGE 25, 88 (1969)

BVerfGE 25, 79 (1969)

BVerfGE 25, 69 (1969)

BVerfGE 25, 44 (1969)

BVerfGE 17, 155 (1963)

BVerfGE 12, 296 (1961)

BVerfGE 6, 389 (1957)

Giurisprudenza ordinaria straniera

Corte d'appello degli Stati Uniti, 4° Circuito

United States v. Whorley, 550 F.3d 326 (4th Cir. 2008)

Corte d'appello degli Stati Uniti, 5° Circuito

Reliable Consultants Inc. v. Earle, 517 F.3d 738 (5th Cir. 2008)

Corte d'appello degli Stati Uniti, 7° Circuito

Muth v. Frank, 412 F.3d 808 (7th Cir. 2005)

Corte d'appello degli Stati Uniti, 11° Circuito

Williams v. Pryor, 240 F.3d 944 (11th Cir. 2001)

Corte d'appello della Nova Scotia

R. v. C.J.F., 105 C.C.C. (3d) 435, 1996

Corte federale tedesca (BGH)

BGH, sentenza del 28.10.2004 – 3 StR 301/03, BGHSt 49, 275

BGH, sentenza del 04.07.2001 – 2 StR 513/00, BGHSt 47, 68