

# Itinerari di Diritto Penale

*Collana diretta da*

E. Dolcini - G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo - F. Sgubbi

*Sezione Saggi*

FRANCESCO VIGANÒ

## LA PROPORZIONALITÀ DELLA PENA

PROFILI DI DIRITTO PENALE  
E COSTITUZIONALE



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

## Introduzione

Che la pena debba essere proporzionata al reato è un assunto a prima vista ovvio, e comunque di antichissima tradizione<sup>1</sup>.

Eppure l'idea di proporzionalità della pena non cessa di suscitare diffidenze presso la dottrina penalistica, che la sospetta da sempre di essere inscindibilmente connessa alle teorie retributive della pena di origine veterotestamentaria; teorie che – anche nelle riletture fornite in epoca moderna da Kant e Hegel<sup>2</sup> – sottendono l'idea di un imperativo di giustizia, secondo cui al male commesso occorrerebbe rispondere con un altro male, di entità in qualche modo corrispondente al primo<sup>3</sup>.

Il rifiuto ormai corale di una giustificazione retributiva presso la dottrina penalistica italiana, e in generale continentale, rende in qualche misura problematica la conservazione della prospettiva della necessaria proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato commesso. Tanto che la scienza penalistica tedesca, che ha largo seguito anche presso le dottrine di lingua italiana, spagnola o portoghese, tende oggi a individuare altri criteri – quanto meno terminologicamente distinti rispetto alla proporzionalità della pena – per porre limiti garantistici alle finalità preventive della pena, come – in particolare – l'idea della “pena adeguata alla colpevolezza”<sup>4</sup>.

Tutt'altra è, per il vero, la situazione spirituale presso la dottrina

---

<sup>1</sup> Basti pensare ai ben noti passi del Levitico 24, 19-20 («Quando uno fa una lesione al suo prossimo, si farà a lui ciò che egli ha fatto all'altro: frattura per frattura, occhio per occhio, dente per dente») e del Deuteronomio 19, 21 («Il tuo occhio non avrà compassione: vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede»).

<sup>2</sup> Rispettivamente contenute nei brani, altrettanto noti, della *Metafisica dei costumi* e dei *Lineamenti di filosofia del diritto*, tradotti in italiano nel bel volume curato da EUSEBI (1989) 217 ss. e 225 ss., significativamente dedicato al “commiato da Kant e da Hegel”.

<sup>3</sup> Sui nessi (innegabili) tra proporzionalità e prospettive retributive, nel mondo ebraico, greco e romano, cfr. ora lo stimolante volume di CURI (2019) 103 ss.

<sup>4</sup> Cfr. cap. II, 3.5.

penalistica anglosassone, ove l'idea della proporzionalità della pena alla gravità del reato ha rappresentato *la* fondamentale idea guida presso la dottrina e la stessa prassi legislativa, esecutiva e giudiziaria in materia di commisurazione della pena degli ultimi quaranta o cinquant'anni; e ciò in un contesto culturale, per il vero, nel complesso assai meno ostile di quello continentale alla possibilità di una giustificazione in termini anche retributivi della pena<sup>5</sup>.

Il profilo che questo volume mira in particolare ad approfondire concerne però la dimensione *costituzionale* della proporzionalità della pena, e la sua capacità – in quella peculiare veste – di porre limiti alla stessa discrezionalità del legislatore nelle comminatorie edittali, destinate poi a vincolare i giudici nella fase dell'irrogazione individuale della pena.

Nell'esperienza giuridica italiana, l'idea della proporzionalità della pena sta, in effetti, tornando prepotentemente all'attenzione non solo della dottrina penalistica, ma anche della giurisprudenza della Corte costituzionale. Si stanno negli ultimi tempi moltiplicando le dichiarazioni di illegittimità costituzionale di cornici edittali in ragione, appunto, della loro manifesta sproporzionalità rispetto alla gravità delle fattispecie di reato corrispondenti. E ciò non solo, come di solito accadeva sino a un recente passato, rispetto a reati di rilevanza marginale dal punto di vista criminologico, o comunque dal tenue disvalore; ma anche rispetto a un delitto di importanza centrale nella prassi applicativa – e responsabile di una percentuale significativa delle pene detentive effettivamente eseguite in Italia – quale il traffico di sostanze stupefacenti, oggetto di una recente dichiarazione di illegittimità costituzionale che ne ha colpito il minimo edittale di otto anni di reclusione, e che ha tra l'altro determinato la necessità di rideterminare numerosissime pene già in fase esecutiva<sup>6</sup>.

Uno studio *ad hoc* sulla proporzionalità della pena, intesa in particolare quale *criterio limitativo* della discrezionalità legislativa nella determinazione della tipologia e dell'entità delle *sanzioni*, appare allora opportuno, anche in considerazione dell'assenza – nel nostro paese – di contributi monografici dedicati specificamente al tema<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. cap. II, 3.2.

<sup>6</sup> Su questi sviluppi, cfr. cap. I, sezione III.

<sup>7</sup> Come meglio diremo a tempo debito (cap. III, 3.2.), il tema della proporzionalità della pena è in effetti differente da quello relativo alla *proporzionalità delle scelte di incriminazione*, che costituisce l'oggetto del denso e recentissimo volume di RECCHIA (2020), rispetto al quale il presente lavoro si pone in una prospettiva di ideale continuità – oltre che, direi, di naturale completamento. Lo stesso Recchia sottolinea d'altronde esattamente come i due giudizi di “proporzionalità” in parola

\* \* \*

Uno sguardo oltre i confini nazionali mostra, peraltro, che il controllo sulla legittimità costituzionale delle scelte sanzionatorie del legislatore al metro del principio di proporzionalità della pena non è una realtà soltanto italiana. Anche altri ordinamenti hanno compiuto, o stanno compiendo, percorsi per certi versi analoghi.

