



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXVIII ciclo

Tesi di Dottorato

**Il sindacato di legittimità costituzionale
sulla misura delle pene detentive:
un'indagine comparata**

Relatore
Prof. Gabriele Fornasari

Dottorando
Pietro Insolera

Anno Accademico 2014-2015



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Candidato: Pietro Insolera

**Il sindacato di legittimità
costituzionale sulla misura delle
pene detentive: un'indagine
comparata**

Relatore: Prof. Gabriele Fornasari

Anno Accademico 2014-2015

Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale e filosofia del diritto

XXVIII ciclo

Esame finale: 17/03/2016

Commissione esaminatrice:

Prof.ssa Anna Maria Maugeri, Università di Catania

Prof. Riccardo Borsari, Università di Padova

Prof. Fabio Basile, Università di Milano

Ai miei genitori

RINGRAZIAMENTI

Il mio primo ringraziamento va al Professore Gabriele Fornasari.

Senza i Suoi consigli, spunti, curiosità e continui suggerimenti, questo lavoro non sarebbe mai venuto alla luce. Grazie davvero per la sapiente guida e per aver saputo indirizzare la mia “disordinata” voglia di conoscere.

Grazie a tutta la Cattedra di Diritto Penale dell’Università di Trento, laddove è sempre vivo e stimolante il libero confronto di idee intorno alla penalità, senza confini o restrizioni di sorta.

Grazie al Prof. Vittorio Manes, per avermi fatto appassionare alla tematica oggetto di ricerca.

Un particolare ringraziamento alla Prof.ssa Emanuela Fronza, per avere avuto la pazienza di leggere qualche bozza, ma soprattutto per avermi donato l’opportunità di instaurare un costante e proficuo dialogo.

Grazie di cuore a tutti i colleghi dottorandi di ricerca. In particolare, vorrei ringraziare, per lo scambio di idee e per le belle giornate trascorse insieme, i colleghi del XXVIII ciclo: Ilaria, Andrea, Giorgia, Marianna, Lorenzo e tutti gli altri.

Uno speciale ringraziamento al Professore Youngjae Lee della Fordham University School of Law. Durante il mio soggiorno statunitense, i numerosi colloqui con Lui sono stati davvero fondamentali per orientarmi nel labirinto giurisprudenziale e dottrinale della *proportionality doctrine*.

Grazie di cuore a tutte le fantastiche persone che ho incontrato a New York.

Mi piace ricordare soprattutto i colleghi del *Visiting Research Fellow Programme*, con i quali ho condiviso momenti indimenticabili: Ilias, Nicolò, Ela, Manuel e tutti gli altri.

Un ringraziamento anche al personale amministrativo dell’Università di Trento e della Scuola di Dottorato in SGCE, sempre disponibile ed efficiente, e, analogamente, allo staff della Fordham University School of Law.

Grazie ad Anokhi Shah, per avermi invitato a partecipare ad alcune interessanti lezioni del *Sentencing Seminar* presso la NYU School of Law.

La mia sincera gratitudine anche a tutti gli Autori citati in questo lavoro, e specialmente a quelli che si sono posti il problema di analizzare il tema oggetto d’esame in prospettiva comparatistica tra Italia e U.S.A.

Un enorme ringraziamento infine ai miei genitori, sempre pronti a supportarmi, dandomi preziosi consigli nei momenti di crisi.

A Sara, una donna meravigliosa.

A tutti i miei fratelli, familiari, amici e conoscenti, che in un modo o nell’altro sono stati importanti per questa ricerca.

Sperando di non avere dimenticato nessuno, ancora Grazie di cuore.

INDICE

ABSTRACT	XI
PREMESSA GENERALE	XV
Il problema della proporzione nella predeterminazione legale della risposta sanzionatoria nella giurisprudenza costituzionale italiana.....	XXV

CAPITOLO I

I CONTROLLI DI RAGIONEVOLEZZA-PROPORZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLA MISURA DELLA PENA DETENTIVA: UNA DISAMINA DELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

1.1 L'applicazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza sul piano logico-formale: le prime timide aperture della Corte Costituzionale al controllo di legittimità sulle comici edittali ..	1
1.2 Una sentenza importante: la centralità della “gerarchia assiologica” desumibile dalla Carta Fondamentale come criterio nello scrutinio della Corte sul <i>quantum</i> sanzionatorio.....	9
1.3 Gli ulteriori sviluppi negli anni successivi e l'interazione tra ragionevolezza e principio rieducativo	16
1.4 La sentenza n. 341/1994: l'emersione di un autonomo principio di proporzionalità della pena di rango costituzionale?	25
1.5 Proporzione e legalità della sanzione penale: la sentenza n. 299/1992.....	32
1.6 Le più significative prese di posizione successive della Consulta ed il “limbo concettuale” in cui si trova il principio di proporzionalità della pena.....	38
1.6.1 Precisazioni preliminari.....	38
1.6.2 La sentenza d'invalidità n. 22/2007	39
1.6.3 La pronuncia additiva n. 68/2012 tesa ad attenuare la rigidità del draconiano trattamento sanzionatorio del sequestro di persona estorsivo nei c.d. casi di lieve entità.....	45
1.6.3.1 due recenti pronunce “collegate” che hanno contribuito ulteriormente alla realizzazione delle istanze di ragionevolezza e proporzione con riferimento alla figura delittuosa di cui all'art. 630 c.p.....	62
1.7 Osservazioni conclusive sparse sull'esperienza italiana: tra “ <i>linee di ricerca</i> ” inesplorate, questioni aperte e ragioni di un'esposizione.....	65

CAPITOLO II

INDAGINE COMPARATA IN RIFERIMENTO ALLE ESPERIENZE APPLICATIVE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ DELLA PENA DA PARTE DELLA *SUPREME COURT* STATUNITENSE

La realtà statunitense come oggetto di comparazione	73
---	----

Sezione I

2.1 Le diverse interpretazioni del significato letterale della <i>Cruel and Unusual Punishment Clause</i> . L'incertezza sulla effettiva prescrizione circa il requisito costituzionale di proporzionalità del trattamento punitivo nella volontà dei Padri costituenti americani. Breve introduzione storico-costituzionale sulle fonti e sull' <i>Original Meaning</i> della clausola	81
2.2 La controversa ed incoerente evoluzione giurisprudenziale della Corte Suprema a partire dalla sentenza <i>Weems v. U.S.</i> Disamina di alcuni <i>Landmark Cases</i> nei quali sono stati elaborati concetti fondamentali per l'interpretazione dell'Ottavo Emendamento.....	93
2.2.1 <i>Weems v. U.S.</i> ed il suo antecedente storico <i>O'Neil v. Vermont</i> : la nascita della <i>proportionality doctrine</i>	93
2.2.2 <i>Trop v. Dulles</i> : l'elaborazione dell' <i>evolving standards of decency test</i>	104
2.2.3 <i>Robinson v. California</i> : l'incostituzionalità delle c.d. <i>status offenses</i>	112
2.2.4 <i>Coker v. Georgia</i> : la dichiarazione d'incostituzionalità della pena di morte per il delitto di <i>rape</i> per <i>disproportionality</i>	117
2.3 I sei c.d. " <i>modern prison-duration cases</i> " ed il tormentato approccio della Corte Suprema alla proporzionalità nel settore del <i>noncapital sentencing</i>	125
2.3.1 Precisazioni preliminari e disamina degli orientamenti precedenti delle <i>lower federal courts</i>	125
2.3.2 L'iniziale atteggiamento di totale chiusura espresso in <i>Rummel v. Estelle</i>	132
2.3.3 La conferma della prima presa di posizione in <i>Hutto v. Davis</i>	142
2.3.4 Il cambio di rotta in <i>Solem v. Helm</i> e l'elaborazione degli importanti criteri comparativi di natura oggettiva per esercitare il sindacato sulla misura della pena.....	146
2.3.5 Il "passo indietro" in <i>Harmelin v. Michigan</i> : il c.d. <i>narrow proportionality principle</i> ed il <i>gross disproportionality test</i>	158
2.3.6 Il sostanziale fallimento dello scrutinio di proporzionalità sulle leggi californiane contro i recidivi " <i>three strikes and you're out</i> "	174
2.3.6.1 Il caso della California	174
2.3.6.2 <i>Ewing v. California</i>	180
2.3.6.3 <i>Lockyer v. Andrade</i>	190
2.3.7 L'impatto delle pronunce sulla legge dei tre colpi in alcune decisioni delle <i>lower courts</i> : la sterilizzazione della protezione costituzionale.....	197

Sezione II

2.4 Sintetica disamina delle proposte di inquadramento teorico formulate nell'elaborazione scientifica statunitense.....	207
--	-----

2.4.1 Le diverse posizioni.....	207
2.4.2 Il <i>proportionality principle</i> desunto dall'Ottavo Emendamento essenzialmente fondato su valori di "giustizia retributiva".....	214
2.4.3 Il <i>proportionality principle</i> desunto dall'Ottavo Emendamento come " <i>broad constitutional review analytical framework on excessive government actions</i> ".....	219
2.4.4 Il <i>proportionality principle</i> desunto dall'Ottavo Emendamento come " <i>rational basis test in disguise</i> ".....	225
2.4.5 Il <i>proportionality principle</i> desunto dall'Ottavo Emendamento come " <i>principle of limited government</i> ".....	232
2.4.6 Il <i>proportionality principle</i> desunto dall'Ottavo Emendamento e l'incoerenza della Corte. Il diverso approccio allo scrutinio di costituzionalità tra le pene detentive eccessive e i danni punitivi eccessivi. Brevi critiche.....	238
2.4.6.1 Cenni introduttivi.....	238
2.4.6.2 Gli importanti casi <i>BMW v. North America, Inc. v. Gore</i> del 1996 e <i>State Farm Mutual Insurance Co. v. Campbell</i> del 2003: l'elaborazione di criteri comparativi per stabilire la "manifesta eccessività" in violazione del " <i>substantive due process</i> ".....	241
2.4.6.3 Alcuni buoni motivi per ritenere ingiustificato il diverso grado d'incisività del controllo. Conclusioni: la necessità di un approccio più coerente ed uniforme nel sindacato di costituzionalità di tutte le tipologie sanzionatorie.....	244
 2.5 I controlli di proporzionalità della pena sulla base delle previsioni costituzionali statali. Breve analisi delle clausole che garantiscono maggiore protezione al diritto a non subire pene eccessive rispetto all'Ottavo Emendamento.....	249
2.5.1 Perché gli Stati possono garantire una maggiore protezione costituzionale?.....	249
2.5.2 L'interessante esperienza dell'evoluzione della <i>case-law</i> sulla c.d. <i>proportionate penalties clause</i> prevista dalla Costituzione dell'Illinois.....	255
2.5.3 Altre disposizioni costituzionali statali che vengono interpretate nel senso di garantire una maggiore protezione ed un controllo più incisivo nella <i>judicial review of excessive penalties</i>	260
2.5.4 Osservazioni conclusive in chiave comparatistica.....	264

CAPITOLO III

RIFLESSIONI CONCLUSIVE SUGLI ASPETTI D'ANALOGIA E DIFFERENZIAMENTO TRA SISTEMI EMERSI NELLA INDAGINE COMPARATA

3.1 Considerazioni preliminari.....	269
 3.2 Convergenze e divergenze tra le due esperienze di controllo di costituzionalità sulla misura della pena.....	269
3.2.1 Carenza di "base testuale".....	269
3.2.2 Eccessiva deferenza e <i>self-restraint</i> ?.....	270
3.2.3 Ricerca di "oggettività".....	270

3.2.4 Instabilità/imprevedibilità/natura casistica dei controlli.....	271
3.2.5 Distanza tra la Corte ed i commentatori.....	272
3.2.6 Controlli di costituzionalità sul <i>quantum</i> di pena e finalismo della sanzione.....	273
3.2.7 Disomogeneità applicativa?.....	273
3.2.8 <i>Ratio legis, legislative purpose</i> e situazioni in cui si amplia la portata del controllo.....	274
3.2.9 Coerenza intrasistemica e diritto individuale a non essere puniti in maniera eccessiva in assoluto	277
3.2.10 <i>Penological Pluralism</i> nella dimensione costituzionale contro sinergica interazione tra ragionevolezza, finalismo rieducativo e proporzione della sanzione	277
3.2.11 Diritto penale costituzionalmente orientato contro illimitato <i>Police Power</i> . L'assenza di una sistematica dei limiti costituzionali al diritto penale.....	278
3.2.12 Un linguaggio diverso, i medesimi nodi problematici	280
3.2.13 Il sistema del precedente vincolante come ulteriore limite all'incisività del controllo?.....	282
3.3 Prospettive future e questioni irrisolte.....	284
3.3.1 Opinioni separate?	284
3.3.2 Inadeguatezza del tempo quale unica unità di misura della legittimità costituzionale della pena carceraria. Uno scrutinio effettuato in forza di criteri di razionalità e di umanità?	290
3.3.3 Una riflessione sul profilo semantico: tra <i>gross disproportionality</i> e manifesta irragionevolezza/sproporzione. Dove finisce la sproporzione costituzionalmente accettabile?.....	294
3.3.4 Finestra sul futuro e conclusioni.....	296
3.3.5 E allora?	302
Fonti Bibliografiche	305
Sitografia	327
Elenco delle principali decisioni della Corte costituzionale italiana citate	328
Elenco delle principali sentenze della Corte Suprema Federale statunitense citate	329

ABSTRACT

La presente ricerca ha ad oggetto la problematica relazione tra Corte costituzionale e legislatore in materia di sanzioni penali, in particolare sul versante del **controllo di ragionevolezza e proporzionalità** esercitato dal Giudice delle leggi sulle **cornici edittali di pena** previste dalle **fattispecie incriminatrici** e, più in generale, sui profili attinenti alla quantificazione del trattamento sanzionatorio (in particolare della **pena detentiva**) effettuata *in abstracto* in sede legislativa. Lo studio si propone di ripercorrere l'**evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale**, a partire dai suoi primi anni di vita fino ad oggi, relativamente all'ambito dello scrutinio di legittimità sulle scelte legislative discrezionali del parlamento sul *quantum* di pena. A tal fine verranno osservati da vicino ed approfonditi i **moduli argomentativi e le tecniche decisorie** utilizzate nelle pronunce della Corte costituzionale in questa materia, soffermandosi su quelle decisioni che hanno censurato l'operato del legislatore dichiarando l'**illegittimità "intrinseca"** di norme impositive di sanzioni penali ritenute eccessivamente afflittive rispetto all'oggetto di tutela, alle modalità di lesione tipizzate o sproporzionate rispetto al fine repressivo da conseguire (v. ad es. sent. n. 341/1994 in tema di oltraggio a p.u.). Attenzione verrà rivolta anche alle pronunce (la maggior parte, per la verità) che si sono snodate, su sollecitazione dei giudici remittenti, attraverso il classico **schema formale ternario proprio del c.d. giudizio di ragionevolezza-eguaglianza**, dove il Giudice delle leggi si trova ad operare un **raffronto tra fattispecie normative omogenee**, al fine di pervenire ad una valutazione di **parità o disparità di trattamento sanzionatorio**. La rassegna delle decisioni più rilevanti verrà sfruttata per tentare di individuare e descrivere con precisione i vari **principi utilizzati dalla Corte in chiave dimostrativa** per sindacare la correttezza del **bilanciamento di interessi** compiuto dal legislatore a monte della quantificazione sanzionatoria; in questa direzione si suggeriranno contenuti, portata e potenzialità di sviluppo, **in chiave di ulteriore giustiziabilità**, dei **principi-canoni dell'offensività, della colpevolezza, dell'uguaglianza e soprattutto della proporzionalità**, che, in qualità di principio *immanente* al nostro sistema costituzionale, coniugandosi con il parametro di cui all'art. 3 c. 1 Cost. e con il **principio rieducativo della pena di cui all'art. 27 c. 3 Cost.**, pare essere in grado di conquistare, in prospettiva futura, maggiori spazi operativi nel controllo sul trattamento sanzionatorio, garantendo uno scrutinio più pervasivo (forse difficilmente controllabile e di certo causa di forti tensioni tra poteri, perché in frontale contrasto con il principio di riserva assoluta di legge che caratterizza la materia penale ex art. 25, c. 2 Cost.) sulle scelte discrezionali del legislatore.

La disamina verterà infine **su una (o alcune) specifica figura criminosa**, selezionata proprio perché recentemente oggetto di un penetrante intervento della Consulta sul trattamento sanzionatorio, sviluppato secondo i classici stilemi argomentativi del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza ed esitato in una sentenza additiva incidente sul disposto normativo dell'art. 630 c.p. (C. Cost. n. 68/2012).

La ricerca sarà poi indirizzata su tematiche affini, in relazione però ad altri e diversi ordinamenti nazionali (in particolare quello degli U.S.A.), al fine di prendere conoscenza delle **modalità di controllo di legittimità costituzionale da parte delle Supreme Court statunitensi, sempre sotto il profilo della quantificazione sanzionatoria legislativa effettuata in abstracto, evidenziandone, in prospettiva comparatistica, le profonde differenze sul piano degli equilibri politici e dei diversi sistemi giuridici** (*i.e.* come si atteggia l'attività di scrutinio di legittimità costituzionale sulle pene in sistemi di *common law* rispetto a quanto avviene nei sistemi di *civil law*).

Particolare attenzione verrà dedicata, in questo settore della ricerca, all'elaborazione dei **diversi standard e parametri di legittimità costituzionale** della quantificazione sanzionatoria effettuata in sede legislativa, invocati nei percorsi giurisprudenziali stranieri analizzati. Segnatamente: **l'VIII emendamento della Costituzione Americana**, che vieta le pene crudeli ed inusuali, nella parte in cui, in via interpretativa, **se ne ricava un requisito di proporzionalità (o forse, meglio dire, di non manifesta sproporzione) in relazione alle pene criminali detentive previste negli statutes (prison terms)**.

In conclusione, si proverà a tracciare un **bilancio finale**, sintetico e provvisorio, inevitabilmente **"aperto"**, sulla scorta dei dati raccolti nell'indagine comparata, evidenziando le criticità emergenti dalle

diverse elaborazioni giurisprudenziali in tema di controllo di proporzionalità delle pene detentive, che sembrano spesso risolversi in **affermazioni magmatiche, incoerenti e confuse**, in definitiva **rendendo impossibile la prevedibilità degli esiti in ordine alla legittimità costituzionale o meno delle norme sanzionatorie** e non contribuendo alla eventuale trasposizione delle concretizzazioni dei principi avvenute nella giurisprudenza in razionali linee di politica-criminale, in vista di una poco probabile riforma sanzionatoria in grado di rendere la sanzione penale detentiva più “proporzionata” e “a misura d’uomo”.

*“Il principio secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale costituisce un dato costante della giurisprudenza costituzionale che deve essere riconfermato: non spetta infatti alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie. **Tuttavia** ...”.*

Premessa Generale

“C'è bisogno di un linguaggio che renda leggibile la tensione dialettica tra diritto e giustizia; che sappia parlare allo stesso modo di ordinamenti buoni e meno buoni, o decisamente cattivi.”

DOMENICO PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 60

Alla luce della complessità e soprattutto della vastità delle problematiche connesse all'oggetto della ricerca, è necessaria sin da subito una netta delimitazione del campo d'indagine, per non incorrere in pericolosi equivoci.

L'intenzione del presente studio (di stampo *tendenzialmente* casistico-giurisprudenziale, senza alcuna pretesa *classificatoria* o *sistematizzante*) è quella di ripercorrere criticamente i tracciati interpretativi nell'evoluzione storica delle pronunce della Corte costituzionale italiana in materia di dosimetria edittale sanzionatoria (comminatoria in astratto - cornici edittali di pena detentiva). Si analizzeranno principi e canoni impiegati per dichiarare l'incostituzionalità di determinate opzioni punitive e le numerose decisioni che, diversamente, in conformità al noto *self-restraint* che caratterizza l'operato della Consulta in materia di diritto penale sostanziale, specialmente quando sono sottoposte al suo vaglio norme *stricto sensu* sanzionatorie, hanno dichiarato l'infondatezza delle questioni sollevate.

Dopo avere analizzato lo sviluppo dei controlli di ragionevolezza e proporzionalità della Corte costituzionale sulle cornici edittali delle fattispecie nel sistema penale interno, il lavoro si concentra sulla disamina del significato storico e dell'applicazione giurisprudenziale dell'Ottavo Emendamento della Costituzione Federale Americana da parte delle Corte Suprema Federale. Attraverso lo studio dei più significativi casi della *eighth amendment litigation* nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, si osserveranno caratteristiche, potenzialità e problematiche irrisolte del principio di proporzionalità nell'ordinamento federale statunitense (*principle of proportionality*, o diversificati *proportionality principles*, secondo autorevoli posizioni dottrinali), dove la *doctrine of proportionality* nella giurisprudenza costituzionale sembra soffrire difetti di inconsistenza ed incoerenza, in certo modo assimilabili a quelli riscontrati nei percorsi applicativi della Corte costituzionale.

Pur avendo ben presenti le relevantissime differenze tra un sistema europeo-continentale a forte orientamento costituzionale come quello italiano e un modello anglo-sassone di *sentencing* come quello degli U.S.A., sottoposto ad un controllo diffuso di costituzionalità (*judicial review of legislation*), nell'ambito di una forma di stato federale, si è ritenuto utile e di particolare interesse scientifico procedere ad uno studio comparato delle due esperienze, cercando di valorizzare nella giusta misura, come “filo conduttore” della ricerca, la dimensione sovra-legislativa dei principi costituzionali, intesi quale limite invalicabile alla discrezionalità politica di ogni legislatore, e la loro complessa relazione con il diritto

penale sostanziale, specificamente sul versante della *quantificazione* sanzionatoria¹.

Nell'ambito della evoluzione giurisprudenziale nordamericana ci si soffermerà sulle molteplici interpretazioni prospettate circa la portata ed il significato della clausola che vieta le “pene crudeli ed inconsuete” di cui all'Ottavo Em. alla Costituzione federale (c.d. *cruel and unusual punishment clause*), specialmente con riferimento al divieto implicito di sanzioni (manifestamente) eccessive rispetto al reato commesso, che viene ritenuto insito nel dato testuale dalla maggior parte degli studiosi, seppur con grande diversità di vedute sulla reale natura di tale *excessiveness or gross disproportionality prohibition* (retributiva, utilitaristica, imperativo di eguaglianza ecc.).

Non verranno omissi riferimenti alle sentenze della *Supreme Court* relative all'applicazione della protezione dell'Ottavo Emendamento in ambiti diversi rispetto a quello delle sanzioni detentive (sostanzialmente la reclusione nel nostro impianto codicistico e i *prison terms* nei *sentencing schemes* statunitensi, sia statali che federali), eletto ad oggetto privilegiato di questa indagine. Penso alle fondamentali decisioni sulla pena capitale e su casi riguardanti minori (*juvenile offenders*), sia all'esperienza applicativa dell'*excessive fine clause* dell'Ottavo Emendamento (divieto di pene pecuniarie eccessive o sproporzionate rispetto al fatto di reato) ed alla significativa evoluzione delle limitazioni costituzionali ai *punitive damages* in base a requisiti di proporzionalità, prevedibilità e ragionevolezza, nel quadro però della protezione del *substantive due process*, riconducibile al Quinto Emendamento della Costituzione Federale. L'analisi si concentrerà poi brevemente su alcune applicazioni del divieto di sanzioni penali sproporzionate a livello costituzionale-statale, esaminando le clausole genericamente riconducibili, in via esplicita o implicita, al concetto di *proportionate penalty*, previste in alcune Carte Costituzionali degli Stati, ed i correlati “modelli” di scrutinio costituzionale sulla proporzionalità delle pene di maggiore interesse ai fini della ricerca.

Si ritiene che una panoramica su queste tematiche nella giurisprudenza della Corte Suprema permetterà di comprendere in misura adeguata la relazione tra diritto *lato sensu* punitivo e Costituzione Federale nella realtà statunitense.

Giova aggiungere che la scelta dell'ordinamento degli U.S.A. come modello di studio comparatistico è stata dettata, oltreché dalla pura curiosità intellettuale per un sistema assai distante da quello domestico, anche da una caratteristica che sembra in definitiva accomunare la vicenda dei controlli di costituzionalità sul *quantum* di pena portati avanti dal Giudice delle leggi italiano e dalla *Supreme Court* federale statunitense (nonché dalle altre Corti statali e federali, stante il carattere diffuso del *judicial*

¹ Sotto questo profilo occorre osservare, in uno ad autorevole dottrina, che è proprio il metodo interpretativo per principi, insieme alla natura “sovraordinata” di questi, ad avere costituito un fattore fondamentale per lo sviluppo della comparazione in ambito penalistico. Sul punto v. PALAZZO F.C. – PAPAM., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, 20-23; in questa direzione è stato evidenziato con chiarezza che “il principio di proporzione (o proporzionalità) rappresenta un 'grande principio costituzionale di carattere generale', se non persino un principio di rango sovra-costituzionale: esso esercita, del resto, un influsso sull'intero diritto dei pubblici poteri, dal diritto tributario, al diritto amministrativo, sino al diritto penale ed al diritto di polizia”. Così MANES V., (voce) *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'Anno del Diritto 2012*, Roma, 104-109.

review of legislation nel sistema statunitense), rispetto ad altri ordinamenti, ai quali pure verranno fatti alcuni cenni: la sostanziale incompiutezza, l'impossibilità di raggiungere un adeguato *standard* di controllo, sufficientemente consolidato, che permetta di avere esiti prevedibili circa la caducazione o la disapplicazione delle norme sanzionatorie. Ciò che emergerà dallo studio delle argomentazioni delle pronunce è la sostanziale incapacità di delimitare con precisione lo spazio di intervento consentito ed il grado di incisività dello scrutinio di costituzionalità sulla misura della pena (in particolare detentiva)².

Infatti, come nella realtà italiana i controlli di ragionevolezza e proporzionalità sui quadri sanzionatori

² Valga sin d'ora osservare che il “modello” italiano di sindacato costituzionale sulla misura della sanzione penale (se di “modello” si può legittimamente parlare lo si verificherà andando avanti, ma la risposta è intuitivamente negativa), e, forse, si potrebbe estendere il discorso all'intera gamma delle misure che comportano intrusioni da parte dei pubblici poteri nella sfera dei diritti fondamentali dell'individuo, si è sviluppato secondo cadenze peculiari e differenziate, certamente più ristrette rispetto a quelle proprie del controllo di proporzionalità “a tre gradini” (o, secondo talune ricostruzioni, quattro gradini) nato e ampliatosi poderosamente nell'esperienza tedesca, poi mutuato ed impiegato dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea sin dagli anni settanta del novecento. Come rileva puntualmente autorevole dottrina, è necessario porre l'accento sulle profonde differenze riscontrabili tra “modello generale” di *verhältnismäßigkeit/proporcionalidad/proportionality*, desumibile dallo scenario sovranazionale, inteso “*come fondamentale criterio di valutazione della legittimità dell'intervento dei pubblici poteri, con una precipua proiezione che ambisce – nella materia penale – a sottoporre a vaglio anzitutto l'an e non solo il quomodo o il quantum della sanzione; ed in questa prospettiva il principio viene declinato in sotto-criteri che guardano anzitutto alla legittimità del mezzo e dello scopo perseguito, e poi alla idoneità, alla necessità ed alla adeguatezza (proporzione in senso stretto) della specifica opzione penale*” ed esperienza italiana, “*che utilizza codici di valutazione diversi per declinare il concetto di proporzione e che, soprattutto, impiega paradigmi concettuali differenti per scrutinare la legittimità dell'opzione penale (segnatamente, il principio di offensività ed il principio di sussidiarietà, pur nei limitati margini di giustiziabilità riconosciuti dalla Corte costituzionale), scegliendo di confinare l'utilizzo (anche lessicale) del “principio di proporzione” - per lo più - in sede di controllo sull'equilibrio sanzionatorio, peraltro nel prisma del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.), secondo lo schema triadico ancorato al precipuo riscontro di un pertinente tertium comparationis*”; così MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 145-146. Le acute riflessioni dell'A., lumeggiando una importante peculiarità propria della realtà italiana, se posta a raffronto con la realtà sovranazionale (o, forse, meglio dire *globale*, vista la diffusione ormai planetaria del controllo di proporzionalità - *proportionality check* nello strumentario argomentativo delle Corti costituzionali e supreme), indicano una direttrice di ricerca utile per delimitare l'oggetto dell'indagine, che si concentrerà specificamente sul *mos italicus* di concepire il controllo sull'equilibratura sanzionatoria della fattispecie penale, ossia il controllo di ragionevolezza, provando a cogliere le sue iterazioni con il principio di proporzione (*della pena, non inteso in senso ampio, salvo inevitabili ma cursori riferimenti*).

In termini pressoché analoghi, ben coglie la delimitazione del principio di proporzione nella giurisprudenza della Corte costituzionale al solo ambito dell'equilibratura sanzionatoria interna della fattispecie (o delle fattispecie poste a raffronto nel giudizio triadico di eguaglianza-ragionevolezza, in ottica di coerenza sistematica), differenziandone i caratteri rispetto a controlli più compositi “a tre livelli”, tali da assorbire i vari profili relativi a bene giuridico, offensività, idoneità e necessità, diffusi in esperienze di altri ordinamenti (Germania e Spagna), DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, 391, nt. 73 e bibliografia *ivi* citata. V. anche, negli stessi termini, BELFIORE E., *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, in particolare 322, ove si legge “*Da un lato, la Corte non elabora uno schema argomentativo logico e rigoroso come quello consolidatosi nella giurisprudenza del BverfG in tema di Verhältnismäßigkeit (ancorato ai criteri di individuazione dello scopo, idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto) riducendo il sindacato a quello che è stato definito “giudizio di proporzionalità in senso stretto” e che si basa su valutazioni quantitative (e non qualitative). Nelle pronunce si evidenzia una tendenza alla riproduzione “meccanica” della formula della mancanza di proporzione, senza che risultino chiari i principi logico-giuridici dei criteri invocati. Dall'altro, anche quando il parametro della proporzione viene agganciato a termini di riferimento, il giudizio verte sulla proporzione tra sanzione edittalmente prevista e bene giuridico protetto, ovvero, tra (le limitazioni al) bene libertà personale e interesse offeso dal reato*”.

Dunque, come si è provato ad esprimere con alcune brevi considerazioni in premessa, un ambito d'indagine ben più circoscritto (e di più realistica esplorabilità, rispetto allo sterminato macro-tema del principio di proporzionalità in senso ampio), che ha consigliato la scelta di un modello comparatistico come quello statunitense, certamente distante, “isolato” ed impermeabile rispetto alla esperienza europeo-continentale (ampi cenni verranno fatti al concetto di *american exceptionalism*), ma di sicuro interesse, soprattutto per i profili di “incompiuta realizzazione” e contraddittorietà che caratterizzano l'evoluzione giurisprudenziale della Corte Suprema sulla *proportionality doctrine* nella *eighth amendment litigation*. Certo, non si mancheranno di rilevare eventuali aperture del sistema statunitense rispetto alle istanze provenienti dal quadro sovranazionale o utilizzazioni giurisprudenziali di argomentazioni comparatistiche, sulle quali si veda il denso volume di SULLIVAN E.T. - FRASE R.S., *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Action*, New York, 2009, *passim*, ed anche FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment goals, and the Eighth Amendment: “Proportionality” Relative to What?*, in *Min. L. Rev.*, 2005, 571 ss.

hanno dato vita ad una linea ermeneutica della Consulta definita dalla dottrina, in maniera certamente azzeccata, ora come “pendolarismo”³ ora come “vorrei ma non posso” della Corte⁴, in riferimento alle piccole aperture, eccezioni rispetto ad un perdurante atteggiamento di “oculata pacatezza” costantemente serbato, in giusto ossequio al principio di riserva assoluta di legge vigente in materia penale ex art. 25, c. 2 Cost. e per timore di sconfinare nella intangibile sfera della *political question*, nella quale certamente rientrano i giudizi di meritevolezza e bisogno di pena (*i.e.* la predeterminazione in sede legislativa del *quantum* della risposta sanzionatoria); così, anche riguardo allo scrutinio di legittimità costituzionale sul sistema sanzionatorio nordamericano, soprattutto sui profili *quantitativi* dello stesso (i c.d. *prison duration cases* affrontati dalla Corte Suprema⁵), i risultati, come si vedrà, sono stati da più parti aspramente criticati, giudicandosi, e a ragione, l'approccio della *Supreme Court* in questo settore del tutto *incoherent* e *inconsistent*, come peraltro viene confermato dagli stessi giudici supremi quando, in un importante arresto, riconoscono che le decisioni inerenti alla protezione prevista dall'Ottavo Emendamento, soprattutto con riferimento alla durata delle pene detentive, costituiscono una evoluzione giurisprudenziale che “*has not been a model of clarity*”⁶.

Proprio la indubbia problematicità della tematica che si va ad affrontare, dimostrata esemplificativamente dalle continue oscillazioni interpretative cui si è fatto riferimento, è in grado di alimentare sempre nuovi interrogativi, ai quali, lo si precisa sin d'ora, non è agevole rispondere. La natura *squisitamente politica* della scelta/valutazione sul *quantum* della risposta sanzionatoria da ricollegare alla violazione dei precetti contenuti nelle norme incriminatrici si presta molto difficilmente ad essere “razionalizzata” e riportata entro binari di ragionevolezza e proporzione in *senso* costituzionale, e tale compito spetta certo in primo luogo al legislatore. Quest'ultimo però rimane sempre soggetto alle più

³ RICCARDI G., *Il pendolarismo della Corte Costituzionale nel sindacato di ragionevolezza: a proposito dell'irrazionale, ma ragionevole, disciplina sanzionatoria dell'immigrazione*, in *Crit. del Dir.*, 1, 2007, 48 ss.

⁴ BRUNELLI D., *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può” sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, 181 ss.

⁵ SULLIVAN E.T. - FRASE R.S., *Proportionality Principles*, cit., 134 ss., secondo i quali “*Proportionality principles have been applied, but very poorly defined, in the Supreme Court's cases evaluating lengthy prison sentences*”.

⁶ Secondo un'attenta dottrina d'oltreoceano, quando la Corte Suprema si è trovata a dovere sindacare la legittimità costituzionale dell'*excessiveness* di sanzioni detentive (*imprisonment*), le sue decisioni hanno rispecchiato una “confusione priva di senso” (*meaningless muddle*) e un “disordine concettuale dai fondamenti logici incoerenti” (*a conceptual confusion of incoherent rationales*), v. LEE Y., *The Constitutional Right Against Excessive Punishment*, in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 3, 2005; la stessa Corte Suprema, nella sentenza *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63, 71 (2003), ha ammesso che, nel contesto della *eighth amendment litigation* riferita alle pene detentive, “*cases exhibit a lack of clarity regarding what factors may indicate gross disproportionality*”; v. anche la *concurring opinion* di Justice Kennedy in *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 996, 998 (1991) “*Our proportionality decisions have not been clear or consistent in all respects ... Though our decisions recognize a proportionality principle, its precise contours are unclear*”; v. anche STACY T., *Cleaning Up the Eighth Amendment Mess*, in *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 2005, 475 ss., 477, secondo il quale “*On a number of dimensions far more central to the Clause's core meaning, the Court's work fails to satisfy minimal demands of doctrinal coherence. One would be hard impressed to identify any other area of constitutional law plagued by such confusion at its very roots*”; cfr. DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, Newark, 2009, 49, analizzando le problematiche riguardanti la dosimetria sanzionatoria, sotto il versante delle questioni di *legittimità costituzionale*, afferma “*under what circumstances is disproportional punishment not only unwise or unfair, but also unconstitutional? Few criminal law issues have more sharply divided the United States Supreme Court than this one*”; evidenzia la scarsa chiarezza della giurisprudenza in quest'area anche LEE D.H., *Resuscitating Proportionality in Noncapital Criminal Sentencing*, in *Ariz. St. L.J.*, 2008, 527 ss., nello specifico 534, ove s'afferma “*The story of these six cases is one of jockeying Justices, topsy-turvy results, and sui generis reasoning*”.

varie esigenze e contingenze politiche momentanee; come dimostrano in continuazione gli interventi di riforma, la prima componente di fattispecie da ritoccare (quasi sempre verso l'alto) è quella sanzionatoria, con buona pace dei principi costituzionali, delle esigenze di razionalità “intrasistemica” ordinamentale⁷ e delle garanzie. E' ciò che i cittadini vogliono per sentirsi rassicurati contro la minaccia del crimine; l'aumento di pena è un prodotto *ready-made*, pronto per il consumo, tale da garantire sempre ottime prestazioni sul piano *simbolico*⁸.

Senza volere anticipare il prosieguo della ricerca, il raffronto tra la nostra esperienza di “*limiti costituzionali sostanziali*” alla discrezionalità politica libera del legislatore nella quantificazione e nella strutturazione degli arsenali sanzionatori e quella degli U.S.A. (*substantive constitutional limitations on punishment*), pare corretto in ogni caso sottolineare che taluni esiti paradossali di esasperato rigore sanzionatorio siano stati evitati in Italia, per la loro sostanziale estraneità alla nostra cultura⁹ (come quelli generati dalle famigerate leggi *three strikes and you're out*, emanate in numerosi stati americani a partire

⁷ Riguardo a tale esigenza di razionalità “intrasistemica” (i.e. armonia e coerenza tra fattispecie incriminatrici nella *calibratura* della loro componente sanzionatoria, ritenuta congrua dal legislatore rispetto al *contenuto offensivo* di ciascun tipo criminoso), coltivata nella giurisprudenza costituzionale italiana attraverso la comparazione tra fattispecie nell'ambito dello scrutinio di ragionevolezza-eguaglianza sui compassi edittali, sarà ovviamente necessario, nel prosieguo del lavoro, procedere ad una netta differenziazione tra l'esperienza italiana e quella statunitense, in cui coesistono 50 ordinamenti e sistemi penali diversi. La direttrice della comparazione tra vari reati relativamente alla quantificazione sanzionatoria attraverso l'elaborazione di *criteri comparativi* viene comunque perseguita con decisione anche dalla giurisprudenza della Corte Suprema Federale e di alcune Corti Supreme Statali, come si vedrà dettagliatamente. Ad ogni modo, deve essere tenuto sempre ben presente, come acutamente osservava già tempo addietro un attento studioso, per primo dedicatosi all'analisi della questione in esame, che “*il riferimento operato all'VIII emendamento, operato dalla giurisprudenza statunitense, suggerisce che la fondamentale esigenza sottostante al controllo sulla entità delle pene non è la “razionalità del sistema”, ma la salvaguardia dei diritti individuali*”, v. PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 726 ss., 758.

⁸ Al proposito risuonano in maniera chiara e potente le recenti parole di un illustre studioso del diritto penale, secondo il quale “*Ancora più esposta a pulsioni irrazionali e a strumentalizzazioni politiche è la sfera delle risposte al reato. L'immagine del diavolo, ancorché onestamente 'loico', ci richiama all'aspetto maligno del problema penale: la pena, di per sé, è un male: malum passionis quod infligitur propter malum actionis. La ragione aspira a governare anche questo versante: la teoria della pena avrebbe il compito di dare forma razionale agli scopi e ai criteri del punire, rendendoli controllabili dalla ragione discorsiva, non diversamente da come la teoria del reato svolge il suo discorso razionale attorno ai presupposti della responsabilità. Sul versante della pena, però, l'impegno di razionalità va incontro a ben maggiori ostacoli. La bilancia della giustizia dovrebbe pesare la pena secondo criteri aventi pretesa, per l'appunto, di correttezza o giustizia, in qualche senso del termine. Essa dispone di scale di gravità sia dei reati che delle pene; ma come correlare i due aspetti? Le idee regolative che stanno alla base delle teorie sulla pena (giusta retribuzione, razionalità preventiva) sono ben lungi dall'offrire soluzioni univoche, e di fatto vengono invocate a fondamento di scelte normative e di pratiche punitive le più diverse, tramite il riferimento a diverse concezioni di giustizia, a valutazioni diverse sulla gravità dei reati (sia in astratto, per tipi di reato, sia in concreto, relativamente a fatti specifici) e a valutazioni diverse sulla congruità delle pene, vuoi quanto a giustizia, vuoi (nell'ottica della prevenzione) quanto a prognosi sugli effetti, per loro natura opinabili e incerte. Bisogni di sicurezza, resi acuti dall'esplosione (o dalla mera percezione soggettiva) di questa o quest'altra emergenza criminale, troppo facilmente si traducono in bisogni di punizione, istintivi o sollecitati. Sul versante delle pene – la spada della giustizia – il sistema penale mostra il suo volto oscuro, meno razionale e meno razionalizzabile. I cataloghi delle pene, i livelli di gravità, le modalità applicative variano grandemente; la costruzione dei modelli punitivi è rimessa, non solo nei dettagli ma nelle stesse strutture di fondo, a scelte dei legislatori ed ai fattori, spesso tutt'altro che razionali, da cui quelle scelte sono influenzate*”, PULITANÒ D., *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 22-24; v. anche analogamente, dello stesso Autore, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1613 ss. e in particolare sul punto 1625-1626.

⁹ Una accurata indagine di stampo storico-sociologico avente ad oggetto le origini e le spiegazioni della assai maggiore severità del sistema punitivo statunitense rispetto a due modelli europeo-continentali (Francia e Germania) in WHITMAN J.Q., *Harsh Justice. Criminal punishment and the widening divide between America and Europe*, New York, 2003; v. anche DUBBER M.-HÖRNLE T., *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford, 2014, 57, i quali legittimamente si domandano, nel procedere all'analisi comparata della tematica “costituzionale-penale” della proporzionalità della pena nell'ordinamento statunitense ed in quello tedesco: “*Is U.S. criminal punishment so harsh, and the severity discrepancy between U.S. and German criminal punishment so stark, that comparing one with the other amounts to comparing apples with oranges?*”.

dagli anni novanta per perseguire la neutralizzazione/incapacitazione dei recidivi considerati pericolosi, attraverso la loro progressiva esclusione dalla società, o dalle *mandatory minimum sentences*¹⁰).