Il *primo capitolo* di questo lavoro è dedicato all'analisi di talune tra le principali esperienze straniere in materia, tutte caratterizzate da un dato comune: l'assenza di esplicita menzione del principio in parola nei testi costituzionali o nelle carte dei diritti, che le corti sono chiamate ad applicare<sup>8</sup>. Il che non ha impedito a quelle corti, come vedremo, di enucleare – a partire da altre disposizioni espresse – un divieto, a carico del legislatore (e conseguentemente dei giudici) di imporre pene sproporzionate alla gravità del reato; e di derivare da tale divieto le inevitabili conseguenze, in termini di *judicial review* delle scelte legislative da esso difforni.

Particolarmente significative appaiono, a questo proposito, le giurisprudenze delle corti supreme statunitense e canadese: la prima, per avere per la prima volta enunciato e poi applicato in una quantità di casi (in particolare concernenti la pena di morte e l'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata) il divieto in parola, peraltro non senza aspri dissensi all'interno della Corte medesima; la seconda, per avere utilizzato il divieto di pene sproporzionate a fondamento dell'invalidazione di pene edittali anche assai meno gravose, per il condannato, di quelle di cui si è occupata la Corte di Washington.

---

siano «del tutto distinti per oggetto, metodologia e contesto, uniti appunto soltanto sul piano linguistico e non su quello contenutistico» (pag. 116). Il tema della proporzionalità della pena è stato invece ampiamente affrontato, assieme ad altri profili, nell'ambito di lavori monografici dedicati al controllo di legittimità costituzionale delle scelte del legislatore, in particolare nei volumi di BAILO (2012), TOSCANO (2012) e DODARO (2012) 178 ss. e 376 ss., i quali tuttavia non hanno potuto tenere conto di tutti gli importanti sviluppi successivi dei quali si darà conto in questa sede. Estese ed aggiornate riflessioni sul tema sono, infine, sviluppate da MANES (2019a) 336 ss., spec. 364 ss., nell'ambito del ponderoso volume da lui pubblicato assieme a Valerio Napoleoni su *La legge penale illegittima*.

<sup>8</sup>L'unica significativa eccezione, almeno dal punto di vista europeo, è rappresentata in proposito dall'art. 49 (3) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che enuncia un espresso divieto di pene sproporzionate al reato. Tale disposizione, tuttavia, attende ancora di essere adeguatamente valorizzata nell'ordinamento sovranazionale di origine, nonché dalla giurisprudenza dei singoli Stati membri.

L'analisi della ormai ricca giurisprudenza della Corte costituzionale italiana – cui è dedicata la sezione centrale del primo capitolo – si colloca, dunque, in un contesto internazionale caratterizzato da numerosi punti di contatto, e nel quale già sono stati evidenziati molti dei nodi problematici che sono oggi oggetto di discussione nel nostro paese – il che sempre aiuta a sdrammatizzare i problemi, e ad immaginare soluzioni non del tutto insoddisfacenti.

Chiudono il capitolo un più sintetico sguardo alla giurisprudenza della Corte EDU – che ha soltanto recentemente enucleato il divieto di pene “grossolanamente sproporzionate” quale autonoma garanzia implicita nell'art. 3 della Convenzione, ma che da qualche tempo già utilizzava l'idea della proporzione della pena come canone argomentativo nel contesto della tutela di altri diritti convenzionali –, e qualche rapido cenno alle giurisprudenze di altri ordinamenti contemporanei, che parimenti si sono confrontate, in qualche singola occasione almeno, con il tema in esame.

La parte restante di questo volume è dedicata al tentativo di costruire – sulla base dell'abbondante materiale giurisprudenziale passato in rassegna nella prima parte del lavoro, illuminato dai contributi della dottrina italiana e straniera – una teoria generale della proporzionalità della pena.

Il tutto dalla *duplice* prospettiva del *diritto penale* e del *diritto costituzionale*.

Sotto il punto di vista del diritto penale, nel quale si colloca il *secondo capitolo*, si tratterà anzitutto di riflettere su quale sia lo spazio che può realisticamente essere riservato, oggi, all'idea della proporzionalità della pena, in rapporto alle diverse opzioni teoriche sulle finalità della pena; cercando in particolare di chiarire quale possa essere il suo ruolo laddove, con la dottrina dominante in ambito continentale, si rifiuti una giustificazione in termini retributivi della pena. Ma si tratterà anche di illuminare più precisamente la struttura logica del criterio, con riferimento soprattutto alla fondamentale alternativa tra proporzionalità “ordinale” e “cardinale”, e poi di indagare sui criteri con i quali debbono essere valutate, rispettivamente, la gravità del reato commesso e la severità della pena, che costituiscono i due poli della relazione di proporzionalità.

Il *terzo capitolo* ritornerà infine alla prospettiva del diritto costituzionale, nel cui contesto occorrerà interrogarsi per prima cosa sulla natura della garanzia in parola – a mio avviso riconducibile ad un vero e proprio diritto fondamentale del condannato –, e quindi sulla sua distinzione rispetto ad altre garanzie costituzionali in materia penale, sui concreti meccanismi di tutela azionabili nell'ordinamento, sui criteri per la loro attivazione e sui rimedi praticabili, nonché sulla possi-

bile estensione della garanzia a sanzioni “punitive” non formalmente qualificate come penali. *Last but not least*, esamineremo le principali critiche che si sogliono rivolgere contro la proporzionalità della pena intesa come *limite* alla discrezionalità del legislatore, cercando di opporre ad esse qualche plausibile replica.

\* \* \*

Uno studio come questo – che mira ad analizzare e a razionalizzare, ma anche a *giustificare* l’elaborazione giudiziale che, in Italia e all’estero, ha riconosciuto nella proporzionalità della pena un *limite di natura costituzionale* alla discrezionalità del legislatore – si espone a un’obiezione radicale, con la quale è bene fare i conti da subito: quella, cioè, secondo cui una simile garanzia altro non sarebbe se non un comodo strumento per tranquillizzare la coscienza, attraverso la teorizzazione della possibilità di qualche modesto e occasionale freno alle scelte punitive del legislatore, lasciando però intatta la violenza istituzionalizzata del sistema punitivo. La quale finirebbe, anzi, per essere indirettamente *legittimata* proprio dal riconoscimento, sotteso alla teoria della proporzionalità della pena, della intrinseca *moralità* dell’inflizione intenzionale di sofferenza ad un altro essere umano, in risposta ad un male da questi commesso nel passato, ove tale sofferenza si mantenga in qualche misteriosa relazione di corrispondenza con quel male<sup>9</sup>.

A me pare, tuttavia, che il vizio di questa e simili obiezioni sia quello di non fare davvero i conti con la *realtà* della pena.

Approcci radicalmente critici rispetto al sistema vigente, che invocano per lo più l’abolizione *tout court* della pena carceraria, si pongono programmaticamente al di fuori di qualsiasi discorso rivolto a costruire *limiti* alla potestà statale di privare della libertà personale chi abbia commesso reati, negando in radice la legittimità di una tale privazione. Il problema è, però, che la pena detentiva è *viva e vitale* in tutto il mondo, come ben sanno gli oltre cinquantamila detenuti nelle carceri italiane; e la sua legittimità in linea di principio non ha, oggi, alcuna prospettiva realistica di essere messa in discussione (essendovi, anzi, importanti argomenti per sostenere l’esistenza di un vero e proprio dovere statale di *esercitare* la coercizione penale, in mancanza di strumenti alternativi egualmente efficaci, per tutelare i diritti fon-

---

<sup>9</sup>Una moralità che è tutt’altro che autoevidente, ed è anzi vivacemente contestata, come ci rammenta ancora una volta il già citato volume di CURI (2019) 15 e 170 ss.

damentali delle vittime, reali o potenziali, delle condotte criminose<sup>10</sup>). Tutte le costituzioni (compresa quella italiana), e tutte le carte internazionali dei diritti si preoccupano, d'altronde, di limitare in vario modo lo *ius puniendi*; ma, assieme, assumono come scontata la sua legittimità.

Il che però non significa che i limiti costituzionali – o derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani – siano di scarsa importanza pratica. Tutt'altro.

I limiti costituzionali alla potestà punitiva statale espressamente sanciti nelle carte dei diritti, e sviluppati dalle corti, sono numerosi e assai rilevanti per la vita quotidiana dei detenuti; e questo è particolarmente vero nell'esperienza costituzionale italiana, la quale si basa su un testo che – a differenza di quanto accade per lo più nel mondo – espressamente imprime una finalità rieducativa alla pena, e dal quale la giurisprudenza della Corte costituzionale ha tratto molti e importanti principi che in vario modo limitano le condizioni e le modalità concrete di esercizio dello *ius puniendi*.

Tra questi limiti si colloca, per l'appunto, il divieto di pene sproporzionate: un divieto destinato a essere sanzionato, certo, soltanto nelle ipotesi di *macroscopici* eccessi punitivi, i quali tuttavia costituiscono uno scenario non estraneo all'esperienza delle politiche criminali passati e presenti in molti ordinamenti contemporanei – e l'ordinamento italiano non fa certo eccezione. D'altra parte, la capacità di rendimento dei limiti costituzionali deve essere apprezzata non soltanto in relazione alle singole pronunce in cui questa o quella cornice sanzionatoria è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, ma anche rispetto alla sua funzione di orientamento delle politiche legislative e delle concrete prassi di commisurazione giudiziale – in chiave, dunque, “preventiva”, oltre che “sanzionatoria” delle violazioni già avvenute.

Ciò tanto più in un'epoca storica, come la presente, caratterizzata un po' in tutto il mondo da un punitivismo diffuso, che scommette sempre più soltanto sulla pena – e sul carcere in particolare – per la soluzione del problema della criminalità, anziché sulle strategie di carattere preventivo sulle quali da sempre insiste la dottrina penalistica.