Una precisazione: nel corso del lavoro si svilupperanno ragionamenti intorno a pronunce della *Supreme Court* relative a dosaggi sanzionatori (precipuamente *life imprisonment sentences* emesse in forza di *recidivist statutes* nei confronti di soggetti ritenuti responsabili di reati di scarsa gravità) che potrebbero apparire quasi inverosimili nella loro severità, ma che, nel panorama statunitense, per un insieme di ragioni storiche, sociologiche e politiche, che non è possibile approfondire in questa sede, costituiscono (quasi) la normalità¹¹.

Concludendo questa breve premessa allo studio, ciò che si è inteso portare all'attenzione del lettore è l'evoluzione ermeneutica del *metodo d'analisi di legittimità costituzionale* e del *linguaggio* della giurisprudenza costituzionale nell'ambito del sindacato sulla misura della sanzione penale in due ordinamenti particolarmente distanti, anche a livello di presupposti normativi, i quali però, in definitiva, sembrano convergere su alcuni, non secondari, aspetti problematici (*in primis* l'incompiutezza e la contraddittorietà nello sviluppo di *standard* efficaci di scrutinio di costituzionalità, e forse una eccessiva deferenza nei confronti del legislatore, alla luce degli esiti dei controlli di legittimità sviluppati in altri settori dell'ordinamento, penale e non, sia in Italia che negli U.S.A.).

Vorrei da ultimo segnalare, anche al fine di spiegare anticipatamente alcuni sicuri difetti di “disorganicità” ed incompletezza della ricerca, che i contributi sullo specifico tema della comparazione tra controllo di legittimità costituzionale sulla entità della pena negli U.S.A. ed in Italia nel panorama giuspenalistico italiano, seppur presenti e di indubbia qualità¹², non sono numerosissimi; il più delle volte si tratta di

¹⁰ In tema si vedano gli approfonditi studi di DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, 833 ss. e GRANDE E., *Il terzo strike. La prigione in america*, Palermo, 2007. La prima A. citata, nell'ambito della sua penetrante analisi, condotta soprattutto in prospettiva penitenziario-criminologica, fa un fugace riferimento ai profili che maggiormente interessano in questa sede, ossia le questioni di costituzionalità della *three strikes law* californiana. Ecco, proprio sulle ragioni storico-politiche che hanno portato alla sostanziale “sterilizzazione” del sindacato di costituzionalità sulla misura delle pene della *Supreme Court* federale, e sulle possibili vie d'uscita da tale situazione (ad es. apertura ad un uso giurisprudenziale della comparazione più incisivo da parte della Corte Suprema, oppure adozione di criteri di verifica di legittimità costituzionale dei *prison terms* più incisivi, mutuandoli dalla giurisprudenza delle corti statali, se e dove essi vengano utilizzati; impiego di standard di *constitutional review* più solidamente strutturati) si incentra gran parte dello studio comparatistico che si intende portare avanti, privilegiando dunque la dimensione costituzionale (*rectius*, di interpretazione costituzionale dell'VIII emendamento quale limite sostanziale alla quantificazione delle pene detentive dei *sentencing statutes* statali e federali) della problematica in esame, piuttosto che quella *stricto sensu* “penologica”.

¹¹ Sulla fiducia nutrita dal popolo statunitense nell'utilità di pene particolarmente severe in funzione deterrente, si vedano le interessanti osservazioni di PRIZZI W.T., *Una tempesta perfetta: la discrezionalità del prosecutor negli Stati Uniti d'America*, in *Arch. Pen.*, 2012, 2, 553 ss.

¹² Il riferimento, per una specifica tematizzazione in chiave comparatistica del controllo di costituzionalità sulla dosimetria editale della pena nella realtà italiana ed in quella statunitense, è ai seguenti contributi PAPA M., *op. cit.*, 727 ss.; CORBETTA S., *La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1, 134 ss.; ROSSI S., *Il principio di ragionevolezza, in relazione al quadro sanzionatorio, nel sindacato di legittimità costituzionale: rinnovati spunti in chiave comparatistica*, in *Ind. pen.*, 2012, 2, 483 ss. Cenni generali ai profili costituzionali dell'Ottavo Emendamento della Costituzione Federale, riguardo alla *excessive fines clause*, nel contesto di un'ampia e penetrante indagine comparatistica focalizzata sull'istituto della pena pecuniaria, in GOISIS L., *La pena pecuniaria un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008, in particolare 347 ss. Per puntuali riferimenti all'esperienza di *constitutional review on punishment* statunitense, nel quadro di una profonda riflessione storico-filosofica sull'ideale di proporzione nell'ordinamento italiano ed europeo-continentale, v. CATERINI M., *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giust. pen.*, 2012, 2, 91 ss., ora anche in *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso*

spunti nel contesto di una più articolata disamina dello scenario interno o della analisi di altre realtà ordinamentali nazionali o sovranazionali. Ciò ha indubbiamente reso più complesso, ma allo stesso tempo più affascinante, il tentativo di approfondimento della questione sviluppato nel presente lavoro, che tuttavia non sarebbe stato possibile senza i predetti preziosissimi contributi.

Sorrentino, GALLO M. (raccolti sotto la direzione di) AMISANO M. – CATERINI M. (a cura di), Napoli, 2012, 49 ss., 60 nt. 34; v. anche, BELFIORE E.R., *Giurisprudenze costituzionali e "diritto penale europeo"*, in PALIERO C.E. - DOLCINI E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo I, 23 ss., 40-41, e nt. 46, ove richiama alcune importanti decisioni della *Supreme Court* federale sulla *excessiveness* delle sanzioni penali. L'Autore ben evidenzia, sviluppando alcune considerazioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale, del *BverfG* e della Corte Suprema statunitense un dato molto significativo, nonché uno dei motivi principali che ha dato impulso al presente lavoro (quantomeno riguardo alle *prima facie* insospettabili e sorprendenti convergenze tra gli approdi giurisprudenziali della Consulta e della Corte Suprema statunitense) "*Singolare è anche la coincidenza dell'esito ermeneutico degli interventi delle Corti, nonostante la profonda diversità degli iter argomentativi utilizzati*"; dello stesso Autore, per un'interessante disamina dei profili problematici affrontati dalla giurisprudenza costituzionale statunitense in materia di misura della pena, v. *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., 19-52, in particolare 47, nt. 88; nello stesso senso, pur ragionando in termini più generali di giudizi di ragionevolezza sulle leggi e non specificamente sull'entità delle pene, nota una convergenza delle soluzioni, nonostante la diversità delle metodologie argomentative impiegate, CERRIA., *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 136.

Il problema della proporzione nella predeterminazione legale della risposta sanzionatoria nella giurisprudenza costituzionale italiana

Sebbene siano state varie ed autorevoli le voci nella giuspenalistica italiana ad analizzare il problema della predeterminazione legislativa della quantità e della qualità della pena, pertinente alla *scienza della legislazione*¹³, soprattutto in tempi recenti, i contributi scientifici riguardanti i criteri di commisurazione giudiziale della sanzione restano ancora di gran lunga più numerosi nel panorama scientifico¹⁴.

¹³ Si appunta con forza su tale aspetto un recente, denso saggio, DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1162 ss. In particolare v. 1194-1195, laddove l'A., svolgendo alcune condivisibili considerazioni sulla limitata giustiziabilità del canone politico-criminale dell'*ultima ratio*, afferma "Sulle premesse conoscitive dell'opzione penale, che rimane in sé attratta in una valutazione politica quanto al momento decisivo, non vi è, nondimeno, un vuoto scientifico o di conoscenze obiettive: infatti a più riprese si sono sviluppate le linee di una scienza della legislazione, che non è scienza normativa, ma scienza della posizione delle norme, costruita dunque, su basi comparatistiche, anche con saperi empirici e conoscenze eziologiche, quali premesse critiche delle scelte di valore a livello legislativo (corsi dell'Autore)". V. l'ampia bibliografia citata alla nota 66, ove l'A. richiama il consistente indirizzo di "scienza della legislazione" sviluppatosi nel secondo Novecento nella letteratura italiana, differenziandolo rispetto ad altre correnti, propriamente dogmatiche e/o di prospettiva di riforma.

¹⁴ Si fa riferimento in particolare all'approfondita indagine storico-filosofica di FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 396 ss. e all'indimenticato studio di PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 2, 423 ss. e 437 ss. Ampi cenni alle problematiche inerenti alla comminatoria editale di pena in MANNOZZI G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena: il just desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, 1996, 22 ss., la quale include il "dosaggio delle comminatorie" tra le problematiche fondamentali affrontate dalla dottrina penalistica nella prospettiva di una riforma "globale" del sistema sanzionatorio.

Più di recente, un'accurata indagine su principio di proporzione e cornici editali, sviluppata attraverso la disamina dei contributi scientifici più significativi nell'ambito nazionale e non, e lo studio delle proposte di riforma succedutesi nelle varie Commissioni di riforma, è stata condotta da PONGILUPPI C., *Le cornici editali al banco di prova di un sistema penale differenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 947 ss. In direzione analoga, si veda MELCHIONDA A., *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici editali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. "classi di pena"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1292 ss.

Per quanto concerne la fase della commisurazione in concreto della pena, ci si limita a ricordare solo alcuni contributi fondamentali: BELLAVISTA G., *Il potere discrezionale nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ristampa in *Il Tommaso Natale*, 1975; BETTIOL G., *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 109 ss.; BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 73 ss. e 323 ss.; DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979; PAGLIARO A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 25 ss.; MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982. Di recente, sul tema, si veda la ricca opera monografica di CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, Padova, 2009, 259 ss. L'A., nel contesto di un'ampia e penetrante indagine storico-dogmatica sulla discrezionalità nella commisurazione giudiziale della pena, non manca di sviluppare alcune interessanti osservazioni sul principio di proporzionalità della pena in ottica storico-filosofica "Il principio di proporzionalità, espresso dal ditteo "poena debet commensurari delicto" e risalente all'antichità greca classica, subisce, nel periodo illuministico, un destino singolare e contraddittorio: da un canto, attraverso la battaglia condotta contro la disumanità delle pene conosciute nelle epoche anteriori, viene sviluppato un "progetto calcolatorio" delle sanzioni idoneo a sorreggere il presupposto tecnico della proporzionalità, prima non realizzabile a causa della indivisibilità delle pene crudeli (le vecchie pene del taglione, da quelle corporali a quella capitale) e della conseguente impossibilità di graduazione e commisurazione; da un altro canto, si porta a maturazione il percorso general-prevenzionistico del diritto penale dello scopo e dell'utilità sociale, con l'affermazione che l'unica ragione del punire – sia dal lato della minaccia di pena, sia da quello dell'effettività sanzionatoria – consiste nel neutralizzare la possibile criminogenesi. Non si può omettere di sottolineare, tuttavia, come proprio il principio di proporzionalità tra reato e pena, pur con tutte le difficoltà commisurative ad esso implicite, avrebbe storicamente caratterizzato l'esperienza penalistica pre- e post-unitaria: da quella del codice penale toscano del 1853 (unitamente al Codice Parmense e al Regolamento Romano), a quella del codice Zanardelli del 1889 e del codice Rocco del 1930. Per quanto concerne il codice penale toscano del 1853, definito "uno dei più luminosi monumenti legislativi non solo d'Italia, ma d'Europa", si è osservato che "la proporzione appare non solo auspicata, ma perseguita e in non piccola misura attuata": l'art. 63 prevedeva che quando "è minacciata al caso una pena relativamente determinata, i tribunali devono decretarla più grave, o più mite, entro i suoi limiti legali, secondo le circostanze del fatto, e specialmente secondo il danno e il pericolo del fatto medesimo, e secondo la malvagità e la forza della volontà

Ciò appare difficilmente giustificabile, se solo si considera, unitamente alla dottrina, che “*il livello quantitativo della comminatoria edittale assume uno specifico interesse nell'analisi della parte speciale, perché essa fonda e costituisce, da un lato, la “gerarchia” materiale dei valori penalmente protetti e, dall'altro, la “gerarchia” delle forme di tutela di uno stesso interesse, in rapporto alle diverse modalità di aggressione*”¹⁵.

E' stato posto in evidenza che il principio di proporzionalità in ambito penale¹⁶ presenta una natura intrinsecamente *relativa* o, meglio dire, *relazionale*, soprattutto quando si considera la opportunità di sindacare le scelte effettuate dal legislatore relativamente alla comminatoria di pena, sotto il profilo della legittimità costituzionale. E' in questo momento, quando debbono essere vagliate le quantificazioni sanzionatorie in un'ottica intra-sistemica (*i.e.* con un giudizio di legittimazione interna al sistema), che emerge con più forza il nesso inscindibile (definito da dottrina giuspubblicistica *genetico*¹⁷) tra

*dell'agente”. Il codice Zanardelli del 1889, poi, pur fondato sulle escursioni edittali di pena per i singoli titoli criminosi, non contemplava alcuna disposizione in ordine ai criteri ai quali il giudice si sarebbe dovuto ispirare nell'irrogazione della pena, situazione già colta da chi notava che “la legge lascia al giudice certa larghezza di estensione del suo potere, fermando per ogni pena un massimo e un minimo, e talvolta consentendo al giudice la facoltà di scegliere tra diverse pene”. Ma l'assoluta mancanza di qualsiasi disposizione volta a suggerire i criteri per il governo razionale del potere del giudice, lungi dall'aver mai impedito l'attività commisurativa, trovava una compensazione operativamente efficace proprio nel concetto di “proporzione” della pena al reato: “la proporzione penale si attua per opera della legge, del giudice e della amministrazione”, e di essa “conosciamo non soltanto il principio, ma il modo, in quanto è della determinazione astratta della pena, per sé e al fatto singolo, e anche della determinazione concreta generica, o applicazione della pena in generale”. Il giudice doveva adattare “il fatto di reazione al fatto di azione”, poiché la commisurazione sarebbe spettata all'organo giudicante, “che avvicina la legge all'uomo relativamente a un “fatto compiuto”; non al carceriere che semplicemente ha in custodia “l'uomo”. Infine il Codice Rocco del 1930 avrebbe perseguito ancor maggiormente il criterio di proporzione tra reato e pena, ciò risultando scolpito sia nei Lavori Preparatori del Progetto di Codice, sia nel più conosciuto Trattato sistematico sulla codificazione del 1930. In particolare, nella Relazione sul Progetto del codice, il Guardasigilli rimandava espressamente al concetto di proporzione: “Che il legislatore non possa né debba abdicare al suo compito di fissare la specie e la quantità della pena in correlazione all'indole e alla gravità del reato, obiettivamente considerato è uno dei postulati della scienza [...] Ma [...] deve d'altra parte riconoscersi che il conflitto con l'ordine giuridico, in cui si pone l'autore del reato, e che è fondamento e limite a un tempo della repressione, non possa convenientemente essere risolto, guardando alla materialità dell'offesa cagionata al bene penalmente protetto. Tenere conto dell'episodio criminoso, nelle contingenti sue varietà; accentuare l'importanza degli elementi psicologici ed etici nel giudizio circa la gravità dell'illecito penale, vale quanto elevare la funzione repressiva, renderla più flessibile ed efficace, disporre mezzi più perfetti di accertamento dei veri termini del contrasto tra l'azione umana violatrice della norma penale e le leggi della società in cui il delinquente vive, insomma meglio realizzare il principio di proporzione tra la pena e il reato”. Tramite questo breve excursus storico, l'A. evidenzia efficacemente l'alto grado di approfondimento del rapporto di proporzione tra reato e pena che ha sempre contraddistinto la nostra cultura penalistica, fin dall'emanazione del codice penale toscano del 1853. Sulla intrinseca e sempre drammaticamente problematica correlazione tra i due piani della commisurazione giudiziale della pena e la sua predeterminazione in sede di comminatoria edittale, con la consueta lucidità, PULITANÒ D., *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 54, secondo il quale “La ‘giustizia’ della commisurazione della pena dipende però non solo dai criteri di commisurazione, ma innanzi tutto dal sistema delle pene edittali, la cui giustizia è sempre discutibile”.*

¹⁵ PADOVANI T. - STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, 117.

¹⁶ Si utilizzeranno, nel corso del lavoro, tendenzialmente i termini *principio di proporzionalità* o *proporzione* in maniera interscambiabile e con il medesimo significato (in riferimento alla *misura della pena detentiva*), pur essendo consapevoli della molteplicità di sfumature che sono state attribuite a tali concetti nelle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali, che saranno via via riprese ed analizzate.

¹⁷ In tal senso si veda il primo capitolo del lavoro di COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, intitolato emblematicamente *Proporzionalità come categoria di teoria generale. Il legame genetico fra uguaglianza e proporzione*, specialmente 50, laddove l'autore si sofferma con decisione su tale nesso “*Si conferma dunque come la proporzione costituisca una categoria astratta per eccellenza, coinvolgendo il rapporto uguaglianza-differenziazione in ragione dei criteri prescelti a monte, la cui selezione si fonda non tanto su considerazioni logiche ed analitiche, quanto invece su quel nucleo di irrazionalità e di istintività da cui si sviluppa la coscienza umana con le sue scale e con i suoi complessi sistemi di valori e dei suoi equilibri relazionali. Come in ogni altra disciplina, nella scienza giuridica la proporzione stessa costituisce metodo imprescindibile di dosaggio e distribuzione – a livello legislativo, giurisdizionale e*

uguaglianza e proporzione¹⁸.

Prima di procedere all'esame delle pronunce della Corte costituzionale e degli orientamenti dottrinali italiani che hanno definito con maggiore efficacia contenuti e significati del principio costituzionale di

amministrativo – dell'uguaglianza nella valutazione dei presupposti applicativi di regole astratte ai soggetti destinatari". Nell'affascinante indagine, l'A., ispirandosi al metodo della proporzione come *categoria generale del diritto*, procede alla tematizzazione del principio riferendosi a più riprese alla materia penale-sanzionatoria in chiave storico-filosofica. Viene richiamato infatti il principio di *rigida proporzione materiale* di pura matrice retributiva, definito dall'A. "*proporzione applicata con spietata simmetria*", risalente al *codice babilonese di Hammurabi*, che adottava la *lex talionis*, corrispondente alla concezione mosaica della giustizia. Brevi cenni anche alla contrapposta concezione illuministica della proporzionalità della pena elaborata da Cesare Beccaria. V. COGNETTI S., *op. cit.*, 47. Non vengono omessi sintetici ma significativi richiami alla proporzionalità della pena nella giurisprudenza costituzionale contemporanea, in relazione all'uguaglianza di trattamento (il riferimento dell'A. è alle problematiche sollevate dal d.l. n. 172/2008, che all'art. 6 prevede il reato di abbandono di rifiuti pericolosi punito con la reclusione fino a tre anni e sei mesi limitatamente al territorio della Campania, interrogandosi se la differenziazione di trattamento basata sulla particolare situazione di emergenza territoriale rimanga entro i confini della legittimità costituzionale). Infine l'A. richiama brevemente le questioni di proporzione inerenti alla scriminante della legittima difesa ed all'applicazione delle misure cautelari personali nel processo penale. V., rispettivamente, COGNETTI S., *op. cit.*, 60, nt. 106; 60-61, nt. 107-108; 62, nt. 109.

¹⁸ Sotto questo punto di vista Luigi Ferrajoli, riprendendo il pensiero di Rudolph Von Jhering, secondo cui "*La tariffa della pena misura i valori dei beni sociali*", il c.d. *tariffario delle pene*, che segnala la scala dei valori storicamente determinata in una data società, oltre al suo grado di autoritarismo, di tolleranza e di umanità, afferma "*Benché sia impossibile misurare la gravità di un reato singolarmente preso, è pertanto possibile, in base al principio di proporzionalità, affermare che da punto di vista interno, se due reati sono puniti con la medesima pena essi sono ritenuti dal legislatore di uguale gravità, mentre se la pena prevista per un reato è più severa di quella prevista per un altro, il primo reato è ritenuto più grave del secondo. Ne consegue che se dal punto di vista esterno due reati non sono ritenuti di uguale gravità o l'uno è ritenuto meno grave dell'altro, è contrario al principio di proporzionalità che essi siano puniti con la medesima pena o peggio il primo con una pena più elevata. In tutti i casi il principio di proporzionalità equivale al principio di uguaglianza in materia penale*", *Diritto e ragione*, cit., 399-400; v. anche INSOLERA G., "*La tematica tradizionale della commisurazione della pena al delitto, della "scala penale", non può infatti essere affrontata in termini assoluti, implicando necessariamente rapporti intra-sistematici e di congruità relativa che attraversano tutti i comotati di un diritto penale coerente con la Costituzione. Dall'assetto gerarchico dei beni, alla dimensione dell'offesa, al grado della sua realizzazione, in termini di pericolo o di danno, alla colpevolezza*", in *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012, 394 ss., 424; v. altresì, per un'esemplificazione della natura *relativa* della proporzione e del suo indissolubile legame con la uguaglianza-ragionevolezza, quando si parla di giustiziabilità, DONINI M., *op. cit.*, 1193, "*Le norme di diritto sanzionatorio, peraltro, una volta entrate nel circuito della penalità, sottostanno di nuovo, in quanto norme giuridiche, a vincoli relativi che attengono al sistema normativo di riferimento, e sono perciò pienamente giustiziabili in termini di legalità, tassatività, proporzione e ragionevolezza, finalità rieducativa, tutela adeguata delle vittime etc. Esempio. In un sistema con la pena di morte per il furto, l'omicidio, la corruzione e il contrabbando di autoveicoli, i raffronti di "eguaglianza" e "ragionevolezza" saranno/sarebbero molto diversi, così fondando (la pretesa di) una valutazione di "razionalità" punitiva interna al sistema differente da quella propria di ordinamenti dove non ci sono quelle scelte punitive. Questa differenza è scolpita puntualmente nella giurisprudenza costituzionale che consente un sindacato sulle pene là dove sussista un tertium comparationis: la presenza del tertium comparationis è esattamente il requisito tecnico che consente la giustiziabilità. C'è quindi un livello di "scientificità relativa", interna al sistema vigente, di tipo "ordinale" od orizzontale, e un livello di politicità piena, che riguarda il punto di vista ancora esterno, cioè l'opzione penale in sé e anche il suo livello verticale, cardinale, di grandezza, del massimo sanzionatorio". Lo stesso A. sottolinea il profilo relativistico del principio di proporzione, attribuendo una imprescindibile selezione preliminare all'offensività del fatto, in DONINI M., *Prospettive europee del principio di offensività*, in AA. VV., CADOPPI A. (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, 109 ss. e 124 ss.*

Analogamente, di recente, si veda l'attento studio giurisprudenziale di DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 394-395, laddove si legge "*Determinare il trattamento sanzionatorio di un reato in astratto significa ridurre a un comune denominatore situazioni diverse fra loro e graduare, secondo una ragionevole congruità, il quantum di pena rispetto alla gravità dell'offesa tipica, non solo stabilendo una giusta retribuzione per il male commesso, ma dando anche rilievo a elementi di uguaglianza e differenza rispetto a fatti di reato simili che fanno risultare l'offesa più grave o più lieve. Uguaglianza e proporzione racchiudono, dunque, i parametri, validi anche per il diritto penale, attraverso i quali è possibile giudicare la ragionevolezza di una scelta politica incidente su un diritto individuale di libertà, dal punto di vista della giustificazione della disparità di trattamento nella libertà da esso sancita, e dal punto di vista della misura del sacrificio imposto alla libertà medesima. Virtù ordinatrici di qualunque idea di giustizia, uguaglianza e proporzione costituiscono criteri che orientano, entro le ragioni della democrazia liberale, la composizione della tensione tra uguaglianza e libertà, quali presupposti della convivenza fra tutti fissati nel pactum societatis, nell'istituzione e nella continua ricostituzione delle condizioni di base di equilibri possibili fra le parti (giustizia commutativa) e fra il tutto e le parti (giustizia distributiva). In questo senso il binomio uguaglianza-proporzione può essere visto come matrice dei classici principi "materiali" del diritto penale, e questi non più come criteri da relegare nel limbo delle mere direttive politico-criminali, bensì come criteri generali di razionalità positivizzati in Costituzione, giustiziabili nell'ambito e nei limiti del giudizio di costituzionalità ex art. 3 Cost.*"

proporzione della pena, si rende necessaria una premessa, sullo “*stato di salute*” attuale dello stesso nel nostro ordinamento.

Al riguardo non possono che condividersi le parole, espresse ormai una decina di anni fa, da una attenta dottrina, che si è occupata da vicino di questa tematica¹⁹.

Dopo avere denunciato le alterne fortune del principio di proporzione nei tracciati della giurisprudenza costituzionale sul trattamento sanzionatorio penale, definendoli come “*atteggiamento ondivago*” della Corte, l'Autore afferma, non senza una punta di disillusione, che “*In assenza di criteri più specifici che orientino e specifichino le sue prestazioni, in effetti, non possono destare stupore le incertezze che caratterizzano il cammino “esistenziale” di questo principio specie in materia penale, e che lo hanno di fatto condannato ad uno scomodo “limbo concettuale”: l'impressione, peraltro, è che – dopo essere stato al centro di importanti studi, e di significativi esperimenti di politica del diritto – il principio di proporzione abbia registrato, almeno in seno alla nostra dottrina, un sensibile “calo di attenzione”, e, forse, un certo disincanto, che lo ha allontanato dalle premesse costituzionali che, forse, gli avrebbero consentito di affermare le proprie istanze di idoneità, necessità ed adeguatezza anche in relazione alle specifiche esigenze di bilanciamento innescate dalla massima opzione punitiva (e/o alle specifiche “pretese di rispetto” dei diritti fondamentali da questa compromessi). Premesse senza le quali, d'altronde, sembra destinato a deprimere le sue potenzialità, ed a restare fondamentalmente agnostico e sostanzialmente Wertneutral, almeno finché non si affianchi ad un criterio assiologico che gli consenta di avanzare precipue scelte di campo qualitative (e non meramente quantitative) sui diritti/valori fondamentali che legittimano la compressione di altri valori fondamentali, e di verificare, quindi, se il sacrificio sia imposto nella misura strettamente necessaria; un criterio che gli garantisca prestazioni più rigorose nella selezione dell'area di meritevolezza di pena, permettendogli di pronunciarsi sul cosa punire, e non semplicemente sul quanto punire.”*

Tali considerazioni sono uno stimolante punto di partenza per questa indagine, che si propone di analizzare i motivi di una “*mancata realizzazione*” dell'istanza di proporzionalità tra reato e pena nella dimensione costituzionale, nella prospettiva comparatistica scelta, in due sistemi giuridico-costituzionali pure molto diversi fra loro²⁰.

In questo primo capitolo dello studio ci si impegnerà dunque in una sintetica ricostruzione del percorso storico-evolutivo del sindacato di ragionevolezza-proporzione della Corte costituzionale sulla dosimetria edittale della sanzione detentiva.

A tal fine verrà applicata, nei limiti del possibile, la metodologia d'analisi (di stampo *casistico-*

¹⁹ MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 738 ss. In particolare v. 761-762.

²⁰ Il “*limbo concettuale*” in cui è rimasto “intrappolato” il principio di proporzione nel contesto nazionale, cui fa riferimento l'A., si vedrà, può ben attagliarsi anche alla diversa realtà statunitense, in cui molti studiosi si auspicano una maggiore (e, soprattutto, più *coerente*) implementazione della *proportionality doctrine* nella giurisprudenza costituzionale sulle entità delle pene detentive, come dimostra il profluvio di contributi su questa specifica materia, che verranno analizzati dettagliatamente *infra*.

giurisprudenziale)²¹ impiegata nello studio della giurisprudenza costituzionale statunitense, sviluppato nel capitolo successivo dell'indagine.

Pertanto, l'attenzione si concentrerà soprattutto sulle decisioni della Corte e sui moduli argomentativi delle stesse, valutandone lo sviluppo a partire dalla prime prese di posizioni negli anni settanta, fino ai giorni nostri.

In termini generali si potrà constatare come il canone della eguaglianza-ragionevolezza, coniugandosi di volta in volta con vari principi costituzionali in materia penale (principio di offensività, principio della “tendenziale” finalità rieducativa della sanzione, principio di “stretta legalità”, principio di colpevolezza), abbia consentito alla Corte di esercitare il suo controllo di legittimità sulle cornici edittali.

Ovviamente non sarà trascurata la copiosa elaborazione scientifica sviluppatasi in relazione a tali prese di posizione.

Prima di entrare *in medias res* – nelle pieghe delle oscillazioni interpretative della Corte e delle diversificate reazioni espresse in letteratura nel corso di circa quaranta anni²², su un tema particolarmente delicato, crocevia di precari equilibri politico-istituzionali e con vaste implicazioni “penologiche” e filosofiche – occorre fare alcune importanti precisazioni, o forse meglio dire dare alcune “istruzioni per l'uso”, che si ritiene possano rivelarsi utili al lettore per comprendere meglio le scelte nell'economia strutturale complessiva dell'elaborato e delle sue partizioni interne.

Anzitutto, la trattazione dell'esperienza domestica sui controlli di legittimità costituzionale sul *quantum* di pena verrà contenuta in uno spazio significativamente più ridotto rispetto a quello dedicato alla speculare analisi dello sviluppo giurisprudenziale della *Supreme Court*.

Ciò per svariati ordini di motivi.

Nel nostro contesto il rapporto tra legislatore e Giudice delle leggi è sempre stato caratterizzato da una “*tensione di fondo*”, confermata dall'atteggiamento ondivago espresso dal percorso della giurisprudenza costituzionale.

Vi sono state, in vero, alcune pronunce “eccentriche”, ed in un certo senso coraggiose, degli anni ottanta e novanta, in cui la Corte si è spinta a sindacare la quantificazione sanzionatoria “astratta” in maniera penetrante, fino quasi ad invadere il merito politico²³ (seppur sempre prestando, almeno formalmente,

²¹ Tale approccio potrebbe forse meglio adattarsi alle stesse caratteristiche dell'evoluzione giurisprudenziale italiana sul punto, che, come si è giustamente osservato, “*non sembra riconducibile ad una vera e propria matrice unitaria, essendo piuttosto dettata 'caso per caso' da contingenze e fattori comunque esterni al sistema normativo considerato, quali il sopravvenire di un carente o diminuito disvalore sociale dell'illecito o palesi e macroscopiche differenziazioni nella punizione di medesime condotte afferenti a testi normativi diversi, come possono essere considerati, ad esempio, il codice penale militare di pace e il codice penale*”. Così BAILOF, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 43.

²² Indicativamente il lasso temporale cui si fa riferimento va dalla prima “apertura” della Consulta ad un controllo di legittimità sulla misura della comminatoria edittale, in forza del principio di eguaglianza-ragionevolezza ex art. 3, c.1, Cost., nella sentenza di accoglimento n. 218/1974, fino all'ultima decisione che sarà presa in considerazione, l'importante sentenza n. 68/2012, che è andata ad incidere sul draconiano trattamento sanzionatorio previsto per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione previsto dall'art. 630 c.p.

²³ Per tutte si veda la notissima sentenza n. 341/1994, con cui è stata dichiarato costituzionalmente illegittimo, perché eccessivo, il minimo edittale di sei mesi di reclusione per il reato di oltraggio a p.u., che era previsto dall'art. 341 c.p.

ossequio alla schema trilaterale del giudizio di eguaglianza formale). La Corte, tuttavia, nel corso degli ultimi due decenni, sembra essere ritornata stabilmente su binari più cauti, di *self-restraint*, rispettando le scelte “quantitative” effettuate del legislatore.

In letteratura già si sono individuati problematiche, limiti di giustiziabilità e potenzialità dello scrutinio di ragionevolezza-proporzione sulla comminatoria di pena²⁴. Ciò mi consente di limitare la disamina ad una concisa ricognizione, in chiave critica, delle argomentazioni e dei principi-canoni impiegati nel attività di controllo, funzionale alla comparazione con la parallela vicenda statunitense²⁵.

Si è così preferito dedicare maggiore spazio e più consistenti risorse allo studio del contesto nordamericano: l’analisi della *constitutional review of excessive penalties* e della *non-capital proportionality doctrine* in base all'Ottavo Em., alla luce della sua complessità e del suo radicamento esclusivo nel contesto penale e costituzionale statunitense, ha richiesto necessariamente un maggiore sforzo, tanto sul versante del preliminare inquadramento storico, quanto su quello della precisa “contestualizzazione” nel più ampio scenario costituzionale nordamericano, caratterizzato da profonde differenze rispetto a quello italiano.

Come si vedrà, in riferimento a quella esperienza, si è optato per dare conto introduttivamente dell’origine della clausola che vieta le sanzioni penali crudeli ed inconsuete, tramite una breve analisi storica, necessaria alla comprensione dello studio giurisprudenziale successivo sulla *proportionality*

²⁴ In questa direzione si esprime ad es. INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza*, cit., 423, evidenziando il perdurante *self-restraint* della Corte espresso nelle decisioni nn. 22/2007 e 236/2008 in materia di diritto penale-sanzionatorio dell’immigrazione; in senso analogo, sottolinea le problematiche irrisolte inerenti al sindacato di proporzione sulla pena, MANES V., (voce) *Principio di proporzionalità*, cit., 104 ss., il quale, riferendosi al principio di proporzionalità, afferma che “il rapporto di filiazione diretta con il principio di eguaglianza lo vuole ancora rigorosamente vincolato al relativo schema triadico centrato su un precipuo tertium comparationis, in assenza del quale la (pur evidente) sproporzione appare destinata a sottrarsi al controllo della Corte”. Nonostante sia stata raggiunta, come detto, una sostanziale uniformità di vedute in letteratura circa lo “stato dell’arte” (i.e. limiti di giustiziabilità costituzionale del principio di proporzionalità della pena solamente dei nei confini dello schema triadico del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza) nell’ambito eletto ad oggetto principale di indagine, va nondimeno sottolineato che le delicate problematiche ad esso sottese conservano sempre una perdurante vitalità, anche a causa dell’inerzia (o dell’eccessivo zelo repressivo) del legislatore in sede di riforma e della scarsa qualità media della produzione normativa, che contribuiscono ad aggravare dissimmetrie, irrazionalità ed eccessi nel sistema sanzionatorio vigente. A dimostrazione del rinnovato interesse manifestato da parte degli studiosi, penalisti e costituzionalisti, nei confronti del controllo di costituzionalità sulla misura della sanzione penale, possono essere ricordati alcuni lavori monografici che se ne sono recentemente occupati nello specifico. In particolare v. TOSCANO A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, specialmente, sul problema della proporzione della pena nella dimensione costituzionale, 29-154; BAIO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 32-47 e 224-259; DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 42-46, 123-131, 178-235 e 394-97; si possono vedere anche le interessanti osservazioni, nel contesto però di uno studio dedicato al reato di diffamazione, all’incidenza del diritto di fonte CEDU ed alle prospettive di riforma, sviluppate sul principio costituzionale di proporzionalità della pena in generale, da GULLO A., *Diffamazione e legittimazione dell’intervento penale*, Roma, 2013, 48-56; in prospettiva più generale su ragionevolezza e proporzione nel sistema penale, di recente, BORSARI R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, Padova, 2013, 131-136 e 392-395.

²⁵ Uniformandosi ad un’autorevole impostazione dottrinale, può affermarsi, in via di prima approssimazione, che il confronto qui sviluppato, tra le due esperienze in punto controlli di costituzionalità sulla entità della pena, sarà condotto valorizzando soprattutto la “propensione dialettica dell’esperienza giuridica”. Questo, oltre ad essere “imposto” dal fatto che non esistono influenze reciproche dirette fra i due ordinamenti in esame a livello di fonti (discorso parzialmente diverso potrebbe essere sviluppato riguardo ai trend di politica criminale-sanzionatoria statunitensi, che a volte vengono riprodotti nel nostro ordinamento dopo qualche tempo; esemplificativo a riguardo il caso della disciplina sulla recidiva), risulta conforme alla natura di un’indagine focalizzata soprattutto sulle argomentazioni delle decisioni e sull’utilizzo dei principi di natura costituzionale, in prospettiva aperta e “problematizzante”. Per approfondimenti sulla “propensione dialettica dell’esperienza giuridica” quale indice rivelatore della sensibilità comparatistica, PALAZZO F.C. - PAPAM., *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., 5-6.

doctrine.

Nel capitolo dedicato all'operato della Consulta, invece, si farà un più sintetico riferimento, di natura storico-filosofica, ai già noti presupposti del concetto di proporzionalità, passando direttamente al vaglio dei tracciati giurisprudenziali.

Maggiore spazio è stato così concesso all'analisi delle peculiarità della evoluzione della *case-law* nordamericana, evidenziando la forte propensione al *self-restraint* della Corte Suprema e le difficoltà nel trovare un punto di equilibrio tra discrezionalità politica e controllo di costituzionalità sull'entità delle sanzioni, tramite l'elaborazione di parametri di natura oggettiva stabili ed in grado di garantire, ad un tempo, prevedibilità applicativa ed effettiva protezione del diritto, costituzionalmente garantito, a non subire pene gravemente sproporzionate rispetto al disvalore dell'illecito.

Infine, giova ricordare che, soprattutto in virtù della scelta di focalizzarsi, nella disamina di entrambi gli ordinamenti, sul versante più strettamente “costituzionale” relativo alla problematica della misura della sanzione penale detentiva²⁶, non è stato possibile approfondire dovutamente aspetti diversi ed ulteriori di grande importanza, attinenti ad esempio alle tecniche sanzionatorie, ai profili teorici o alle tendenze di riforma espresse dai sistemi²⁷, essendosi ritenuto sufficiente effettuare riferimenti bibliografici di volta in volta necessari sui vari aspetti.

²⁶ All'evidenza, la più ristretta prospettiva entro cui si muove l'indagine, da un lato, è quella relativa ai *limiti* entro i quali la Corte costituzionale (e la *Supreme Court*) possono esercitare il controllo di legittimità costituzionale sulla misura della sanzione, dall'altro, guardando l'altra faccia della stessa medaglia, come ben ha messo in luce un attento studioso, “*I termini del problema si lasciano compendiare in questo interrogativo: il legislatore ordinario, attraverso la minaccia della sanzione con cui intende tutelare il bene giuridico da questa o quella forma di offesa, incontra limiti nel dosaggio della pena oppure è vincolato – e in che misura – da questo o quel precetto costituzionale? In altri termini: è arbitro il legislatore nella scelta della misura della sanzione o deve, invece, attenersi al rispetto di canoni, sia formali che sostanziali, desumibili dalla Costituzione?*”, così CORBETTAS., *La cornice edittale della pena*, cit., 135.

²⁷ In riferimento alle varie commissioni per la riforma del codice penale succedutesi nel corso del tempo, riguardo alle diverse proposte formulate per la razionalizzazione del sistema sanzionatorio, si veda l'efficace quadro sintetico tracciato da BAIOF., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 34-42.

CAPITOLO I

I controlli di ragionevolezza-proporzione della Corte Costituzionale sulla misura della pena detentiva: una disamina dell'evoluzione giurisprudenziale

1.1 L'applicazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza sul piano logico-formale: le prime timide aperture della Corte Costituzionale al controllo di legittimità sulle cornici edittali

Nonostante la migliore dottrina²⁸, nell'ambito della auspicata “*rifondazione*” in chiave costituzionale dell'intero sistema penale, avesse individuato con precisione la necessità di una equilibrata corrispondenza qualitativa-quantitativa fra bene giuridico protetto dalla norma violata, modalità dell'offesa o dell'esposizione a pericolo dello stesso, e risposta punitiva²⁹ – incidente sul bene supremo della libertà personale, inviolabile ex art. 13, c. 1, Cost. – la Corte costituzionale si assestò, almeno in un primo momento, su posizioni di “*totale chiusura*”³⁰, rispetto alla possibilità di esercitare un controllo di legittimità sul profilo quantitativo delle scelte sanzionatorie legislative³¹.

D'altra parte, tale *fin de non recevoir*, opposto inizialmente in maniera netta ed assoluta dalla Corte – come precisa lucidamente autorevole dottrina³² – si spiega con la natura peculiare del giudizio sull'entità della sanzione.

Sebbene infatti i canoni di razionalità politico-criminale impiegati dalla Corte nel giudizio di ragionevolezza in tale ambito siano gli stessi rispetto a quelli utilizzati nella valutazione del contenuto

²⁸ BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 7, 18 e *ivi* nt. 9. Nella teoria formulata dall'Illustre Autore, come noto, viene elaborata la nozione sostanziale di reato come fatto idoneo ad offendere un valore costituzionalmente significativo “*minacciato con una pena proporzionata anche alla significatività del valore tutelato e strutturalmente caratterizzato dal teleologismo attribuito alla sanzione penale*”, così BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, cit., 92.

²⁹ Nella manualistica correntemente in uso, con diversità di accenti, per l'inquadramento di base e i profili definitivi del principio di proporzionalità della pena nella dimensione costituzionale, si vedano FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 740-41; MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova, 2011, 741; PULITANÒ D., *Diritto Penale*, Torino, 2011, 162-163; GROSSO C.F.-PELISSERO M.-PETRINI D.-PISA P., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2013, 598-601; PAGLIARO A., *Principi di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2000, 677-678; PALAZZO F.C., *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, Torino, 2011, 31-35; PALAZZO F.C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 65-73; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2012, 11-13; CANESTRARI S.-CORNACCHIA L.-DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 73-74.

³⁰ Così si esprime PAPAM., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 727.

³¹ Oltre al regime delle fonti in materia penale, caratterizzato dalla riserva assoluta di legge ex art. 25, c. 2, Cost., ed al disposto dell'art. 28, l. n. 87/1953, che preclude alla Corte ogni possibilità di sindacare profili inerenti alla discrezionalità politica delle scelte legislative, alcuni autori si sono sforzati di individuare ragioni ulteriori, tali da giustificare l'orientamento assai prudente della Corte. In questo senso, veniva segnalata la possibilità che i giudici costituzionali avvertissero più intensamente l'esigenza di *self-restraint* nei controlli di ragionevolezza sulla normativa penale, per influenze e resistenze di ordine sostanzialmente psicologico, connesse alle peculiarità che rendono il diritto penale più impegnativo e drammatico rispetto agli altri settori dell'ordinamento. Per questo tipo di considerazioni si veda PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, IV, 1971, 192 ss., in part. 206; BARILE P., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza*, cit., 31-32; FIANDACA G., *Uguaglianza e diritto penale*, in AA. VV., CARTABIAM. - VETTOR T. (a cura di), *Le ragioni dell'eguaglianza*, Milano, 2009, 115 ss., 132-133.

³² PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 2, 350 ss., in part. 373-374.

della norma incriminatrice (sull'*an* e l'ampiezza della tutela), nei percorsi argomentativi si sottolinea spesso che è nel momento della comminatoria edittale, della quantificazione sanzionatoria, che si concentra il maggiore tasso di discrezionalità legislativa³³.

Questo dato, che emerge con costanza nello sviluppo della giurisprudenza costituzionale, deve essere ricondotto – nelle chiare parole della dottrina sopra citata – “*alla difficoltà di razionalizzare il passaggio dal piano qualitativo delle valutazioni sull'*an* e sull'ampiezza della tutela al piano quantitativo della misura della pena ottimale alla realizzazione di quella tutela. La Corte può individuare tutti i fattori che hanno concorso all'opzione legislativa sulla misura della pena, e può altresì ridisegnare il loro intreccio e la ponderazione della loro diversa e reciproca incidenza, ma non potrà mai razionalizzare in termini rigidi la loro 'traduzione quantitativa', l'espressione numerica che essi assumono nel quantum di pena comminato*”.

Dopo avere segnalato alcune delle ragioni che hanno influito, insieme ad altre che si vedranno, alla particolare problematicità del controllo sulla misura della pena ed alla iniziale chiusura della Consulta, è d'uopo richiamare alcune decisioni, rese a cavallo tra gli anni sessanta e gli anni settanta (gli stessi *iter* argomentativi sono stati riproposti invero con continuità anche in tempi successivi), emblematiche di tale orientamento estremamente prudentiale.

Nell'ambito del sindacato di eguaglianza-ragionevolezza condotto sull'entità della pena, sono state soprattutto le situazioni in cui i giudici rimettenti lamentavano una supposta indiscriminata, arbitraria e/o irrazionale *differenziazione-sperequazione sanzionatoria* tra fattispecie diverse ma omogenee a far emergere nitidamente l'atteggiamento di particolare *self-restraint* del Giudice delle Leggi³⁴.

In questo insieme di casi – si è osservato³⁵ – lo scrutinio di ragionevolezza è “*esterno*” rispetto alla fattispecie impugnata. I giudici remittenti ritengono una sanzione ingiustificatamente troppo elevata, nel minimo o nel massimo, rispetto a quella di un'altra disposizione incriminatrice, che presenta *tratti strutturali omogenei* e funge da c.d. *tertium comparationis*.

Sul punto debbono essere ricordate la sentenza n. 22/1971³⁶, nel cui atto di promovimento si lamentava la irragionevole eccessività delle sanzioni previste per il delitto di furto, specialmente in virtù del fitto apparato di circostanze aggravanti speciali di cui all'art. 625 c.p., rispetto a quelle comminate per il delitto di lesioni personali, in riferimento al rango dei beni protetti dalle due norme (patrimonio e integrità fisica);

³³ Evidenzia pure la particolare e maggiore difficoltà di svolgere controlli di ragionevolezza sulla misura della sanzione, rispetto a quanto non avvenga rispetto alla componente precettiva delle disposizioni, PAGLIARO A., *Sproporzione “irragionevole” dei livelli sanzionatori o sproporzione “irrazionale”*, in *Giur. cost.*, 1997, 774 ss., in part. 775-76.

³⁴ Come è stato notato in dottrina, prima che la Corte giungesse a ritenere ammissibile, quantomeno in linea teorica, tale tipologia di controllo, vi era stata una lunga serie di pronunce di segno negativo, PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene*, cit., 195 ss.; PAPAM., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 730-31; CORBETTAS., *La cornice edittale della pena*, cit., 143; INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza*, cit., 421-422.

³⁵ PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene*, cit., 197; CORBETTAS., *op. loc. cit.*

³⁶ In *Giur. cost.*, 1971, 135, con nota di RODOTÀ S., *Nuove frontiere per il diritto di proprietà*, 1971, 135 ss.; v. anche PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene*, cit., 201 ss.; PADOVANI T., *La questione di legittimità costituzionale della pena del furto aggravato*, in *Studi per E. Graziani*, 1973, 448 ss.; SPATOLISANO M.F., “*Ragionevolezza*” costituzionale della pena per il furto, in *Quale Giustizia*, 1979, 116 ss.

o la sentenza n. 109/1968, nella quale la Corte ritenne infondata la supposta sperequazione in eccesso del trattamento sanzionatorio previsto per il reato di oltraggio rispetto a quello dell'ingiuria³⁷.

Sempre sulla stessa linea sono collocabili, ancora, la sentenza n. 45/1967³⁸, o la più nota sentenza n. 162/1981³⁹, in cui veniva eccepita l'irrazionalità del differente trattamento sanzionatorio dell'omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p., da dieci a diciotto anni di reclusione) rispetto alla pena prevista per l'ipotesi di morte della donna seguita ad interruzione della gravidanza determinata da azioni dirette a provocare lesioni o conseguente al procurato aborto (art. 18 commi 2 e 4 l. 22 maggio 1978, n. 194, da otto a sedici anni di reclusione).

In quella occasione la Corte, utilizzando in modo discutibile un argomento dogmatico – la figura delittuosa dell'art. 18, prevedendo una circostanza aggravante speciale, delinea un delitto aggravato dall'evento e non un delitto preterintenzionale – ritenne impossibile procedere al raffronto tra le due fattispecie, imprescindibile per verificare un'eventuale violazione del principio di eguaglianza a causa della irragionevole differenziazione.

In generale pare corretto affermare che, almeno in questa fase iniziale, nelle ipotesi di denunciata *ingiustificata discriminazione sanzionatoria* la Corte abbia avuto buon gioco nel respingere le questioni, facendo leva su diverse *rationes distinguendi* di volta in volta emergenti nei casi sottoposti alla sua attenzione.

Al contrario, nelle situazioni di *ingiustificata parificazione sanzionatoria*, ossia quando si lamenta l'irragionevolezza di un'equiparazione *quoad poenam* di condotte dal contenuto di disvalore diverso all'interno di una medesima fattispecie⁴⁰, la Consulta ha mostrato un atteggiamento parzialmente diverso, aprendosi in misura maggiore al controllo sul *quantum* della pena⁴¹.

Proprio in questo contesto sono state emesse le prime pronunce di accoglimento, le quali, pur avendo

³⁷ Si noti che questa pronuncia è la prima di una lunghissima serie di prese di posizione della Corte sulla controversa fattispecie di oltraggio e sulla legittimità costituzionale del corrispondente trattamento sanzionatorio, sfociata da ultimo nella declaratoria d'illegittimità costituzionale del minimo edittale, con la sentenza n. 341/1994, sulla quale v. più diffusamente *infra*. Per un efficace quadro sintetico sul punto v., di recente, BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 142-146; GULLO A., *Diffamazione e legittimazione*, cit., 52-55; PALAZZO F.C., *Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio*, in *Giur. cost.*, 1980, 1309 ss.

³⁸ Corte cost., sent. 18 aprile 1967, n. 45, in *Giur. cost.*, 1967, 270 ss., nella quale la Corte dichiarò la infondatezza della questione di legittimità degli artt. 86 del d.P.R. n. 203/1951 e 93 del d.P.R. n. 570/1960, dei quali si lamentava la violazione dell'art. 3, c. 1, Cost., dal momento che punivano con pene edittali più gravi chi sottoscriveva più di una dichiarazione di presentazione di candidatura per le elezioni comunali (reclusione fino a due anni e multa fino a lire 20.000) rispetto che per le elezioni politiche (reclusione fino a tre mesi ovvero multa fino a lire 20.000), argomentando che “le elezioni amministrative vengono realizzate in ambienti, circostanze, situazioni locali che ne caratterizzano la preparazione e l'andamento” e che non potevano essere equiparate a quelle politiche.

³⁹ In *Giur. cost.*, 1981, 1483 ss.

⁴⁰ Come si è osservato in dottrina, tale giudizio si risolve in un controllo interno alla disposizione normativa, volto a verificare la congruenza logica e la razionalità intrinseca di un'unica norma, di tipo “endonormativo”. Così PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene*, cit., 195-196; CORBETTAS., *La cornice edittale della pena*, cit., 137-138.

⁴¹ Va precisato in realtà che, anche nel caso di ordinanze di rimessione che lamentassero l'illegittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, c. 1, Cost. a causa dell'equiparazione a fini sanzionatori in un'unica fattispecie di condotte dal disvalore diverso, la Corte in un primo momento aveva ritenuto le questioni manifestamente infondate, come nella sentenza n. 9/1972, ove negò che punire con eguale misura di pena astratta condotte diverse, quali lo spaccio o la mera detenzione di sostanze stupefacenti, in forza dell'allora vigente art. 6, c. 4, l. n. 1041/1954, contrastasse con il principio di eguaglianza-ragionevolezza. Si vedano le osservazioni a margine della sentenza di LATAGLIATA A.R., *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte “diverse” sotto un unico titolo di responsabilità*, in *Giur. merito*, 1971, 94 ss.

inciso su disposizioni di scarsissima rilevanza in un'ottica di sistema, meritano nondimeno di essere concisamente analizzate, per il significato che esse ricoprono nel percorso evolutivo diacronico della giurisprudenza della Corte nella materia oggetto d'indagine.

Si intende fare riferimento alle sentenze della Corte costituzionale n. 218/1974⁴² e n. 176/1976⁴³, entrambe incidenti su disposizioni sanzionatorie contenute nella disciplina penale della caccia⁴⁴.

La prima delle due decisioni riguardava la contravvenzione di cui all'art. 8 del r.d. 5 giugno 1939 n. 1016 (come modificato dalla l. 2 agosto 1967, n. 799), il quale unificava sotto la medesima forbice edittale di pena le condotte di chi esercitava l'attività venatoria senza copertura assicurativa e del soggetto che, pur essendo regolarmente assicurato, veniva sorpreso a cacciare, risultando però privo dei relativi documenti dimostrativi.

I giudici costituzionali ritengono di accogliere le prospettazioni del giudice *a quo*, ravvisando una *macroscopica, manifesta irragionevolezza* alla base dell'equiparazione sanzionatoria di condotte da ritenersi del tutto diverse, tanto dal punto di vista, per così dire, naturalistico, quanto sul versante dell'oggettività giuridica protetta⁴⁵.

Si osservò come il sindacato di eguaglianza-ragionevolezza esercitato dal Giudice delle leggi nel caso in esame potesse essere definito “*sintomatologico*”⁴⁶.

In questo senso, la censura si sarebbe indirizzata su un difetto di ponderazione da parte del legislatore; “*sorge il dubbio che sia avvenuta, nella fretta del legiferare, una confusione tra fattispecie distinte, che non si sia sufficientemente ponderata la natura e la consistenza di ciascuna e questo dubbio nasce non solo dal fatto che esse sono parificate quoad poenam, pur essendo qualitativamente diverse, ma anche dalla circostanza che sono contemplate in un'unica ed indifferenziata disposizione, quasi sia sfuggito l'elemento fondamentale che le distingue*”.

Tale mancata o insufficiente ponderazione da parte del legislatore viene avvalorata, nell'argomentare della Corte, da riferimenti a disposizioni sanzionatorie sia interne che esterne al *corpus* normativo in questione, che tendevano invece a differenziare le risposte punitive ad analoghe condotte (ad es. in caso

⁴²In *Giur. cost.*, 1974, 1753 ss., con osservazioni di CERRI A., *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diverse, ibidem*, 2160 ss. La pronuncia, in letteratura, viene individuata unanimemente, sia dai commentatori coevi che in contributi successivi, più recenti, come la prima sentenza di accoglimento in materia di controllo di legittimità sulla misura edittale della pena.

⁴³In *Giur. cost.*, 1976, 1090 ss.

⁴⁴Offre un quadro esauriente degli interventi della Consulta sulla normativa penale disciplinante l'attività venatoria in quel periodo MAZZAL., *Il principio della proporzionalità fra reato e sanzione in alcune norme del testo unico delle leggi sulla caccia*, in *Giur. merito*, 1976, IV, 130 ss.

⁴⁵Come ravvisato dalla dottrina contemporanea, i beni giuridici tutelati dalle due sotto-fattispecie non erano in alcun modo assimilabili, dal momento che “*chi manca di assicurazione può arrecare sensibili danni ai terzi, mentre chi non porta con sé i documenti relativi può causare soltanto un intralcio alla pubblica amministrazione*”, in questi termini PIACENTINI C., *Reati di insubordinazione militare: diversità delle fattispecie e congruità delle pene*, in *Giur. cost.*, 1981, 373; analogamente, CERRI A., *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza*, cit., 2161; FIANDACA G., *Controllo penale sull'uso degli additivi alimentari e principi di uguaglianza*, in *Foro It.*, 1982, I, 637 ss., in part. 641.

⁴⁶CERRI A., *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza*, cit., 2162-65, secondo il quale il fatto che l'irragionevole equiparazione sanzionatoria sia stata prevista all'interno della stessa fattispecie rivela una insufficiente ponderazione della materia da parte del legislatore; v. anche PAPAM., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 734-737.

di mancanza della assicurazione per la responsabilità civile si prevedeva la sanzione penale, per la temporanea impossibilità di esibizione della stessa la sanzione amministrativa; la legge della caccia differenziava poi l'entità di pena edittale in caso di svolgimento dell'attività venatoria senza licenza o semplice mancata esibizione di essa).

Oltre all'aspetto della insufficiente ponderazione della scelta legislativa, opportunamente sottolineato dalla dottrina sopra citata, ma in realtà non confermato dalla Corte nella decisione successiva, n. 176/1976, che si limita a constatare la manifesta irragionevolezza della disciplina scrutinata⁴⁷, deve essere segnalata la natura puramente *logico-formale* del controllo di legittimità effettuato.

La Corte stigmatizza l'uso distorto della discrezionalità politica del legislatore, utilizzando la ragionevolezza come parametro a carattere relazionale, sostanzialmente neutro rispetto al contenuto al quale le leggi dovrebbero uniformarsi, come imperativo di leggi che siano coerenti ed armonizzate. Un limite dunque meramente negativo, fatto discendere dall'uguaglianza quale principio "di chiusura" dell'ordinamento tutto, che pone il divieto di un'attività legislativa (macroscopicamente) irragionevole⁴⁸.

In termini analoghi, ovverosia quale esercizio *endonormativo* di un sindacato d'eguaglianza meramente logico-formale, deve essere valutata la decisione n. 176/1976, con la quale venne dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 32, u.c., del r.d. 1016/1939 (come modificato dalla l. n. 799/1967), che prevedeva la punibilità, con la multa⁴⁹, del porto "*delle armi da caccia con munizione spezzata o di arnesi per l'uccellazione*".

Veniva ritenuto del tutto irrazionale, e pertanto tale da travalicare il limite della discrezionalità legislativa in materia di qualità e misura delle pene, la configurazione di un delitto attraverso cui il legislatore si prefiggeva lo scopo di prevenire illeciti contravvenzionali, tra l'altro depenalizzati con la l. n. 706/1975 (la attività venatoria in zona di ripopolamento). In tal modo era stata posta in essere una disparità di trattamento del tutto irrazionale, in violazione del principio di eguaglianza⁵⁰.

Le suddette decisioni, ed altre successive di segno analogo, sebbene siano state salutate con favore da gran parte della dottrina e debbano essere ritenute sintomatiche del superamento da parte della Corte dell'atteggiamento iniziale di eccessivo *self-restraint* rispetto alla possibilità di intervenire in caso di dissimmetrie sanzionatorie, quantomeno nei casi più evidenti e macroscopici, non devono tuttavia ingannare.

Infatti, anche nell'ambito in cui vi erano state le prime, timide aperture al controllo sulle cornici edittali – quello delle ingiustificate equiparazioni *quoad poenam* all'interno della medesima fattispecie – i giudici costituzionali hanno in verità continuato a mantenere il più delle volte un atteggiamento timido, "salvando" le norme sottoposte a scrutinio, in base a diversi ordini di ragioni: ad esempio facendo leva

⁴⁷ Nota questo passaggio BAILOF., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 232.

⁴⁸ CORBETTAS., *La cornice edittale della pena*, cit., 137-139.

⁴⁹ Si tratta dunque della prima declaratoria d'illegittimità del trattamento sanzionatorio di un'ipotesi delittuosa, dal momento che la decisione del 1974 aveva riguardato una contravvenzione.

⁵⁰ Su tale pronuncia v. BAILOF., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 232.

sul fatto che la norma proteggesse il *medesimo bene giuridico*, che il legislatore perseguisse la *medesima finalità*, ed infine valorizzando l'*ampiezza dello spazio edittale in ottica commisurativa*⁵¹.

Così, ad esempio, riguardo alla *ratio legis*, nella già citata sentenza n. 9/1972, in materia di stupefacenti, la Corte ritenne non manifestamente irragionevole la norma sanzionatoria che parificava il trattamento di condotte affatto diverse, argomentando che esse non dovevano ritenersi “*situazioni diametralmente diverse, ma tra loro concorrenti, rispetto al piano che il legislatore si è chiaramente proposto*”; in materia di delitti di contrabbando, nella sentenza n. 114/74⁵², valutando la legittimità della equiparazione sanzionatoria tra tentativo e reato consumato, la Corte deferì alla “*valutazione di politica criminale secondo cui, nel tentativo di contrabbando e nel contrabbando consumato, risiedono elementi di pericolosità sociale che richiedono eguali sanzioni*”⁵³.

Relativamente all'argomentazione del *medesimo bene giuridico*, d'interesse è la decisione d'inammissibilità n. 1/82⁵⁴, nella quale la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità degli artt. 5 lett. g) e 6 l. n. 283/1962, nella parte in cui parificano le sanzioni comminate per il reato di aggiunta di additivi chimici autorizzati nella preparazione di alimenti e quello di aggiunta di additivi non autorizzati, argomentando che le disposizioni fossero “*intese alla tutela del medesimo bene, che si vuole realizzare ad una soglia determinata, vengono presi in considerazione comportamenti diversi ma tutti estrinsecantesi nella inosservanza delle prescrizioni poste dal legislatore a quel fine*”⁵⁵.

Numerose anche le pronunce nelle quali la Consulta ha fatto leva sulla funzione della commisurazione della pena in concreto e sulla connessa capacità del giudicante di procedere ad una adeguata individualizzazione della risposta punitiva, in presenza di fattispecie a compasso edittale particolarmente ampio⁵⁶, ricollegato ad una gamma di condotte eterogenee⁵⁷.

Emblematica di questo orientamento, ad esempio, la sentenza n. 285/91⁵⁸, con cui è stata dichiarata l'infondatezza della questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 2, c. 2, l. n. 36/1990, ove si denunciava la patente irragionevolezza dell'identico trattamento sanzionatorio cui erano sottoposte la condotta di

⁵¹ CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 141-143.

⁵² In *Giur. cost.*, 1974, 909.

⁵³ Dello stesso tenore argomentativo, tra le altre, la sent. n. 47/1979, in *Giur. cost.*, 369.

⁵⁴ In *Foro it.*, 1982, I, c. 637 ss., con nota adesiva di FIANDACA G., *Controllo penale*, cit.

⁵⁵ Argomentazioni analoghe nella sent. n. 7/1987, in *Giur. cost.*, 1987, 50.

⁵⁶ Su tale aspetto, e sulle frizioni con il principio di legalità della pena ex art. 25, c. 2, Cost. si ritornerà nell'esame della importante sentenza n. 299/1992.

⁵⁷ Tale approccio non è andato esente da critiche in dottrina. Si pone in luce il fatto che le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate dai giudici ordinari riguardano il trattamento punitivo *in astratto* (comminatorie edittali), dovendosi dunque effettuare il confronto *solo* a tale livello, a nulla rilevando la possibilità per il giudice di differenziare la risposta sanzionatoria *in concreto*, rispetto a condotte parificate nella previsione edittale; un ulteriore rischio sarebbe quello di violare il principio di uguaglianza, nel senso che la diversità di indirizzi in sede commisurativa potrebbe “*condurre a delineare diversissime scale di disvalori rispetto ad una pluralità di condotte ricomprese in un'unica norma*”, così CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 144; critico nei confronti di questo tipo di argomentazioni CHIRULLI P., *La sanzione penale ovvero “se”, “come”, “quando” e “quanto” punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in D'ORLANDO E.-MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 39 ss., in part. 72; valuta negativamente questa tendenza interpretativa della Corte anche MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 228-30; v. anche BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 259.

⁵⁸ In *Cass. pen.*, 1992, 23 ss.

porto d'arma comune da sparo e di arma giocattolo priva dell'apposito contrassegno di riconoscimento (c.d. tappo rosso). La Corte, pur non mancando di esprimere perplessità, affermò che: – *“Tanto premesso, non può negarsi che la disposizione in esame suscita perplessità, del resto largamente presenti nella discussione parlamentare. E ciò, per quanto qui interessa, in quanto la norma accomuna nel medesimo trattamento fatti la cui essenziale diversità è innegabile. Mentre l'incriminazione del porto di armi da sparo risponde all'esigenza di prevenire il pericolo del compimento di atti di offesa all'integrità fisica delle persone, quella delle armi giocattolo confondibili con le prime perché prive del prescritto dispositivo di identificazione mira a prevenire il pericolo di atti diretti ad intimidire, ma per definizione inidonei a ledere: sicché il loro grado di offensività e disvalore è nettamente diverso”* concludeva nondimeno salvando la disposizione, dato che *“nel divario tra il limite minimo e quello massimo della pena edittale è consentito al legislatore includere in uno stesso modello di genere una pluralità di sotto fattispecie diverse per struttura e disvalore”* e dunque *“sarà il giudice a fare emergere la differenza tra le varie sotto fattispecie risultante dal loro diverso disvalore oggettivo ed a graduare su questa base la pena da irrogare in concreto”*.

Appurato dunque che l'atteggiamento di particolare riluttanza della Corte nell'intervenire sugli squilibri sanzionatori riguarda, come linea tendenziale, tanto le ipotesi di denunciate *equiparazioni* quanto le *discriminazioni quoad poenam*, la dottrina si è comunque interrogata circa la maggiore apertura manifestata nei primi casi.

Alcuni autori⁵⁹ hanno individuato la ragione di tale sfasatura nel fatto che la Corte avvertisse come *“meno pericoloso”* sindacare la scelta normativa in caso di parificazione, dal momento che l'esigenza di fondo, ossia salvaguardare il reo da una discrezionalità giudiziale troppo ampia, potenzialmente foriera di ingiustizie e disparità di trattamento (ed in frontale contrasto con l'art. 25, c. 2, Cost.), poteva indurre i giudici costituzionali ad un'auto-limitazione meno accentuata⁶⁰.

In realtà – come si avrà modo di realizzare nel prosieguo del lavoro, passando in rassegna le decisioni della Corte – anche se le considerazioni sopra svolte non sono certo implausibili, il diverso approccio si spiega meglio con il fatto che un giudizio di tipo *“endonormativo”*, o comunque *“endolegislativo”* (in cui le disposizioni sanzionatorie poste a raffronto sono collocate nel medesimo atto normativo), rende molto più agevole il controllo di costituzionalità, sia sotto il versante della valutazione del criterio della *“sufficiente ponderazione”* da parte del legislatore, elemento centrale nel sindacato di tipo c.d. *sintomatologico*, che dal punto di vista della ricostruzione della *ratio legis* e dell'oggettività protetta, elementi fondamentali alla stregua dei quali sviluppare il giudizio comparativo di eguaglianza-ragionevolezza sulla misura della sanzione.

⁵⁹ PRIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene*, cit., 195.

⁶⁰ Non condivide questo punto di vista PAPAM., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 730 nt. 13, secondo il quale si mostra altrettanto plausibile una lettura capovolta, in base alla quale il principio d'eguaglianza-ragionevolezza sarebbe potenzialmente vulnerabile da disposizioni sanzionatorie rigide e determinate, tali da impedire ai giudici di proseguire il lavoro effettuato in sede legislativa individualizzando la pena, così meglio realizzando il principio d'eguaglianza di trattamento.

Breve. L'unicità del contesto legislativo di riferimento consente alla Corte un'opera di comparazione strutturale molto meno difficoltosa di quanto non avvenga nelle occasioni in cui sono poste a raffronto previsioni sanzionatorie incluse in corpi normativi differenti o in titoli diversi del codice penale stesso. La diversità della temperie politico-legislativa e dei beni giuridici tutelati dalle norme scrutinate impediscono sovente di porre a raffronto i trattamenti sanzionatori, stante la disomogeneità delle fattispecie.

Un'ultima notazione riguardo agli sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in questa prima fase, utile anche a sottolineare la prima *macro-differenza* rispetto all'esperienza statunitense.

Come ampiamente rilevato nei contributi contemporanei⁶¹ e successivi, benché i giudici costituzionali parlino di ragionevolezza costituzionale della disciplina sanzionatoria, in realtà il canone applicato, almeno in questa prima fase evolutiva, è quello dell'eguaglianza, quale *parametro di liceità costituzionale a fondamento logico formale*.

Ci si limita pertanto a verificare se il trattamento giuridico riservato in sede legislativa ad una determinata situazione di fatto sia coerente e logico in relazione ad altro e diverso trattamento giuridico riservato ad un'altra situazione che si assume assimilabile alla prima.

Il controllo è circoscritto alla razionalità delle scelte legislative (*rectius*: in negativo, alla loro non manifesta irrazionalità) e nulla dice riguardo alla *giustizia* della quantificazione sanzionatoria, ossia alla proporzione tra *quantum* del sacrificio della libertà personale imposto e significatività costituzionale del bene tutelato attraverso l'incriminazione e la minaccia di pena.

Quest'ultimo ordine di considerazioni, di tipo *contenutistico/valoriale*, in origine estranee alle cadenze argomentative delle pronunce, si cominceranno ad affermare con forza a partire dalla sent. n. 26/79 – analizzata di seguito – insieme ad altre fondamentali interazioni tra criterio generale della ragionevolezza-eguaglianza e principi di rilievo in materia penale, come legalità della pena, principio rieducativo (e di colpevolezza) e principio di offensività.

Tornando infine a considerare un aspetto che potrà essere apprezzato appieno solo in seguito – analizzando in parallelo i due sistemi – deve essere messa in luce la prima grande *divaricazione* tra sindacato di legittimità sulla proporzione delle pene negli U.S.A. ed in Italia, che emerge già nei rispettivi *momenti genetici*.

Se infatti è vero che nel nostro ordinamento il sindacato sulle cornici edittali si manifesta nella prima fase come mero controllo di razionalità e coerenza intra-sistematica sulle previsioni sanzionatorie (conformemente, peraltro, al disposto dell'art. 3, c. 1, Cost.), per poi aprirsi gradualmente all'interazione

⁶¹ Per la verità, parte della dottrina, in particolare CERRIA., *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza*, cit., 2165-66, commentando l'importante sentenza n. 218/1974, caratteristica della prima fase di controllo d'eguaglianza formale, aveva ipotizzato un'interpretazione alternativa, nel senso che l'equiparazione sanzionatoria non fosse frutto di un'insufficiente ponderazione del legislatore esitata in una scelta manifestamente irrazionale, ma come "*fatto obiettivamente così ingiusto da varcare i limiti della discrezionalità riconosciuta al Parlamento*". La stessa dottrina giunge invero a scartare suddetta ipotesi ricostruttiva, osservando che la Corte nella decisione parli sempre di *razionalità* (alludendo ad un difetto strumentale di ragionamento) piuttosto che di *giustizia* (facendo riferimento ad una non condivisa prefissione di scopi).

con principi e canoni più permeabili ai valori, negli Stati Uniti la “*dottrina costituzionale della proporzionalità della pena*” desunta dall'Ottavo Emendamento nasce e si sviluppa da un ceppo affatto diverso, derivante dalla tradizione costituzionale della *common law* inglese, quale baluardo posto a protezione dei diritti individuali dagli abusi ed eccessi del potere pubblico, che ben possono manifestarsi nella previsione e irrogazione di pene *crudeli e inusuali* o *gravemente sproporzionate* rispetto all'illecito. Solo successivamente – come si appurerà ripercorrendo l'evoluzione giurisprudenziale – si assiste ad un progressivo tentativo di *razionalizzazione* ed *oggettivizzazione* dei criteri comparativi-relazionali utilizzati nel giudizio costituzionale sul *quantum* sanzionatorio. Si avrà comunque modo di ritornare sull'importante differenza di fondo.

1.2 Una sentenza importante: la centralità della "gerarchia assiologica" desumibile dalla Carta Fondamentale quale criterio nello scrutinio della Corte sul *quantum* sanzionatorio

La sentenza n. 26/1979⁶² è stata definita – a ragione – come un'autentica *svolta*⁶³ nel percorso evolutivo del controllo sulla ragionevolezza e proporzionalità delle pene.

Come è stato messo in luce da più parti, la decisione ha costituito infatti un punto di rottura rispetto alla “*stasi valoriale*” che aveva contraddistinto il sindacato nel periodo precedente; per la prima volta, infatti, il giudizio di costituzionalità non è rimasto ancorato a valutazioni di *pura* coerenza e razionalità tra disposizioni sanzionatorie⁶⁴, ma si è arricchito di significativi riferimenti a profili *sostanziali* e *contenutistici* relativi ai beni giuridici protetti (e, soprattutto, al “*rango*” e alla “*gerarchia*” costituzionale degli stessi, in riferimento alle scelte sanzionatorie del legislatore⁶⁵).

⁶² In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 200, con nota di ROSSETTI M., *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*. Sulla pronuncia si vedano anche le osservazioni di GRASSO P.G., *Questioni costituzionali in tema di diritto penale militare*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 479 ss.; ID., *Combinazione fra precetti di legge penale speciale e sanzioni del codice penale comune. Le dichiarazioni di illegittimità parziale delle pene edittali per i reati di insubordinazione militare*, in *Giur. cost.*, 1984, 283 ss.; LABRIOLA S., *Ancora sul tema della posizione e della natura dell'ordinamento penale militare*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 428 ss.; VENDITTI R., *In materia di reato militare d'insubordinazione*, *Giur. cost.*, 1979, I, 289 ss.; PIACENTINI C., *Reati di insubordinazione militare*, cit., 369 ss.; PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 734; SPATOLISANO M.F., “*Ragionevolezza*” costituzionale, cit., 123.

⁶³ In questo senso si esprimono, tra i tanti, INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza*, cit., 422, secondo il quale “*nella sentenza n. 26/1979 deve cogliersi un'importante svolta nello stile argomentativo della Corte*”; nella stessa direzione, enfatizzano la innovatività dell'*iter* argomentativo, rispetto alle prese di posizione precedenti della Corte, CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 145; PULITANO D., *Offensività del reato (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2015, 665 ss., 681, secondo il quale nella pronuncia in esame deve essere colta la potenzialità del principio di proporzione, combinato al principio di offensività; PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 734; PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza*, cit., 374 nt. 49; MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 223-225; MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, cit., 225; BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 232-235.

⁶⁴ Un controllo di ragionevolezza sul piano meramente logico-formale, tramite il quale “*non si controlla dunque la voluntas del legislatore, ma la consequenzialità del ragionamento sviluppato in base alla medesima; e non si valuta questo alla stregua dei modelli estrinseci od assoluti di giusnaturalistica memoria sebbene solo si controlla la coerenza dell'ordinamento complessivo delle singole leggi e delle singole norme in base sostanzialmente al principio di non contraddizione, con giudizi meramente analitici*”, così CERRIA., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976, 98; evidenzia la transizione dalla concezione *paritaria-formale* a quella *materiale* o *valutativa* del principio di eguaglianza nel sindacato sulle leggi penali anche PALIERO C.E., in *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 726 ss.

⁶⁵ Già PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 737, evidenziava lucidamente “*si può allora affermare che*

La sentenza ha invalidato, per contrasto con l'art. 3, c. 1, Cost., l'art. 186, c. 1, c.p.m.p.⁶⁶, il quale – (nella sua formulazione originaria)⁶⁷ – equiparava a fini sanzionatori, con la pena dell'ergastolo, sotto la medesima fattispecie di insubordinazione con violenza verso il superiore, fatti di diversissima gravità, come l'omicidio consumato, preterintenzionale, tentato, e le lesioni gravi o gravissime.

Nell'ordinanza di rimessione si lamentava in particolare l'illegittimità dell'equiparazione *quoad poenam* tra omicidio consumato e tentato, perché in violazione del principio di eguaglianza, di cui all'art. 3, c. 1, Cost., nonché del principio rieducativo, di cui all'art. 27, c. 3 Cost.

L'argomentare del Giudice delle leggi prende le mosse in primo luogo dalla lamentata irragionevolezza della unificazione *quoad poenam* tra omicidio e tentativo di omicidio, che costituisce un'eccezione rispetto al criterio generale che informa l'intero sistema penale – espresso dagli artt. 56 c.p. e 46 c.p.m.p. – in virtù del quale il reato giunto a consumazione e quello arrestatosi allo stadio del tentativo costituiscono ipotesi autonome e differenziate, e tale diversità deve emergere sul piano della risposta sanzionatoria edittale.

La Corte osserva che, sebbene tale principio del nostro ordinamento (definito quale *principio generale del diritto positivo*) possa essere legittimamente derogato, qualora il legislatore ritenga di apprestare, sulla base di considerazioni rientranti nella sua discrezionalità fondate sulle caratteristiche oggettive della materia oggetto di normazione, una tutela più intensa, rafforzando il presidio penale tramite l'equiparazione dell'ipotesi tentata a quella consumata, tali esigenze debbono necessariamente emergere in maniera intellegibile e non porsi macroscopicamente in contrasto con il canone della ragionevolezza, come verificatosi invece nel caso della disposizione di cui all'art. 186 c.p.m.p.

La fattispecie censurata, infatti, ricomprendendo ed appiattendo in un'unica ipotesi delittuosa (l'insubordinazione con violenza) condotte profondamente diverse, sia dal punto vista oggettivo che soggettivo, costituiva il frutto di un indiscriminato arbitrio normativo, confermato dal fatto che – nella opzione sanzionatoria fatta propria dal legislatore del c.p.m.p. – assumeva rilievo del tutto preminente

la sentenza n. 26 del 1979 non si è limitata a riscontrare l'irragionevolezza di una particolare disciplina, ma ha riconosciuto l'esistenza di un principio costituzionale, suscettibile – in teoria – di essere invocato a proposito dell'intero sistema penale: vi sarebbe un ordine di priorità tra gli interessi costituzionali da cui il legislatore non potrebbe prescindere”.

⁶⁶ Ai sensi dell'art. 27 l. n. 87/1953 la Corte estese la declaratoria d'incostituzionalità – c.d. illegittimità consequenziale – anche agli altri delitti ricompresi nella previsione dell'art. 186 c.p.m.p. di omicidio preterintenzionale del superiore e di lesioni personali gravi o gravissime del superiore ufficiale, anch'esse punite con l'ergastolo. Sul punto cfr. BIN R. - PETRUZZELLA G., *Diritto Costituzionale*, Torino, 2011, 450. Deve essere notato che la Corte, nella sentenza in esame, si astenne dall'intervenire dichiarando l'illegittimità consequenziale anche della pena prevista per le lesioni gravi o gravissime a danno del *superiore non ufficiale*, confidando nella imminente riforma del c.p.m. Tuttavia, stante l'inerzia del legislatore, con la riforma che ebbe luogo solo tempo dopo, il Giudice delle leggi si pronunciò con la sent. n. 10/1982, intervenendo ablativamente anche sulla parte della disposizione sanzionatoria del delitto di lesioni personali gravi o gravissime a danno del *superiore non ufficiale*, che, a seguito della sent. n. 26/1979, continuavano ad essere puniti con la sanzione prevista dal c.p.m.p. (da sette a quindici anni di reclusione); mentre in caso di lesione grave o gravissima in danno del *superiore ufficiale* si applicavano le pene previste dal codice penale comune (reclusione da tre a sette anni nella prima ipotesi e reclusione dai sei ai dodici anni nella seconda), dando luogo ad una patente irrazionalità.

⁶⁷ Tale disposizione è stata integralmente novellata dall'art. 1, l. n. 689/1985. Ora la condotta di insubordinazione con violenza è punita con la pena da uno a tre anni. Se l'insubordinazione viene attuata nelle modalità dell'omicidio, tentato omicidio, omicidio preterintenzionale, ovvero, delle lesioni gravi o gravissime si applicano le sanzioni di cui alle corrispondenti ipotesi delittuose del codice penale comune, eventualmente aumentate fino ad un terzo.

l'oggettività giuridica protetta in via immediata dalla norma, ossia il rapporto di subordinazione gerarchica in ambito militare, rispetto al *bene supremo dell'ordinamento costituzionale* che è il diritto alla vita, ingiustificatamente sacrificato nel *bilanciamento* effettuato a monte dal legislatore⁶⁸.

La Corte, dopo avere effettuato un richiamo “*di stile*” alla propria costante giurisprudenza, sempre attenta a non invadere i confini della discrezionalità legislativa in materia di fissazione di qualità e quantità delle pene edittali, nel passaggio più significativo della decisione, dove emerge con nettezza il *mutamento di prospettiva* dei giudici costituzionali rispetto agli arresti precedenti, afferma che “*nel bilanciare i due tipi di beni il legislatore ha operato uno stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco: antepo- nendo la disciplina militare in tempo di pace, intesa nel senso riduttivo di obbedienza e di rispetto dell'inferiore verso il superiore, a quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale, premessa naturale di qualsiasi altra situazione soggettiva giuridicamente protetta, che è il diritto alla vita*”.

La pronuncia, dunque, al di là di un intervento ablativo di certo condivisibile su una disposizione che, ponendosi in un'ottica di tutela esasperata della disciplina militare, cozzava in maniera stridente con i valori liberal-democratici incarnati dalla Carta Fondamentale⁶⁹, tale da aprire una stagione caratterizzata da molteplici “*incursioni*” della Corte sull'obsoleto sistema del diritto penale militare, ha rappresentato invero una tappa dotata di significato non limitabile al solo scrutinio di ragionevolezza sul *quantum* delle pene⁷⁰.

Il rispetto da parte del legislatore – quantomeno, come *standard* negativo, il non manifesto stravolgimento – dell'*ordine gerarchico dei beni giuridici, così come desumibile dalla Costituzione, anche* nella complessa operazione di calibratura della comminatoria edittale – quale messaggio fondamentale della decisione in analisi – lasciava sottintendere la prospettiva di un possibile accoglimento delle posizioni teoriche⁷¹ che sostenevano la necessità di una ricostruzione costituzionale delle fondamenta sostanziali dell'illecito penale, tanto nella sua componente precettiva quanto in quella sanzionatoria, con il corrispettivo ampliamento dei poteri di sindacato del Giudice delle leggi, sia sulle scelte d'incriminazione che sulle cornici edittali⁷².

⁶⁸ Come opportunamente sottolinea CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 145, nella pronuncia in esame i giudici costituzionali, tramite un apprezzamento in chiave costituzionale dei beni giuridici protetti, hanno allargato la base del sindacato di ragionevolezza richiedendo anche un *bilanciamento* e una valutazione degli interessi contrapposti, abbandonando gli angusti spazi del sindacato di eguaglianza logico-formale ed aprendo in tal modo la strada ad un controllo della *giustizia* delle leggi; evidenzia anche la “*valutazione di merito in chiave costituzionale del rango dei beni penalmente protetti*”, ROSSETTI M., *Controllo di ragionevolezza*, cit., 207.

⁶⁹ Cfr. PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza*, cit., 366-67, secondo il quale l'opera di “*imponente revisione di molti reati militari*”, nel cui alveo deve essere ricondotta la pronuncia in parola, può essere fatta rientrare nella prima fase storica del controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, in cui la Corte ha proceduto all'espunzione delle norme incriminatrici palesemente illiberali e le questioni sottoposte alla sua attenzione erano “*accomunate da una certa estraneità o quantomeno distanza dei valori tutelati rispetto al nuovo quadro costituzionale, piuttosto che dalla “irragionevolezza” della scelta di criminalizzazione*”.

⁷⁰ INSOLERAG., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza*, cit., 422-23.

⁷¹ BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, cit., 18-19; discute ampiamente i profili problematici inerenti ad un sindacato sulle cornici edittali di pena condotto in base alla *significatività* dei beni protetti PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 734-45.

⁷² L'autorevole dottrina citata alla nota precedente sosteneva la necessità che la Corte costituzionale, tramite l'aggancio all'art. 3, c.

Tuttavia – come si vedrà nel proseguo dell'analisi delle decisioni successive – tale prospettiva, dischiusa dalla pronuncia in esame, è stata perlopiù tradita.

Innanzitutto dal legislatore, primo interlocutore della autorevole dottrina sopracitata, dimostratosi cronicamente incapace di porre mano ad una riforma organica e razionale del sistema penale, dando piena attuazione ai valori costituzionali, ed in secondo luogo dai giudici costituzionali, se sol si considera la scarsissima quantità di sentenze che hanno fatto leva sul raffronto costituzionalmente guidato tra bene superiore della libertà personale ed interesse protetto dalla norma oggetto di controllo⁷³, ragionando in termini di *proporzionalità* c.d. intrinseca (interna alla norma oggetto di controllo), rispetto ai numerosi interventi che hanno confinato la *giustiziabilità* delle questioni sulla misura della pena al raffronto con un *tertium comparationis* (con tutte le criticità annesse) nell'ambito del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza⁷⁴.

Ritornando brevemente alle reazioni della letteratura coeva alla presa di posizione della Corte, va osservato che esse sono state quasi unanimemente positive⁷⁵, essendosi posta in risalto soprattutto la transizione da un sindacato sull'*eccesso di potere legislativo*, di tipo “*sintomatologico*”, volto a censurare norme manifestamente irrazionali, frutto di *distrazioni legislative*, ad un più penetrante controllo finalizzato a censurare “una *razionale*, ma *ingiusta*, *voluntas legis*”⁷⁶, tenendo in considerazione la *gerarchia valoriale* desumibile dalla Costituzione.

Un *decisum* pertanto apprezzabile e significativo, anche se non scevro da criticità, soprattutto se rivalutato alla luce dell'evoluzione interpretativa susseguente.

Un passaggio argomentativo non condivisibile è quello iniziale, dal quale muove la Corte.