Da questo angolo visuale, la giurisprudenza costituzionale statunitense, alla quale sono dedicate molte pagine nel primo capitolo, restituisce la sensazione di un paradosso – o forse, più banalmente, di una *promessa mancata*, sulla quale credo sia opportuno riflettere. Proprio la corte che per prima ha enucleato il divieto di pene sproporzionate, concretamente applicandolo in alcune storiche e cruciali decisioni –

---

<sup>10</sup> Ho trattato di questi profili in VIGANÒ (2011).

alle quali debbono la propria vita intere schiere di condannati a morte negli Stati Uniti –, ha poi sempre più chiaramente confinato, attraverso una serie di decisioni assunte a strettissima maggioranza, la naturale portata espansiva di quel divieto alla materia – “eccezionale” per definizione – della pena di morte, e a quella contigua dell’ergastolo *davvero* a vita – l’ergastolo senza possibilità di *parole* –; offrendo invece via libera a innalzamenti forsennati delle cornici edittali e degli inasprimenti sanzionatori contro i recidivi da parte dei legislatori federale e statali. Con il risultato, che tutti conosciamo, di un’esplosione della popolazione carceraria negli Stati Uniti, sostanzialmente decuplicata dai primi anni Settanta dal secolo scorso a oggi<sup>11</sup>.

Di questo esito – oggi diffusamente considerato come uno dei grandi problemi della società americana<sup>12</sup>, che su una popolazione di circa trecentotrenta milioni di abitanti conta oltre due milioni di detenuti, con una imponente sovrarappresentazione della popolazione nera – è certamente responsabile anche la Corte Suprema (meglio: la maggioranza della Corte stessa), che ha intenzionalmente evitato di utilizzare il criterio della proporzionalità della pena come limite di legittimità costituzionale alle scelte sanzionatorie dei legislatori. Un criterio il cui uso più generoso avrebbe certamente potuto attenuare gli effetti di politiche securitarie che hanno causato costi enormi – sociali, ma anche finanziari – alla società americana, senza che ciò fosse giustificato da *reali* necessità di controllo della criminalità<sup>13</sup>.

\* \* \*

Questo volume è stato scritto in buona parte durante i successivi *lockdowns*, totali e parziali, dovuti alla pandemia del 2020, approfittando dei pochi momenti liberi dal mio ormai abituale impegno istituzionale presso la Corte costituzionale italiana. Le condizioni del tut-

---

<sup>11</sup> Cfr., per tutti, PFAFF (2017) 2.

<sup>12</sup> Tanto che la stessa amministrazione Trump – certo non sospettabile di un approccio *soft* alle questioni di politica criminale – è stata alla fine costretta a correre ai ripari, appoggiando l’approvazione a livello federale, nel 2018, del *First Step Act*, mirante nel suo complesso a ridurre la durata della permanenza in carcere dei condannati (per un bilancio del primo anno di applicazione della legge, cfr. il *report* pubblicato sul sito del governo federale: *The First Step Act of 2018. One Year of Implementation*, in [https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2020/20200831\\_First-Step-Report.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2020/20200831_First-Step-Report.pdf)).

<sup>13</sup> Sul (mancato) ruolo della Corte Suprema degli Stati Uniti in questa vicenda, cfr. il noto lavoro di ALEXANDER (2010) 89 ss., cui si rinvia anche per l’analisi degli enormi *costi* della politica di incarcerazione di massa perseguita in quel contesto a partire dagli anni Settanta.



to speciali in cui il lavoro è stato svolto mi hanno impedito di consultare e citare molte opere, italiane e straniere, che avrei voluto meglio studiare e con le quali avrei desiderato confrontarmi. Di ciò chiedo venia, soprattutto ai colleghi e amici che ho involontariamente trascurato.

Ringrazio, affettuosamente, Bruna e Mattia per la pazienza e l'amore con cui hanno sopportato le mie assenze (fisiche e mentali) durante la scrittura di questo volume, culminate in un periodo di reclusione estiva nella nostra casa familiare sul lago di Como mentre loro erano, da soli, in vacanza al mare.

Ringrazio poi il dott. Enrico Andolfatto per il paziente e prezioso lavoro di revisione del testo, che ha permesso di scovare ed eliminare una quantità di errori – di forma e di sostanza – che funestavano la versione originaria.

E aggiungo, come ormai sempre faccio, che tutte le opinioni espresse in questo libretto – al quale ho iniziato a lavorare, peraltro, parecchi anni or sono – sono riferibili a me solo, e non necessariamente riflettono l'opinione dell'istituzione della quale faccio parte.

Milano, 31 dicembre 2020

## CAPITOLO I

### *Uno sguardo comparato*

SOMMARIO: SEZIONE I. *La giurisprudenza della Corte Suprema USA.* – 1. Le origini. – 2. La giurisprudenza sulla pena di morte. – 2.1. Il *restatement* del principio in *Gregg* (1976). – 2.2. La pena capitale è incostituzionale per il reato di violenza sessuale (*Coker*, 1977). – 2.3. La pena capitale è incostituzionale per il mero partecipe di un omicidio (*Enmund*, 1982). – 2.4. Una prima battuta d'arresto nell'evoluzione della giurisprudenza, a proposito di pena capitale e conseguenze letali non volute di un altro reato (*Tison*, 1987). – 2.5. La pena capitale è incostituzionale per gli infrasedicenni (*Thompson*, 1988) ... – 2.6. ... ma non lo è per gli infradiciottenni (*Stanford*, 1989). – 2.7. La pena capitale è incostituzionale per gli imputati mentalmente ritardati (*Akins*, 2002). – 2.8. La Corte ci ripensa: la pena capitale è incostituzionale anche per gli infradiciottenni (*Roper*, 2005). – 2.9. La pena capitale è incostituzionale per i reati diversi dall'omicidio (*Kennedy*, 2008). – 3. La giurisprudenza sulle pene detentive. – 3.1. Non sono incostituzionali l'ergastolo e quarant'anni di reclusione per reati non gravi commessi da recidivi (*Rummel*, 1980, e *Hutto*, 1982). – 3.2. È incostituzionale l'ergastolo senza possibilità di *parole* nei confronti di un plurirecidivo condannato per un reato contro il patrimonio (*Solem*, 1983). – 3.3. Un *overruling* non dichiarato: non è incostituzionale l'ergastolo senza possibilità di *parole* per il possesso di droga (*Harmelin*, 1991). – 3.4. Le *three strikes laws* non violano la Costituzione (*Ewing*, 2003). – 3.5. È incostituzionale l'ergastolo senza possibilità di *parole* a carico di minorenni condannati per reati diversi dall'omicidio intenzionale (*Graham*, 2010). – 3.6. L'estensione del principio anche all'omicidio intenzionale commesso dai minorenni (*Miller*, 2012). – 4. La giurisprudenza sulle pene pecuniarie. – 4.1. Il divieto di *excessive fines* si applica anche alle confische (*Alexander* e *Austin*, 1993). – 4.2. La prima applicazione pratica del principio (*Bajakajian*, 1998). – 4.3. Il seguito di *Bajakajian*. – 5. Sintesi. – SEZIONE II. *La giurisprudenza della Corte Suprema canadese.* – 6. Uno sguardo d'assieme su tre decenni di giurisprudenza. – 6.1. Il *seminal case*: incostituzionale la pena minima per l'importazione di droga (*Smith*, 1987). – 6.2. Il declino del principio di proporzionalità della pena nella giurisprudenza successiva. – 6.3. La riscoperta del principio: incostituzionale la pena minima per il possesso illecito di armi (*Nur*, 2015). – 6.4. Incostituzionale il minimo edittale per il traffico di stupefacenti (*Lloyd*, 2016). – 6.5. Incostituzionale una pena pecuniaria fissa (*Boudreault*, 2018). – 7. In particolare, la giurisprudenza in materia di *indetermina-*

*te detention.* – 7.1. La pena detentiva indeterminata non è incostituzionale (Lyons, 1987). – 7.2. La riconferma del principio in Boutilier (2017). – 8. Sintesi. – SEZIONE III. *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.* – 9. Misura della pena e principio di eguaglianza. – 9.1. È incostituzionale la medesima cornice edittale per reati di diverso disvalore (sentenza n. 218 del 1974). – 9.2. È incostituzionale una pena più severa di quella prevista per un reato meno grave (sentenza n. 176 del 1976). – 9.3. Ancora su reati di diverso disvalore irragionevolmente sanzionati con la medesima pena (sentenza n. 26 del 1979). – 9.4. La comparsa dell’idea di “proporzione” della pena nelle sentenze n. 50 del 1980, 103 del 1982, 49 del 1989 e 409 del 1989. – 9.5. Le sentenze in materia di delitti contro la religione (n. 329 del 1997, 508 del 2000 e 327 del 2002). – 9.6. Un’applicazione *in malam partem* del principio di eguaglianza in materia di pene (sentenza n. 394 del 2006). – 10. Misura della pena e funzione rieducativa della pena. – 10.1. Renitenza alla leva e “spriale di condanne” (sentenza n. 343 del 1993). – 10.2. Incostituzionale l’ergastolo per i minorenni (sentenza 168 del 1994). – 10.3. Pena detentiva e oltraggio a pubblico ufficiale (sentenza n. 341 del 1994). – 10.4. Sulla pena del sequestro di persona a scopo di estorsione (sentenza n. 68 del 2012). – 10.5. Eccessiva la pena minima per il delitto di alterazione di stato (sentenza n. 236 del 2016). – 10.6. Eccessiva la pena minima per il traffico di sostanze stupefacenti (sentenza n. 40 del 2019). – 11. Misura della pena e principio di offensività, o di responsabilità “per il fatto”. – 11.1. Incostituzionale l’aggravante di “clandestinità” (sentenza n. 249 del 2010). – 11.2. Le sentenze in materia di bilanciamento tra recidiva e circostanze attenuanti (sentenze n. 251 del 2012, 105 del 2014, 106 del 2014 e 207 del 2017). – 12. Misura della pena e personalità della responsabilità penale (art. 27, primo comma, Cost.). – 12.1. Incostituzionale la durata fissa di una pena accessoria (sentenza n. 222 del 2018). – 12.2. Recidiva e parziale infermità di mente (sentenza n. 73 del 2020). – 13. Un *punctum dolens*: che accade dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena prevista dalla legge? – 13.1. Caducazione “secca” della norma incriminatrice. – 13.2. Sostituzione della cornice edittale con quella del *tertium comparationis*. – 13.3. Alla ricerca di nuove soluzioni. – 14. Nuovi orizzonti del principio di proporzionalità rispetto alle sanzioni amministrative “punitive”. – 15. Sintesi. – SEZIONE IV. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.* – 16. Il divieto di pene “grossolanamente sproporzionate” (Vinter, 2012 e 2013). – 17. Pene detentive e attività giornalistica (Cumpănă and Mazăre, 2004 e giurisprudenza successiva). – 18. La proporzionalità come limite minimo della pena in relazione a violazioni gravi dei diritti umani della vittima (Gäfgen, 2010). – SEZIONE V. *Cenni su altri ordinamenti.* – 19. Germania. – 20. Austria. – 21. Spagna. – 22. Francia. – 23. Cile. – 24. Sudafrica.