Essa fa riferimento al principio di diritto positivo, ben radicato nel diritto penale italiano, secondo il quale delitto tentato e consumato non sono equiparabili *quoad poenam*, essendo lecito per il legislatore agire in deroga a tale assunto solamente nel rispetto del limite della razionalità.

Ragionando in questi termini, all'evidenza, si effettua una pericolosa inversione: si interpretano cioè le norme costituzionali in materia penale alla luce delle norme ordinarie⁷⁷, non muovendosi nell'ottica di

1, Cost. superasse le “*assurde*” perplessità inizialmente manifestate nei confronti di un controllo di legittimità non impostato con riferimento ad una norma costituzionale esplicita, BRICOLAF., *Teoria generale del reato*, cit., 19 nt. 9.

⁷³ Lo nota, con grande acutezza, PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza*, cit., 379-80 e nt. 61.

⁷⁴ Nell'impostazione teorica di BRICOLA “*la sproporzione tra misura della sanzione e valore tutelato dipende, oltre che da un giudizio quasi inevitabile di raffronto con altri beni costituzionalmente rilevanti e tutelati da altre norme penali, altresì e principalmente dal rapporto di gerarchia (e dall'entità di esso) intercorrente fra bene tutelato e libertà personale sacrificata dalla sanzione penale e quindi non solo da un giudizio estrinseco alla norma penale ma anche da un giudizio intraneo ad essa*”, così BRICOLAF., *op. loc. cit.*

⁷⁵ ROSSETTIM., *Controllo di ragionevolezza*, cit., 200 ss.; PIACENTINI C., *Reati di insubordinazione militare*, cit., 373 ss.; *contra* però v. GRASSO P.G., *Questioni costituzionali in tema di diritto penale militare*, cit., 479.

⁷⁶ INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza*, cit., 422.

⁷⁷ E' interessante notare, in prospettiva comparatistica, che questa forte obiezione viene mossa anche all'operato della *Supreme Court*, allorché si impegna nella “*categorical proportionality review of excessive penalties*” e utilizza il criterio dei c.d. *objective indicia of national consensus* (ossia le disposizioni legislative sanzionatorie e le condanne delle giurie nei diversi Stati dell'Unione), al fine di rilevare l'eccessività della pena capitale in relazione a determinate categorie di rei o di reati. La letteratura statunitense, in particolare, rimprovera a tale metodologia di analisi costituzionale il difetto di volere determinare il contenuto di una protezione costituzionale – quale è il diritto a non subire pene *gravemente eccessive* rispetto alla gravità del reato, desunto in

una necessaria *costituzionalizzazione* del principio di offensività del reato (frutto dell'interpretazione sistematica degli artt. 25, c. 2 e 27, c. 1 e 3, Cost.)⁷⁸, sulla quale fondare per l'appunto il principio di diritto positivo che impone reazioni sanzionatorie di diversa gravità a condotte caratterizzate da diversa lesività, ma al contrario si concede al legislatore un amplissimo e sostanzialmente incontrollabile margine per giustificare, nei difficilmente decifrabili limiti della razionalità, eventuali scostamenti da un principio cardine di ogni diritto penale liberale, fondamentale garanzia contro derive autoritarie⁷⁹.

Un ulteriore aspetto criticato dalla dottrina⁸⁰ riguarda il mancato accoglimento della concorrente censura lamentata dal giudice rimettente, riguardante la violazione dell'art. 27, c. 3, Cost., che fu ritenuta assorbita nella violazione del principio di cui all'art. 3, c. 1, Cost.

Evitando di pronunciarsi sull'eccezionale violazione del principio del finalismo rieducativo, a causa della manifesta eccessività della sanzione, la Corte, da un lato, continuava nel suo *disimpegno* circa la precisa definizione di una “*finalità costituzionale*” della pena, conformemente alla c.d. *concezione polifunzionale*⁸¹, invero abbandonata (in realtà mai completamente) solo con la importante sentenza n. 313/1990 (sulla quale v. *amplius infra*), dall'altra, mancava di cogliere il fondamentale nesso tra *proporzione della pena ed istanza rieducativa*, già individuato con precisione dalla dottrina più sensibile, che sarebbe stato compiutamente sviluppato nella giurisprudenza successiva della Corte, rendendo significativamente più pervasivo il controllo di costituzionalità delle pene eccessive.

Una volta messi in luce i profili critici di maggiore interesse della sentenza ed averne sottolineato l'importanza nel complessivo sviluppo del sindacato sull'entità della pena, si può osservare conclusivamente – anche sulla base di recenti riflessioni – che forse vi è stata un'eccessiva enfaticizzazione della pronuncia da parte dei commentatori.

Se pure è vero che per la prima volta è stata aperta una breccia nel muro dell'intangibilità delle scelte politico-legislative, attraverso la valutazione dei beni giuridici in gioco, cionondimeno va rilevato che “*la decisione costituisce un apprezzabile svolgimento della dottrina elaborata dalla giurisprudenza costituzionale sui limiti di legittimità delle equiparazioni quoad poenam. La Corte costituzionale è venuta a sanzionare nient'altro che una macroscopica violazione del principio d'eguaglianza, consistente in un livellamento sanzionatorio di fattispecie di reato, oggettivamente diverse dal punto di vista delle valutazioni dell'ordinamento giuridico, e realizzato mediante la comminatoria di una pena*

via interpretativa dall'Ottavo Emendamento alla Costituzione Federale – facendo riferimento alla legislazione ordinaria, in contrasto con lo stesso spirito che originariamente condusse alla sua emanazione, quale presidio contro gli abusi e gli eccessi della pubblica autorità nei confronti dell'individuo.

⁷⁸ BRICOLAF, *Teoria generale del reato*, cit., 81 ss.

⁷⁹ Si appunta con decisione su tali profili ROSSETTI M., *Controllo di ragionevolezza*, cit., 205-206.

⁸⁰ ROSSETTI M., *Controllo di ragionevolezza*, cit., 210-11; INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza*, cit., 422-23.

⁸¹ Sulla funzione della pena nei tracciati della giurisprudenza costituzionale, si veda il denso saggio di FIANDACAG., *Scopi della pena tra comminazione editale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI G., Napoli, 2006, 131 ss.

*fissa quale l'ergastolo*⁸².

Pur riconoscendo una *evoluzione* del sindacato, dunque, allo stesso tempo si sottolinea una certa *continuità* rispetto alla giurisprudenza precedente: la censura di una macroscopica violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza, va apprezzata non tanto in termini di valutazione sulla *giustizia* di un determinato ammontare di pena edittale, quanto piuttosto come *incoerenza* o *irrazionalità* della scala di severità comparativa, riferendosi ad una potenzialmente riconoscibile “*graduatoria*” della gravità dei fatti, in base ai diversi livelli di offensività⁸³.

Tali considerazioni, di certo condivisibili, e d'altra parte confermate dal perdurante atteggiamento di autolimitazione della Corte nella materia oggetto di studio, non debbono però fare dimenticare – ad avviso di chi scrive – che la sentenza in parola abbia costituito un fondamentale “*battistrada*” rispetto alle successive prese di posizione, dove si sono maggiormente sviluppate le potenzialità dei principi di ragionevolezza e proporzionalità della pena⁸⁴.

Risalente al medesimo periodo storico e dotata di grande significato, ai fini della ricostruzione diacronica dei tracciati giurisprudenziali – seppur afferente al distinto, ma correlato, tema della legittimità costituzionale delle c.d. pene fisse, che in questa sede non può essere adeguatamente approfondito – è senza dubbio la sent. n. 50/1980⁸⁵.

In quella occasione i giudici costituzionali, chiamati a pronunciarsi su una disposizione che prevedeva una pena fissa per chiunque circolasse con un veicolo che superasse il peso complessivo massimo consentito a pieno carico⁸⁶, relativamente alle asserite violazioni degli art. 3, c. 1 e 27, c. 1 e 3, Cost., pur ritenendo la questione infondata, si soffermarono sui profili di tendenziale contrarietà delle articolazioni sanzionatorie rigide con i principi di eguaglianza e proporzione.

Mutando atteggiamento rispetto alla giurisprudenza precedente⁸⁷, la Corte, ribadito che lo strumento più congruo per garantire il rispetto del principio di cui all'art. 3, c. 1, Cost., rimaneva “*la mobilità della pena,*

⁸² Così si esprime DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 216-217.

⁸³ PULITANO D., *Offensività del reato*, cit., 681; ID., *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 46-47, laddove l'Illustre A. precisa che, quando viene svolto un sindacato di ragionevolezza sulle pene edittali, alla luce del principio di eguaglianza, possono emergere solo questioni di “*coerenza assiologica delle pene edittali previste da norme appartenenti ad un dato sottosistema o relative a fattispecie regolanti la stessa materia*”, in termini sempre relazionali.

⁸⁴ Enfatizza opportunamente il nesso di continuità tra la sent. n. 26/79 e la sent. n. 341/1994, osservando che in entrambe le occasioni i giudici costituzionali hanno declinato il parametro della ragionevolezza traendo linfa dall'intero quadro costituzionale, CORBETTAS., *La cornice edittale della pena*, cit., 147-48.

⁸⁵ In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 725 ss., con nota di PALIERO C.E., *Pene fisse e Costituzione*, cit. Sul significato dell'importante pronuncia e sugli sviluppi successivi del controllo di legittimità delle pene fisse, si vedano CORBETTAS., *La cornice edittale della pena*, cit., 153; MANES V., *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, (ottobre 2014), in *Studi e ricerche* disponibile all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do> (ultimo accesso 31 luglio 2015), 81-84; BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 202-205; CHIRULLI P., *La sanzione penale*, cit., 61-64; MAGNANENSI S. - RISPOLI E., *La sanzione penale (luglio 2008)*, in *Studi e ricerche* disponibile all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do> (ultimo accesso 31 luglio 2015); DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 127.

⁸⁶ La norma oggetto di scrutinio era l'art. 121, terzo comma, del t.u. delle norme concernenti la disciplina della circolazione stradale, approvato con d.P.R. 15 giugno 1959, n. 393, nel testo sostituito dall'art. 5 della legge 5 maggio 1976, n. 313, nella parte in cui punisce con l'ammenda di lire 800 mila e con 15 giorni di arresto chiunque circoli con un veicolo che superi di oltre trenta quintali il peso complessivo consentito.

⁸⁷ Sent. n. 67/1963, sulla quale v. ESPOSITO C., *Le pene fisse e i principi di eguaglianza, personalità e rieducazione della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 662 ss.

cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore fra un minimo ed un massimo edittale” sostenne che l'eguaglianza di fronte alla pena viene in definitiva a significare *“proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite alla potestà punitiva statale”* e *“in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale; ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia “ragionevolmente” proporzionata all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico reato”*.

Tale orientamento, confermato in numerose pronunce successive⁸⁸, si mostra particolarmente apprezzabile sotto il profilo dello sviluppo argomentativo, il quale si fonda sulla necessità di individualizzare e proporzionare la pena conformemente al carattere strettamente personale della responsabilità penale, tramite la valorizzazione congiunta del principio generale di eguaglianza e del principio di legalità delle pene di cui all'art. 25, c. 2, Cost., che *“dà forma ad un sistema che trae contenuti ed orientamenti da altri principi sostanziali come quelli indicati dall'art. 27, primo e terzo comma, Cost., ed in cui l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità”*.

Una prospettiva, dunque, tesa a mettere in luce il ruolo centrale della discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena, ex artt. 132 e 133 c.p., sottolineando come *“l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti contribuisce a rendere quanto più possibile “personale” la responsabilità penale nella prospettiva segnata dall'art. 27, c. 1; e nello stesso tempo è strumento per la determinazione quanto più possibile finalizzata, nella prospettiva dell'art. 27, c. 3, Cost.”*. L'esigenza di fondo manifestata dalla presa di posizione risulta essere in definitiva quella di *“un'articolazione legale del sistema sanzionatorio, che renda possibile tale adeguamento individualizzato, proporzionale, delle pene inflitte con la sentenza di condanna.”*

A proposito della pronuncia in parola si deve osservare come si dimostri condivisibile per la valorizzazione in chiave sistematica dei principi costituzionali in materia penale-sanzionatoria: ritiene infatti implicitamente costituzionalizzata l'esigenza di proporzionalità della pena, quale precipitato del principio di eguaglianza di cui all'art. 3, c.1, Cost., nonché della necessità di personalizzazione e del finalismo rieducativo, ex art. 27, c. 1 e 3 Cost. Essa tuttavia non pare segnare una significativa progressione verso l'ampliamento dei poteri di sindacato della Corte⁸⁹. Si continua infatti a mantenere ben fermo il limite negativo della manifesta irragionevolezza delle opzioni legislative, in assenza del quale *“porre in discussione la generale “proporzionalità” fra tipo di illecito ed il livello sanzionatorio*

⁸⁸ Si vedano, ad esempio le Ord. n. 475/2002 e 91/2008, in materia rispettivamente, di contrabbando e recidiva.

⁸⁹ In questo senso si esprimono ad es. MANES V., *Principi costituzionali in materia penale*, cit., 81; CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 153.

*significherebbe sovrapporre altre valutazioni di merito a quella operata dal legislatore nell'ambito di una sua competenza esclusiva*⁹⁰.

Dovrà dunque attendersi la fine degli anni ottanta e soprattutto gli anni novanta per assistere ad un più deciso e compiuto sviluppo dello scrutinio sulle cornici edittali, favorito da quella che è stata di recente definita come “*sinergica interazione tra (principio di) proporzione e finalità rieducativa capace di imprimere al primo una più incisiva capacità di penetrazione nel controllo di costituzionalità della misura della pena*”⁹¹: uno sviluppo condotto in base a canoni non solo di razionalità della legge rispetto al suo scopo, ma anche rispetto ai valori, necessariamente agganciati alla finalità precipua che viene assegnata alla sanzione dalla Carta fondamentale.

Una stagione “*attivista*” della Corte, nella quale emerge l'intima compenetrazione tra finalismo rieducativo e principio costituzionale di proporzionalità della sanzione penale, con il conseguente irrobustirsi della *capacità dimostrativa*⁹² e della *giustiziabilità* di quest'ultimo, nonostante tutte le peculiari problematicità che hanno da sempre contraddistinto il sindacato della Corte sulla legislazione penale.

1.3 Gli ulteriori sviluppi negli anni successivi: l'interazione tra ragionevolezza, proporzione e principio rieducativo

Prima di addentrarsi nella disamina delle pronunce che più *direttamente* hanno valorizzato il nesso tra finalismo rieducativo e principio di proporzione della pena, si rende opportuno focalizzare l'attenzione brevemente su un significativo arresto, la sent. n. 409/1989⁹³, che, pur non fondando la declaratoria d'illegittimità sulla concorrente violazione dell'art. 27, c. 3, Cost.⁹⁴, ma ancora unicamente del principio di eguaglianza formale⁹⁵, lascia intravedere alcuni rilevanti profili di novità.

La Corte nell'occasione decretò l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, c. 2, l. n. 772/1972 (Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza), come sostituito dall'art. 2, l. n. 695/1974, nella parte in cui determinava la pena edittale nella misura minima di due anni anziché sei mesi di reclusione e nel

⁹⁰ L'esigenza che la pena sia commisurata alla gravità del fatto, sin dalla comminatoria edittale, viene ripresa anche dalla sent. n. 103/1982, la quale però poi precisa che le valutazioni discrezionali del legislatore sono censurabili solo nei casi in cui non è rispettato il limite della ragionevolezza. Per approfondimenti sulla decisione citata, si rinvia a RIONDATO S., *Legalità della pena e “supplenza” del codice penale comune nell'ordinamento militare*, in *Cass. pen.*, 1985, I, 827 ss.

⁹¹ DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 187.

⁹² La distinzione tra principi informativi o di indirizzo, dotati di mera efficacia argomentativa, e principi dotati di capacità dimostrativa, “*tale da farli assurgere al rango di norme costituzionali cogenti nella costruzione di tutte le leggi ordinarie e suscettibili di essere applicati autonomamente (senza l'ausilio di altri principi) dalla Corte costituzionale per caducare le disposizioni in contrasto con essi*”, viene tracciata da DONINI M., voce *Teoria del reato*, *Digesto/pen.*, XIV, 1999, § 6; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, 29 ss., 35.

⁹³ In *Giur. cost.*, 1989, 1906 ss.

⁹⁴ PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza*, cit., 363 e nt. 26.

⁹⁵ Evidenzia questo profilo TOSCANO A., *La funzione della pena*, cit., 88-90; cfr. DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 207-208.

massimo di quattro anni anziché due anni di reclusione.

Venne giudicata l'illegittimità di una irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio tra l'art. 8, c. 2, l. n. 772/1972, che puniva coloro che si rifiutavano di svolgere il servizio militare di leva per motivi di coscienza con la reclusione da due a quattro anni, e l'art. 151 c.m.p.m., che, contemplando il reato di mancanza alla chiamata, era dotato di un compasso edittale significativamente meno duro, prevedendo la pena della reclusione da sei mesi a due anni.

Attraverso un giudizio d'eguaglianza, strutturato secondo la classica individuazione del *tertium comparationis* (art. 151 c.m.p.m.), ed accertata la *omogeneità strutturale* e l'identità di *ratio legis* tra quest'ultimo e la norma scrutinata, la Corte afferma “*La sanzione della reclusione da due a quattro anni, comminata dal secondo comma dell'art. 8 della legge in esame, per il delitto ivi previsto, risulta, tenuto conto della disciplina sanzionatoria di cui all'art. 151 c.p.m.p., manifestamente irrazionale. Per quanto subiettivamente diversificati, i delitti di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza e di mancanza alla chiamata ex art. 151 c.p.m.p. ledono, con modalità oggettive analoghe, uno stesso interesse, quello ad una regolare incorporazione degli obbligati al servizio di leva nell'organizzazione militare. La notevole diversità di trattamento penale tra il militare che rifiuta il servizio militare adducendo motivi di coscienza (pena edittale da due a quattro anni) ed il militare che, mancando alla chiamata, sostanzialmente rifiuta lo stesso servizio militare senza alcun motivi o per motivi futili (pena edittale da sei mesi a due anni) apertamente comporta arbitraria, sproporzionata severità nei confronti del militare che adduce, a giustificazione del suo delitto, motivi di coscienza.*”

Dunque, ad un primo sguardo, nulla di più che una chiara applicazione del principio di ragionevolezza-eguaglianza, tale da condurre la Corte a ritenere priva di ogni ragionevole giustificazione, e pertanto illegittima per violazione dell'art. 3, c. 1, Cost., la eccessiva severità della pena comminata per il delitto di rifiuto di svolgere il servizio militare di leva per motivi di coscienza, rispetto a quella prevista per il delitto, *strutturalmente affine*⁹⁶, di mancanza alla chiamata ex art. 151 c.p.m.p.

Nella pronuncia, tuttavia, si può cogliere un *quid novi*⁹⁷.

⁹⁶ Nella motivazione vengono colti i profili di analogia tra le due norme, sia dal punto di vista oggettivo che sotto il profilo soggettivo, che rendono manifestamente irragionevole la discriminazione sanzionatoria. In particolare si legge “... non può non sottolinearsi la lesione, con analoghe modalità oggettive, da parte di entrambi i fatti delittuosi, d'uno stesso bene giuridico. D'altra parte, il rimprovero di colpevolezza che si muove al soggetto attivo del delitto previsto dal secondo comma dell'art. 8 della legge in esame, non potendo, certo, essere quello di aver addotto, a giustificazione (o spiegazione) del delitto commesso, motivi di coscienza, risulta identico (od almeno analogo) a quello mosso al militare che manca alla chiamata ex art. 151 c.p.m.p., e cioè quello di avere dolosamente leso l'interesse statale alla normale incorporazione nell'organizzazione militare. Va, pertanto, qui ribadito che l'adduzione di motivi di coscienza (come, del resto, qualsiasi scelta ideologica) non può, in nessun caso, condurre alla davvero sproporzionata (rispetto a quella ex art. 151 c.p.m.p.) sanzione penale di cui al secondo comma dell'art. 8 della legge n. 772 del 1972”. Per una critica all'interpretazione della Corte sugli elementi di omogeneità fra le due ipotesi delittuose raffrontate si veda MESSINAR., *Ancora giustizia per gli obiettori di coscienza*, in *Foro It.*, 1990, 38.

⁹⁷ Autorevole dottrina costituzionalistica valuta positivamente la pronuncia, definendola “sentenza sostitutiva molto elaborata e di pregio”, così MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 23-24; si esprime in termini sostanzialmente positivi riguardo alla importante pronuncia, pur non lesinando critiche rispetto alla congruità del *tertium comparationis* individuato dal giudice *a quo*, anche autorevole dottrina penalistica, v. COPPI F., *Difesa della patria, obiezione di coscienza e reati militari (art. 52 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI G., Napoli, 2006, 267 ss. ed in part. 282-283; in termini analoghi, FIANDACAG., *Scopi della pena*, cit., 143.

Si afferma, infatti – seppur solo in via incidentale – contrariamente all'orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale precedente, che il fine rieducativo della sanzione viene in considerazione non solo nella fase esecutiva, del trattamento penitenziario, ma anche nello stadio della minaccia legislativa⁹⁸.

A questo profilo – che avrebbe trovato pieno recepimento di lì a breve nell'elaborazione della Corte, con la fondamentale sentenza n. 313/1990 – se ne deve aggiungere un altro, inerente allo svolgimento, nell'*iter* motivazionale, di considerazioni di ordine generale circa la natura ed il significato del principio di proporzionalità ed alle sue specifiche proiezioni in ambito penale (e, per quanto qui interessa maggiormente, penale-sanzionatorio).

Tale principio, benché avesse trovato ampio spazio nella riflessione dottrina penalistica⁹⁹, era rimasto invece piuttosto ai margini dei *moduli argomentativi* del Giudice delle leggi, faticando ad affermarsi, in uno scenario monopolizzato dall'impiego del sindacato di eguaglianza-ragionevolezza.

Se si eccettuano pochi casi, come ad esempio quello della sopracitata sent. n. 50/1980 (dove comunque l'esigenza di proporzione della sanzione viene intesa meramente quale corollario dell'eguaglianza), nelle decisioni, il problema della misura della pena veniva affrontato senza alcun riferimento esplicito al principio di proporzione, e dunque non vi era mai stata neppure l'occasione per chiarirne il significato, tanto in termini generali (“*in senso ampio*”)¹⁰⁰, in riferimento all'intero ordinamento, quanto, più specificamente, riguardo alla materia penale.

Ed è proprio questo il dato più significativo ed apprezzabile della sentenza in esame, l'averne compiutamente formulato, anche dal punto di vista *linguistico* e *definitorio*, il principio di proporzione ed i suoi effetti sulla materia penale.

A tale proposito, in essa si legge che “*il principio di proporzionalità (valido per l'intero diritto pubblico)*

⁹⁸ Ben coglie questo aspetto “anticipatorio” della pronuncia, CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 153-54.

⁹⁹ Ancora fondamentale il contributo di ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 165 ss., che ritiene “*mediatamente costituzionalizzato per implicazione logica*” il principio in parola; DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in MARINUCCI G.-DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 371 ss., 387-88; PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 737-738; PADOVANI T., *La disintegrazione attuale*, cit., 443-452; ID., *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza Italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 953 ss.; più di recente, si vedano i contributi di MANES V., (voce) *Principio di proporzionalità*, cit., 104 ss.; ID., *Attualità e prospettive*, cit., 757 ss.; ID., *Il giudice nel labirinto*, cit., 745 ss. Per un'attenta ricostruzione in chiave storica, filosofica e costituzionale del principio di proporzione della pena, da ultimo, CATERINI M., *La proporzione nella dosimetria della pena*, cit., 49 ss.

¹⁰⁰ Pur non potendo dilungarsi sul punto – essendo l'indagine concentrata sull'analisi della giurisprudenza costituzionale sulla misura della pena – deve essere notato che i giudici costituzionali, nella questione sollevata, erano stati chiamati a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma oggetto di controllo in base a molteplici parametri, ossia gli artt. 2, 3, 13, 25 c. 2, 27 c. 1 e 3 Cost., ossia “*quel complesso di parametri che consentono di qualificare il diritto penale come extrema ratio della società*”. In base a tale insieme di precetti, la Corte individuava tre principi distinti: il primo, in base al quale non sono legittime le incriminazioni penali a tutela di beni non espressivi di valori costituzionalmente rilevanti o significativi (sul punto si veda l'importante sentenza n. 189/1987); il secondo, principio di proporzionalità, valevole per l'intero diritto pubblico ma con peculiari connotazioni nella materia penale (v. corpo testo); il terzo, principio di sussidiarietà (*extrema ratio*) secondo il quale “*è legittimo ricorrere alla sanzione penale soltanto allorché gli altri rami dell'ordinamento non offrano adeguata tutela ai beni che s'intendono garantire*”. Sui problemi del canone dell'*extrema ratio* in materia penale, anche nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale, v. da ultimo, DE MURO G., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1654 ss., in part. 1669-1673.

a termini del quale la scelta dei mezzi o strumenti, da parte dello Stato, per raggiungere i propri fini, va limitata da considerazioni razionali rispetto ai valori: nel campo del diritto penale, il principio equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni”.

Un principio di proporzionalità declinato, quindi, in senso ampio, secondo un'ottica di razionalità strumentale rispetto ai valori da proteggere, ed in una logica costi-benefici¹⁰¹, che dispiega la sua efficacia ben oltre il versante della quantificazione sanzionatoria edittale, già come *limite* alla scelte legislative in sede di criminalizzazione e sull'ampiezza della tutela da apprestare¹⁰².

Per quanto però attiene al controllo di legittimità sul trattamento sanzionatorio *stricto sensu*, la Corte non fa seguire alle significative (ed innovative) precisazioni sopra richiamate un altrettanto deciso potenziamento dei suoi poteri di controllo, non distaccandosi dalla “*rassicurante*” struttura del giudizio trilaterale di eguaglianza-ragionevolezza già ampiamente utilizzata in precedenza, con l'individuazione di un congruo *tertium comparationis*, che rimane dunque il “*requisito tecnico*” per la giustiziabilità del principio di proporzione della sanzione, sempre ed unicamente in termini *orizzontali e relativi*.

“*Il richiamo al principio di proporzionalità – argomenta la Corte – risulta fondato nel ristretto senso ... che risulta sproporzionata e manifestamente irrazionale la quantità di pena comminata dal contestato secondo comma dell'art. 8 della legge in esame per l'ipotesi delittuosa ivi prevista ...*” ed ancora, richiamando il proprio consolidato orientamento circa i limiti del controllo sulla ragionevolezza dell'entità delle sanzioni, “*Questa Corte ha già più volte osservato che il principio di eguaglianza, di cui all'art. 3, primo comma, Cost., esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali; ed ha aggiunto che le valutazioni all'uopo necessarie rientrano nel potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato, sotto il profilo della legittimità costituzionale, soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza*”.

Volendo tirare le fila del discorso, con alcune considerazioni conclusive sulla importante pronuncia in

¹⁰¹ La dottrina sottolinea questa caratteristica del principio di proporzione, cfr. MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2012, 11-13; v. anche le considerazioni di PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza*, cit., 381; ID., *Introduzione ai principi*, cit., 72, proprio in riferimento alla logica costi-benefici sottesa al giudizio di proporzione.

¹⁰² Come si è precisato in letteratura, il principio di proporzione, nella sua accezione più ampia, “*opera a vari livelli, fungendo da metro o indice dei modi di rilevanza dei diversi fattori che influiscono sull'an e il quantum della punibilità*”, così ANGIONI F., *Contenuto e funzioni*, cit., 165-66; cfr. per sviluppi, anche in base all'influsso delle fonti sovranazionali di matrice euorounitaria e CEDU, MANES V., (voce) *Principio di proporzionalità*, cit., 105, il quale sottolinea opportunamente come nella nostra esperienza il principio di proporzione “*in senso ampio*” venga declinato, già sul piano terminologico, prima che su quello applicativo, in principi distinti (offensività, sussidiarietà/*extrema ratio*, criterio generale della ragionevolezza), essendo il principio di proporzione circoscritto al controllo di legittimità sull'equilibrio sanzionatorio di fattispecie; segnala la *poliedricità* del concetto di proporzione e degli schemi applicativi fatti propri dalla Corte costituzionale, richiamando, tra le altre, la sent. n. 409/1989, INSOLERA G., *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2003, 36-38.

esame¹⁰³, e sul suo peso specifico nell'evoluzione del controllo di legittimità sulla misura della pena, va rilevato che essa, pur avendo svolto precisazioni fondamentali sui limiti *generali* del giudizio di ragionevolezza sul contenuto delle norme penali¹⁰⁴, condotto in base ai diversi canoni dell'*intrinseca meritevolezza dell'interesse tutelato*, della *proporzionalità* e della *sussidiarietà (extrema ratio)*, ha, in realtà, riconosciuto piena *operatività invalidante* al solo principio di proporzionalità della pena, ma sempre negli stretti spazi segnati dalla manifesta irragionevolezza, misurata su scala relativa, in base alla comparazione con un congruo termine di raffronto normativo.

Possono essere collocate in linea di continuità con la presa di posizione testé analizzata alcune importanti decisioni¹⁰⁵, che hanno inciso ripetutamente sulla disciplina sanzionatoria dei delitti previsti in materia di obiezione di coscienza dei militari (ora abrogata)¹⁰⁶, manifestando una linea di tendenza chiara della Corte, la quale si è via via aperta ad un sindacato di ragionevolezza più penetrante sulle opzioni sanzionatorie deliberate in sede legislative, applicando il principio di proporzione come strumento di garanzia del bilanciamento fra valori e beni di rilievo costituzionale e controllando inoltre l'entità della sanzione in base all'efficacia rieducativa, fin dalla comminatoria astratta¹⁰⁷.

Dato brevemente conto della nuova, più *ampia*, accezione che viene a contraddistinguere il sindacato di ragionevolezza sul trattamento sanzionatorio in questa fase, ci si deve soffermare su una decisione definita "*storica*" in dottrina¹⁰⁸.

Il riferimento è alla notissima sentenza n. 313/1990¹⁰⁹, con cui il Giudice delle leggi ha affermato la

¹⁰³ Nello stesso anno vanno segnalate anche altre tre pronunce di accoglimento su questioni riguardanti la misura della pena in relazione a figure delittuose previste dalla normativa penale militare, segnatamente le sent. nn. 49/1989, 139/1989 e 273/1989.

¹⁰⁴ V. PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza*, cit., 371 e nt. 41, secondo il quale tale "giudizio di costituzionalità si snoda lungo i meandri e le sfumature di valutazioni contenutistiche, certo tipiche del discorso legislativo ma altrettanto indubbiamente consentite dal parametro della ragionevolezza".

¹⁰⁵ Il riferimento è alle sentenze nn. 467/1991, 343/1993, 358/1993, 422/1993, 43/1997.

¹⁰⁶ Ad opera della l. n. 230/1998.

¹⁰⁷ Su questo "gruppo" di decisioni, che non possono essere trattate approfonditamente, per evidenti ragioni di spazio, si rinvia alle considerazioni di COPPI F., *Difesa della patria*, cit., 267-307; DI GIOVINE O., *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. "A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1, 159 ss.; v. anche DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit. 190-191; svolge un'analisi efficace e completa di tutte le pronunce richiamate, TOSCANO A., *La funzione della pena*, cit., 124-141, e la corposa bibliografia *ivi* citata; cfr. BAIO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 235 la quale opportunamente evidenzia il nesso di continuità della "valutazione critica degli interessi in gioco" compiuta dalla Corte nella fondamentale sent. n. 26/1979 e nelle pronunce richiamate alla nota precedente, incidenti sulle dissimmetrie ed irrazionalità del trattamento sanzionatorio dei delitti previsti in materia di obiezione di coscienza militare, ed ID., *ibidem*, 240-46 nt. 139, e letteratura *ivi* richiamata.

¹⁰⁸ DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 797 ss., in part. 811. Non a caso la pronuncia si colloca a circa due anni di distanza dalla fondamentale sentenza n. 364/1988 in tema di *ignorantia legis* inevitabile-scusabile, e, accogliendone i presupposti, sviluppa compiutamente, sul piano sistematico, il collegamento tra colpevolezza, rieducazione e proporzione, "*addirittura sul piano della struttura del fatto di reato*" e, come sottolineato dalla dottrina, "*completa l'opera di valorizzazione dell'art. 27, c. 3, Cost. sul terreno ad esso più direttamente congeniale degli scopi della sanzione penale*", così FIANDACA G., *Scopi della pena*, cit., 137.

¹⁰⁹ In *Foro It.*, 1990, I, 2385 ss., con note di FIANDACA G., *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale* e TRANCHINA G., *"Patteggiamento" e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile*. Sulla pronuncia si vedano altresì i commenti di MONACO L.-PALIERO C.E., *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 2, 421 ss.; DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena*, cit., 797 ss.; MANNOZZI G., *Razionalità e "giustizia"*, cit., 9-12. Un ottimo quadro d'insieme sulla funzione rieducativa della pena nell'elaborazione giurisprudenziale della Consulta ed alcune osservazioni specifiche sull'importanza della sent. n. 313/1990 in EMANUELE P.P., *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in

incostituzionalità dell'art. 444, c. 2, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27, c. 3 Cost., il giudice potesse valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione.

Giova sul punto una precisazione preliminare.

Il limitato angolo visuale che interessa in questa sede, coerentemente allo studio intrapreso, è quello relativo al decisivo ruolo dell'affermazione di principio circa la preminenza della finalità rieducativa, in tutte le fasi di esistenza della sanzione penale (comminatoria edittale, commisurativa, esecutiva) ed alla sua interazione con il controllo di ragionevolezza-proporzione sulla misura delle pene edittali, che, come sottolineato a più riprese, ne ha tratto fondamentale linfa.

Non risulta infatti possibile allargare l'esame ad altri, pur rilevanti, aspetti, come l'impatto generale dei riti alternativi sulla tenuta del sistema sanzionatorio, o i profili attinenti alla commisurazione "in concreto", ovvero l'approfondimento della evoluzione storica del finalismo della pena nei tracciati della giurisprudenza costituzionale.

Ciò posto, dev'essere nondimeno rilevato che – come si comprenderà meglio nel prosieguo, specialmente in funzione dell'indagine comparatistica con la realtà statunitense – una prospettiva di ricerca particolarmente stimolante è quella inerente ai rapporti tra controllo di costituzionalità sul *quantum* di pena e finalità (*preminente*) assegnata alla stessa nella dimensione costituzionale¹¹⁰.

Si vedrà infatti, nell'ambito dell'analisi delle posizioni giurisprudenziali e teoriche del sistema nordamericano, che lo "stato dell'arte" si presenta tutt'altro che omogeneo, essendo alcuni studiosi inclini a "riempire" con una o più *sentencing theories* il controllo costituzionale di proporzionalità della sanzione, svolto ai sensi del *proportionality principle* di cui all'Ottavo Em., mentre altri, disillusi circa l'effettiva percorribilità di siffatta strada, mostrano di prediligere una ricostruzione del principio di proporzionalità in termini del tutto *neutrali* rispetto al finalismo della sanzione, conferendogli natura latamente *politica*, quale presidio del diritto individuale a non subire pene manifestamente eccessive, contro gli abusi e gli eccessi da parte del legislatore¹¹¹.

D'ORLANDO E.-MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, 73 ss., specialmente 100-106; BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 261-312 ed in part. 292-99.

¹¹⁰ Individua lucidamente questo angolo visuale già PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 735. Per una opportuna differenziazione teorica, sul piano generale, tra *scopi/finalità* della sanzione penale e *funzioni* della stessa, si veda FIANDACA G., *Scopi della pena*, cit., 132. L'Autore mette in luce che, sebbene di solito i termini siano utilizzati interscambiabilmente, sarebbe più appropriato fare riferimento agli scopi "per alludere al piano deontologico degli obiettivi, normativamente o idealmente rilevanti, presi di mira" (profilo nettamente preponderante anche nel "discorso costituzionale" sulle finalità della pena) ed alle funzioni "per fare riferimento, sul piano sociologico, agli effetti di fatto prodotti dall'applicazione delle sanzioni punitive". Condivide tale impostazione di fondo DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit. 1187 e nt. 51.

¹¹¹ Tale varietà di posizioni – come non è difficile da intuire – è da ricondurre principalmente al fatto che la Costituzione Federale Statunitense del 1787 (e la annessa Dichiarazione dei Diritti del 1791), sono appartenenti ad un'epoca ed ad un contesto storico-politico del tutto diversi rispetto a quelli che hanno visto nascere ed evolversi la nostra Carta Fondamentale, e, per quel che qui più rileva, nella prima il parametro costituzionale in base al quale si giudica la legittimità della misura delle sanzioni penali (Ottavo Em., c.d. *cruel and unusual punishment clause*) non fornisce alcuna indicazione univoca circa il *finalismo* della sanzione, a differenza del nostro art. 27, c. 3, Cost. La mancata espressione di un fine "privilegiato" della sanzione, in uno al totale abbandono del *rehabilitative ideal* già da tempo verificatosi (ed anche di concezioni *lato sensu* umanitarie), a favore di modelli

D'altra parte – come si vedrà – tale ultimo orientamento risulta essere più coerente con le non sempre chiare prese di posizione dei giudici supremi, che hanno mostrato di aderire al c.d. *penological pluralism*, finendo in definitiva per assecondare acriticamente ogni scelta politico- sanzionatoria.

Ma, dopo questa breve digressione, torniamo alla decisione in esame.

Com'è noto, il Giudice delle leggi, conformandosi alle più autorevoli posizioni espresse in letteratura nel corso degli anni¹¹², aveva da sempre sostenuto la c.d. *teoria polifunzionale della pena*¹¹³.

In estrema sintesi, i percorsi argomentativi delle decisioni succedutesi negli anni – nonostante l'*univoco* dato testuale dell'art. 27, c. 3, Cost.¹¹⁴ – non avevano mai riconosciuto alcuna *priorità di ordine gerarchico* alla finalità rieducativa della sanzione, rispetto alla retribuzione ed alla prevenzione generale.

Tali ultimi due *scopi*, intesi in tutti i loro corollari, ossia, rispettivamente – volendo usare la terminologia della Corte – *afflittività e retributività*, intese quali “*profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale*”¹¹⁵ e *reintegrazione, intimidazione e difesa sociale*, ritenuti valori dotati di fondamento costituzionale, venivano considerati prevalenti nella fase della comminatoria edittale e della commisurazione in concreto.

In tale contesto, l'ambito di operatività del principio rieducativo veniva circoscritto al solo momento esecutivo, del trattamento penitenziario – come precisato dalla Corte – la c.d. concezione polifunzionale della pena veniva a significare che “... *le finalità essenziali [della pena] restavano quelle tradizionali della dissuasione, della prevenzione, della difesa sociale, mentre veniva trascurato il novum contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa; questa, perciò, veniva assunta in senso marginale o addirittura eventuale e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario*”.

Nella pronuncia n. 313/1990 la Corte ripudia espressamente questo paradigma, individuando la finalità, se non esclusiva, certamente *primaria* della sanzione, nella rieducazione; e ciò – per quanto più qui

strettamente retributivi o preventivi, può contribuire a spiegare, almeno in parte, alcune prese di posizione della Corte Suprema, che è giunta a ritenere non gravemente sproporzionate, e pertanto costituzionalmente legittime, pene previste ed irrogate in ottica di *pura neutralizzazione* (si vedano le emblematiche decisioni *Ewing v. California* e *Lockyer v. Andrade* sulla “legge dei tre colpi” californiana, analizzate nel dettaglio *infra*), argomentando che la scelta legislativa sottoposta a controllo fosse *razionalmente fondata*, e pertanto meritevole di deferenza.

¹¹² Per tutti, v. VASSALLI G., *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297 ss., in part. 303, laddove l'insigne Autore argomenta “... *nessun serio sistema penale saprebbe sottrarsi ad un sano sincretismo, così come ad una posizione sincretistica od eclettica appare ispirato, nonostante taluni suoi evidenti difetti, il sistema oggi vigente in Italia: e non solo nel senso di porre accanto alla pena, come mezzo di lotta contro il delitto, la misura di sicurezza, ma anche e soprattutto col cercare di raggiungere una pluralità di fini per il mezzo stesso della pena*”; denuncia un certo “appiattimento” delle decisioni della Corte in tema di finalità della pena sulle posizioni via via affermatesi come maggioritarie in letteratura, FIANDACAG., *Scopi della pena*, cit., 133.

¹¹³ La stessa sentenza in parola richiama l'orientamento costante della Corte, v. le sent. n. 48/1962, 67/1963, 12/1966, 124/1970, 264/1974, 102/1985, 306/1993. Sul punto v. FIANDACA G., *Art. 27, comma 3*, nel *Commentario della Costituzione*, dir. da BRANCA-PIZZORUSSO, vol. *Rapporti Civili. Artt. 27-28*, Bologna, 1991, 264 ss., in part. 330 ss.; DOLCINIE., *Razionalità nella commisurazione della pena*, cit., 811 ss.; più recentemente, un ottimo quadro d'insieme è offerto da MANES V., *Principi costituzionali in materia penale*, cit., 91 ss.

¹¹⁴ Che, secondo la più accorta dottrina, “*esprime soprattutto un'opzione politico-ideologica in senso umanitario e solidaristico*”, cfr. FIANDACAG., *Scopi della pena*, cit., 133.

¹¹⁵ Invero, nella sentenza in esame, alla retribuzione non viene riconosciuta la dignità autonoma di fine della pena e viene rifiutata anche l'idea che essa costituisca fondamento giustificativo della previsione ed irrogazione della sanzione penale, cfr. DOLCINIE., *Razionalità nella commisurazione della pena*, cit., 812.

interessa – rispetto all'intera vicenda punitiva.

Come emerge dai passaggi più salienti dell'apparato motivazionale “ ... la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue” ed ancora “Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto”.

Il precetto dell'art. 27, c. 3, Cost. – in base alla nuova teoria della pena “ufficiale” elaborata dalla Corte¹¹⁶ – è dunque parimenti indirizzato a tutti i soggetti coinvolti nella vicenda sanzionatoria, ed *in primis* al legislatore, in sede di predeterminazione legale della risposta sanzionatoria.

Il ragionamento, proprio riguardo al profilo della “penetrazione” della rieducazione in fase di formazione della comminatoria edittale, si conclude con l'espresso riconoscimento del “principio di proporzione fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra”, quale patrimonio condiviso nella cultura giuridica europea, come ripreso dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in materia d'illecito e sanzioni amministrative, citata in sentenza¹¹⁷.

L'individuazione dell'intima correlazione tra finalismo rieducativo e principio di proporzione¹¹⁸, dispiegante piena efficacia già a livello astratto, nella posizione delle tariffe sanzionatorie da parte del legislatore – enfaticamente immediatamente dagli studiosi più consapevoli¹¹⁹ – costituisce il messaggio più

¹¹⁶ In questi termini, v. MONACO L.-PALIERO C.E., *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”*, cit., 421; MANNOZZI G., *Razionalità e “giustizia”*, cit., 9.

¹¹⁷ In riferimento all'elaborazione del principio di proporzione in materia penale da parte della CGUE (inteso sia “in senso ampio”, che strettamente riguardo alla proporzione della sanzione penale, si ricordi, infatti che il principio di proporzione della pena è espressamente sancito dall'art. 49, c. 3, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, secondo cui “Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”), in ambito comunitario prima ed eurounitario poi, la letteratura, italiana e straniera, è ovviamente sterminata. Senza alcuna pretesa di esaustività si vedano, di recente, in lingua italiana, SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione Europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, n. 1, 111 ss.; MAUGERI A.M., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R., Milano, 2011; STEA G., *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *Arch. Pen.*, 2013, 3, 903 ss., per i profili qui trattati, in part. 923-31. Nella letteratura in lingua inglese, di recente, tra i tanti contributi, v. BOSE M., *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests*, in *ECLR*, 2011, 1, 35 ss.; ASPP., *Two Notions of Proportionality*, in *Festschrift in honour of Raimo Lahti*, ed. by Kimmo Nuotio, 2007, 207-219; HERLIN KARNELLE., *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford, 2012, 110-130.

¹¹⁸ E' da ritenersi frutto di questa stagione anche l'importante sentenza n. 168/1994, edita in *Giur. cost.*, 1994, 2045 ss. La Corte decretò l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 31 in relazione all'art. 27, c. 3, Cost., degli artt. 17, 22, 69 c. 4, e 73 c. 2 c.p. nella parte in cui consentivano al possibilità di applicare la pena dell'ergastolo al minore imputabile. Benché l'ergastolo abbia perso il carattere effettivo di perpetuità, grazie ad una serie di modifiche legislative, come la liberazione condizionale ed altre misure premiali – argomenta la Corte – la pena deve ritenersi illegittima, per violazione degli art. 31 e 27, c. 3, Cost., anche alla luce delle convenzioni internazionali, che impegnano gli Stati ad una protezione rafforzata dei minori ed impongono di far assumere alla pena “proprio perché applicata nei confronti di un soggetto ancora in formazione ed alla ricerca della propria identità, una connotazione educativa più che rieducativa” e di prevedere una “una incisiva diversificazione, rispetto al sistema punitivo generale, del trattamento penalistico dei minorenni”. Sulla pronuncia, per approfondimenti, v. DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 217-218, il quale opportunamente rimarca il ruolo del principio di proporzione; cfr. MANNOZZI G., *Razionalità e “giustizia”*, cit., 10.

¹¹⁹ DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena*, cit., 812; FIANDACA G., *Pena “patteggiata” e principio rieducativo*, cit., 2392, ad avviso del quale “ ... la Corte sembra implicitamente cogliere il nesso intercorrente tra prevenzione

significativo dell'arresto ai fini della presenta ricerca.

Infatti, come si vedrà, la Corte, di lì a poco, nella sent. n. 341/1994 – in linea di continuità con queste pregnanti affermazioni – avrebbe colto l'occasione per sviluppare ulteriormente il nesso tra rieducazione e proporzione, declinando forse nella maniera più *penetrante*, nella storia del controllo di legittimità sulle disposizioni sanzionatorie penali, questo ultimo parametro costituzionale, in ciò certamente agevolata da ulteriori fattori peculiari, caratterizzanti la disposizione scrutinata, che si analizzeranno dettagliatamente più avanti.

Riguardo alla pronuncia appena esaminata, oggetto di divergenti interpretazioni dottrinali già in epoca coeva¹²⁰, sia sufficiente aggiungere che alle fondamentali dichiarazioni “*di principio*” della Corte, non è seguita, negli anni successivi, un effettiva implementazione del finalismo rieducativo¹²¹, né a livello di previsioni sanzionatorie legislative¹²², né in fase commisurativa ed esecutiva; ciò all'evidenza per una molteplicità di complesse ragioni che non possono essere ora indagate, esulando dal campo specifico di ricerca.

E' d'uopo ora osservare concisamente come in realtà la, *prima facie*, rivoluzionaria presa di posizione della Corte, relativamente al rango primario del finalismo rieducativo rispetto agli altri scopi della sanzione, sia stata poco dopo contraddetta, ritornando alla “*vecchia concezione eclettica della teoria polifunzionale*”, seppur arricchita da un specifico riferimento al parametro della *ragionevolezza*, nell'inedito ruolo di “*equilibratore*” tra diverse finalità della pena.

speciale rieducatrice, e proporzione tra fatto e sanzione, dall'altra: nel senso cioè che la proporzionalità fra trattamento punitivo e gravità dell'offesa, avvertita come tale dal reo, costituisce un presupposto essenziale della potenziale accettazione psicologica di una punizione volta a favorire nel condannato il recupero della capacità di apprezzare i valori tutelati dall'ordinamento”.

¹²⁰ Com'è noto, parte della dottrina aveva accolto entusiasticamente la decisione, scorrendo nell'*iter* argomentativo una svolta potenzialmente decisiva, se non addirittura “un programma di politica del diritto penale”, così DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena*, cit., 810-12, mentre altri studiosi, aderendo ad una prospettiva forse più realista, osservavano che l'inversione di rotta della Corte, con la professione di fede nel finalismo rieducativo, fosse intervenuta troppo tardi, in un'epoca in cui le tendenze teoriche e politico-criminali spingevano un po' ovunque unilateralmente verso modelli opposti a quello rieducativo, e che in realtà la vera *ratio* dell'intervento della Corte fosse stata dettata da un rafforzamento del sistema in chiave generalpreventiva, a causa dei potenziali pericolosi *abbassamenti* di una pena *sproporzionata per difetto*, rimessa completamente alla volontà negoziale espressa dalle parti, senza alcun controllo di “congruità” del giudice. In particolare si afferma “*Il sospetto: sotto il manto della prevenzione speciale si camuffa una preoccupazione prettamente generalpreventiva, il timore cioè che un patteggiamento sistematicamente appiattito verso il basso affievolisca la tenuta generalpreventiva del sistema. Se si sostituisce alla parola 'speciale' la parola 'generale', il tessuto argomentativo di questa sentenza non farebbe una piega*”, in questi termini MONACO L.-PALIERO C.E., *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”*, cit., 440-441. Offre un pregevole quadro sintetico delle diverse opzioni ermeneutiche, muovendo ad entrambe la critica di essere incorse nel rischio della “*sovrainterpretazione*”, FIANDACA G., *Scopi della pena*, cit., 140.

¹²¹ Il *rehabilitative ideal*, d'altra parte, era, già al momento della pronuncia, entrato in crisi da anni, come lucidamente messo in luce, regredito a “mito” e divenuto oggetto di crescente disincanto, scientifico e politico, e ridotto a mero “*auspicio idealistico di fronte alle oggettive difficoltà del passaggio da auspiciata ipotesi teorica a prassi effettiva dei giudici di merito*”, così FIANDACA G., *Scopi della pena*, cit., 139-140.

¹²² Stimolanti riflessioni, sotto questo punto di vista, nel senso cioè dell'impossibilità da parte dei giudici di procedere all'individualizzazione della sanzione, in ottica di prevenzione speciale positiva (rieducazione), stante l'attuale conformazione delle cornici edittali, caratterizzata dalla diffusa eccessività dei minimi edittali nel nostro sistema, vengono svolte da TUMMINELLO L., *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 221-28. Più in generale, sul problema delle cornici edittali e delle differenti funzioni svolte dai minimi e dai massimi edittali, v. DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 275-279; ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, 268-275.

Nella sent. n. 306/1993¹²³ (in materia di restrizione di benefici penitenziari per detenuti membri della criminalità organizzata che rifiutino di collaborare) i giudici costituzionali, esprimendosi in termini molto più cauti rispetto a quanto fatto solo tre anni prima, affermano “ ... *tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena, da un lato quella della prevenzione generale e della difesa sociale, con i connessi caratteri dell'afflittività e della retributività, e, dall'altro quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo, non può stabilirsi una gerarchia statica e assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Il legislatore può cioè, nei limiti della ragionevolezza, far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata*”.

Un utilizzo del criterio della ragionevolezza come strumento di *bilanciamento* e come *limite negativo*, rispetto all'ampia gamma di opzioni ed equilibrature nella dosimetria sanzionatoria, della quale dispone il legislatore, in funzione dei diversi scopi che intende perseguire.

Ripercorsi, seppur per sommi capi, i tracciati evolutivi della giurisprudenza costituzionale sugli scopi della pena, ed evidenziata la cruciale rilevanza del rapporto tra principio rieducativo e principio di proporzionalità della sanzione, è opportuno ora passare alla sentenza che ha, forse, portato alle massime conseguenze tale nesso, valorizzandolo nel contesto del controllo di legittimità sulla misura della pena, quasi fino al punto di *emanciparlo* (quantomeno nella “sostanza”) dal classico giudizio trilaterale d'eguaglianza, per avvicinarsi ad uno scrutinio del tutto *interno* alla disposizione normativa, non vincolato all'individuazione di un termine di raffronto esterno.

1.4 La sentenza n. 341/1994: l'emersione di un autonomo principio di proporzionalità della pena di rango costituzionale?

Occorre ora focalizzare l'attenzione brevemente sull'importante sentenza n. 341/1994¹²⁴, con la quale si è

¹²³ In *Giur. cost.*, 1993, 2466 ss., sulla quale v. FIANDACA G., *Scopi della pena*, cit., 141; MANES V., *Principi costituzionali in materia penale*, cit., 94-95.

¹²⁴ In *Giur. cost.*, 1994, 2802 ss. Sulla pronuncia v. FIANDACA G., *Commento alla sent. Corte cost. 19-25 luglio 1994, n. 341*, in *Foro it.*, 1994, I, 2585 ss.; GALLO E., *L'evoluzione del pensiero della Corte in tema di funzioni della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, 3203 ss.; ARIOLLI G., *Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 1995, 29 ss.; PAGLIARO A., *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*, in *Giur. cost.*, 1995, 2573 ss.; PAGLIARO A., *Sproporzione “irragionevole”*, cit., 774 ss.; SPASARI M., *Riflessioni minime in tema di oltraggio e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1994, 2810 ss.; PINARDI R., *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia di incostituzionalità della pena minima prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1994, 2815 ss.; VECCHI M., *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria edittale della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 788 ss.; CURI F., *L'attività “paralegislative” della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1995, 1091 ss.; MAZZI P., *Minimo edittale della pena per il delitto di oltraggio e principio di proporzionalità*, in *Giur. cost.*, 1995, 1103 ss.; CERRI A., *Novità della Corte in tema di oltraggio*, in *Crit. del Dir.*, 1994, 4, 58 ss.; FELICETTI F., *“Nullum crimen sine iniuria: la consulta interviene sul reato di oltraggio”*, in *Corr. giur.*, 1994, 1205 ss.; MAZZOCCO F., *Nota sulla pronuncia di incostituzionalità della pena minima edittale dell'oltraggio*, in *Cass. pen.*, 1995, 3578 ss.; PUGIOTTO A., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo della tassatività delle fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4199 ss.; CORBETTAS.,

decretata l'illegittimità costituzionale del minimo edittale dell'allora vigente art. 341 c.p., che, prevedendo il delitto di oltraggio al pubblico ufficiale, comminava la sanzione da sei mesi a due anni di reclusione¹²⁵. La disposizione incriminatrice¹²⁶ in parola si trovava invero “*sotto assedio*” da molti anni, stante la sua matrice ideologica palesemente autoritaria ed illiberale¹²⁷, in contrasto con il quadro dei valori costituzionali, così da sollecitare numerose iniziative legislative di riforma e, sul versante della giurisprudenza costituzionale, molteplici ordinanze di rimessione da parte dei giudici ordinari, puntualmente ritenute infondate dal Giudice delle leggi¹²⁸.

La decisione merita di essere concisamente analizzata, sotto il duplice profilo della trama motivazionale e della innovativa tecnica decisoria utilizzata.

Per quanto attiene l'aspetto argomentativo – come acutamente rilevato in dottrina – per la prima volta nella storia dei controlli di legittimità delle previsioni sanzionatorie edittali, i giudici costituzionali ancorarono *principalmente* il loro ragionamento, quantomeno sul piano “sostanziale”, a “*criteri di valutazione che trascendono la specifica dimensione normativa dell'art. 341 c.p. e attingono un piano (per dir così) sostanziale-sociologico-fattuale*”¹²⁹.

Attraverso penetranti valutazioni relative al contesto d'origine storica della norma scrutinata, si sottolinea come “*Questo unicum, generato dal codice penale del 1930, appare piuttosto come il prodotto di una concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini tipica di quell'epoca storica e discendente dalla matrice ideologica allora dominante, concezione che è estranea alla coscienza democratica instaurata dalla Costituzione repubblicana, per la quale il rapporto tra amministrazione e società non è un rapporto di imperio, ma un rapporto strumentale alla cura degli interessi di quest'ultima*”.

Una forte valorizzazione dunque dell'argomento inerente all'*anacronismo legislativo*¹³⁰ della scelta

La cornice edittale della pena, cit., 155-56; DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 185-190; BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 142-146 e 235-39; TOSCANO A., *La funzione della pena*, cit., 113-118; GULLO A., *Diffamazione e legittimazione*, cit., 52-55.

¹²⁵ La figura delittuosa in parola venne dapprima abrogata con la l. n. 205/1999, intervento legislativo sollecitato anche dalla significativa presa di posizione della Corte costituzionale. In un secondo momento il legislatore, con la l. n. 94/2009 (uno dei c.d. “pacchetti sicurezza”) ha provveduto a reintrodurre, all'art. 341 *bis* c.p. il reato di oltraggio a p.u., prevedendo una comminatoria edittale, sprovvista del minimo, con un massimo di tre anni di reclusione.

¹²⁶ Definita già tempo addietro “*quanto meno costituzionalmente inopportuna*” e rivelatrice di “*una visione dello Stato e della sensibilità politica diverse da quelle riflesse dalla Costituzione*”, così PALAZZO F.C., *Questioni di costituzionalità*, cit., 1309 ss. e 1318-19 in part.

¹²⁷ Per un dettagliato quadro delle problematiche di legittimità costituzionale sollevate dalla fattispecie v. PALAZZO F.C., *Questioni di costituzionalità*, cit., 1309 ss.; ID., *Oltraggio (voce)*, in *Enc. dir.*, 1979, 861 ss.; FLORA G., *Il problema della costituzionalità del reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Arch. Giur. Serafini*, 1976, 21 ss.; PIZZORUSSO A., *Attacco in massa contro il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Quale giustizia*, 1971, 7, 92 ss.; FIANDACAG., *Commento alla sent. Corte cost. 19-25 luglio 1994*, cit., 2585. Per utili riferimenti bibliografici, v. BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 145 e nt. 58.

¹²⁸ Si vedano in particolare le decisioni di rigetto nn. 109/1968, 165/1972, 133/1973, 65/1974, 100/1977, 51/1980, 529/1987 e le ordinanze nn. 6, 61, 68 e 80 del 1973; 22, 95, 181 e 192 del 1974; 39 del 1975; 165 del 180; 165 del 1983; 323 del 1988; 127 del 1989.

¹²⁹ Così FIANDACAG., *Commento alla sent. Corte cost. 19-25 luglio 1994*, cit., 2587-88, il quale coglie lucidamente tutti i rischi connessi a questa scelta, riguardo al rispetto dei limiti intrinseci al sindacato di costituzionalità.

¹³⁰ Per profili definitivi e generali sulla nozione di anacronismo legislativo v. BIN R. - PETRUZZELLA G., *Diritto Costituzionale*, cit., 502 ss.

fondante lo spropositato rigore repressivo del minimo sanzionatorio di sei mesi di reclusione previsto, che appare manifestamente eccessivo, soprattutto in riferimento ai numerosi casi in cui l'offesa al prestigio della p.a. risulta essere di minima entità.

La draconiana severità della pena minima prevista – ad avviso della Corte – non sarebbe altro che il frutto “di un bilanciamento ormai manifestamente irragionevole tra tutela dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale (e del buon andamento dell'amministrazione) anche nei casi di minima entità, e quello della libertà personale del soggetto agente”. Un bilanciamento divenuto inaccettabile in virtù del “nuovo” quadro assiologico di riferimento delineato dalla Costituzione repubblicana¹³¹. Un'incoerenza dimostrata dall'atteggiamento di disagio dei giudici di merito, che ripetutamente hanno investito la Corte di questioni inerenti alla eccessività del trattamento sanzionatorio minimo previsto, acuita dalla perdurante inerzia del legislatore, incapace di provvedere ad una abrogazione del reato o ad una modifica della cornice edittale, nonostante il sensibile mutamento della coscienza sociale.

Più che riguardare il solo profilo lamentato nell'ordinanza di rimessione, coincidente con la sproporzione del minimo edittale di sei mesi di reclusione, tali cadenze argomentative paiono in realtà porre in discussione l'intera fattispecie autonoma di oltraggio a pubblico ufficiale e la sua stessa ragion d'essere, su un piano ben più ampio, attinente all'*an* della tutela penale¹³².

D'altra parte, conferme in questo senso possono essere tratte dal ricco apparato motivazionale della pronuncia, laddove esso, tramite un inedito uso della comparazione, fa riferimento ad altri paesi di democrazia matura, nei quali analoghi fatti non solo non vengono puniti così severamente, ma il più delle volte non sono nemmeno previsti come figura delittuosa autonoma¹³³.

Consapevole tuttavia di non potersi “*spingere troppo oltre*”, nell'utilizzo di moduli argomentativi basati esclusivamente su dati fattuali, storici, comparatistici e sociologici (in generale di natura politico-criminale), la Corte riporta la sua valutazione su più congegnali binari normativi, sviluppando il

¹³¹ Su questi profili v. PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza*, cit., 364-67.

¹³² FIANDACA G., *Commento alla sent. Corte cost. 19-25 luglio 1994*, cit., 2586-87. Come noto la figura delittuosa dell'oltraggio a p.u., in base alla *mens legis* del Codice Rocco, si distingue rispetto al reato di ingiuria, previsto dall'art. 594 c.p., sotto il profilo dell'oggetto di tutela. Il primo, infatti, delitto *plurioffensivo*, è posto a presidio principalmente del prestigio della p.a. e, solo eventualmente, dell'onore del singolo pubblico funzionario offeso; l'ingiuria invece mira a proteggere in via esclusiva l'onore della persona fisica vittima di offese verbali. Tale diversità tra oggetti di tutela dovrebbe giustificare, nella prospettiva del legislatore fascista, una notevolissima sperequazione sanzionatoria tra i rispettivi minimi edittali (quindici giorni di reclusione per l'ingiuria, sei mesi per l'oltraggio a p.u.).

¹³³ Trattasi, all'evidenza, di un aspetto particolarmente interessante ai fini della presente ricerca. Come è stato lumeggiato da sensibile dottrina, infatti, l'utilizzo dell'argomentazione comparativa nella valutazione costituzionale degli interessi meritevoli di protezione è in grado di fornire un fondamentale contributo di “*oggettiva razionalizzazione*”, in un giudizio contraddistinto, come noto, da un altissimo tasso di discrezionalità e soggettività, come quello sulla entità delle pene. Sul punto, specificamente con riferimento alla pronuncia in esame, si vedano PALAZZO F.C.-PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., 50-51. Come si vedrà, inoltre, l'argomento comparativo è assolutamente centrale nell'analisi di proporzionalità costituzionale sulla misura della pena detentiva svolta dalla Corte Suprema, soprattutto nella terza fase del controllo, c.d. *inter-jurisdictional analysis* (qual'è l'entità della sanzione prevista negli altri Stati per lo stesso delitto?), la quale, anche per bocca dei maggiori detrattori della *non-capital proportionality doctrine* (v. ad es. il giudice Scalia nella sentenza *Harmelin v. Michigan*), è caratterizzata da maggiore oggettività rispetto alle altre, pur ponendosi in contrasto con i fondamentali principi del federalismo statunitense. Per un'interessante disamina, anche in prospettiva comparata, della strutturalmente omogenea ipotesi delittuosa della diffamazione, ma estesa alle problematiche generali della tutela penalistica dell'onore, con particolare focus sulla proporzione della risposta sanzionatoria penale, v. ora GULLO A., *Diffamazione e legittimazione*, cit., 121-209.

tradizionale raffronto, all'interno del giudizio di eguaglianza, con il *tertium comparationis*, individuato nel delitto di ingiuria di cui all'art. 594 c.p., strutturalmente omogeneo, ma punito molto meno severamente nel minimo edittale, senza alcuna giustificazione ragionevole.

Sotto questo profilo, conformemente al *petitum* nell'ordinanza di rimessione, viene evidenziata la assoluta sproporzione di una sanzione minima di sei mesi di reclusione in tutti i casi – invero piuttosto frequenti nella prassi applicativa – ove l'offesa al p.u. sia di minima o comunque tenue offensività, che, ad avviso dei giudici costituzionali, ledono il bene giuridico del prestigio della p.a. “*in modo così irrisorio da non giustificare che la pena minima debba necessariamente essere dodici volte superiore a quella prevista per il reato di ingiuria*”.

La opera di “*duplicazione*” dell'oggettività giuridica del reato di oltraggio a p.u., in funzione del grado di offensività della condotta in concreto, è stata puntualmente sottoposta a critica dalla dottrina¹³⁴, notandosi, a ragione, come anche nei casi in cui il profilo lesivo del comportamento oltraggioso sia più grave, esso costituisca sempre niente altro che una ingiuria aggravata dalla qualifica pubblicistica del soggetto passivo, e pertanto il minimo edittale si rivelerebbe eccessivamente afflittivo in relazione a tutta la gamma di sotto-fattispecie.

Questa lettura verrebbe inoltre confermata tanto dal tenore dell'*iter* argomentativo sopra richiamato, idoneo a porre in dubbio la legittimità costituzionale della figura delittuosa dell'oltraggio *tout court*, quanto dalla iniziativa legislativa di riforma del codice penale della c.d. Commissione Pagliaro del 1992, in base alla quale il delitto di oltraggio non avrebbe più dovuto costituire fattispecie autonoma, ma solo forma aggravata dell'ingiuria, qualora l'offesa fosse stata arrecata al pubblico agente, a causa o nell'esercizio delle sue funzioni.

La stessa dottrina da ultimo citata osserva conclusivamente sul punto che la “*soluzione compromissoria*” fatta propria dalla Corte, di ritenere cioè l'oltraggio una ingiuria aggravata solo con riferimento ai casi di lieve entità, è stata dettata dai limiti specifici della questione sollevata, inerente alla manifesta irragionevolezza dell'entità di pena edittale minima in relazione ai casi contraddistinti da minore gravità.

Passando ora a valutare il recupero della usuale, più rassicurante, dimensione normativa intra-sistemica del giudizio ternario da parte della Corte, è opportuno rilevare, insieme ad attenti studiosi, e come d'altra parte emerge nitidamente anche dal tenore letterale delle motivazioni (“*A quanto detto finora si può aggiungere che la manifesta irragionevolezza della norma impugnata emerge anche ...*”), che esso sia stato “*più apparente che reale*”¹³⁵, quasi un riferimento fugace al termine di raffronto normativo, senza il quale le *reali* fondamenta della decisione non sarebbero di certo crollate.

E proprio questa nota caratterizzante della pronuncia, nella parte in cui essa pare rinunciare al termine di

¹³⁴ FIANDACA G., *Commento alla sent. Corte cost. 19-25 luglio 1994*, cit., 2587-88.

¹³⁵ FIANDACA G., *Commento alla sent. Corte cost. 19-25 luglio 1994*, cit., 2587; conformemente INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza*, cit., 426, pone in luce che l'imprescindibile riferimento triadico all'ingiuria giunge solo al termine della trama motivazionale e quasi *en passant*.

raffronto normativo, fondandosi di fatto su un esame del *contenuto significativo* della fattispecie in rapporto alla spropositata severità della dosimetria edittale nel limite minimo, condotta alla stregua di parametri di legittimità nuovi, diversi e assai incerti rispetto al controllo di eguaglianza ex art. 3, c. 1, Cost., ha condotto alcuni studiosi ad individuare nell'operato della Corte una valutazione tale da penetrare nel merito delle scelte legislative.

Un confronto diretto tra mezzi e fini, strutturato non più secondo raffronti intra-sistematici tra fattispecie normative, finalizzati a rinvenire eventuali incoerenze su scala relativa, ma su uno “*schema binario*”, nell'ambito del quale il sindacato di proporzionalità si muove in definitiva su un piano assoluto ed interno alla disposizione oggetto di controllo, soppesando lo spessore dell'interesse protetto a fronte della calibratura quantitativa della risposta sanzionatoria incidente sul bene della libertà personale, in base ad una molteplicità fluida, non inquadrabile in un *numerus clausus*, di criteri di giudizio (specialmente criteri contenutistici, quali la coscienza sociale, alla cui stregua accertare un evidente anacronismo legislativo, oltreché il finalismo rieducativo della sanzione, che di recente era stato consacrato nella sua primazia costituzionale, compromesso *ab origine* dall'entità eccessiva della comminatoria edittale astratta).

L'evoluzione degli orientamenti della Corte, segnata in particolare dall'ampliamento dei confini della sua attività di controllo, insieme all'arricchimento dei parametri di legittimità, ben oltre l'originario principio di eguaglianza logico-formale, ha dato forma ad una tipologia di giudizio di ragionevolezza-proporzione declinato in termini più ampi e penetranti, fortemente permeabile a *componenti valutativo-soggettive*, che, com'è facile intuire, sin da subito non è sfuggito alle critiche da parte di alcune voci della dottrina penalistica.

In particolare, sulla scorta delle classiche e peculiari problematicità che caratterizzano i controlli di ragionevolezza sulle norme penali, è stato rilevato che affermare (pur correttamente) l'esigenza costituzionale di un rapporto ragionevolmente proporzionato tra disvalore del reato e gravità della sanzione non può significare che la Corte sia legittimata ad intervenire ogniqualvolta i giudici ritengano eccessiva la risposta sanzionatoria prevista dal legislatore, dal momento che il compito di stabilire una congrua dosimetria della pena è *operazione tipicamente discrezionale, riservata in via esclusiva alle scelte politiche del legislatore*, tale da poter essere valutata ed eventualmente sindacata con sanzioni di tipo politico.

La Corte costituzionale – si mette in evidenza – “*è inabile, per sua natura, a cogliere eventuali difformità tra il bilanciamento di interessi ricavabile dalle formule – del resto necessariamente generiche – contenute nella Costituzione e quello che viene operato nella legge. Se volesse accingersi a questo compito, la Corte assumerebbe, di fatto, una funzione legislativa analoga a quella del parlamento: ciò che, certo, non corrisponde al rapporto tra i poteri dello Stato configurato nella nostra Costituzione*”¹³⁶

¹³⁶ PAGLIARO A., *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena*, cit., 2574 e anche ID., *Sproporzione “irragionevole”*, cit., 774.

ed inoltre, come già rilevato, questa dottrina enfatizza la scivolosità di una valutazione di ragionevolezza-proporzione incentrata solo sull'entità della pena edittale. Una volta che si considera ragionevole punire un determinato fatto di reato, infatti, il *quantum* della sanzione viene a dipendere in definitiva da considerazioni di tipo squisitamente politico, pertanto non sindacabili.

Lo stesso orientamento più critico in letteratura, tuttavia, non nascondeva il fatto che gli interventi manipolativi sul sistema sanzionatorio, in attuazione dei precetti costituzionali di ragionevolezza e proporzione, erano da inquadrare in un contesto particolare, di “supplenza” di un organo costituzionale (la Corte) rispetto alla colpevole e prolungata inerzia del Parlamento, collegato ad una codificazione penale “figlia” di un'epoca storica e di un clima politico ormai superato, la cui razionalità è per di più stata messa a dura prova dal continuo susseguirsi di modifiche settoriali sugli equilibri sanzionatori, che creano distorsioni nel sistema e nel bilanciamento tra la gravità degli illeciti e la misura delle pene.

Decisioni della Corte dettate dunque anche dalla *cronica* incapacità del legislatore di provvedere ad una riforma organica del sistema sanzionatorio, nonché dall'utilizzo da parte di quest'ultimo di una tecnica redazionale delle norme di scarsa qualità, il più delle volte dettata da richieste momentanee del corpo sociale, orientate ad una maggiore repressione di questo o quest'altro fenomeno criminoso¹³⁷.

Passando al vaglio ora il secondo profilo di maggiore interesse ed innovatività della sentenza, inerente alla tecnica decisoria utilizzata dalla Corte, occorre osservare che esso ha costituito un *unicum* nel percorso di evoluzione dei controlli di ragionevolezza e proporzionalità sulle pene.

Mai fino a quel momento, infatti, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del solo limite minimo edittale di pena¹³⁸.

Come emerge dalla motivazione¹³⁹, l'opzione fatta propria dai giudici costituzionali di incidere unicamente sul minimo edittale, consente in primo luogo di rispettare il disposto dell'art. 28 della legge istitutiva della Corte, “salvando” la scelta d'incriminazione voluta dal legislatore e garantendo il rispetto delle prerogative della *lex parlamentaria* in materia penale; in secondo luogo evita che si creino pericolosi vuoti di tutela.

Dopo avere analizzato le reali *ragioni di fondo*, di carattere *sostanziale*, sopra enucleate, che rendono non più tollerabile la severità del minimo edittale oggetto di scrutinio, alla luce della gerarchia dei valori costituzionali e della mutata sensibilità collettiva, la Corte ritiene di rinvenire la “*rima costituzionale obbligata*” nella pena minima di quindici giorni di reclusione, prevista dalla norma generale, l'art. 23 c.p.

Argomentazioni dello stesso tenore, relativamente al concreto rischio di una surrettizia invasione di competenza da parte della Corte, vengono sviluppate da CURIF, *L'attività “paralegislativa”*, cit., 1092 ss.

¹³⁷ PAGLIARO A., *Sproporzione “irragionevole”*, cit., 777.

¹³⁸ Si concentra su questo profilo di innovatività relativo alla tecnica argomentativa PINARDI R., *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali*, cit., 2822-23.

¹³⁹ “E' possibile individuare la pena minima da applicare per il reato in questione facendo riferimento al limite minimo di quindici giorni fissato in via generale per la pena della reclusione dall'art. 23 cod. pen., senza con ciò effettuare alcuna opzione invasiva della discrezionalità del legislatore, il quale peraltro resta libero di stabilire, per il reato medesimo, un diverso trattamento sanzionatorio, purché ragionevole nei sensi e secondo i principi illustrati nella presente pronunzia”.

(la stessa contemplata dal delitto di ingiuria, utilizzato come termine di riferimento normativo nell'ordinanza di rimessione).

Sebbene la possibilità di incidere unicamente sulla soglia minima della forbice edittale parve potere schiudere nuovi orizzonti, aumentando le probabilità di accoglimento delle questioni sollevate ed offrendo un più incisivo strumento nell'opera giurisprudenziale di “costituzionalizzazione” delle cornici edittali, la Corte in arresti successivi, proprio in materia di delitti d'oltraggio, ritornò alle più canoniche posizioni di assoluto *self-restraint*, che avevano caratterizzato i suoi esordi.

Emblematica di tale orientamento è ad esempio la sentenza n. 313/1995¹⁴⁰.

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dei minimi edittali previsti dei delitti di cui agli artt. 342 e 343 c.p. (rispettivamente, “*Oltraggio a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario*” ed “*Oltraggio ad un magistrato in udienza*”), che erano rimasti fermi, nel primo caso, a sei mesi di reclusione e, nel secondo, ad un anno, manifestando così un'evidente sperequazione rispetto alla calibratura sanzionatoria di quindici giorni nel minimo scaturita dall'intervento di cui alla sent. n. 341/1994¹⁴¹, la Corte, mostrando “*alto senso di responsabilità*”¹⁴², nel non volere invadere le competenze costituzionalmente devolute al legislatore, si impegnò nuovamente in un vaglio di ragionevolezza diverso, meno pervasivo, rispetto a quello attuato poco tempo prima sul minimo edittale del reato di oltraggio a p.u., anche a causa delle peculiarità e della “*connotazione fortemente storicizzata*” di quest'ultima norma.

In questo senso, la decisione pare ritornare ad una concezione del sindacato di ragionevolezza come verifica “*in negativo*” di non manifesta violazione dell'eguaglianza logico-formale, sviluppato in base alla non pacificamente accettata nozione, mutuata dal diritto amministrativo, dell'eccesso di potere legislativo (*rectius*: “*eccesso nell'esercizio del potere discrezionale del legislatore*”)¹⁴³, in base alla quale “*perché sia possibile operare uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore, è pertanto necessario che l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si palesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per*

¹⁴⁰ In *Giur. cost.*, 1995, 2439 ss. Sulla pronuncia si vedano le osservazioni di GALLO E., *In tema di “oltraggi”: le distinzioni normative fra le varie specie resistono al controllo di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2446 ss.; CELOTTO A., *Corte costituzionale ed “eccesso di potere legislativo”*, in *Giur. cost.*, 1995, 3724 ss.; BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 251-52 in part. nt. 149; CORBETTAS., *La cornice edittale della pena*, cit., 137-38, DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 188-89 e nt. 78.

¹⁴¹ Evidenti e manifestamente irrazionali dissimmetrie rispetto al “nuovo” minimo edittale si rinvenivano anche nella pena prevista dall'art. 344 c.p. (ora abrogato, sempre ad opera della l. n. 205/1999), pari a due terzi di quella prevista dall'art. 341 (quindi 10 giorni dopo la sent. n. 341/1994), oltreché in tutte le fattispecie di oltraggio aggravate, consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, sanzionate con la pena della reclusione di minimo un anno per gli artt. 341 e 342, di due anni per l'art. 342 e di otto mesi per l'art. 344.

¹⁴² Così si esprime GALLO E., *In tema di “oltraggi”*, cit., 2448, il quale non manca di esprimere il Suo apprezzamento nei confronti di una pronuncia indubbiamente “*severa*”, ma che si pone come giusto monito nei confronti dei “*facili entusiasmi di chi s'induce a sollevare questioni incidentali di legittimità costituzionale sulla base di analogie ... un po' ad orecchio*”.

¹⁴³ Su questa controversa categoria ed alla sua applicazione in materia di sindacato di costituzionalità sull'entità delle pene edittali si vedano le riflessioni di GALLO E., *In tema di “oltraggi”*, cit., 2447-48; CELOTTO A., *Corte costituzionale ed “eccesso di potere legislativo”*, cit., 3724 ss.; BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 258 e nt. 161, con gli ampi richiami bibliografici ivi effettuati.

così dire sintomatica di 'eccesso di potere' e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa".

Tale "irrigidimento" della Corte, pur comprensibile nel caso di specie, se sol si considera che il ragionamento fondante l'intervento correttivo sul minimo edittale dell'art. 341 c.p., se distaccato dalla specificità della norma sanzionatoria oggetto di controllo (dalla sua "storia") e portato alle estreme conseguenze, provocherebbe la delegittimazione delle norme sanzionatorie ad ogni significativo mutamento di costume o della coscienza collettiva, attribuendo alla Corte una funzione "creativa" che non le spetta, riprodotto poi più o meno continuativamente nelle posizioni di *self-restraint* giurisprudenziale fino ai giorni nostri¹⁴⁴, non deve tuttavia fare dimenticare l'importanza della sent. n. 341/1994¹⁴⁵.

Tramite essa, infatti, viene realizzato un rafforzamento del carattere propriamente "penalistico" del controllo sulle pene edittali, con l'aggancio al parametro di cui all'art. 27, c. 3, Cost. ed il nesso fra proporzione e rieducazione (seppur con tutte le sue problematiche irrisolte, specialmente in punto di autonoma giustiziabilità, al di fuori del giudizio triadico di eguaglianza), svincolato, almeno parzialmente, dal monopolio assoluto del canone di ragionevolezza.

Difatti, non è difficile notare che, in seguito alla decisione in parola, la stragrande maggioranza delle ordinanze di remissione, dove viene lamentato il difetto di congruità della misura della sanzione, contengano sempre, oltre al tradizionale riferimento alla violazione dell'art. 3, c. 1, Cost., anche un richiamo al principio rieducativo della pena, presupponendo quest'ultimo che il reo non viva come ingiusta e sproporzionata, rispetto al disvalore del fatto, la punizione irrogatagli, che, altrimenti, comprometterebbe o quantomeno limiterebbe la sua disponibilità a rendersi conto dell'illecito commesso, impedendogli di riavvicinarsi ai valori tutelati dall'ordinamento.

1.5 Proporzione e legalità della sanzione penale: la sentenza n. 299/1992

Dopo avere messo a fuoco i contenuti più significativi della tanto importante quanto eccentrica decisione testé analizzata, ed osservando anche che, come già rilevato in riferimento alla sent. n. 26/1979, forse anch'essa sia stata enfatizzata in modo eccessivo dalla letteratura, promettendo una piena ed autonoma affermazione dell'istanza di proporzionalità della sanzione a livello costituzionale, poi non compiutamente realizzatasi nei tracciati giurisprudenziali successivi, è ora opportuno spostare

¹⁴⁴ Sul punto si veda DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 188-89 e nt. 78, il quale evidenzia come le argomentazioni di cui alla sentenza n. 313/1995 siano state riproposte con continuità in una lunga serie di decisioni successive aventi ad oggetto altre norme, anche al di fuori del "sottosistema" dei delitti di oltraggio.

¹⁴⁵ Già i commentatori coevi alla decisione, pur non negando significativi punti critici nella trama argomentativa e rispetto ai limiti del giudizio di ragionevolezza, mostravano in definitiva di accogliere positivamente l'intervento, quantomeno dal punto di vista sostanziale, in particolare FIANDACA G., *Commento alla sent. Corte cost. 19-25 luglio 1994*, cit., 2586 ss.; GALLO E., *L'evoluzione del pensiero della Corte*, cit., 3203; CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 154.

l'attenzione su un'altra decisione, di due anni precedente, nella quale viene affrontata la tematica oggetto di indagine, nella sua peculiare interazione con il principio di legalità della pena, previsto dall'art. 25, c. 2, Cost.¹⁴⁶.

Ci si riferisce al problema dell'ampiezza (*rectius*: dell'eccessiva elasticità) della cornice edittale e al rispetto del principio di determinatezza (o precisione), esaminato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 299/1992¹⁴⁷.

Come segnalato in dottrina¹⁴⁸, il riferimento al principio di legalità della sanzione, nell'opera di controllo di costituzionalità della pena, benché sia stato utilizzato in maniera assai parca, può rivestire un ruolo di grande importanza, dal momento che è in grado di incidere *direttamente* sulla legittimità della previsione edittale, facendo a meno del raffronto con un congruo *tertium comparationis*, invece imprescindibile nell'ambito del giudizio di ragionevolezza-proporzione, il quale è sempre necessariamente di natura *relazionale*.

La disposizione portata all'attenzione della Corte era l'art. 122 c.p.m.p.¹⁴⁹, che prevedeva il delitto di “*Violata Consegna*”, punibile con una pena non inferiore a due anni nel minimo, nell'ipotesi in cui il militare, preposto di guardia a cosa determinata, “*la sottrae, distrae, devasta, distrugge, sopprime, disperde, deteriora, ovvero la rende, in tutto o in parte, inservibile*”.

La dosimetria sanzionatoria dichiarata illegittima¹⁵⁰, apparentemente indeterminata nel massimo, doveva

¹⁴⁶ Come noto, nonostante il dato letterale dell'art. 25, c. 2, Cost. non esprima esplicitamente il principio di legalità riguardo alla parte sanzionatoria della norma penale, esso è da ritenersi pienamente costituzionalizzato ed anzi operante in termini inderogabili ed assoluti, rispetto a quanto avviene per la componente precettiva, la quale ammette invece l'integrazione di fonti secondarie. Sulla piena costituzionalizzazione del principio “*nulla poena sine lege*” si vedano, più diffusamente, LARIZZAS., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 122 ss.; ROMANO M., *Corte costituzionale e riserva di legge*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 29 ss., 46 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, per la piena costituzionalizzazione della riserva di legge assoluta della pena, v. l'importante sent. n. 261/1966, in *Giur. cost.*, 1966, 258 ss.

¹⁴⁷ In *Giur. cost.*, 1992, 4206 ss. Sulla decisione si vedano le osservazioni di GROSSO C.F., *Illegittimità delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1474 ss.; CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 148-51; MAZZI P., *Limiti edittali della pena e principio di legalità: a proposito dell'illegittimità costituzionale dell'art. 122 c.p.m.p.*, in *Giur. cost.*, 1992, 4430 ss.; LARIZZAS., *Il principio di legalità della pena*, cit., 122 ss. ed in part. 132-36; BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 227-30. Sulle problematiche generali inerenti alla violazione del principio di legalità nel controllo sulle previsioni edittali, a causa dell'eccessiva dilatazione fra minimo e massimo, v. PADOVANI T., *La disintegrazione attuale*, cit., 451 ss.; LICCI G., *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989, 152-62.

¹⁴⁸ PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza*, cit., 375; LICCI G., *Ragionevolezza e significatività*, cit., 157; CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 150.