## SEZIONE I

*La giurisprudenza della Corte Suprema USA*

L'ottavo emendamento della Costituzione federale vieta di richiedere "cauzioni eccessive" (*excessive bails*), di imporre "multe eccessive" (*excessive fines*) e di infliggere punizioni "crudeli e inusuali"<sup>1</sup>. La disposizione, che riproduce alla lettera la corrispondente previsione del *Bill of Rights* inglese del 1689, sembrerebbe in verità sancire un divieto di eccesso soltanto con riferimento alle pene pecuniarie, limitandosi invece a stabilire, per quanto concerne le altre pene, un divieto di pene che in via assoluta – e dunque a prescindere dalla gravità del reato per il quale esse vengano inflitte – appaiano contrarie al senso di umanità<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>La disposizione è stata considerata applicabile anche agli Stati, per quanto concerne il divieto di pene crudeli e inusuali, da *Robinson v. California* (1962) e, per quanto concerne le pene pecuniarie, da *Timbs v. Indiana* (2019), su cui cfr. *infra*, 4.3.

<sup>2</sup>Nel senso, però, che la corrispondente previsione del *Bill of Rights* inglese fosse originariamente finalizzata proprio a vietare *sia* le pene efferate non previste dalla legge, *sia* quelle *sproporzionate* rispetto al reato, e non già (soltanto) le modalità particolarmente crudeli di esecuzione delle pene (capitali), cfr. il lavoro di GRANUCCI (1969) 859 s., più volte citato dalle sentenze della Corte Suprema. Secondo l'autore, questa clausola del *Bill of Rights* inglese – per la prima volta ripresa dalla Costituzione della Virginia del 1776 e poi da altri otto Stati, prima di essere consacrata nell'ottavo emendamento alla Costituzione federale, nel 1791 – fu in realtà malinterpretata dai *framers* americani di tali testi, che la intesero riferibile appunto al divieto di modalità di esecuzioni capitali particolarmente efferate: modalità che, invece, avevano seguito ad essere largamente utilizzate nella prassi inglese sino a tutto il XVIII secolo (*ibidem*, 860 ss.). Ciò dimostrerebbe, a suo avviso, che l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti di cui subito si dirà nel testo costituisce in realtà un ritorno al significato originale della clausola nel diritto anglosassone, corrispondente a una tradizione giuridica ben antecedente la stessa "rivoluzione gloriosa", e risalente anzi a epoca addirittura anteriore alla Magna Carta (*ibidem*, 848 ss.). In senso critico, sia sulla ricostruzione storica del (citatissimo) articolo di Granucci, sia sulla giurisprudenza della Corte Suprema formatasi nel XX secolo sulla clausola, cfr. SCHWARTZ (1980) 378 ss. Più recentemente, la tesi di Granucci è stata invece ripresa e supportata da ulteriori evidenze nel denso saggio di STINNEFORD (2011) 926 ss., a parere del quale – peraltro – gli stessi autori dell'ottavo emendamento sarebbero stati ben consapevoli che, nel linguaggio del *common law*, il concetto di "*unusual and cruel*" alludeva in realtà a pene *excessive* rispetto alle prassi consolidate. Tale interpretazione sarebbe peraltro stata seguita da numerose decisioni di corti statali nel corso dell'Ottocento, che – interpretando il divieto di pene eccessive contenuto nelle rispet-

Proprio a partire dal divieto di *cruel and unusual punishments*, tuttavia, la Corte Suprema USA ha gradatamente enucleato nel corso del Novecento – non senza suscitare feroci contrasti nel suo stesso seno – un vero e proprio diritto fondamentale a non subire pene “sproporzionate” alla gravità del reato commesso<sup>3</sup>, applicabile – come vedremo – tanto alle pene pecuniarie, quanto a quelle di altra natura.

## 1. *Le origini*

Alla fine dell’ottocento, il giudice Field affermò, nella propria opinione dissenziente nel caso *O’Neil v. Vermont*, che il divieto di pene “crudeli e inusuali” mirava certamente, nell’intenzione dei *framers* del *Bill of Rights*, a proscrivere l’uso di pene che implicassero l’inflizione di tortura, largamente utilizzate prima della rivoluzione inglese del 1688; aggiungendo però che un tale divieto concerne anche «tutte quelle pene che per la loro eccessiva durata o severità risultino *sproporzionate al reato*». Proprio questo accadeva a suo avviso nel caso all’esame, in cui il ricorrente era stato condannato, in relazione a una trentina di episodi accertati di vendita illegale di bevande alcoliche, a una pena pecuniaria di importo tale che, in caso di mancato pagamento, sarebbe stata convertibile in ben 54 anni di detenzione<sup>4</sup>.

L’affermazione fu ripresa nel 1910 dalla maggioranza della Corte in *Weems v. United States*. La Corte ribadì qui che il divieto enunciato dall’ottavo emendamento non può essere confinato alle pene già considerate crudeli e inusuali alla fine del XVIII secolo, ma deve essere interpretato *evolutiveamente*, alla luce della mutata sensibilità morale e sociale<sup>5</sup>. Esiste «*a precept of justice that punishment for crime should*

---

tive costituzioni – invalidarono numerose previsioni sanzionatorie o la loro applicazione nel caso concreto in ragione del loro carattere eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso dall’imputato (947 ss.). Sulla storia della clausola in parola nell’ottavo emendamento, cfr. ora anche MÍNGUEZ ROSIQUE (2020) 27 ss.

<sup>3</sup>Tra le più accurate ricostruzioni storiche di questa giurisprudenza cfr., oltre ai saggi di Granucci e Schwartz citati nella nota precedente, Y. LEE (2005) 687 ss. Nella letteratura di lingua spagnola, cfr. oggi il documentatissimo lavoro di MÍNGUEZ ROSIQUE (2020) 37 ss., e ivi ult. rif. bibl.