¹⁴⁹ Deve essere qui ricordato che tale norma, sul versante del trattamento sanzionatorio, era già stata sottoposta allo scrutinio del Giudice delle leggi in altre due occasioni. Si vedano in particolare la sent. n. 102/1985, in *Giur. cost.*, 1985, 630 ss.; ord. n. 901/1988, in *Giur. cost.*, 1988, 4206 ss. La Corte, a differenza che nella sentenza in esame, però, non aveva recepito le sollecitazioni dei giudici remittenti, i quali avevano prospettato la violazione dell'art. 3, c. 1, Cost., lamentando una irragionevole disparità di trattamento rispetto alle altre ipotesi di violata consegna ex artt. 118 e 120 c.p.m.p., e dell'art. 27, c. 1 e 3 Cost., a causa della compromissione della funzione rieducativa della pena determinata dall'eccessività della comminatoria edittale. Le decisioni di segno negativo, come non è difficile intuire, si basavano da un lato sul classico atteggiamento di *self-restraint*, più volte segnalato, rispetto all'insindacabilità delle opzioni sanzionatorie prescelte dal legislatore, dall'altro sul fatto che la primazia della finalità rieducativa nella dimensione costituzionale della pena doveva ancora essere consacrata nella giurisprudenza della Corte (sent. n. 313/1990, v. *supra*). Per un approfondimento sui due pronunciamenti v. MAZZI P., *Limiti edittali della pena*, cit., 4431 ss.; GROSSO C.F., *Illegittimità delle pene*, cit., 1478.

¹⁵⁰ Si deve notare, dal punto di vista delle *conseguenze* della declaratoria di illegittimità della articolazione sanzionatoria “*eccessivamente elastica*”, che la Corte, per evitare perniciose aree di impunità, ricollegò alla componente precettiva “*monca*” della figura delittuosa scrutinata (norma speciale) la “*naturale riaspersione*” del trattamento sanzionatorio contemplato per le

essere ricostruita facendo riferimento alla norma generale di cui all'art. 26 c.p.m.p., che, analogamente all'art. 23 del codice penale comune, dispone che la reclusione militare non superi la soglia massima di ventiquattro anni.

Si trattava dunque di una “*norma a più fattispecie*”, tale da racchiudere varie condotte punibili anche significativamente diverse tra loro¹⁵¹, dal punto di vista del disvalore oggettivo e della tipologia soggettiva, con una risposta sanzionatoria caratterizzata da un'*escursione* fra minimo e massimo edittale estremamente ampia ed elastica, di ben ventidue anni (reclusione da due a ventiquattro anni).

Pur essendo vero che le traiettorie giurisprudenziali della Corte, nonché la più autorevole elaborazione dottrina¹⁵², hanno più volte sostenuto che i principi di uguaglianza, proporzione ed individualizzazione della pena vengono meglio rispettati attraverso la predeterminazione legale di una cornice flessibile, congruamente distanziata tra minimo e massimo, che consenta al giudice in sede commisurativa di “*proseguire*” l'opera iniziata dal legislatore, adeguando alle caratteristiche del *fatto concreto* e del *reo* l'intensità della reazione punitiva, nel pieno rispetto del principio della *personalità della responsabilità penale* ex art. 27, c. 1 e 3, Cost. (v. *ex plurimis*, in questo senso, la già richiamata sent. n. 50/1980¹⁵³), nel caso di specie appare manifesta l'eccessiva elasticità della forbice edittale, tale da porsi in contrasto con l'art. 25, c. 2, Cost., dal momento che il legislatore ha sostanzialmente *abdicato* alla responsabilità di esprimere il giudizio sul disvalore del fatto di reato, attribuendo al giudice un potere tanto incontrollabile quanto non suo, un vero e proprio *arbitrio punitivo*, in spregio alle più basilari esigenze di *garanzia*.

La Corte, nel caso di specie, mostra di cogliere con lucidità i profili di frizione con il principio di legalità del trattamento sanzionatorio *sub iudice*, facendo proprie e sviluppando ulteriormente le acquisizioni già da tempo maturate in dottrina¹⁵⁴.

Il disposto di cui all'art. 25, c. 2, Cost. – argomentano i giudici costituzionali – impone che “*l'ampiezza del divario non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena e*

figure generali di violata consegna, di cui agli artt. 118 e 120 c.p.m.p.

¹⁵¹ CORBETTAS., *La cornice edittale della pena*, cit., 150.

¹⁵² Si veda per tutti BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 349 ss. ed in part. 360, laddove l'insigne studioso precisa che “*il significato dell'art. 25, c. 2, che nell'apparente rigidità della sua articolazione letterale, parrebbe precludere ogni potere discrezionale del giudice nella determinazione sia del tipo che del quantum della sanzione, si precisa alla luce dell'art. 27 comma 3 e dell'esigenza rieducativa di cui essa è espressione. Ne deriva che un certo margine di elasticità nella durata edittale della pena non è solo legittimo, ma bensì imposto sul piano costituzionale*”.

¹⁵³ Laddove si è affermato significativamente che, pur non essendo presunte incostituzionali le c.d. pene fisse, “*In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale ed il dubbio di legittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico reato*”.

¹⁵⁴ Si veda ancora BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 361, il quale, con trent'anni di anticipo, si esprimeva sostanzialmente in termini coincidenti “*un limite non può essere, in ogni caso, superato dal margine di elasticità; esso deve essere costantemente relazionato alla gamma di fattispecie concrete e alla tipologia soggettiva rapportabile alla significatività astratta del Tatbestand. La frattura di questo necessario rapporto può generare una pratica trasformazione del potere discrezionale del giudice in arbitrio e rendere apparente la determinazione del tipo di pena, in contrasto con il disposto dell'art. 25, c. 2, Cost.*”.

che manifestamente risulti correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta [...] Altrimenti la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario”.

Proprio questo risulta essere il nodo problematico della questione.

Un compasso edittale così strutturato, con una forbice di ventidue anni, esprime una “*non scelta*” da parte del legislatore, che in tal modo affida integralmente alla discrezionalità giudiziale la determinazione della gravità dell'illecito¹⁵⁵, venendo meno al dovere di stabilirla previamente in via astratta, con gravissime conseguenze sotto molteplici profili, non ultimo quello relativo alla imprevedibilità della conseguenza delle proprie azioni e della frustrazione *ab origine* della funzione orientativa della norma.

Ma analizziamo in breve l'*iter* motivazionale della pronuncia.

Come accade nella quasi totalità dei casi, ogni discorso intorno alla legittimità costituzionale di un dato trattamento sanzionatorio va sviluppato dal punto di vista più rilevante, ovverosia quello relativo al bene giuridico tutelato dalla fattispecie.

Così, anche in questa occasione, la Corte, in base al fatto che il reato preveda la punibilità dell'agente “*per il solo fatto della violata consegna*”, individua l'oggettività protetta dall'art. 122 c.p.m.p. unicamente nel valore, tipicamente militare, della “*fedeltà al servizio*”¹⁵⁶, giacché altre prospettive di tutela (ad es. del bene patrimonio) sono estranee alla *ratio* della norma, che può concorrere ex art. 81, c. 1, c.p. con le altre figure delittuose del codice penale e del codice penale militare.

Alla luce di tali considerazioni, si osservò che il draconiano massimo edittale di ventiquattro anni di reclusione non è logicamente relazionato ad alcuna delle possibili condotte punite dalla fattispecie astratta, risultando pertanto eccessivo rispetto a tutti i comportamenti tipici potenzialmente sussumibili nello spettro di operatività della norma.

Qui emerge il nesso fra sproporzione e violazione del principio di legalità della sanzione¹⁵⁷; la previsione edittale si mostra tale da superare ogni possibile condotta punibile, lasciando il giudice privo di criteri orientativi in fase di commisurazione, trasformando così il suo potere discrezionale in arbitrio.

In altre parole, come è stato rilevato da più parti¹⁵⁸, si verifica un “*sovertimento del rapporto tra il principio della riserva alla legge del trattamento sanzionatorio e quello dell'individualizzazione della pena. In linea teorica, infatti, l'individuazione del disvalore oggettivo dei fatti-reato tipici, e quindi del loro diverso grado di offensività, spetta al legislatore; mentre al giudice compete di valutare le*

¹⁵⁵ Il giudice diviene così indebitamente “*legislatore del caso concreto*”, CORBETTAS., *La cornice edittale della pena*, cit., 150-51.

¹⁵⁶ Approfondimenti su questi aspetti in MAZZI P., *Limiti edittali*, cit., 4433.

¹⁵⁷ Come notato da MAZZI P., *Limiti edittali*, cit., 4434, la quale, nella sentenza in esame, vede il primo cauto riconoscimento che il principio di legalità della pena non debba limitarsi ad assicurare una certa precisione nella fissazione dei limiti edittali, “*ma deve concretarsi in una sostanziale congruenza tra fatto e pena*”.

¹⁵⁸ BRUNELLI D., *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può”*, cit., 181; nello stesso senso GROSSO C.F., *Illegittimità delle pene*, cit., 1478-79; CORBETTAS., *La cornice edittale della pena*, cit., 150; MAZZI P., *Limiti edittali*, cit., 4434.

particolarità del caso singolo onde individualizzare la pena, stabilendo in base ad esse, nella cornice posta dai limiti edittali, quella adeguata in concreto. Poiché gli ambiti delle due sfere non vanno confusi, è compito del legislatore di rispettare quel rapporto attraverso un'adeguata articolazione dei trattamenti sanzionatori".

Nel riconoscere una violazione della riserva di legge, la sentenza in esame tuttavia si espone ad una fondata critica.

Essa pare infatti avere affermato l'incostituzionalità della pena non tanto per il contrasto con il principio di "stretta legalità" della sanzione penale, mettendo al bando dunque in termini assoluti e categorici tutti gli spazi edittali eccessivamente dilatati, quanto piuttosto per una caratteristica peculiare della disposizione oggetto di controllo, ossia per l'accertato *squilibrio/sproporzione* tra struttura oggettiva della fattispecie e comminatoria edittale, tale da risultare eccessiva in riferimento ad ogni sotto-fattispecie potenzialmente configurabile.

Questa, peraltro, pare essere verosimilmente la ragione principale per cui la metodologia d'analisi e l'intervento sulla pena edittale nel giudizio di legittimità costituzionale ex art. 25, c. 2, Cost. sia stato limitato all'occasione in esame e non esteso ad altre norme sanzionatorie, contraddistinte da particolare elasticità, disseminate nella legislazione codicistica e speciale, come ci si era auspicati dopo la sent. n. 299/1992.

Apprezzabile invece è il riferimento in motivazione all'istanza di tassatività, la quale risulta essere vulnerata dalla articolazione sanzionatoria in esame, dal momento che, come aveva già avuto modo di rilevare la Corte nella sent. n. 102/1985, l'irrogazione di una pena di ventiquattro anni si presenta come "mera ipotesi teorica".

Nel raggiungere un picco di spropositata severità punitiva nella fissazione del massimo edittale, il legislatore si distacca irragionevolmente dall'intera gamma di comportamenti in concreto integrabili e sanzionabili, contravvenendo al fondamentale insegnamento del Giudice delle leggi cristallizzato nella sent. n. 96/1981¹⁵⁹ in materia di plagio, giusto il quale tutte le norme penali debbono fare riferimento a fenomeni che appaiono concretamente ed empiricamente verificabili. In quest'occasione, difatti, la determinazione legislativa della pena appare del tutto *apparente* e non ricollegata ad alcuna sotto-fattispecie ipoteticamente immaginabile¹⁶⁰.

Volendo tentare di trarre un bilancio complessivo relativamente alla decisione, salutata invero con favore da buona parte dei commentatori dell'epoca¹⁶¹, ed al suo *peso specifico* nel percorso evolutivo dei

¹⁵⁹ In *Giur. cost.*, 1981, 808 ss.

¹⁶⁰ Sottolinea opportunamente il profilo GROSSO C.F., *Illegittimità delle pene*, cit., 1479, secondo il quale una comminatoria contrassegnata da un intervallo edittale spropositatamente esteso, come quello di cui all'art. 122 c.p.m.p. "appare d'altronde illegittima sul versante della 'stretta legalità', che come richiede formulazioni chiare e tassative dei reati, non può non imporre pene sufficientemente definite in rapporto alle possibili forme di realizzazione concreta dell'offesa all'interesse protetto"; v. pure, in termini coincidenti, LARIZZA S., *Il principio di legalità della pena*, cit., 136.

¹⁶¹ Dimostrano in particolare di apprezzare il *decisum* della pronuncia e le interessanti prospettive da essa schiuse, nella direzione di una maggiore incisività del sindacato della Consulta, GROSSO C.F., *Illegittimità delle pene*, cit., 1480; CORBETTA S., *La*

controlli sull'entità delle pene, bisogna osservare che, contrariamente a quanto si era auspicato, il parametro fornito dall'art. 25, c. 2, Cost. non è stato più impiegato dalla Corte *in chiave dimostrativa*, per decretare l'incostituzionalità di articolazione sanzionatorie eccessivamente ampie, pur presenti nell'ordinamento, e più che sospette da questo punto di vista¹⁶².

Pare corretto affermare che, nella elaborazione giurisprudenziale successiva della Corte costituzionale, il principio di legalità della sanzione abbia stentato ad affermarsi appieno, quale vincolo effettivo, *giustiziabile* al fine di invalidare le storture, in cui può, talvolta, incorrere il legislatore, nella delicata opera di dosaggio sanzionatorio.

Prima di procedere alla sintetica disamina degli sviluppi nella prima decade del ventunesimo secolo fino ad oggi, preme svolgere una considerazione in chiave comparatistica, relativamente alla specifica interazione tra i due problemi, distinti ma correlati, della *proporzione* e della *legalità* della reazione sanzionatoria, e a come essa si manifesti, in maniera affatto diversa, nelle due esperienze di sindacato di costituzionalità sulla misura della pena.

Se, da un lato, per quanto riguarda il vaglio di ragionevolezza/proporzione sui limiti edittali nel nostro sistema, i percorsi delle decisioni della Corte, ed i significativi *limiti* posti al suo operato (*i.e.* principalmente l'assoluta insindacabilità delle scelte parlamentari; la necessità di trovare sempre le *rime costituzionali obbligate*) sembrano essere consolidati, tanto da ripetersi quasi monotonamente, anche a causa di una costante, per così dire “strutturale”, inerente alla norma oggetto del giudizio di costituzionalità, ovverosia la *cornice edittale di pena legalmente stabilita tra un minimo ed un massimo* (intesa come istituto autonomo), altrettanto non può dirsi in relazione alla attività di *constitutional review of excessive punishment* intrapresa dalle Corti, federali e statali, nell'ordinamento statunitense.

In quel contesto, infatti, in primo luogo sono compresenti una miriade di differenziati modelli di articolazione sanzionatoria, e secondariamente la stessa natura di “*giudizio in concreto*” (*as applied to the case*), ove vengono vagliati gli eventuali profili di contrasto con il divieto costituzionale di pene

cornice edittale della pena, cit., 150-51. Più cauto il giudizio di MAZZI P., *Limiti edittali*, cit., 4436.

¹⁶² Il riferimento, nel contesto codicistico, può essere ad esempio alle fattispecie di cui al Titolo I, le cui articolazioni sanzionatorie prevedono solo il minimo edittale (con la dizione “*è punito con la reclusione non inferiore a x anni*”), lasciando la determinazione del massimo di ventiquattro anni di reclusione alla norma generale di cui all'art. 23 c.p. Si pensi alle ipotesi delittuose di cui agli artt. 243, 247, 258 c.p. (cornice da dieci a ventiquattro anni); all'art. 253 c.p. (da otto a ventiquattro anni) e soprattutto agli artt. 249, 263, 265, 267 e 269 (da cinque a ventiquattro anni, ben diciannove anni di escursione). Ora, sebbene costituisca dato consolidato in dottrina (v. per tutti BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 90-362) “*la piena legittimità di uno Strafrahen che si limiti all'indicazione di un solo parametro (minimo o massimo) rinviando per l'altro ai limiti genericamente prefissati per ogni categoria di pene dalle disposizioni generali del codice*”, non si può negare che un atteggiamento più “coraggioso” della Corte, in linea di continuità con quanto espresso per la prima volta dall'importante pronuncia in esame, avrebbe forse consentito di intervenire sugli apparati sanzionatori sia dei reati contro la personalità dello Stato suddetti, sia di altri illeciti, disseminati nella ipertrofica legislazione speciale (ad es. le previsioni sanzionatorie in materia di stupefacenti). D'altra parte, il problema dell'eccessivo divario tra minimo e massimo edittale è da tempo avvertito, come dimostra il fatto che la Commissione di Riforma, presieduta dal Prof. Carlo Federico Grosso nel 2000, ha sottolineato l'esigenza di restringere le cornici edittali, per evitare che la predeterminazione legale venga svuotata del suo fondamentale significato di garanzia. Su questi rilevanti aspetti, che non possono essere compiutamente sviluppati in questa sede, si rinvia a CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 170; MARINUCCI G-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, cit., 231; LARIZZAS., *Il principio di legalità della pena*, cit., 136.

manifestamente eccessive, solleva un problema molto meno significativo in termini di rispetto del *principio di legalità*¹⁶³.

Questa distanza enorme tra modelli consiglia pertanto di condurre l'indagine concentrandosi molto di più sul versante *contenutistico* ed *argomentativo* (con un approccio *sostanzialistico*), cercando di analizzare comparativamente il grado di realizzazione delle istanze del principio di proporzione, a livello di dato normativo e giurisprudenziale, piuttosto che entrare nel campo dei dettagli prettamente *tecnico-giuridici*, dove il confronto risulterebbe davvero improvvisto, e probabilmente meno fruttuoso.

1.6 Le più significative prese di posizione successive della Consulta ed il “limbo concettuale” in cui si trova il principio costituzionale di proporzionalità della pena

1.6.1 Precisazioni preliminari

Dovendo procedere speditamente, per sommi capi – stanti le evidenti ragioni di spazio, connesse all'esigenza di concedere il giusto grado d'approfondimento all'indagine comparata sulla giurisprudenza costituzionale e sulla dottrina americana – occorre rilevare che, dopo le prese di posizione sopra esaminate, il *trend* della Corte, fra la fine degli anni novanta e l'inizio del nuovo secolo, pare riassetarsi progressivamente su posizioni di rigido, finanche eccessivo *self-restraint*¹⁶⁴.

Un'importante eccezione a questo atteggiamento di particolare cautela – che qui può solo essere accennata – è sicuramente costituita dalla “storica” e “variamente valutata”¹⁶⁵ sentenza n. 394/2006¹⁶⁶,

¹⁶³ Parla a tale proposito di “diverso orientamento relativo al concetto di proporzionalità della pena, slegato dalle cornici edittali, proprio dell'esperienza giuridica nordamericana”, CATERINI M., *La proporzione nella dosimetria della pena*, cit., 53 nt. 16 e letteratura *ivi* citata. Va comunque precisato, come si vedrà *infra* § 2.5, che in determinati ordinamenti penali degli Stati dell'Unione (in part. Illinois, ma anche altri) le Corti svolgono, pur con logiche differenze, controlli di legittimità, in forza delle previsioni costituzionali statali, sui *sentencing schemes* del tutto assimilabili a quello di eguaglianza/ragionevolezza esercitato dalla Corte costituzionale, denominati *identical elements analysis* e *cross comparison test*, nell'ambito dei quali è l'intera *disposizione sanzionatoria* ad essere giudicata incostituzionale.

¹⁶⁴ Per questo progressivo ritorno alla prudenza si possono vedere, a mero titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività, l'Ord. n. 460/1997, laddove la Corte decretò la manifesta infondatezza della lamentata violazione dei principi di ragionevolezza e proporzione da parte della pena minima prevista dal delitto di estorsione di cui all'art. 629 c.p., sia con riferimento alla sproporzione *intrinseca* relativamente ai fatti di modesta entità, come quello oggetto di giudizio, sia relativamente ai minimi edittali, sensibilmente inferiori, previsti per i delitti di rapina (art. 628 c.p.) e concussione (317 c.p.). La breve argomentazione della Corte, per giungere alla decisione di manifesta infondatezza, risulta fondata sul duplice rilievo dell'impossibilità di raffrontare il delitto di estorsione a quello di rapina e dell'analoga inconferenza del delitto di concussione quale *tertium comparationis*. Per approfondimenti su questa pronuncia v. DE GIORGIO M., *Sindacato di ragionevolezza ed individuazione del tertium comparationis: in tema di limiti edittali di pena la Corte conferma una eccessiva prudenza*, in *Giur. cost.*, 1997, 4040 ss. Più in generale, riguardo alle problematiche del trattamento sanzionatorio previsto per il delitto di estorsione, ed ai profili di frizione con i principi costituzionali di offensività e proporzione, alla luce delle interpretazioni prospettate nel “diritto vivente”, si rinvia alle riflessioni svolte da MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 264-68. Espressiva della particolare cautela della Corte costituzionale anche l'Ord. n. 442/2001, in *Foro it.*, 2003, 63 ss., con nota critica di NICOSIA E., *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità in materia di proporzione e adeguatezza allo scopo di sanzioni penali: un caso di “self restraint” della Corte costituzionale*. Lamenta un'eccessiva timidezza della Corte, manifestata dal mancato intervento sul minimo edittale del reato di bancarotta fraudolenta, anche LOSAPPIO G., *Il minimo edittale della bancarotta fraudolenta: profili di incostituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2001, 716 ss.

¹⁶⁵ PULITANÒ D., *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 47.

¹⁶⁶ In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1, 321, con nota di PECORELLA C., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia*

che, tramite un'interpretazione audace, ha inciso sul trattamento sanzionatorio dei reati di falso elettorale¹⁶⁷. Si è così affermata espressamente la sindacabilità delle “*norme penali di favore*”, dopo averne formulato una definizione: con il superamento del limite, da sempre affermato nell'ambito dei controlli di ragionevolezza in materia penale¹⁶⁸, del divieto di effetti *in malam partem* derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità.

Pur riconoscendone l'assoluta rilevanza ed innovatività in relazione al tema oggetto d'indagine, nonché l'apertura di scenari problematici di grande significato, abbondantemente esplorati dalla dottrina¹⁶⁹, relativi ai limiti del sindacato di ragionevolezza ed al rispetto della garanzia insita nel monopolio legislativo delle fonti in materia penale (art. 25, c. 2, Cost.), messa seriamente a repentaglio da interventi manipolativi *in malam partem* del Giudice delle leggi, in questa sede si ritiene preferibile non procedere ad una disamina dettagliata della decisione.

All'evidenza – come già segnalato a più riprese – il *diverso* filo conduttore che si intende seguire in questo studio attiene al sindacato di costituzionalità sull'entità delle pene edittali, inteso *unicamente* quale argine di garanzia *pro reo*, da opporre all'*abuso* (e all'*eccesso*) del potere punitivo statale, valutandone criticamente lo sviluppo storico, i limiti *teorici* ed *operativi*, nonché le continue contraddittorietà che ne hanno caratterizzato l'evoluzione, ponendole a raffronto con la simmetrica esperienza statunitense.

1.6.2 La sentenza d'inammissibilità n. 22/2007

In tale prospettiva d'analisi, si mostra forse più pertinente il richiamo alla sentenza n. 22/2007¹⁷⁰ della

penale.

¹⁶⁷ La pronuncia ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il primo articolo della l. n. 61/2004, la quale, modificando il D.P.R. n. 570/1960 (“Testo unico per la composizione e la elezione degli organi delle amministrazioni comunali”) ed il D.P.R. n. 361/1957 (“Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati”), aveva introdotto una disciplina penale e sanzionatoria speciale, significativamente meno severa rispetto ad omologhi delitti di falso, qualora la falsità fosse stata commessa per autenticare le sottoscrizioni di liste elettorali e di candidati ovvero fosse costituite dalla falsa formazione, anche parziale, di liste di elettori o di candidati. Il Giudice delle leggi giunge nel merito a dichiarare la “norma penale di favore” illegittima, per violazione del principio di ragionevolezza ex art. 3, c. 1, Cost., essendo a ben vedere l'oggettività protetta da quest'ultima la stessa delle altre disposizioni in materia di reati elettorali, le quali sanzionavano con pene molto più gravi condotta di falsificazione pienamente assimilabili dal punto di vista della condotta.

¹⁶⁸ Si ricordi però l'importante sentenza n. 148/1983, con la quale la Corte costituzionale ammise, almeno in linea di principio, la sindacabilità delle norme penali di favore, al fine di evitare la creazione e la permanenza di “zone franche” nell'ordinamento, sottratte allo scrutinio di costituzionalità. La Corte sviluppa il suo ragionamento affermando che la caducazione di una norma illegittima, con conseguente venire meno degli effetti più favorevoli e la riespansione di quelli precedentemente vigenti, non vulnera il principio di riserva di legge. Attraverso questo tipo di sindacato la Corte si limiterebbe ad “eliminare” una norma irragionevolmente derogatoria rispetto alla disciplina generale o comune, che si riespanderà coprendo anche la fattispecie che era stato oggetto di deroga, senza creare e introdurre alcunché.

¹⁶⁹ Tra i numerosissimi contributi riguardo all'importante intervento della Corte, v. DIGIOVINE O., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui “falsi elettorali”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1, 100 ss.; MANES V., *Norme penale di favore, no della consulta*, in *Dir. e giust.*, 2006, 46, 28 ss.; INSOLERA G., *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme penali di favore*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 5, 671 ss.; PULITANO D., *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost. nn. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, 209 ss.; MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giur. cost.*, 2006, VI, 4160 ss.

¹⁷⁰ In *Giur. cost.*, 2007, 151 ss.

Corte costituzionale, la quale, nonostante il dispositivo di inammissibilità¹⁷¹, condensa plasticamente la vasta gamma di problematicità irrisolte che tuttora attanagliano il controllo di legittimità dei quadri edittali, risolvendosi, com'è stato lucidamente rilevato in dottrina¹⁷², in un continuo “*vorrei ma non posso*” da parte dei giudici costituzionali.

I giudici rimettenti, nel caso di specie, lamentavano l'illegittimità dell'allora vigente art. 14, c. 5 *ter*, primo periodo, del d.lgs. n. 286/1998 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulle condizioni dello straniero), come sostituito dall'art. 1 della l. n. 271/2004 (conversione in legge del d.l. n. 241/2004, recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione), per violazione dei parametri di cui agli artt. 2, 3, 16 e 27 Cost., nella parte in cui prevedeva la pena della reclusione da uno a quattro anni per lo straniero che, senza giustificato motivo, si fosse trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartitogli dal Questore, *ex comma 5 bis* dello stesso articolo.

Le molteplici ordinanze di rimessione (ben undici, trattate unitariamente) erano state innescate dalla succitata legge n. 271/2004. “In risposta” alla sentenza n. 223/2004¹⁷³, con cui la Corte costituzionale aveva decretato l'illegittimità dell'arresto obbligatorio per un reato contravvenzionale, provocando l'inevitabile immediata liberazione dell'arrestato all'esito del giudizio di convalida, a causa dell'inapplicabilità di una misura cautelare¹⁷⁴, la novella aveva riformulato la fattispecie, conferendole la natura di delitto e prevedendo per esso un draconiano innalzamento della cornice edittale, con la pena della reclusione da uno a quattro anni (prima la contravvenzione era punita con l'arresto da sei mesi ad un anno).

Tale riforma, con tanto di macroscopico inasprimento della reazione sanzionatoria, in assenza di una “*modificazione sostanziale del fenomeno*” dei flussi migratori, evidenziava una irragionevole rottura del rapporto di proporzionalità tra fatto e pena, dettata dalla “*trasposizione di un'esigenza processuale nel diritto penale sostanziale*”.

Veniva lamentato in primo luogo un vizio di irragionevolezza e sproporzione c.d. “*intrinseca*” della pena edittale, in base ad un ragionamento diadico, giusto il quale il trattamento sanzionatorio appariva manifestamente eccessivo rispetto alla natura del reato, al bene offeso ed al grado di offensività della

¹⁷¹ Sui motivi che hanno spinto la Consulta ad una pronuncia d'inammissibilità, e non di manifesta infondatezza, come solitamente avviene nel caso di questioni ritenute pertinenti alla “discrezionalità legislativa”, cfr. DELLI PRISCOLI L.-FIORENTIN F., *Trattamento sanzionatorio eccessivo e principio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3910 ss., in part. 3923-24.

¹⁷² BRUNELLI D., *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può”*, cit., 181 ss. L'importante pronuncia è stata oggetto di numerose ed articolate riflessioni dottrinali, in particolare si vedano RICCARDI G., *Il “pendolarismo” della Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza*, cit., 48 ss.; DELLI PRISCOLI L.-FIORENTIN F., *Trattamento sanzionatorio eccessivo*, cit., 3910 ss.; MALENA M., *L'incoerenza delle sanzioni penali per la permanenza illegittima dello straniero: il monito della Corte*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo <http://www.forumcostituzionale.it>, 2007; BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 153-54, 252-256; TOSCANO A., *La funzione della pena*, cit., 98-105.

¹⁷³ In *Cass. pen.*, 2004, 3990 ss. Per un approfondimento delle tormentata storia della fattispecie si rinvia a MALENA M., *L'incoerenza delle sanzioni penali*, cit., 1 ss. del dattiloscritto.

¹⁷⁴ La grandissima rilevanza pratica della pronuncia, alla luce dei numerosissimi processi per direttissima che venivano celebrati a carico di extracomunitari in applicazione del reato *de quo*, viene opportunamente evidenziata in dottrina.

condotta.

Sotto questo peculiare profilo, da una parte, alcuni remittenti lamentavano il vizio di irragionevolezza intrinseca, leggendo, in “prospettiva diacronica”, nell'intervento modificativo della legge del 2004 sulla versione originaria della disciplina (l. n. 189/2002) e nel contestuale drastico aumento del carico sanzionatorio, “una forma di 'eccesso di potere' del legislatore, il quale avrebbe utilizzato la discrezionalità di cui gode non per il perseguimento dei fini corrispondenti all'esigenza di sanzionare più severamente una condotta generatrice di un accresciuto allarme sociale ma per legittimare l'arresto, realizzando uno stravolgimento del rapporto tra norma sostanziale e processuale”¹⁷⁵; dall'altra le censure insistevano sui profili strutturali del reato, con una introspezione della norma tale da porre semplicemente in relazione il contenuto del precetto con la misura della sanzione¹⁷⁶. Sul punto si rilevava come il carico sanzionatorio fosse assolutamente spropositato rispetto alla gravità effettiva di un reato di pericolo astratto (“reato ostacolo”), di per sé non sintomatico di pericolosità sociale né portatore di autonoma carica lesiva.

Tuttavia, la Corte ha “gioco facile” nel disattendere le doglianze dei giudici remittenti su questi profili, arroccandosi sulle consuete posizioni di *self-restraint* in punto di manifesta irragionevolezza e valorizzando in particolare la possibilità di contenimento in via interpretativa della norma, grazie alla clausola elastica “senza giustificato motivo”, che consente di non applicare la sanzione, particolarmente rigorosa, nelle ipotesi di condotte concretamente inoffensive (ad es. in caso di mancato rilascio di documenti da parte dell'autorità competente o di assoluta indigenza che renda impossibile l'acquisto di biglietti)¹⁷⁷.

Maggiormente articolate, e meritevoli di attenta analisi, sembrano le censure di irragionevolezza “relativa”, che vengono sottoposte al vaglio della Corte attraverso l'individuazione di una molteplicità di *tertia comparationis*, sia “interni”¹⁷⁸ (rinvenibili nel *corpus* normativo di settore) che “esterni”¹⁷⁹, ossia

¹⁷⁵ DELLI PRISCOLI L.-FIORENTIN F., *Trattamento sanzionatorio eccessivo*, cit., 3918

¹⁷⁶ BRUNELLI D., *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può”*, cit., 184

¹⁷⁷ Più approfonditamente su tali profili, relativi al lamentato vizio di “irragionevolezza intrinseca”, v. BRUNELLI D., *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può”*, cit., 184; DELLI PRISCOLI L.-FIORENTIN F., *Trattamento sanzionatorio eccessivo*, cit., 3918-20; BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 252 ss.; RICCARDI G., *Il “pendolarismo” della Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza*, cit., 54-55.

Si concentra sulla locuzione “senza giustificato motivo”, così come interpretata nella successiva sentenza di infondatezza, n. 236/2008 della Corte Costituzionale, in *Giur. cost.*, 2008, 2618 ss., nel senso di richiedere al giudice in sede applicativa uno sforzo teso a espungere dallo spettro di operatività della norma le condotte concretamente inoffensive, BAILO F., *La scrittura delle sanzioni*, cit., 255-56.

¹⁷⁸ I parametri interni vengono individuati nelle seguenti disposizioni: l'art. 13, c. 13 *bis*, prima parte, d.lgs. n. 286/1998, che prevede il reato di indebito reingresso dello straniero già colpito da provvedimento giudiziale di espulsione, punito con la reclusione da uno a quattro anni; l'art. 13, c. 13 *bis*, seconda parte, d.lgs. n. 286/1998, che prevede il delitto di indebito reingresso dello straniero già denunciato per un analogo precedente delitto, con la pena della reclusione da uno a cinque anni; l'art. 14, c. 5 *quater*, d.lgs. 286/1998, che prevede il delitto di indebito reingresso dello straniero già espulso a norma del comma 5 *ter*, punibile con la reclusione da uno a cinque anni; l'art. 9, c. 2, l. n. 1423/1956, relativamente all'inosservanza di obblighi e prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno che prevede la reclusione da uno a cinque anni.

¹⁷⁹ Tra i *tertia comparationis* esterni vengono identificati: l'art. 650 c.p., (Inosservanza dei provvedimenti della autorità), fattispecie contravvenzionale sanzionata con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro duecentosei; l'art. 2 l. n. 1423/1956 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza), in riferimento alla contravvenzione a

norme “di chiusura” dell'ordinamento, estranee alla legislazione sull'immigrazione, che prevedono sanzioni per l'inottemperanza a provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa per motivi di sicurezza ed ordine pubblico.

Vale la pena volgere in breve lo sguardo alle argomentazioni utilizzate dal Giudice delle leggi per sostenere l'incomparabilità del secondo gruppo di fattispecie (“esterne”), assunte a riferimenti normativi dai giudici *a quibus*, con la disposizione oggetto di controllo.

Sul punto si afferma che il raffronto è stato proposto impropriamente, giacché il bene giuridico tutelato dalla norma scrutinata è del tutto peculiare e particolarmente sensibile. Non è invero possibile ravvisare, in tutte le fattispecie dedotte quali termini di raffronto “esterni”, una imprescindibile identità di *ratio* con la specifica finalità che il legislatore ha inteso perseguire con l'art. 14, c. 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998, e ciò rende il riferimento vuoto di contenuti ed inattendibile.

L'impossibilità di procedere utilmente alla comparazione con suddette disposizioni, al fine di rilevare un'irragionevole disparità (*rectius*: maggiore severità) dell'articolazione sanzionatoria *sub iudice*, emerge con chiarezza dal tessuto motivazionale (§ 7.2 *Considerato in diritto*) “*Un primo gruppo tra le norme penali assunte come tertium comparationis comprende previsioni che trovano la loro ratio nell'esigenza di approntare una sanzione di carattere generale e residuale per qualsiasi tipo di inottemperanza ad ordini legalmente dati dall'autorità per i motivi indicati dall'art. 650 cod. pen., o di fronteggiare specifiche situazioni di pericolo per la sicurezza pubblica provocate dalla condotta di soggetti che violino determinati ordini amministrativi. In tutti i casi richiamati non è rinvenibile la finalità che il legislatore intende perseguire con la norma oggetto delle questioni sollevate nel presente giudizio: il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale. Si tratta di un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze di ordine e sicurezza pubblica né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione. Per quanto detto, la comparazione con le norme penali suindicate non può certo essere condotta in chiave di confronto rivolto alla rilevazione di ingiustificate disparità di trattamento censurabili dal Giudice delle leggi, ma può servire eventualmente al legislatore per una considerazione sistematica di tutte le norme che prevedono sanzioni penali per violazioni di provvedimenti amministrativi in materia di sicurezza pubblica ...”.*

Varie sono state in letteratura le reazioni alla chiusura della Corte, rispetto alla possibilità di assumere

foglio di via obbligatorio, punita con l'arresto da uno a sei mesi; l'art. 14, c. 5 *ter*, seconda parte, d.lgs. n. 286/1998, che prevede la sanzione dell'arresto da sei mesi a un anno per lo straniero espulso per non avere chiesto il rinnovo del permesso di soggiorno in precedenza ottenuto; l'art. 6, c. 6, l. n. 401/1989 (Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive), specificamente riguardo al contravventore dei provvedimenti di divieto ed obbligo atti a prevenire condotte violente nel corso di manifestazioni sportive, sanzionato con la multa o con la reclusione da tre a diciotto mesi; infine l'art. 157 R.D. n. 773/1931 (Approvazione del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza), in riferimento al soggetto che non ottempera al foglio di via obbligatorio, punito con l'arresto da uno a sei mesi.

quali termini di raffronto le fattispecie “esterne”.

Se alcuni autori¹⁸⁰ hanno evidenziato come tale posizione sia stata espressione di null'altro che del tradizionale presupposto che consente alla Corte di intervenire sul trattamento sanzionatorio, cioè che la disposizione impugnata preveda una “*condotta sostanzialmente identica e stabilisca una pena più grave rispetto al tertium comparationis*”, invero non rinvenibile nel caso di specie, altri¹⁸¹ hanno osservato, in chiave critica, che l'individuazione delle fattispecie di inottemperanza a provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di ordine e sicurezza pubblica, anche se connotata dalla ineliminabile dose di arbitrio ermeneutico ed insuscettibile di condurre ad una declaratoria di illegittimità, con conseguente “sostituzione” dei limiti edittali, ben si prestava all'effettuazione del vaglio di ragionevolezza.

A tal proposito, viene valorizzata in particolare la coincidenza del “*modello strutturale*” tra norma oggetto di scrutinio e *tertia comparationis* (fondato sulla tecnica ingiunzionale, che concentra il disvalore sulla mera disobbedienza), rilevando l'identità del *bene giuridico finale* oggetto di tutela (ordine pubblico e sicurezza), a dispetto di un evidente differenza della *ratio legis*.

Dopo avere ritenuto inconferenti le disposizioni normative esterne, l'attenzione si concentra sui termini di raffronto interni al *corpus* normativo di settore.

Sotto questo profilo la Corte non può fare a meno di rilevare che “*il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale ... presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi di uguaglianza e proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa*”, e pur ammettendo che “*condotte che possono essere più gravi di quella prevista dalla norma oggetto del presente giudizio siano punite con sanzioni pressoché equivalenti*”, conclude per l'inaammissibilità delle questioni sottoposte, per un duplice ordine di motivi: *in primis*, anche in questo caso non è possibile rinvenire l'omogeneità necessaria o identità strutturale tra disposizione *sub iudice* e termini di raffronto normativi individuati; secondariamente, a causa della incoerenza interna rilevata, nessun intervento “*a rime costituzionali obbligate*” sarebbe idoneo a porre rimedio alla situazione¹⁸².

Proprio la scarsa o nulla efficacia *riparativa* di qualunque intervento della Corte, determinata dalla totale assenza di coerenza e razionalità interna alla disciplina penale dell'immigrazione, ad avviso della

¹⁸⁰ DELLI PRISCOLI L.-FIORENTIN F., *Trattamento sanzionatorio eccessivo*, cit., 3912-13; BRUNELLI D., *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può”*, cit., 183-84.

¹⁸¹ In questo senso v. RICCARDI G., *Il “pendolarismo” della Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza*, cit., 60-61; TOSCANO A., *La funzione della pena*, cit., 100-01. DELLI PRISCOLI L.-FIORENTIN F., *Trattamento sanzionatorio eccessivo*, cit., 3924-25 sottolineano opportunamente come la fattispecie di reato di cui all'art. 2 l. n. 1423/1956, che prevede la punibilità del soggetto già ritenuto pericoloso per la sicurezza pubblica, il quale viola il provvedimento di foglio di via obbligatorio, con l'arresto da uno a sei mesi, reato di pericolo concreto, pur essendo più grave, sia punito in maniera molto meno severa rispetto all'art. 14, c. 5 *ter*, reato di pericolo astratto.

¹⁸² Nelle parole della Corte: “*Questa Corte non può, in ogni caso, procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali stabilite dal legislatore, giacché mancano nel quadro normativo in subiecta materia precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionali obbligate. Né una pronuncia caducatoria né una pronuncia additiva potrebbero introdurre nuove sanzioni penali o trasporre pene edittali da una fattispecie ad un'altra, senza l'esercizio, da parte del giudice delle leggi, di un inammissibile potere discrezionale di scelta*”.

dottrina¹⁸³, costituisce la “*reale cifra ermeneutica*” della sentenza in esame.

Com'è stato precisato sul punto, la Corte deve fermarsi dinanzi a tale “*sbarramento metodologico*”, il quale, paradossalmente, implica che tanto più le previsioni sanzionatorie di un dato sottosistema normativo sono prive di razionalità intra-sistematica, quanto meno risulta possibile caducarle per vizio di irrazionalità.

Né la Corte si sente, nell'occasione, di percorrere la strada, già sperimentata in precedenza, dell'abbattimento del solo minimo edittale della pena di cui all'art. 14, c. 5 *ter*, con conseguente “*riespansione*” del minimo edittale di quindici giorni di reclusione previsto dall'art. 23 c.p., come invocato da alcuni rimettenti, in virtù del fondamentale precedente in materia costituito dalla sent. n. 341/1994.

Tale soluzione, l'unica in grado di evitare un'indebita invasione nella sfera della *political question*, non avrebbe peraltro consentito di risolvere il problema dell'eccessivo rigore sanzionatorio, sdrammatizzandone soltanto la portata¹⁸⁴.

E' bene notare, con parte della dottrina¹⁸⁵, che l'argomento relativo alla irragionevolezza del trattamento sanzionatorio per “*evidente anacronismo*”, centrale in occasione della declaratoria di incostituzionalità della pena minima prevista per il delitto di oltraggio a p.u., perde del tutto la sua consistenza riguardo ad una “*scelta recente del legislatore*”, come quella effettuata con la l. n. 271/2004.

Ad avviso dei giudici costituzionali, un intervento ablativo sul minimo edittale costituirebbe un rimedio peggiore del male, in quanto “*inciderebbe in modo parziale sul quadro degli squilibri denunciati, senza determinare un superamento completo ed effettivo, surrogando un intervento legislativo che ben più efficacemente potrebbe ripristinare un sistema sanzionatorio dagli equilibri compatibili con i valori costituzionali invocati*”.

Una volta di più si conferma, dunque, il carattere asistematico ed a tratti empirico, quasi “*caso per caso*”, dei controlli di ragionevolezza sui trattamenti sanzionatori penali. La Corte, infatti, nell'occasione si trova impossibilitata a valorizzare gli “*indici sintomatici d'irragionevolezza*”, di natura storica, comparatistica e sociologica, dei quali si era servita nella pronuncia sull'oltraggio, unitamente ad altri parametri normativi, stante l'attualità temporale della scelta legislativa oggetto di censura.

In assenza dunque di “*strumenti*” che consentano alla Corte di rendere più pervasivo il suo scrutinio e di corrispondenti *rimedi*, non rimane che sollecitare il legislatore ad un intervento teso “*ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie*” che caratterizzano la legislazione penale in materia.

Sotto questo profilo – si è osservato da più parti – la sentenza in parola può essere indubbiamente fatta

¹⁸³ RICCARDI G., *Il “pendolarismo” della Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza*, cit., 58.

¹⁸⁴ Si mostrano particolarmente critici nei confronti dell'affermata impossibilità di incidere solo sul minimo edittale della disposizione oggetto di giudizio, ritenendo tale opzione invece pienamente percorribile, DELLI PRISCOLI L.-FIORENTIN F., *Trattamento sanzionatorio eccessivo*, cit., 3922-23.

¹⁸⁵ INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza*, cit., 423; BRUNELLI D., *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può”*, cit., 184-85; RICCARDI G., *Il “pendolarismo” della Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza*, cit., 59.

rientrare nella categoria delle c.d. *sentenze monito*, tramite le quali si invita il legislatore a porre fine ad una situazione accertata di incostituzionalità che la Corte ritiene però di non sanzionare, a causa della mancanza di soluzioni operative concrete e per salvaguardare opportunamente la discrezionalità del legislatore¹⁸⁶.

Successivamente alla decisione testé analizzata, si riscontra ancora il netto prevalere delle esigenze di particolare cautela e autolimitazione, da sempre caratteristiche dei controlli di costituzionalità sulle articolazioni sanzionatorie penali¹⁸⁷.

1.6.3 La pronuncia addittiva n. 68/2012 tesa ad attenuare la rigidità del draconiano trattamento sanzionatorio del sequestro di persona estorsivo nei c.d. casi di lieve entità

L'ultima decisione del – necessariamente limitato – “*campione*” di giurisprudenza costituzionale selezionato, al fine di ripercorrere in sintesi l'evoluzione dei controlli di costituzionalità sull'entità delle pene, è la importante sentenza n. 68/2012 della Corte costituzionale¹⁸⁸, che è andata ad incidere

¹⁸⁶ Su questo importante profilo cfr. *amplius* TOSCANO A., *La funzione della pena*, cit., 103-105; RICCARDIG., *Il “pendolarismo” della Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza*, cit., 65.

¹⁸⁷ A titolo meramente esemplificativo si possono vedere le seguenti pronunce di manifesta infondatezza: sent. n. 47/2010, con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità, ove si lamentava la presunta violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità della pena ex art. 3, c. 1 e 27, c. 3 Cost., da parte del trattamento sanzionatorio del delitto di falsa testimonianza di cui all'art. 372 c.p., nella parte in cui prevede il minimo edittale di due anni di reclusione. In particolare la Corte era stata sollecitata a riscontrare profili attinenti tanto alla “ragionevolezza intrinseca” di fattispecie, in relazione al *quantum* di pena, che manifesterebbe un “*disvalore intrinseco che gli attribuisce carattere di gravità, anche se la circostanza oggetto di mendacio o di reticenza non desta particolare allarme sociale*” quanto alla “ragionevolezza relativa”, da valutare tramite il raffronto con le previsioni sanzionatorie contemplate da altre figure delittuose individuate dal mittente e suggerite quali *tertia comparationis* (frode processuale, favoreggiamento personale, simulazione di reato, calunnia). La Corte negava tuttavia l'attuabilità di detto raffronto sulla base del fatto che, sebbene si tratti di fattispecie tutte catalogate tra i delitti contro l'attività giudiziaria, esse non hanno la stessa oggettività giuridica e non vi può pertanto essere omogeneità strutturale. Per un approfondimento, v. D'ASCOLA V.N., *Il trattamento sanzionatorio della falsa testimonianza al vaglio dei principi costituzionali di proporzionalità, ragionevolezza e rieducazione*, in *Giur. cost.*, 2010, 1, 575 ss. Interessante anche la q.l.c. relativa alla disciplina penale dell'incenerimento dei rifiuti, con la quale in particolare il giudice *a quo* lamentava la violazione dell'art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità tra la più grave sanzione prevista dall'art. 19 d.lgs. n. 133/2005 (“Attuazione della direttiva 2000/76/CE, in materia di incenerimento dei rifiuti”) e quella prevista dalla ipotesi generale di cui all'art. 16 d.lgs. n. 59/2005 (“Attuazione integrale della direttiva 96/61/CE relativa alla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento”). Anche in quest'occasione il Giudice delle leggi perveniva ad una decisione di manifesta infondatezza con l'ord. n. 253/2011, valorizzando in particolare il carattere di specialità della norma di cui all'art. 19 d.lgs. n. 133/2005 rispetto alla norma generale. Più dettagliatamente v. LISENA F., *Specialità tra fattispecie e ragionevolezza delle scelte legislative sanzionatorie*, in *Neldiritto* (rivista cartacea), ottobre 2011, n. 9, 1286 ss.

¹⁸⁸ In *Cass. pen.*, 2012, 2384 ss. Molteplici e variegate le reazioni in letteratura, diffusamente sulla pronuncia v. i commenti di SEMINARAS., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, 2393 ss.; MANES V., *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante analoga al reato gemello*, in *Guida dir.*, 2012, 20, 67 ss.; ID., *Principio di proporzionalità*, cit., 106; SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente “preso – troppo ? – sul serio”*, in *Giur. cost.*, 2012, 2, 906 ss.; DICHIARA G., *Osservatorio Corte costituzionale, Dir. pen. proc.*, 2012, 5, 539 ss.; ARIOLLI G., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione: un necessario intervento addittivo della corte costituzionale tra esigenze di prevenzione generale, rigidità del trattamento sanzionatorio e concreta offensività del fatto*, in *Giust. pen.*, 2012, 65 ss.; BAILO F., *Prosegue la ‘costituzionalizzazione’ del principio di proporzionalità delle pene nella giurisprudenza della Consulta*, in *Giur. it.*, 2013, 1, 31 ss.; ROSSIS., *Il principio di ragionevolezza, in relazione al quadro sanzionatorio*, cit., 483 ss.; FINAZZO S., *La Corte costituzionale tra principio di ragionevolezza e discrezionalità legislativa: riflessioni a margine della sentenza n. 68 del 2012*, in *Ind. pen.*, 2012, 2, 509 ss.; COTTU E., *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza e controllo sulla proporzionalità delle pene (Riflessioni in margine a Corte cost., sent. n. 68 del 2012)*, in *Crit. dir.*, 2012, 3-4, 383 ss.; PONTIS F., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione e il fatto di lieve entità: una pena manifestamente irragionevole*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1, 99 ss.; GRIECO T., *Corte cost.*, 23 marzo 2012, n. 68, *Pres. Gallo, Rel. Frigo (illegittimo l'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede una*

significativamente sulla draconiana previsione edittale della fattispecie di sequestro di persona a scopo di estorsione¹⁸⁹, prevista dall'art. 630 c.p.

Tale opzione, nell'economia complessiva della ricerca, può essere spiegata almeno in base ad un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, con l'estrema significatività teorica e pratica della ipotesi delittuosa in questione, apprezzabile anche in prospettiva storica, guardando alla tumultuosa evoluzione normativa, soprattutto sul versante sanzionatorio (la norma di cui all'art. 630 c.p. è forse quella che più plasticamente condensa, nell'intero ordinamento, le caratteristiche proprie della c.d. *legislazione dell'emergenza*).

Secondariamente, non può non rilevarsi come in quest'occasione la Corte, tramite un intervento *additivo* – che invero era già stato sollecitato senza successo in altre due circostanze – sia riuscita ad attenuare la eccessiva severità di una cornice edittale di spropositato rigore (reclusione da venticinque a trenta anni per l'ipotesi base, di cui al c. 1), la cui applicazione provocava all'evidenza gravi *ingiustizie*, specialmente nei confronti di coloro che si fossero resi responsabili di fatti di tenue o comunque minore gravità (c.d. “*sequestri lampo*”), distanti dal modello originario (*i.e. referente criminologico*) che intendeva perseguire e reprimere il legislatore quando inasprì il regime sanzionatorio, ma sovente ricorrenti nella prassi applicativa e ritenuti inquadrabili nella *cornice di tipicità* dell'art. 630 c.p. dalla maggioritaria giurisprudenza di legittimità¹⁹⁰.

Procedendo con ordine, è d'uopo innanzitutto dare conto brevemente dell'evoluzione normativa della disposizione di cui all'art. 630 c.p., a partire dalla sua versione originaria prevista nel codice Rocco con le successive molteplici modifiche, per poi concentrarsi sulle problematiche emergenti dal “*diritto vivente*”, che avevano peraltro già indotto i giudici a sollevare due questioni di legittimità costituzionale in riferimento alla eccessività ed irragionevolezza del quadro edittale, entrambe respinte dal Giudice delle leggi, nel primo caso per inammissibilità e nel secondo per manifesta infondatezza¹⁹¹¹⁹².

diminuzione di pena per i fatti di lieve entità, in *Dir. pen. cont.*, rivista *on line*, 26 marzo 2012; TOSCANO A., *La funzione della pena*, cit., 151-52; DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 189-90.

¹⁸⁹ Per una puntuale analisi della fattispecie si vedano, recentemente, i contributi di MANES V., *Delitti contro il patrimonio mediante violenza sulle cose o alle persone - Sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630)*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2014, 764 ss.; PONTIS F., *Sequestro di persona a scopo di estorsione (630)*, in AA. VV., COCCO F. (a cura di), *I reati contro i beni economici. Patrimonio, economia e fede pubblica*, Padova, 2015, 112 ss. Inoltre v. PIOLETTI G., *Sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 233 ss.; DALIA A.A., *Sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 201 ss.

¹⁹⁰ Non può allora che condividersi il rilievo di un attento commentatore, secondo il quale il problema di costituzionalità *sub iudice*, pur essendo stato declinato secondo il classico schema triadico del giudizio di ragionevolezza-eguaglianza, si pone innanzitutto in termini di tipicità penale, trovando i suoi immediati referenti costituzionali nel principio di legalità penale, come puntuale predeterminazione legale del tipo, e nel principio di proporzionalità, quale seconda dimensione della tipicità, inteso come garanzia di corrispondenza tra disvalore del tipo legale e disvalore dei fatti concreti ad esso riconducibili, v. SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 907-909.

¹⁹¹ Il riferimento è, rispettivamente, alla ordinanza n. 163/2007, in *Cass. pen.*, 4492, con nota di ARIOLLI G., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra esigenze di prevenzione generale, rigidità del trattamento sanzionatorio e concreta offensività del fatto* e alla successiva ordinanza n. 240/2011, in *Cass. pen.*, 2012, 1, 74, sulla quale vedi le osservazioni di MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont. (Riv. Trimestrale)*, 2012, 1, 99 ss. e spec. 108-09 e anche LEO G., *Sul minimo edittale della pena prevista per il sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Dir. pen. cont. (Rivista on line)*, 23 luglio 2011.

Le suddette questioni si pongono infatti come *prius* logico indispensabile per comprendere appieno i termini della questione affrontata dalla Corte nella sent. n. 68/2012, e conseguentemente svolgere alcune considerazioni critiche circa l'intervento da essa operato in tale occasione.

Nell'originaria configurazione del Codice Rocco, la norma incriminatrice “sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione” era costituita da due soli commi, il primo dei quali comminava la sanzione da otto a quindici anni di reclusione e la multa da lire 400.000 a 800.000 per il sequestro di persona al fine di conseguire un ingiusto profitto come prezzo della liberazione; il secondo comma prevedeva invece una circostanza aggravante, con significativo inasprimento sanzionatorio (da dodici a diciotto anni di reclusione), nel caso in cui il reo avesse effettivamente conseguito l'intento.

Tale struttura, da un lato, si mostrava coerente con la prevalenza accordata dal legislatore fascista ai profili di tutela *patrimonialistici*, confermata anche dalla collocazione tra i delitti contro il patrimonio (titolo XIII), dall'altro, manifestava l'affievolimento del diritto alla libertà, dovuto alla matrice autoritaria del codice Rocco¹⁹³.

Il primo intervento, finalizzato a rendere più severa la reazione sanzionatoria, adottato in concomitanza all'allarmante diffondersi del fenomeno dei sequestri a scopo estorsivo, si registra con la l. n. 497/1974, la quale intervenne su entrambi i commi, ampliando il compasso edittale da dieci a venti anni di reclusione e multa non inferiore a lire 400.000 per la fattispecie base e da dodici a venticinque anni e multa non inferiore a lire 800.000 nell'ipotesi aggravata; venne inserita anche una circostanza attenuante speciale: nel caso in cui il concorrente si fosse adoperato per fare riottenere la libertà alla vittima, senza che ciò fosse la conseguenza del versamento del prezzo per la liberazione, si sarebbero applicate le meno contudenti sanzioni dell'art. 605 c.p., sequestro di persona semplice (da sei mesi a otto anni di reclusione).

Ma è la novella costituita dal d.l. n. 59/1978, conv. nella l. n. 191/1978 ad avere inciso in maniera decisiva sulla struttura della fattispecie e sulla sua componente sanzionatoria, delineandone il volto *iper-*

¹⁹² Va rammentato che il regime punitivo del sequestro estorsivo era già stato sottoposto allo scrutinio del Giudice delle leggi sotto altro profilo, relativo alla violazione del principio ragionevolezza da parte della attenuante della dissociazione di cui all'art. 630, c. 4, c.p. sembrando essa applicabile, alla luce del tenore letterale della norma, soltanto al singolo concorrente nel reato, e non invece all'autore isolato o qualora sia decisione unanime di tutti concorrenti di dissociarsi dall'attività delittuosa liberando l'ostaggio. La Corte costituzionale si pronunciò con l'importante sentenza n. 143/1984, edita in *Foro It.*, 1984, II, 2082, con nota critica di FORNASARI G., *Ragionevolezza, dissociazione e sequestro a scopo di estorsione*. La Corte, in particolare, ha dichiarato la questione infondata, ritenendo che detta attenuante non escluda dal beneficio né l'ipotesi dell'unico agente che receda dal proposito criminoso rilasciando l'ostaggio, né quella dell'unanime decisione di tutti i concorrenti di dissociarsi dal disegno criminoso liberando il sequestrato. Assai discutibile invero l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte, la quale ha ampliato la portata della norma anche in senso palesemente contrario al dato letterale, in base all'analisi storico-evolutiva della stessa. Infatti, prima del 1980 il c. 4 dell'art. 630 prevedeva due attenuanti: l'una conseguente al dato oggettivo della liberazione della vittima prima del pagamento del riscatto, l'altra a favore del concorrente che dissociandosi dagli altri facesse riacquistare la libertà al sequestrato senza il pagamento del prezzo. A giudizio della Corte tale assetto normativo consentiva un'interpretazione letterale di questa seconda diminuzione. Al contrario, dopo la riforma che ha eliminato la prima attenuante l'interpretazione dell'art. 630, c. 4 non può più essere ristretta sul piano lessicale.

¹⁹³ A conferma di ciò si osservi che il delitto *de quo* nel Codice Zanardelli del 1889, all'art. 410, era punito con la pena più grave (da dodici a vent'anni), indipendentemente dal fatto che il reo avesse conseguito o meno il prezzo richiesto per la liberazione, così accordando giustamente maggiore importanza al bene libertà personale rispetto al patrimonio.

repressivo ancora oggi ben riconoscibile, ispirato esclusivamente da esigenze di prevenzione generale e *deterrence*.

Sull'onda dell'emergenza terroristica conseguente al sequestro dell'On. Aldo Moro, l'art. 630 venne in un primo momento riformulato in modo da tale da includere anche il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione.

Successivamente, con la legge di conversione, si provvide a scorporare tale ultima fattispecie, introducendo nel tessuto codicistico il reato di cui all'art. 289 *bis* c.p. tra i delitti contro la personalità dello Stato, e la rubrica dell'art. 630 assunse i connotati attuali.

Nell'ambito della stessa modifica legislativa si eliminò la circostanza aggravante connessa all'effettivo conseguimento dell'ingiusto profitto come prezzo della liberazione e si procedette ad un ulteriore innalzamento delle pene edittali, con la comminatoria della pena fissa della reclusione di trenta anni nel d.l. n. 59/1978, poi modificata dalla legge di conversione con la previsione attuale, da venticinque a trenta anni di reclusione ed ergastolo in caso di morte della vittima. Infine venne accentuata la logica premiale della norma, prevedendo una significativa diminuzione di pena per il concorrente che si fosse adoperato per la liberazione del soggetto passivo, dissociandosi dagli altri.

Sono poi state le leggi n. 894/1980 e 82/1991 a modificare ancora la norma, conferendole la fisionomia attuale.

Il primo intervento introduce una nuova ipotesi di ravvedimento attivo, per il concorrente che si adoperi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o aiuti concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria ad individuare i colpevoli e rimodula il trattamento sanzionatorio nel caso in cui la morte sia conseguenza non voluta da reo (reclusione di anni trenta) o, al contrario, sia conseguenza volontaria del sequestro (pena dell'ergastolo).

La seconda modifica accentua l'ottica premiale, stabilendo consistenti diminuzioni di pena per il concorrente che, dissociandosi dagli altri, offra un contributo di eccezionale rilevanza.

E' di tutta evidenza che il frammentato quadro edittale, fuoriuscito dai continui ritocchi succedutisi nel tempo¹⁹⁴, presenta numerosi punti problematici.

In particolare, come è stato osservato da più parti, comparando in chiave intra-sistematica il regime

¹⁹⁴ Riassumendo il complesso regime sanzionatorio dell'art. 630 c.p.: *a*) per l'ipotesi base di cui al c. 1, la pena è la reclusione da venticinque a trenta anni; *b*) per l'ipotesi di cui al c. 2, in caso di morte non voluta della vittima (reato aggravato dall'evento), la pena è trent'anni di reclusione; *c*) per l'ipotesi di cui al c. 3, in caso di omicidio della vittima, la pena è l'ergastolo; *d*) per l'ipotesi di cui al c. 4, se il concorrente che si dissocia si adopera in modo tale che il soggetto passivo riacquisti la libertà, senza che ciò sia conseguenza del pagamento del prezzo della liberazione, si applicano le pene dell'art. 605 (se tuttavia l'ostaggio muore in conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, il compasso edittale per il concorrente dissociatosi è la reclusione da sei a quindici anni); *e*) per l'ipotesi di cui al c. 5: al di fuori dei casi di cui al c. 4, per il concorrente che si dissocia dagli altri al fine di evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o offra un aiuto concreto all'autorità nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, l'ergastolo è sostituito dalla reclusione da dodici a venti anni e le altre pene diminuite da un terzo a due terzi; *f*) nell'ipotesi del c. 6, se ricorrono circostanze attenuanti, nell'ipotesi *sub b*) va applicata la reclusione da venti a ventiquattro anni e nell'ipotesi *sub c*) la reclusione da ventiquattro a trent'anni. Se vi è concorso omogeneo di circostanze attenuanti, la pena non può scendere sotto dieci anni di reclusione nell'ipotesi *sub b*) e dei quindici anni *sub c*); *g*) i limiti di pena di cui al c. 6 possono essere superati nel caso in cui siano applicabili le attenuanti *sub e*).

sanzionatorio dell'art. 630 c.p. con quello di altre fattispecie delittuose, poste a tutela di beni giuridici collocati al vertice della “*gerarchia*” costituzionale, ci si avvede che il minimo edittale di venticinque anni di reclusione è addirittura superiore al massimo edittale previsto per l'omicidio volontario semplice (reclusione da ventuno a ventiquattro anni ex art. 575 c.p.) e per il delitto di strage, in caso non vi siano eventi letali (art. 422, c. 2, c.p. reclusione da quindici a ventiquattro anni). Inoltre, il minimo edittale di venticinque anni di reclusione è superiore al limite massimo previsto dalla norma generale di cui all'art. 23 c.p.¹⁹⁵.

Chiari, dunque, i potenziali profili di frizione di detto trattamento sanzionatorio con i principi costituzionali di cui agli artt. 3, c. 1 e 27, c. 1 e 3 Cost.

L'eccessivo rigore del regime punitivo è stato vieppiù acuito dall'orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità.

Risolvendo il contrasto creatosi tra le sezioni semplici, le Sezioni Unite¹⁹⁶ si sono infatti pronunciate nel senso di ritenere configurabile il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione nell'ipotesi in cui la privazione della libertà personale abbia tratto origine dalla esistenza di un pregresso rapporto economico *illecito* tra soggetto attivo e vittima del reato. In particolare, si è riconosciuto sussistente il requisito dell'ingiustizia del profitto perseguito dall'agente ogni volta in cui la pretesa che egli intende soddisfare sia priva di qualsivoglia tutela giuridica.

Tale approdo, invero, ha consacrato l'impostazione ermeneutica fino a quel momento nettamente minoritaria¹⁹⁷, dal momento che la maggior parte delle decisioni¹⁹⁸, nonché parte della dottrina¹⁹⁹,

¹⁹⁵ Interessante rilevare, sotto questo profilo, che in una risalente decisione, la Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sull'eccezione di incostituzionalità dell'art. 630 c.p., per contrasto con l'art. 13 Cost. nella parte in cui prevede una pena diversa e più alta da quelle fissate in via generale dall'art. 23 c.p., ritenne la questione manifestamente infondata, individuando l'oggetto di tutela della norma anche negli interessi della collettività nazionale, giustificata dagli effetti deleteri che si producono su attività economiche di notevole valore sociale e dallo spostamento di ricchezza verso organizzazioni criminali, con conseguente potenziamento delle stesse e crescente pericolo per la collettività, v. Cass. Pen., Sez. I, 28.12.1984, in *Riv. pen.*, 1985, 1146.

¹⁹⁶ Cass. Pen., SS. UU., n. 962/2003, in *Foro it.*, 2004, II, 132 ss., con nota critica di FIANDACA G.; anche in *Cass. pen.*, 2004, 1203 ss., con nota adesiva di FANTUZZI F.R., *Sequestro di persona a scopo di estorsione: configurabilità del reato complesso rispetto al concorso dei reati base*; nonché in *Dir. pen. proc.*, 2005, 37 ss., con nota adesiva di RIVERDI M., *Sequestro di persona a scopo di estorsione e precedente accordo illecito tra vittima e sequestratore*. Le Sezioni Unite hanno statuito che “*La condotta criminosa consistente nella privazione della libertà di una persona finalizzata a conseguire come prezzo della liberazione una prestazione patrimoniale, pretesa in esecuzione di un precedente rapporto illecito, integra il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione di cui all'art. 630 cod. pen. e non il concorso del delitto di sequestro di persona (art. 605) con quello di estorsione, consumata o tentata (artt. 629 e 56 stesso codice)*”. Tale approdo, incentrato sul dolo di ingiusto profitto, con corrispondente svuotamento dell'espressione “prezzo della liberazione”, viene motivato in questi termini dai giudici supremi, secondo i quali “*se la pretesa dell'agente ha titolo in un negozio avente causa illecita, il profitto perseguito è ingiusto; e non si vede perché se ad essa si accompagni la segregazione del soggetto passivo, e la liberazione di questo sia condizionata al pagamento di un prezzo, la condotta del sequestratore debba essere scissa in due fatti-reato – sequestro di persona ed estorsione –, il secondo dei quali presuppone comunque l'ingiustizia del profitto. Il binomio normativo 'ingiusto profitto come prezzo della liberazione' non esclude che il perseguimento del prezzo del riscatto tragga il movente da preesistenti rapporti illeciti, limitandosi a collegare l'azione ricattatrice alla prospettiva della liberazione del sequestrato. L'agente infatti non ha una pretesa tutelabile dalla legge da far valere; sicché in realtà l'utilità non dovuta che il ricattatore persegue rappresenta null'altro che il corrispettivo della liberazione dell'ostaggio*”.

¹⁹⁷ In tal senso, prima della pronuncia a SS. UU., v. Cass. Pen., Sez. VI, 7 gennaio 1997, in *Riv. pen.*, 1997, 726. Successivamente l'orientamento che ritiene configurabile la fattispecie di cui all'art. 630 c.p. è stato confermato da Cass. Pen., Sez. I, n. 17728/2010, in *C.E.D. Cass.* n. 247071; Cass. Pen., Sez. I, n. 16177/2010, *ivi*, n. 247230; Cass. Pen., Sez. V, n. 12762/2006, *ivi*, n. 234553.

¹⁹⁸ Detto orientamento sostiene che il sequestro a scopo estorsivo si può configurare soltanto se l'autore agisce al fine specifico di

propendeva per ravvisare in casi simili un concorso formale tra il sequestro di persona semplice (art. 605 c.p.) e il delitto di estorsione (art. 629 c.p.), nella forma consumata o tentata.

Soluzione, quest'ultima, preferibile anche al fine di apprestare una risposta sanzionatoria più mite e congrua, rispetto a condotte delittuose che si caratterizzano per un grado di offensività certamente minore rispetto al *prototipo* di sequestro a scopo d'estorsione che aveva animato il legislatore durante l'*escalation* emergenziale.

Due in particolare le tipologie casistiche ricorrenti: *a*) le situazioni in cui un soggetto viene fatto entrare illegalmente nel territorio dello Stato, ed ivi trattenuto in stato di cattività e con modalità violente, finché non riesce a pagare le spese di viaggio concordate (questo tipo di caso aveva dato origine al procedimento esitato nella rimessione della questione alle SS. UU.); *b*) l'ipotesi della persona che viene privata della libertà personale per un breve lasso temporale, al fine di costringerla al pagamento di quanto precedentemente pattuito nel quadro di un rapporto illecito (caso tipico: partita di sostanza stupefacente, come nel procedimento dal quale è originata la questione decisa nella sentenza n. 68/2012 in esame).

In riferimento a queste classe di sottofattispecie, via via ampliatasi e divenuta più frequente, al cospetto di una sensibile diminuzione di quelle condotte delittuose proprie dell'*industria dei sequestri*, operate *“da pericolose organizzazioni criminali, con efferate modalità esecutive e richieste di riscatti elevatissimi, al cui pagamento spesso non seguiva la liberazione del sequestrato, che trovava invece la morte in conseguenza del fatto”*, il trattamento edittale risulta evidentemente sproporzionato.

Il profondo disagio avvertito dai giudici di merito, chiamati ad applicare una pena così severa, inidonea per la sua rigidità e per la *“compressione verso l'alto”* dello spazio edittale ad essere individualizzata ed adeguata al fatto concreto, in situazioni dal disvalore più tenue, ha fatto sì che la questione venisse sottoposta all'attenzione del Giudice delle leggi già nel 2007.

In quell'occasione – ove il fatto oggetto del giudizio *a quo* rientrava proprio nella categoria dei sequestri di breve durata finalizzati al pagamento di un debito contratto per una partita di droga – tuttavia, la questione venne dichiarata inammissibile, per la natura oscura ed ancipite del *petitum*.

Dal tenore dell'atto di promovimento non era dato comprendere infatti se il tribunale chiedesse genericamente una mitigazione del minimo edittale di venticinque anni, oppure un intervento di tipo additivo, con l'introduzione di una circostanza attenuante speciale per i *“fatti di minore entità o gravità”*, ovvero entrambe le tipologie di intervento in via alternativa.

Oltre a porsi in termini di *“alternatività irrisolta”*²⁰⁰, gli interventi prospettati si presentavano indeterminati, giacché il rimettente non era in grado di indicare quale pena minima avrebbe dovuto

conseguire un profitto ingiusto come prezzo della liberazione e non, invece, allorquando il sequestro ed il perseguimento del profitto sono collegabili direttamente ad una precedente causa, quantunque illecita. Mancando tale specifico fine, vi sarà concorso formale tra sequestro di persona semplice ed estorsione, nella forma consumata o tentata. In questa direzione v. Cass. Pen., Sez. II, n. 9189/1993, in *Cass. pen.*, 1995, 71; Cass. Pen., Sez. VI, n. 321/2000, in *Cass. pen.*, 2001, 887.

¹⁹⁹ FIANDACA G.-MUSCO E., *I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2014, 163.

²⁰⁰ ARIOLLI G., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 4514.

sostituire quella attuale né la concreta configurazione della attenuante speciale, quanto a presupposti e misura della diminuzione della sanzione. Dalla parte conclusiva dell'ordinanza di remissione sembrava potersi desumere la volontà del rimettente di chiedere l'estensione alla fattispecie di cui all'art. 630 c.p. della attenuante speciale prevista per la figura delittuosa del c.d. sequestro di ostaggi, di cui all'art. 3, c. 3, l. n. 718/1985 (Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale contro la cattura degli ostaggi, aperta alla firma a New York il 18 dicembre 1979)²⁰¹, norma citata quale parametro di riferimento normativo, nel consueto schema triadico. Il giudice *a quo* riteneva però preclusa la possibilità di applicare l'attenuante di cui all'art. 3, c. 3, l. n. 718/1985, in quanto il fatto concreto avrebbe dovuto essere inquadrato nella diversa fattispecie di sequestro di ostaggi, con violazione del principio del divieto di analogia *in malam partem*.

Una siffatta “lettura” del *petitum* da parte della Corte ne avrebbe d'altra parte comportato un illegittimo “riempimento”; il tribunale non aveva infatti utilizzato la stessa dizione della circostanza attenuante invocata (“*se il fatto è di lieve entità...*”), con l'indicazione generica nel dispositivo di una “*circostanza attenuante speciale per i fatti di minore entità o gravità*”, così lasciando aperta una molteplicità di ipotesi in alternativa e confermando che il riferimento alla norma era finalizzato unicamente ad una vaga e non meglio definita censura alla eccessività del minimo edittale dell'art. 630 c.p., per irragionevolezza intrinseca e frustrazione del finalismo rieducativo della pena, priva di parametri normativi di raffronto certi e pertanto inammissibile.

Certamente meglio impostata e strutturata la questione di legittimità costituzionale sollevata successivamente, sempre in riferimento all'eccessiva asprezza del trattamento sanzionatorio del sequestro di persona a scopo di estorsione, nella quale il rimettente ha individuato con precisione una fattispecie asseritamente omologabile a quella oggetto di censura, proprio nel suddetto art. 3 della l. n. 718/1985.

Tale fattispecie incriminatrice, punita anch'essa nella ipotesi base con la reclusione da venticinque a trent'anni, prevede però una circostanza attenuante speciale al c. 3, “*se il fatto è di lieve entità si applicano le pene previste dall'art. 605 del codice penale aumentate dalla metà a due terzi*”, permettendo in tal modo di far abbassare il minimo edittale fino a nove mesi di reclusione. Ad avviso del giudice *a quo* il *vulnus* al principio d'eguaglianza risiederebbe nel fatto che una attenuante di natura analoga non sia contemplata per il delitto di cui all'art. 630 c.p.

I giudici costituzionali, valutando nel merito la questione, la ritenevano nondimeno manifestamente infondata, evidenziando i profili che differenziano in maniera significativa le due fattispecie poste a raffronto, rendendo inidonea la figura delittuosa del sequestro di ostaggi a fungere da *tertium*

²⁰¹ La fattispecie *de qua*, nella sua forma base di cui al c. 1, prevede che “*Chiunque, fuori dei casi indicati negli articoli 289-bis e 630 del codice penale, sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica od una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni*”; la circostanza attenuante di cui al c. 3 recita “*Se il fatto è di lieve entità si applicano le pene previste dall'articolo 605 del codice penale aumentate dalla metà a due terzi*”.

comparationis.

Sul punto veniva osservato che “*se la cattura di ostaggi può manifestarsi in episodi di maggiore gravità rispetto al sequestro di persona a scopo di estorsione (la prestazione richiesta per la liberazione dell'ostaggio potrebbe consistere, infatti, nel compimento di atti governativi o politici molto più rilevanti del pagamento di un riscatto), essa si presta, tuttavia, a qualificare penalmente anche sequestri di persona effettuati a scopo “dimostrativo” o a sostegno di rivendicazioni sociali, etiche o politiche (persino “nobili” da un punto di vista astratto); proprio in tale prospettiva si giustifica – nella valutazione del legislatore – la previsione di un'attenuante ad effetto speciale, quale quella del terzo comma dell'art. 3 della legge n. 718/1985*”.

L'incomparabilità tra la figura delittuosa di cui all'art. 630 c.p. e quella dell'art. 3, l. n. 718/1985, deriva dunque dal carattere più ampio e generico, nonché residuale, di quest'ultima rispetto alla prima, come emerge in maniera univoca tanto dallo scopo perseguito (costringere “qualsiasi” terzo a compiere “qualsiasi” atto), quanto dall'espressa clausola di sussidiarietà contenuta nell'inciso iniziale della norma (“*fuori dai casi indicati negli artt. 289 bis e 630 c.p.*”).

Ad ulteriore supporto del mancato accoglimento del *petitum*, si rilevava che l'intervento additivo richiesto avrebbe creato un'irragionevole dissimmetria sanzionatoria di segno contrario, conducendo la pena minima per il sequestro a scopo estorsivo ad un *quantum* sensibilmente inferiore a quella irrogabile per il tentativo di estorsione.

Conclusivamente, la Corte precisava che il proprio esame non poteva essere esteso alla attenuante dell'art. 311 c.p., in rapporto alla diversa fattispecie di cui all'art. 289 bis c.p., sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione – come richiesto dal difensore di uno degli imputati – stante l'estraneità di tale profilo alla richiesta formulata nell'ordinanza di rimessione.

La declaratoria di manifesta infondatezza di cui all'ordinanza n. 240/2011 lasciava così impregiudicato il tema prospettato dalla parte privata, potendosi leggere in tale aspetto della decisione una sorta di “suggerimento” sottotraccia, in vista di un'eventuale futura riproposizione della questione, selezionando un diverso e congruo *tertium comparationis*²⁰².

Proprio cogliendo l'indicazione contenuta, più o meno occultamente, nelle pieghe della motivazione dell'ordinanza di manifesta infondatezza, il rimettente della questione risolta con la pronuncia n. 68/2012 riesce ad individuare un congruo parametro di raffronto normativo nella fattispecie di cui all'art. 289 bis, con riferimento alla circostanza attenuante prevista dall'art. 311 c.p.²⁰³.

In particolare, ad avviso del giudice *a quo*, si paleserebbe censurabile l'omessa previsione, in riferimento

²⁰² Su questo importante profilo v. MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale*, cit., 109, il quale sottolinea il fondamentale ruolo del giudice comune nella selezione di un appropriato termine di raffronto normativo; SEMINARA S., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 2400.

²⁰³ L'art. 311, prevedendo una circostanza attenuante applicabile a tutti i delitti di cui al Titolo I del Libro II del codice penale, dispone che “*Le pene comminate per i delitti preveduti da questo titolo sono diminuite quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità*”.

al reato di cui all'art. 630 c.p., di una circostanza attenuante che permetta al giudice di mitigare la risposta punitiva, in presenza di elementi oggettivi rivelatori di una limitata gravità del fatto, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 311 c.p. per il sequestro a scopo terroristico o eversivo; si sarebbe in presenza di una irrazionale disparità di trattamento tra situazioni omologhe, stante la piena assimilabilità della ipotesi delittuosa di cui all'art. 289 *bis* c.p. rispetto al sequestro estorsivo, quanto a struttura, requisiti di fattispecie, risposta sanzionatoria e rango degli interessi protetti. I parametri violati sarebbero i consueti artt. 3, c. 1 e, in via concorrente, 27, c. 1 e 3, Cost., per la frustrazione della finalità rieducativa della pena, che una previsione edittale eccessivamente afflittiva (sproporzionata) compromette *ab origine*.

Come si vedrà, la motivazione della decisione segue pedissequamente l'impostazione dell'ordinanza, procedendo, secondo i “classici” moduli argomentativi dei giudizi di eguaglianza-ragionevolezza, ad una approfondita e minuziosa ricostruzione dei vari elementi che consentono di instaurare un rapporto di *omogeneità strutturale* tra le due norme incriminatrici, rendendo così possibile la comparazione ed il riscontro della natura palesemente irragionevole della mancata previsione di un'attenuante, che consenta al giudice di meglio adattare l'entità della sanzione al disvalore concreto espresso dal fatto *sub iudice*.

Va osservato, peraltro, che l'*incipit* del ragionamento della Corte, cioè la constatazione dell'acuirsi dei profili di tensione tra la comminatoria edittale dell'art. 630 c.p. ed i principi costituzionali, in presenza di una descrizione normativa del fatto incriminato – interpretata in maniera molto lasca nel “*diritto vivente*” – che si presta a ricomprendere anche episodi “*marcatamente dissimili, sul piano criminologico e del tasso del disvalore, rispetto a quelli avuti di mira dal legislatore dell'emergenza*”, pareva potere preludere ad un percorso argomentativo di stampo diverso rispetto a quello effettivamente intrapreso.

Tale dato di partenza, avrebbe forse potuto condurre i giudici costituzionali a valutare l'illegittimità della scelta legislativa sanzionatoria scrutinata (*anche*) in termini di irragionevolezza-sproporzione *intrinseca*, valorizzando, come già avvenuto, seppur occasionalmente, in precedenza²⁰⁴, indici di natura varia e diversa (empirici, sociologici, storici, comparatistici, in generale di natura politico-criminale), al fine di riscontrare il vizio d'anacronismo legislativo di un'opzione sanzionatoria che ha probabilmente perso di legittimazione nella coscienza sociale, alla luce della netta diminuzione dei sequestri estorsivi perpetrati secondo *specifiche* modalità dalla criminalità organizzata e del radicale mutamento della fisionomia

²⁰⁴ Pone opportunamente in risalto questo interessante profilo COTTU E., *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, cit., 390-91; v. anche nella stessa direzione GRIECO T., *Corte cost., 23 marzo 2012*, cit., 2 del dattiloscritto. In materia di controllo di legittimità costituzionale sulla misura della pena, il precedente di riferimento, relativamente all'utilizzo da parte della Corte di moduli particolarmente pervasivi (o invasivi) di sindacato di costituzionalità, tali da “emanciparsi” quasi *in toto* dallo schema triadico, è ovviamente la notissima e sopra analizzata sent. n. 341/1994. La Corte si è invero servita di moduli decisori siffatti anche per sindacare in maniera penetrante scelte relative all'*an* dell'incriminazione, in occasione delle importanti pronunce n. 519/1995, in *Crit. dir.*, 1996, 1, 48 ss., con osservazioni di INSOLERA G., *Il volto costituzionale dell'illecito penale: tra responsabilità legislativa e decisioni della Corte Costituzionale*, con la quale è stata decretata l'illegittimità costituzionale della contravvenzione di cui all'art. 670 c.p., mendicita “non invasiva” e n. 370/1996, con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, per violazione del principio di ragionevolezza, la contravvenzione di cui all'art. 708 c.p., possesso ingiustificato di valori, sulla quale vedi ampiamente MAUGERI A.M., *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, parte I e II in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, rispettivamente n. 2, 434 ss. e n. 3, 944 ss.; richiama la sent. n. 370/1996, come esemplificazione di una *concezione funzionale* del principio di proporzione (adeguatezza del mezzo allo scopo), PALAZZO F.C., *Introduzione ai principi*, cit., 70.

attuale del fenomeno criminoso²⁰⁵.

La affermata “*diastasi dell'incriminazione dal proprio referente empirico originario*”²⁰⁶, tuttavia, non ha convinto la Corte a spingersi su sentieri poco ortodossi, avendo quest'ultima preferito sviluppare il proprio ragionamento integralmente sui più rassicuranti binari normativi del giudizio di eguaglianza, senza servirsi, neanche in termini di mero supporto argomentativo, di indici ulteriori.

E' opportuno allora procedere alla dettagliata disamina dello svolgimento del raffronto strutturale tra fattispecie effettuato dal Giudice delle leggi.

Nella pronuncia vengono individuati, attraverso un esame approfondito, profili di omogeneità tra il sequestro estorsivo ed il sequestro a fini di terrorismo o di eversione, attinenti sostanzialmente a quattro piani distinti.

La Corte riserva in primo luogo particolare attenzione alla “*comune matrice storica*” delle due disposizioni incriminatrici, osservando come il reato di cui all'art. 289 *bis*, introdotto con il d.l. n. 59/1978, fosse stato originariamente accorpato al sequestro estorsivo nel medesimo art. 630 c.p., venendo solo successivamente ricollocato più opportunamente tra i delitti contro la personalità dello Stato, per effetto di una scelta operata dal Parlamento in sede di conversione, con la l. n. 191/1978.

Secondariamente, riguardo alla struttura oggettiva delle fattispecie, si rileva come la condotta tipica consista per entrambe nel privare taluno della libertà personale, distinguendosi le figure delittuose unicamente in base alla finalità che sorregge la condotta, il dolo specifico, di estorsione, in un caso, di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, nell'altro.