<sup>4</sup>*O’Neil v. Vermont*, 144 US 323, 339-340 (1892). Su questa cruciale opinione dissenziente, e sulle caratteristiche peculiari del caso, cfr. più ampiamente SCHWARTZ (1980) 386 e MÍNGUEZ ROSIQUE (2020) 39 ss.

<sup>5</sup>*Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910), su cui cfr. ancora MÍNGUEZ ROSIQUE (2020) 41 ss.

*be graduated and proportionated to [the] offence»*<sup>6</sup>; di talché – proprio come aveva sostenuto il giudice Field – il divieto di pene crudeli e inusuali si dirige in realtà «*against all punishments which by their excessive length or severity are greatly disproportionate to the offenses charged»*<sup>7</sup>.

Il principio così enunciato non era, invero, strettamente necessario per la soluzione del caso, relativo a una particolare forma di lavori forzati di origine spagnola e a quell'epoca ancora in vigore nelle Filippine, che prevedeva tra l'altro l'incatenamento ai polsi e alle caviglie del condannato. Di qui il contrasto con l'ottavo emendamento<sup>8</sup>: la maggioranza della Corte considerò infatti una tale pena *in sé* contraria alla concezione della dignità umana propria della società statunitense all'inizio del ventesimo secolo, a prescindere da quale fosse in concreto la gravità del reato commesso<sup>9</sup>. Ma l'enunciazione del principio era ormai destinata a lasciare traccia nella giurisprudenza successiva, anche se dovettero passare quasi cinquant'anni perché quel principio fosse ripreso<sup>10</sup>.

L'occasione si presentò in *Trop v. Dulles*, ove la Corte citò quell'ormai lontano precedente per dichiarare costituzionalmente illegittima, in quanto «*cruel and unusual*», la pena accessoria della privazione della cittadinanza, ritenuta dalla Corte incompatibile con la *dignità umana*, considerata come il «*basic concept underlying the Eighth Amendment*»<sup>11</sup>, interpretato secondo gli «*evolving standards of decency that make the progress of a maturing society*»<sup>12</sup>: e ciò anche se, all'evidenza, una simile pena accessoria non avesse alcunché in comune con gli atroci supplizi che accompagnavano nei secoli bui del medioevo la pena capitale, ai quali pensavano verosimilmente i *framers* del *Bill of Rights*.

<sup>6</sup> *Weems*, cit., 367.

<sup>7</sup> *Ibidem*, 371.

<sup>8</sup> *Weems*, *loc. cit.*

<sup>9</sup> Non così, invece, il giudice dissenziente White, a parere del quale l'ottavo emendamento si limiterebbe a vietare metodi barbarici di punizione, e assieme pene non autorizzate dalla legge, ma non pene sproporzionate: come sarebbe dimostrato, a suo avviso, dalla circostanza che il medesimo congresso che approvò il *Bill of Rights* stabilì la pena di morte per il reato di contraffazione di valuta (*ibidem*, 399 s.).

<sup>10</sup> La “scomparsa” del principio dalla giurisprudenza della Corte Suprema per molti decenni successivi è sottolineata anche da SCHWARTZ (1980) 386.

<sup>11</sup> *Ibidem*, 100.

<sup>12</sup> *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958), su cui cfr. MÍNGUEZ ROSIQUE (2020) 45 ss.

L'idea della (necessaria) proporzionalità della pena era così ormai entrata saldamente nella giurisprudenza statunitense; tanto che, all'inizio degli anni Sessanta, essa fu ripresa in *Robinson v. California*, allorché la Corte dichiarò illegittima la pena di *novanta giorni di reclusione* prevista da una legge californiana in relazione al mero *status* di tossicodipendenza dell'autore. In questa occasione, la Corte sottolineò che anche una pena *in sé* certamente non crudele né inusuale come la detenzione in carcere *può* divenire tale, qualora non sia giustificata dalla concreta gravità del fatto: anche un solo giorno di detenzione, osserva la Corte, sarebbe eccessivo rispetto ad un eventuale reato che consistesse nell'"essere raffreddati"<sup>13</sup>.

## 2. La giurisprudenza sulla pena di morte

Le applicazioni più significative del divieto di pene sproporzionate – o meglio, gravemente sproporzionate – al delitto commesso concernono però la tematica della pena di morte, e si susseguono a partire dagli anni Settanta.

### 2.1. Il restatement del principio in Gregg (1976)

Dopo avere di fatto imposto in *Furman*<sup>14</sup>, nel 1972, una moratoria generale sulla pena capitale in ragione della sua applicazione potenzialmente discriminatoria, la Corte Suprema diede, nel 1976, un cauto via libera alla pena capitale in *Gregg v. Georgia*<sup>15</sup>, subordinatamente ad una serie di condizioni di natura essenzialmente "procedurale".

In entrambe queste pronunce, la Corte ribadì in linea di principio la giurisprudenza originatasi in *Weems*, secondo cui l'ottavo emendamento vieta non soltanto le pene "barbariche", ma anche quelle chiaramente "eccessive" in relazione al reato commesso. Più in particolare, in *Gregg* – dopo aver ribadito il principio secondo cui la pena non deve essere "eccessiva", per non urtare contro il principio basilare del rispetto della dignità umana – sottolineò che il carattere eccessivo della pena può derivare (*a*) dal suo risolversi in una inflizione di pena

---

<sup>13</sup> *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 667 (1962).

<sup>14</sup> *Furman v. Georgia* 408 U.S. 238 (1972). Sulla giurisprudenza in materia di pena di morte successiva a *Furman* cfr. MÍNGUEZ ROSIQUE (2020) 48 ss.

<sup>15</sup> *Gregg c. Georgia* 428 U.S. 153 (1976).

«non necessaria e arbitraria», ovvero (*b*) nel suo risultare «*grossly out of proportion to the severity of the crime*»<sup>16</sup>.

## 2.2. La pena capitale è incostituzionale per il reato di violenza sessuale (Coker, 1977)

Nella immediatamente successiva sentenza *Coker v. Georgia*<sup>17</sup>, la Corte si trovò a decidere se la pena di morte costituisse pena crudele e inumana laddove applicata non già a un omicidio volontario (come in *Furman* e in *Gregg*), bensì a un colpevole di *violenza sessuale*, che non avesse ucciso la propria vittima.

L'opinione della maggioranza redatta dal giudice White ribadì, anzitutto, che dall'ottavo emendamento discende non solo un divieto di pene "barbariche", ma anche un divieto di pene "eccessive"; e che tale divieto è violato, secondo la logica espressa l'anno precedente dalla maggioranza della Corte in *Gregg*, quando la pena concretamente inflitta (*a*) non apporti alcun contributo apprezzabile al perseguimento dei fini legittimi della pena, rivelandosi così come un'inutile e non necessaria inflizione di dolore e sofferenza, ovvero quando (*b*) risulti comunque *grossolanamente sproporzionata* rispetto alla gravità del reato; tale seconda valutazione dovendo essere condotta in modo da riflettere gli «*standards of decency*» diffusi nella comunità sociale e rispecchiati nelle legislazioni dei diversi Stati, nonché nelle concrete prassi della pubblica accusa e delle giurie<sup>18</sup>.

Applicando dunque tali criteri, la Corte concluse che la possibilità, prevista dalla legislazione della Georgia, di applicare la pena di morte per il crimine di violenza sessuale fosse grossolanamente sproporzionata alla gravità del reato in questione. In esito a un puntuale esame di tutte le legislazioni statali che, nel post *Furman*, avevano confermato la vigenza della pena di morte nei rispettivi ordinamenti, l'*opinion of the Court* di White evidenzia infatti come soltanto *uno Stato* (la Georgia, appunto) prevedesse tale pena per il crimine di violenza sessuale; e sottolinea come il numero di condanne a morte per tale reato, anche nello Stato della Georgia, fosse estremamente basso, a testimonianza dell'estrema riluttanza delle giurie a emettere una condanna capitale in simili casi. La violenza sessuale, osserva la Corte, è sì un crimine assai serio; ma la sua gravità non è comparabile a quella del-

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, 173.

<sup>17</sup> *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977).

<sup>18</sup> *Coker*, cit., 592.



l'omicidio, che comporta la perdita definitiva e irreparabile di una vita umana. Tant'è che – si osserva in una timida nota a piè di pagina – soltanto pochissimi Stati al mondo conservano tuttora la pena capitale per reati diversi dall'omicidio, e per la violenza sessuale in particolare.

Vigorosi i dissensi del Chief Justice Burger e del futuro Chief Justice Rehnquist<sup>19</sup>. Essi sottolinearono, in sostanza, l'intrinseca gravità del crimine di violenza sessuale e le sue devastanti conseguenze sulla vittima. Pur non contestando in linea di principio la sussistenza di un divieto di pene grossolanamente sproporzionate alla gravità del reato, i giudici dissenzienti rilevarono come rispetto a reati inequivocabilmente classificabili come gravi la decisione se comminare o meno la pena capitale sia riservata unicamente ai legislatori democraticamente eletti, non spettando ai giudici della Corte sostituire il *proprio* senso di giustizia e di opportunità nel perseguimento di legittimi obiettivi di politica criminale a quello dei rappresentanti della volontà popolare.

Un'obiezione, come vedremo, che ritornerà costantemente – come un lunghissimo *fil rouge* – in tutti i dissensi alle decisioni che applicheranno il canone della proporzionalità della pena invalidando questa o quella scelta sanzionatoria compiuta dai legislatori statali.

### 2.3. *La pena capitale è incostituzionale per il mero partecipe di un omicidio (Enmund, 1982)*

Cinque anni più tardi, la Corte si trovò a decidere, in *Enmund v. Florida*, se la pena di morte sia legittima nel caso di *felony murder*: e più in particolare nel caso in cui l'imputato fosse ritenuto colpevole di avere partecipato alla commissione di un grave reato (nel caso di specie, si trattava di una rapina a mano armata), nel corso del quale *un altro concorrente* avesse commesso volontariamente un omicidio<sup>20</sup>. Fatti simili erano e sono tuttora considerati, in numerosi ordinamenti americani, alla stregua di veri e propri *murders*, nonostante l'assenza dell'intenzione di uccidere in capo all'imputato, o anche solo della previsione che altri concorrenti potessero uccidere.

---

<sup>19</sup> Il giudice Powell stese una *concurring opinion*, concordando sull'illegittimità dell'imposizione della pena capitale nei confronti dello *specifico ricorrente*, ma rifiutando la conclusione della maggioranza di ritenere *in ogni circostanza* la pena di morte sproporzionata rispetto alla violenza sessuale.

<sup>20</sup> *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982).