In terzo luogo, per quanto concerne il trattamento sanzionatorio, l'affinità strutturale emerge sia con riferimento alla sanzione edittale comminata per l'ipotesi base (reclusione da venticinque a trent'anni in entrambe le ipotesi), sia in relazione agli aggravamenti di pena previsti in caso di morte del sequestrato. Sempre sotto il profilo del regime punitivo, coerentemente alla c.d. “*strategia differenziata*”, portata avanti dal legislatore dell'emergenza negli anni settanta ed ottanta e volta, contestualmente, ad innalzare

²⁰⁵ Si noti che l'indagine comparata svolta in riferimento all'esperienza di *judicial review of excessive penalties* nel sistema statunitense ha dato riscontro di elaborazioni concettuali di stampo affine, propense, attraverso l'accurata ricostruzione della *ratio legis* e dell'*intentio legislatoris*, ad ampliare i limiti del sindacato di costituzionalità e ad abbassare il grado di deferenza nei confronti della quantificazione sanzionatoria scelta dal legislatore. In questa direzione si è mostrato di grande interesse in particolare il concetto di “*prevention of absurdities models*”, secondo il quale “*Ogni legislatore che crea un articolazione sanzionatoria non è in grado di prevedere tutte le potenziali applicazioni di detta disciplina, ciò lascia aperta la possibilità che alcuni casi che richiedono l'applicazione di pene straordinariamente dure in situazioni che intuitivamente sembra che dovrebbero richiedere pene molto più miti. Limitando l'analisi di proporzionalità a queste situazioni, le corti dimostrano opportuna deferenza al legislatore. Le corti, dunque, non stanno ordinando un ruolo legislativo per loro stesse. Piuttosto, loro stanno integrando l'opera del legislatore controllando le assurdità e aiutando il quadro sanzionatorio creato dal legislatore a funzionare in un modo ragionevole, che meglio si avvicini all'intenzione del legislatore e della comunità dei consociati*”. In questi termini vedi ad es. SCHNEIDER G.S., *Sentencing Proportionality in the States*, in *Ariz. L. Rev.*, 2012, 242 ss., 243. Con tutte le significative differenze del caso, è chiaro che l'interpretazione affermata come prevalente in seno alla giurisprudenza di legittimità Italiana sull'art. 630 c.p., ha condotto al verificarsi di una prassi di irrogazione di pene di severità manifestamente irragionevole (*i.e.* assurda) rispetto al disvalore dei fatti concreti, e ciò ha verosimilmente influito nella scelta di intervenire da parte della Corte costituzionale, la quale ha (giustamente) tenuto in considerazione il *legislative intent* originario del legislatore dell'emergenza, trincerandosi però dietro le mura di un logicamente ineccepibile giudizio di eguaglianza.

²⁰⁶ Così si esprime MANES V., *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione*, cit., 68.

la misura della pena e ad incentivare la dissociazione dei complici, sono previste circostanze attenuanti analoghe in tema di dissociazione dell'agente dagli altri concorrenti nel reato, così come si presenta sostanzialmente identica la disciplina del concorso eterogeneo di circostanze.

A rafforzare l'omogeneità dei due reati contribuisce, infine, la presenza di clausole generali di equiparazione, giuste le quali le norme del codice penale, nonché tutte le norme processuali che rinviano all'art. 630 c.p., debbono essere applicate anche all'art. 289 *bis*, in forza del disposto di cui agli artt. 9 *ter* e 10, d.l. n. 59/1978.

Un argomento, quello della Corte, che appare perfettamente lineare ed ineccepibile dal punto di vista logico-formale, ma non ancora sufficiente per accertare il profilo di violazione dell'art. 3, c.1, Cost.: la manifesta irrazionalità dell'omessa previsione di un'attenuante speciale, simmetrica rispetto a quella dell'art. 311 c.p., operante in riferimento ai sequestri estorsivi di lieve entità²⁰⁷.

Ciò che infatti determina il passo più importante, l'ultimo “*stadio*” del vaglio di ragionevolezza, decisivo per giungere all'accoglimento della questione e alla declaratoria d'illegittimità, è la considerazione comparativa dell'*oggettività* protetta dalle due norme incriminatrici poste a confronto.

L'assunzione del bene giuridico come “*punto di vista rilevante*” nel vaglio di ragionevolezza non può certamente stupire, se solo si rammenta che la *ponderazione* dei diversi interessi tutelati, in riferimento alla loro reciproca “*rilevanza costituzionale*”, era stato – come si è visto – il tratto più caratteristico ed innovativo della decisione che aveva inaugurato la “nuova” stagione del sindacato di costituzionalità sulla misura della pena, la nota sent. n. 26/1979.

La Corte, una volta riscontrata la piena affinità strutturale tra le due disposizioni incriminatrici, procede alla disamina dei differenti interessi tutelati. Il passaggio argomentativo, benché sembri apparentemente posto in termini di mero rafforzamento/supporto argomentativo, guardando al tenore letterale della motivazione, costituisce in realtà l'autentica chiave di volta, il punto essenziale dell'intera decisione²⁰⁸.

Il ragionamento sul punto si sviluppa invero secondo cadenze rapide, forse troppo semplificate.

Si osserva che “*Il fondamentale elemento di differenziazione tra le due figure criminose – vale a dire la diversità del bene giuridico protetto, riflessa nei contenuti del dolo specifico – non solo non impedisce la comparazione, ma rafforza, anzi, il giudizio di violazione dei principi di eguaglianza e ragionevolezza*”,

²⁰⁷ Come è stato rilevato dalla dottrina più attenta, la comparazione “formale” tra fattispecie, ed il conseguente esito di differenza o affinità strutturale, se considerato isolatamente, rimane “*un dato muto, neutrale, o meglio formale, che ovviamente nulla dice sulla diversità o identità sostanziale o di contenuto significativo delle medesime*”, non offrendo dunque un criterio rilevante, da solo, per valutare il contenuto di disvalore e la proporzionalità dei trattamenti sanzionatori delle figure delittuose poste a raffronto. Di qui la indispensabilità di esaminare necessariamente le oggettività giuridiche coinvolte. Cfr. PALAZZO F.C., *Questioni di costituzionalità*, cit., 1316.

²⁰⁸ I commentatori della pronuncia convergono unanimemente, pur con diversità di toni, in questa constatazione: cfr. MANES V., *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione*, cit., 70; con accenti fortemente critici, contestando in particolare la omogeneità strutturale delle due fattispecie di sequestro comparate, SEMINARAS., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 2403-04; SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 909-10, il quale pure esprime un giudizio negativo sull'utilizzo della argomentazione della diversità dei beni giuridici, al fine di rafforzare il giudizio di manifesta irragionevolezza da parte della Corte, definito “*argomento iperbolico apparentemente indiscutibile*”; v. anche ROSSI S., *Il principio di ragionevolezza, in relazione al quadro sanzionatorio*, cit., 490; COTTU E., *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, cit., 396.

difatti, “a fianco della comune lesione della libertà personale del sequestrato, il sequestro terroristico o eversivo offende, secondo una corrente lettura, l'ordine costituzionale (usualmente identificato nell'insieme dei principi fondamentali che nella Carta costituzionale servono a definire la struttura e la natura dello Stato); il sequestro estorsivo attenta, invece, al patrimonio” e “non può esservi comunque alcun dubbio in ordine alla preminenza del primo dei beni sopra indicati rispetto al secondo, nella gerarchia costituzionale dei valori”.

L'indubbia maggiore pregnanza del bene giuridico dell'ordine costituzionale rispetto al bene giuridico del patrimonio – prosegue l'iter argomentativo – “se giustifica la sottoposizione del sequestro terroristico o eversivo a uno 'statuto' in generale più severo di quello proprio del sequestro estorsivo, quale quello delineato dalle restanti disposizioni comuni ai delitti contro la personalità dello Stato, di cui agli artt. 301 e seguenti del codice penale (punibilità dell'istigazione non accolta, del semplice accordo per commettere il reato, della formazione di bande armate per realizzarlo), rende, di contro, manifestamente irrazionale – e dunque lesiva dell'art. 3 Cost. – la mancata previsione, in rapporto al sequestro di persona a scopo di estorsione, di una attenuante per i fatti di lieve entità, analoga a quella applicabile per la fattispecie 'gemella' che, ceteris paribus, aggredisce l'interesse di rango più elevato”²⁰⁹.

La “spina dorsale” della pronuncia, costituita dunque dalla riscontrata perfetta omogeneità tra le due figure di reato, alla quale si aggiunge, a conferma dell'irragionevolezza della mancata previsione dell'attenuante per i fatti di lieve entità, il differente “rango” costituzionale dei beni giuridici tutelati, pur potendo risultare in apparenza persuasiva, ad uno sguardo più approfondito si mostra invece discutibile sotto molteplici profili.

Su questi nodi problematici, peraltro, si è concentrata la dottrina che fin da subito ha sottoposto a vaglio critico l'utilizzo piuttosto disinvolto, tanto del *metodo comparativo*, quanto della *ponderazione* reciproca tra “*quotazione costituzionale*” degli oggetti di tutela, da parte del Giudice delle leggi nel caso di specie²¹⁰.

In primo luogo, nonostante la ricognizione svolta dalla Corte in punto di equiparabilità del trattamento sanzionatorio complessivamente inteso, non è in realtà difficile avvedersi che tra le due fattispecie non è dato rinvenire una piena parificazione *quoad poenam*.

Infatti, la disciplina sanzionatoria del sequestro estorsivo contempla benefici sensibilmente inferiori per i casi di dissociazione: se l'art. 630 prevede che al concorrente, il quale, dissociandosi, si adopera in modo

²⁰⁹ Da notare che la ricostruzione in chiave “gerarchica” del rapporto tra gli interessi protetti dai due reati, effettuata dalla Corte costituzionale, si discosta significativamente dalla impostazione che era stata fatta propria dal giudice *a quo*: questi, nell'atto di promovimento, aveva infatti qualificato il sequestro politico di cui all'art. 289 bis c.p. come figura “*pienamente assimilabile al sequestro estorsivo per struttura, requisiti di fattispecie, risposta sanzionatoria e rango degli interessi tutelati*”.

²¹⁰ In particolare SEMINARA S., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 2403-07, il quale evidenzia come l'utilizzo disinvolto del riscontro comparativo da parte della Corte nel caso di specie potrebbe, se reiterato, facilmente condurre al moltiplicarsi di questioni di legittimità costituzionale sui trattamenti sanzionatori, venendo in tal modo il limite della discrezionalità legislativa nelle scelte sanzionatorie definitivamente abbattuto; v. anche COTTU E., *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, cit., 394-401.

che la vittima riacquisti la libertà “*si applicano le pene previste dall'art. 605 c.p.*” (reclusione da sei mesi a otto anni), l'analoga disposizione dell'art. 289 *bis* commina in via autonoma la reclusione da due a otto anni. Sempre con riferimento alla stessa ipotesi circostanziale, qualora però si verifici la morte del sequestrato dopo la liberazione in conseguenza del sequestro, la cornice edittale viene rimodulata in maniera sensibilmente differente, essendo prevista dall'art. 630, c. 4, c.p. la reclusione da sei a quindici anni, mentre dall'art. 289 *bis*, c.p. si commina la più severa tariffa da otto a diciotto anni di reclusione. Infine, soltanto l'art. 630 c.p., al c. 7, dispone che, nell'ipotesi in cui ricorrano le circostanze di cui al c. 5 (l'adoperarsi del concorrente dissociatosi teso ad evitare conseguenze ulteriori del reato o a contribuire alle indagini, oggetto di analoga previsione per il sequestro politico, *ex art. 4, l. n. 15/1980*), possano venire meno gli assai severi limiti minimi previsti dal c. 6 dell'art. 630 e dall'u.c. dell'art. 289 *bis*, in riferimento ai casi di concorso di più attenuanti con le ipotesi aggravate dalla morte del soggetto passivo. Proprio sulla scorta di questi rilievi, peraltro, la proponibilità di una questione *ex art. 3, c. 1, Cost.*, fondata sulla mancata previsione nell'art. 630 c.p. di un'attenuante di segno analogo rispetto a quella di cui all'art. 311 c.p., era già stata esclusa in dottrina²¹¹.

Perplessità altrettanto fondate si addensano poi sul tassello fondamentale della *ratio decidendi* della pronuncia, coincidente con la *diversità* degli interessi protetti dalle due norme e la preminenza accordata all'ordine costituzionale rispetto al patrimonio, che rafforzerebbe ulteriormente – ad avviso della Corte – la manifesta irragionevolezza dell'omissione legislativa dell'attenuante per il sequestro estorsivo.

A tale proposito, pur non potendosi approfondire in questa sede la spinosa problematica dell'oggettività protetta dall'art. 630 c.p., basti osservare che l'orientamento da tempo prevalente in letteratura sostiene che il sequestro estorsivo offende in primo luogo la persona, sia sotto il versante della libertà, che soprattutto per la mercificazione, intesa quale *strumentalizzazione della persona* in tutte le dimensioni del suo esistere concreto, comprese quelle affettive e patrimoniali, col fine ultimo per l'agente di conseguire un ingiusto profitto.

In tale contesto di rivisitazione critica dell'interesse protetto, maturato in conseguenza delle modifiche apportate a cavallo tra gli anni settanta ed ottanta (l. n. 191/1978, l. n. 894/1980), specificamente con la soppressione dell'aggravamento di pena in caso di conseguimento del riscatto, sostituita con l'aggravante della morte del sequestrato, e l'esclusione di una diminuzione basata sul mancato conseguimento del profitto, l'iniziale baricentro patrimoniale dell'incriminazione pare venire definitivamente meno.

L'oggettività patrimoniale conserva invero rilevanza rispetto all'oggetto del dolo, con valore specializzante rispetto alle altre figure di sequestro di persona. La Corte valorizza appunto la direzione

²¹¹ V. GALLO E., *Sequestro di persona*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1992, 15-16, secondo il quale “*nemmeno con riguardo all'attenuante di cui all'art. 311, che prevede diminuzione delle pene quando il fatto risulti di lieve entità, ci sembrerebbe proponibile una questione ex art. 3 Cost. In realtà, proprio per i commi, in relazione ai quali è ipotizzabile una possibile configurazione di 'fatto lieve', esiste un divario di pene fra le due fattispecie a tutto sfavore di quella eversiva, anche per il virtuale annullamento dei limiti delle diminuzioni che l'ultimo comma dell'art. 630 stabilisce quando ricorrono le circostanze attenuanti del comma 5. L'attenuante, perciò, contemplata dall'art. 311 c.p., lungi dall'instaurare disuguaglianze, consente di ripristinare fra le due fattispecie un certo equilibrio*”.

lesiva del dolo specifico, al fine di individuare l'interesse (ulteriormente, oltre la libertà personale) protetto dalla norma incriminatrice e stabilire infine, dopo analogo deduzione dal sequestro politico-eversivo, l'inferiorità gerarchica rispetto al bene presidiato da quest'ultima disposizione.

Tale operazione ermeneutica rischia di sottovalutare il reale contenuto offensivo, nuovo ed autonomo, del reato di cui all'art. 630 c.p., che ben emerge dallo stesso trattamento sanzionatorio particolarmente severo²¹².

Ulteriori profili problematici, non sufficientemente valutati dalla Corte – come è stato evidenziato²¹³ – attengono alle *peculiarità* della circostanza di cui all'art. 311 c.p., la quale non è applicabile solamente alla fattispecie di sequestro politico o eversivo di cui all'art. 289 *bis*, ma a tutti i delitti “contro la personalità dello Stato”. In questo senso, si è sottolineata la necessità di tenere in considerazione le particolari caratteristiche che connotano il titolo I del libro II del Codice Rocco, tali da giustificare la predisposizione, da parte del legislatore, di un circostanza attenuante siffatta. Nel titolo I, infatti, si riscontra la tendenza del legislatore ad anticipare la soglia di punibilità alla fase dell'attentato, nonché la previsione di pene edittali particolarmente severe. Le valutazioni circa l'opportunità di estendere l'ambito di operatività della diminuzione di cui all'art. 311 c.p., non potrebbero prescindere dal suo contesto di riferimento.

Aldilà delle fondate obiezioni che sono state mosse all'operato della Corte sotto il profilo del *metodo comparativo* utilizzato, specificamente in relazione alla asserita omogeneità delle fattispecie poste a raffronto ed all'argomento tranciante del rapporto “gerarchico” tra interessi tutelati, la decisione in esame è stata oggetto di critiche anche da angolazioni diverse.

Il riferimento è a quegli studiosi²¹⁴ che, rendendosi conto che il problema di fondo della questione risiedeva nella *tipicità* della fattispecie di cui all'art. 630, con un “*contenitore legale*” messo a dura prova dal mutamento del referente criminologico e dall'evoluzione del diritto vivente, e, solo conseguentemente, nella severità e rigidità del quadro edittale, inadatto ad essere modulato in conformità al disvalore concreto espresso dai fatti (problema dunque di *proporzione*)²¹⁵, si sono interrogati circa

²¹² Come osserva con chiarezza SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 908, “*Il sequestro di persona a scopo di estorsione appare composto dalla somma degli elementi del sequestro di persona e del tentativo di estorsione, ma così tuttavia non può essere, perché i due delitti base, se giudicati secondo la disciplina del concorso di reati, comportano un edittale di pena (da 5 anni e sei mesi a 18 anni) radicalmente inferiore rispetto a quello (da 25 a 30 anni) comminato dalla fattispecie prevista dall'art. 630 c.p., che non è quindi qualificabile come – se mi si passa il bisticcio – un 'semplice reato complesso'. Il sistema del codice ci dice pertanto che un sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) si riferisce a fatti che sono qualcosa di diverso da un comportamento composto dalla somma di un sequestro di persona e da un tentativo di realizzare un'estorsione*”.

²¹³ SEMINARA S., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 2404-05; cfr. altresì COTTU E., *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, cit., 408-409, nt. 38-39 e letteratura ivi citata.

²¹⁴ SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 908; MANES V., *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione*, cit., 68-69 e 71; ID., *Principio di proporzionalità*, cit., 106 e nt. 26.

²¹⁵ Sullo stretto rapporto tra principio di tipicità e principio di proporzionalità della pena (sul quale v. anche il § 1.5 e la letteratura ivi citata), si esprime con la consueta chiarezza PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale*, cit., 86, secondo il quale “*solo la previsione di reati ben tipizzati potrà consentire una risposta sanzionatoria proporzionata già nel momento della sua comminatoria legale. Sotto questo profilo, la tipizzazione rivela il suo più profondo obbiettivo di cristallizzare nella fattispecie un determinato modello di fatto proprio perché la multiforme varietà dei fatti storici ad esso corrispondenti risultano omogenei dal*

l'opportunità, in tale contesto, di una pronuncia di irragionevolezza, maturata in esito ad un classico giudizio di eguaglianza²¹⁶.

In particolare, si è osservato come la problematica della pena eccessiva per i sequestri estorsivi commessi al fine di ottenere il pagamento di un debito derivante da un rapporto illecito, riguardando fondamentalmente la tipicità della fattispecie, avrebbe forse potuto essere risolta in via di interpretazione conforme, valorizzando la seconda dimensione del principio di proporzione.

Com'è noto, infatti, quest'ultimo, anche in virtù dello statuto riconosciutogli dalle fonti sovranazionali (in particolare dagli artt. 49, c. 3 e 52, c. 1 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*)²¹⁷, non differentemente rispetto ad altri principi fondamentali, opera ad un duplice livello: in primo luogo, come canone orientativo della discrezionalità legislativa, aspirando a divenire autonomo parametro di legittimità costituzionale; secondariamente, quale fondamentale criterio ermeneutico indirizzato in concreto al giudice, chiamato, da un lato, a fare emergere congruamente la differenza tra le varie condotte attraverso la graduazione della pena tra il minimo ed il massimo edittale, dall'altro, a selezionare i quadri di tipicità corrispondenti alla soglia di disvalore espressa dalla cornice edittale della fattispecie, escludendo i fatti incapaci di esprimere il “*tipo di lesione valoriale*” che l'entità della sanzione edittale segnala²¹⁸.

In questa direzione, si è sottolineato²¹⁹ come in via ipotetica il Giudice delle leggi avrebbe potuto, tramite una sentenza *interpretativa di rigetto*, suggerire al giudice *a quo* di interpretare la norma incriminatrice di cui all'art. 630 c.p. in modo conforme a Costituzione, ovverosia, qualora il fatto concreto, come quello *sub iudice*, fosse stato connotato da profili di disvalore oggettivo molto tenui²²⁰, ricostruire il sintagma “*profitto ingiusto come prezzo della liberazione*” attribuendo al concetto di “*prezzo*” un significato

punto di vista del loro disvalore”.

²¹⁶ In questo senso parla criticamente di “*pretesa fungibilità tra il principio di ragionevolezza uguaglianza e quello di proporzione*”, SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 907

²¹⁷ Per un'approfondita disamina dei diversi contenuti, significati e livelli di operatività del principio di proporzionalità in materia penale nella dimensione normativa e giurisprudenziale eurounitaria, nonché nel sistema di tutela multilivello delineato dalla Convenzione EDU, che non può essere svolta in questa sede, v. tra i numerosi contributi SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., 111 ss.; MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 3, 839 ss. ed in part. 852-861; ID., *Il giudice nel labirinto*, cit., 144-150; MOCCIASI., *Funzioni della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 921 ss.; CATERINI M., *La proporzione nella dosimetria della pena*, cit., 63-64.

²¹⁸ In questi termini MANES V., *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione*, cit., 71; per considerazioni sul principio di proporzione come canone ermeneutico indirizzato al giudice v. anche CATERINI M., *La proporzione della dosimetria della pena*, cit., 65-79. Cfr. da ultimo, sul ruolo del principio di proporzionalità quale fondamentale canone ermeneutico indirizzato al giudice comune, e più in generale sull'onere di interpretazione conforme a Costituzione in materia penale, nell'ambito di un penetrante studio sui molteplici fattori (oltre all'onere di interpretazione conforme; si segnalano la diretta applicabilità del diritto eurounitario, con l'annesso potere/dovere di disapplicazione della norma interna contrastante ed il “dialogo diretto” in materia di diritti fondamentali tra giudici comuni e Corti europee di Lussemburgo e di Strasburgo), che stanno mettendo in crisi il modello accentrato di sindacato di costituzionalità ed il giudizio incidentale sulle leggi, v. MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 154 ss., in part. 175-177 e nt. 83.

²¹⁹ SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 910-12.

²²⁰ Nelle parole della Corte: “*connotati ben diversi da quelli delle manifestazioni criminose che il legislatore degli anni dal 1974 al 1980 intendeva contrastare: ciò, sia per la più o meno marcata 'occasionalità' dell'iniziativa delittuosa (la quale spesso prescinde da una significativa organizzazione di uomini e di mezzi); sia per l'entità dell'offesa recata alla vittima, quanto ai tempi, luoghi e modalità della privazione della libertà personale; sia, infine, per l'ammontare delle somme pretese quale prezzo della liberazione*”.

pregnante, da intendersi unicamente come “*specifico corrispettivo del sequestro*”.

In tal modo, fatti del genere avrebbero potuto essere qualificati non come sequestri estorsivi, ma come sequestri di persona in concorso con una tentata estorsione, e dunque puniti molto meno duramente (come era peraltro sostenuto dall'orientamento giurisprudenziale, ispirato da esigenze “equitative”, prevalente prima della SS.UU. del 2003), rimanendo al di fuori della cornice di tipicità dell'art. 630 c.p., interpretata conformemente a costituzione, tutti i fatti in cui la privazione di libertà sia finalizzata a conseguire una prestazione patrimoniale derivante da un pregresso rapporto illecito.

Tuttavia – prosegue la lettura critica – tale opzione è stata ritenuta impercorribile dalla Corte, che, invece, si è determinata a risolvere un problema di *tipicità/proporzione* attraverso un giudizio di *ragionevolezza/eguaglianza*, a causa di un consolidato diritto vivente che precludeva la possibilità di un'interpretazione conforme²²¹.

Diritto vivente che, peraltro, aveva preso forma originariamente da un caso affatto diverso, e caratterizzato da note di disvalore oggettivo ben più gravi, rispetto a quello del giudizio *a quo*, riconducibile alla prima delle due categorie precedentemente segnalate (le situazioni in cui un soggetto viene fatto entrare illegalmente nel territorio dello Stato, ed ivi trattenuto in stato di cattività e con modalità violente, finché non riesce a pagare le spese di viaggio concordate).

Il quadro era stato ulteriormente complicato da un intervento normativo²²², di poco successivo alla sentenza n. 962/2003, che, modificando gli artt. 600 e 601 c.p. (reati di schiavitù e tratta di esseri umani), aveva finito di fatto per rendere perfettamente inquadrabile in dette fattispecie l'intera tipologia di casi affini a quello in riferimento al quale era stato statuito il principio di diritto dalle SS.UU.

Quest'ultimo, pertanto, non più applicabile all'insieme di fatti relativi agli immigrati clandestini, divenuti *medio tempore* punibili, con la reclusione da otto a venti anni, come reati di schiavitù o tratta di persone, ha continuato però “*sciaguratamente*” a guidare l'opera di sussunzione nel quadro dell'art. 630 c.p. di fatti diversi, e, segnatamente, di tutti i fatti simili a quelli del giudizio *a quo*, in cui la prestazione patrimoniale oggetto della pretesa estorsiva origina da un precedente rapporto illecito riguardante sostanze stupefacenti²²³.

Ora, pur dovendosi certamente condividere l'opinione secondo cui l'istanza di proporzione avrebbe trovato più piena realizzazione attraverso un'interpretazione conforme della norma sollecitata dalla Corte nel caso di specie, preclusa tuttavia da un “diritto vivente” di segno opposto ormai ampiamente consolidato, non va trascurato che, a prescindere da tutte le fondate critiche di metodo, l'aspetto più apprezzabile del *decisum* resta costituito dal riconoscimento, rispetto all'art. 630, c. 1, c.p., di una

²²¹ Sostengono, in tal senso, che la scelta della Corte costituzionale sia stata dettata dalla logica di evitare una “*guerra tra Corti*” MANES V., *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione*, cit., 69; SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 911.

²²² L. n. 228/2003, recante “Misure contro la tratta di persone”

²²³ Parla, senza mezzi termini, di *pessimo uso del precedente* (corsivo dell'Autore), e si domanda se un diritto vivente così opinabile possa essere riconosciuto dalla Corte come invalicabile oggetto dello scrutinio di costituzionalità, SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 912.

“concorrente violazione dell'art. 27, c.3, Cost., nel suo valore fondante, in combinazione con l'art. 3 Cost., del principio di proporzionalità della pena al fatto concretamente commesso, sul rilievo che una pena palesemente sproporzionata – e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa”.

Nel riscontrare il *vulnus* al principio di proporzionalità della pena, i giudici costituzionali non ritengono rilevante la possibilità, adottata dall'Avvocatura dello Stato, di mitigare la pena tramite l'applicazione delle circostanze attenuanti comuni di cui agli artt. 62, nn. 4, 5 e 6 e 114, c. 1, c.p., giacché le medesime, da una parte, avrebbero potuto operare anche in riferimento al sequestro politico o eversivo, non eliminando il profilo di irragionevole dissimmetria di trattamento lamentato dal rimettente, e dall'altra, non sarebbero comunque potute essere assimilate all'attenuante del fatto di lieve entità contemplata dall'art. 311 c.p., avendo propri e distinti presupposti applicativi.

Dette attenuanti, al contrario di quella ex art. 311 c.p., non sono in grado di offrire al giudicante uno strumento *necessario* – usando le parole del giudice *a quo* – per “mitigare – in rapporto ai soli profili oggettivi del fatto (caratteristiche dell'azione criminosa, entità del danno o del pericolo) – una risposta punitiva improntata ad eccezionale asprezza e che, proprio per questo, rischia di rilevarsi incapace di adattamento alla varietà delle situazioni concrete riconducibili al modello legale”.

Tale passaggio pare essere “la parte più viva e vitale”²²⁴ della decisione²²⁵, in cui si riconosce senza mezzi termini che la conformazione della pena edittale del sequestro estorsivo impedisce, stante la sua rigidità ed eccessivo rigore, in particolare con riguardo a fatti contraddistinti da un disvalore marcatamente diverso da quello tipizzato, una adeguata individualizzazione della sanzione in funzione risocializzante.

La Corte, ponendosi dunque in linea di sostanziale continuità con quanto affermato a partire dalla celebre sentenza n. 313/1990 (benché, come si è visto, in maniera oscillante e contraddittoria), utilizza in modo soltanto “*ancillare*”²²⁶ il parametro di cui all'art. 27, c. 3, Cost. per sindacare l'eccessività della sanzione rispetto al fatto di reato, coniugandolo con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3, c. 1, Cost.

Se, da una parte, non può che essere salutata con favore la pur limitata valorizzazione dell'istanza di proporzionalità e individualizzazione della sanzione, dimostrata dal dispositivo di accoglimento, dall'altra,

²²⁴ Così SEMINARA S., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 2409. La gran parte dei commentatori, pur criticando, sotto diversi profili, il percorso argomentativo seguito, condivide l'esito al quale è pervenuta la Corte, cfr. MANES V., *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione*, cit., 71; ARIOLLI G., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 84-85; COTTU E., *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, cit., 407; ROSSI S., *Il principio di ragionevolezza, in relazione al quadro sanzionatorio*, cit., 508.

²²⁵ Molto interessante la prospettiva di BAILO F., *Prosegue la 'costituzionalizzazione' del principio di proporzionalità*, cit., 35, la quale mette opportunamente in evidenza la possibilità che la Consulta, nella dimensione del c.d. “*Dialogo tra Corti*”, nel caso di specie sia stata parzialmente guidata anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, sviluppatasi con riferimento all'art. 10 della Convenzione, in punto di congruità/proporzionalità del trattamento sanzionatorio per il reato di diffamazione. Sui profili attinenti alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio dei reati di diffamazione nella giurisprudenza della Corte EDU, anche in relazione alle note vicende italiane, si veda la penetrante disamina di GULLO A., *Diffamazione e legittimazione*, cit., in part. 57-120.

²²⁶ La Corte, riconoscendo la violazione soltanto “concorrente” del parametro di cui all'art. 27, c. 3, Cost., sembra che la collochi *a posteriori* rispetto ad una valutazione di irrazionalità per violazione dell'art. 3, c. 1, Cost.

va rilevato che essa avrebbe forse potuto essere più *incisiva*, con una diretta utilizzazione in chiave *dimostrativa* dei precetti di cui all'art. 27, c. 1 e 3 Cost.

In proposito, si è osservato²²⁷, censurando l'eccessiva prudenza della Corte, mai in grado, neppure nei casi più estremi, come quello sottoposto a scrutinio, di affrancarsi dalla logica *relativa* ed *intra-sistemica* propria del giudizio d'eguaglianza, che “*Non è dunque necessario individuare tertia comparationis né appare inevitabile trincerarsi ... dietro l'inammissibilità di una 'mera critica di scelte legislative discrezionali di politica criminale', poiché qui è in gioco l'operatività dell'art. 27, commi 1 e 3, Cost. rispetto a cornici di pena edittale piegate a esigenze di prevenzione generale e talmente ravvicinate tra i limiti minimi e massimi da impedire una seria individualizzazione della pena. In relazione a siffatte ipotesi, non si scorge alcuna insuperabile ragione per cui la Corte costituzionale ritenga di potere entrare nel merito delle scelte di penalizzazione e non in quello del trattamento sanzionatorio, attenendo entrambi i piani alla politica criminale: ferma restando l'esigenza che il sindacato di legittimità sul versante della misura delle pene sia limitato alle situazioni di manifesta irragionevolezza, una dichiarazione di illegittimità dell'art. 630, comma 1, c.p. per violazione dell'art. 27, commi 1 e 3., Cost., dovrebbe apparire obbligata, soprattutto a seguito della interpretazione estensiva della fattispecie operata dalla Corte di cassazione*”.

L'Autore conclude il ragionamento affermando condivisibilmente che nel caso di specie non ostava ad una applicazione diretta dei principi del finalismo rieducativo della sanzione e della personalità della responsabilità penale neppure la “classica” obiezione del vuoto di tutela che si sarebbe venuto a creare, ben potendosi riespandere l'applicazione degli artt. 605 e 629 c.p., con la conseguente sanzione più mite, nell'attesa di un nuovo intervento legislativo.

In quest'occasione, dunque, emergono nuovamente i ben noti e più volte sottolineati limiti *operativi* del parametro rieducativo nel sindacato di legittimità sulla misura delle pene. Latore di importanti istanze di *giustizia sostanziale*, tuttavia, implicando uno scrutinio condotto su un piano totalmente interno alla fattispecie, oltre alla difficoltà di far rimanere privi di “*riferimenti normativi obbligati*” in esito all'intervento, appare per sua stessa natura inidoneo a fornire criteri di valutazione sufficientemente chiari, che non rimandino a nozioni sociologiche/psicologiche/empiriche, delle quali è oltremodo difficoltoso definire i contorni e che non si prestano ad essere apprezzate in un giudizio svolto su un piano puramente astratto e normativo, di mera legittimità, qual'è quello esercitato dal Giudice delle leggi.

Sul punto occorre osservare che, alla luce degli intrinseci limiti di “*giustiziabilità*” del parametro di cui all'art. 27, c. 3, Cost., la piena realizzazione dell'istanza rieducativa, con riferimento alla “giusta” misura della predeterminazione edittale della comminatoria rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva dei reati, dovrebbe essere perseguita con più convinzione e porterebbe maggiori risultati in una dimensione di *dialogo* tra Corte e legislatore penale, piuttosto che nel controllo di legittimità, in grado di intervenire

²²⁷ SEMINARAS., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 2401.

solo successivamente, nella fase “patologica”, e sprovvisto per sua natura di strumenti adeguati per procedere ad una ricalibratura delle sanzioni, nonché attanagliato dagli innumerevoli problemi che si sono analizzati.

Tuttavia, il legislatore si è dimostrato perlopiù “sordo” rispetto alle sollecitazioni provenienti dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte, continuando ad intervenire senza la necessaria consapevolezza circa i problemi strutturali, che imporrebbero una riforma organica dell'intero sistema sanzionatorio, ma stringendo le tenaglie repressive ed innalzando le pene edittali contro le varie “emergenze criminali”, di volta in volta ritenuta prioritarie in base all'agenda politico-elettorale.

1.6.3.1 ... due recenti pronunce “collegate” che hanno contribuito ulteriormente alla realizzazione delle istanze di ragionevolezza e proporzione con riferimento alla figura delittuosa di cui all'art.

630 c.p.

Una volta portata a termine la disamina della pronuncia n. 68/2012, ed avendone sottolineato l'indubbia rilevanza nell'ambito del percorso evolutivo del sindacato sulla misura delle pene – soprattutto alla luce dell'importanza della fattispecie oggetto di controllo – e pur riconoscendo che essa non abbia segnato un effettivo *progresso* verso l'ampliamento dei poteri della Corte, oltre il consueto schema triadico, ritenendosi sempre l'individuazione di un appropriato termine di raffronto normativo *conditio sine qua non* per l'accoglimento della questione, vale la pena fare cenno in breve, solo come “*spunti di riflessione*”, a due decisioni *lato sensu* “connesse”, che si inseriscono nel contesto di una più ampia realizzazione della istanza di proporzione rispetto alla figura delittuosa di cui all'art. 630, ed in particolare alla sua componente sanzionatoria.

Il primo intervento, è stato, se così si può dire, un effetto diretto conseguente alla declaratoria d'illegittimità di cui alla sentenza n. 68/2012, ed attiene al noto ed assai discusso profilo della rideterminazione della pena *in executivis* da parte del giudice dell'esecuzione, a seguito alla dichiarazione d'incostituzionalità di una norma penale diversa da quella incriminatrice, in presenza di sentenza di condanna passata in giudicato²²⁸.

Con la sentenza n. 5973/2014²²⁹, il Supremo Collegio ha statuito che “*In tema di sequestro a scopo di*

²²⁸ Sul punto v. il fondamentale precedente Cass. Pen., SS.UU., n. 42858/2014, in *C.E.D. Cass.* n. 260697, con il quale è stato, tra gli altri, statuito il fondamentale principio di diritto, di portata generale, secondo cui “*Quando, successivamente alla pronuncia di una sentenza irrevocabile di condanna, interviene la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, e quest'ultimo non è stato interamente eseguito, il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena in favore del condannato pur se il provvedimento "correttivo" da adottare non è a contenuto predeterminato, potendo egli avvalersi di penetranti poteri di accertamento e di valutazione, fermi restando i limiti fissati dalla pronuncia di cognizione in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali, o comunque derivanti dai principi in materia di successione di leggi penali nel tempo, che inibiscono l'applicazione di norme più favorevoli eventualmente "medio tempore" approvate dal legislatore*”.

²²⁹ Cass. Pen., Sez. I, n. 5973/2014, in *C.E.D. Cass.* n. 262270. Sulla pronuncia e sul riconoscimento del fondamentale principio secondo cui dev'essere ritenuta illegittima l'esecuzione di una pena irrogata con una sentenza avente fondamento giuridico in una

estorsione, il condannato con sentenza divenuta irrevocabile prima della declaratoria d'illegittimità dell'art. 630 cod. pen., nella parte in cui non prevedeva l'attenuante della lieve entità del fatto (Corte cost., sent. 19 marzo 2012, n. 68), può richiedere, con incidente di esecuzione, l'applicazione della predetta attenuante al fine di rideterminare il trattamento sanzionatorio, ed il giudice adito "in executivis" è tenuto a compiere una valutazione circa la sussistenza della circostanza nei limiti consentiti dalla decisione di merito, ovvero sulla base delle risultanze acquisite e degli apprezzamenti operati, in base ad esse, nel giudizio di cognizione".

Non è ovviamente possibile addentrarsi nella disamina specifica di una materia, che, essendo distinta e ponendosi in una fase logicamente e operativamente successiva rispetto a quella affrontata in questa indagine, richiederebbe uno studio integralmente dedicato, alla luce dei suoi profili di complessità e dirimpante attualità.

Ciò non deve comunque impedire di mettere in luce – nella più limitata prospettiva d'indagine che qui interessa – come la sentenza n. 68/2012 abbia proiettato i suoi effetti ben oltre il piano della comminatoria astratta, imponendo, anche a costo di travolgere il giudicato, “*modificazioni necessarie imposte dal sistema a tutela dei diritti primari della persona*”, nel cui novero è certamente da fare rientrare il diritto a non subire pene manifestamente sproporzionate rispetto al disvalore del fatto di reato concretamente commesso.

In conclusione, pur se attinente alla materia processuale, non può non essere richiamata, in virtù del collegamento con la decisione esaminata, la recente sentenza n. 213/2013²³⁰ della Corte costituzionale.

Proseguendo il consolidato *trend* interpretativo inaugurato dai giudici costituzionali con la fondamentale

legge dichiarata incostituzionale, con la conseguenza che ci deve essere un giudice, in particolare il giudice dell'esecuzione, che riduca tale pena, riconducendola a legalità costituzionale, v. FINOCCHIARO S., *Sequestro a scopo di estorsione e 'lieve entità' del fatto: il giudicato non preclude la rideterminazione in executivis della pena*, in *Dir. pen. cont.* (Rivista on line), 24 aprile 2015, e riferimenti bibliografici e giurisprudenziali *ivi* richiamati.

²³⁰ Con detta pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 275, comma 3, secondo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'articolo 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'articolo 630 del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Come già precisato in precedenti occasioni - con la sentenza n. 265 del 2010 e plurime decisioni successive - ciò che vulnera i valori costituzionali - nella specie il remittente Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Bologna ha censurato la suindicata disposizione, in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost. - non è la presunzione in sé della adeguatezza della custodia carceraria, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del «minore sacrificio necessario». Di contro, la previsione di una presunzione solo relativa - atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario - non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tal verso non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso (sentenze n. 57 del 2013, n. 110 del 2012, n. 331, n. 231 e n. 164 del 2011, n. 265 del 2010). Infatti, le considerazioni poste a base delle suddette decisioni valgono anche in rapporto al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione (di cui all'art. 630 del codice penale), che, come esattamente precisa il remittente, non è assimilabile, sotto il profilo che interessa, ai delitti di mafia, in rapporto ai quali la Corte - con l'ordinanza n. 450 del 1995 - ha ritenuto giustificabile la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere. A margine della decisione v. LEO G., *Illegittima, anche per il sequestro di persona a scopo di estorsione, la regola di applicazione "obbligatoria" della custodia in carcere*, in *Dir. pen. cont.* (Rivista on line), 22 luglio 2013.

sentenza n. 265/2010²³¹, che ha visto la progressiva “demolizione” delle presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, via via introdotte, per un gran numero di fattispecie incriminatrici, nel disposto dell'art. 275, c. 3, c.p.p., per violazione degli artt. 3, 13, c. 1, e 27, c. 2 Cost., la Corte ha censurato il carattere assoluto della presunzione di adeguatezza contemplata in riferimento all'art. 630 c.p., che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “*minore sacrificio necessario*” della libertà personale.

Nella stabile impostazione della Corte “*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'“id quod plerumque accidit”*”²³².

La resistenza delle presunzioni assolute – si è esattamente rilevato – è messa a dura prova in modo particolarmente intenso laddove l'ampiezza e l'eterogeneità delle fattispecie concrete riconducibili alla previsione incriminatrice fa in modo che sia “*più agevole concepire situazioni non ragionevolmente comparabili, sul piano della gravità e del valore sintomatico, a quelle dal significato più univoco ed allarmante*”²³³, invece tendenzialmente in grado di fondare siffatta presunzione.

Un criterio di questo tipo è stato approfondito e valorizzato dalla sentenza che ha decretato l'incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il sequestro estorsivo, anche sulla scorta delle conclusioni cui è pervenuta la decisione n. 68/2012, allorché ha certificato come la cornice di tipicità dell'art. 630 c.p., alla luce del diritto vivente, fosse in grado di ricomprendere fatti concreti di disvalore assai differenziato, a causa di un netto distacco dell'incriminazione dal proprio referente empirico originario.

Anche in questo caso può valere un discorso analogo a quello fatto in precedenza, essendo all'evidenza impossibile approfondire profili tanto complessi ed articolati, come quelli che riguardano la legittimità costituzionale delle misure cautelari.

Cionondimeno – per quanto qui più rileva – deve essere rimarcato una volta di più come la sentenza n. 68/2012 si sia rivelata feconda sotto molteplici aspetti, dando un significativo *input* alla soddisfazione delle esigenze dettate dai principi di ragionevolezza e proporzione in relazione al trattamento sanzionatorio dell'art. 630 c.p., su piani certamente distinti, ma sempre interconnessi.

²³¹ Per un'attenta ricostruzione del percorso evolutivo della giurisprudenza costituzionale sul punto v. MANES V., *Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare: una “dottrina” sulla libertà personale nel segno del “minimo sacrificio necessario”*, in AA. VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 199 ss.; ID, *Dove va il controllo di costituzionalità*, cit., 182; cfr. altresì FLORIO C., *Custodia cautelare e presunzione di adeguatezza*, in AA. VV., ROMANO B. (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino, 2015, 355 ss. ed in ptc. 360-65; v. anche TONINI P., *Diritto processuale penale*, Milano, 2014, 306-07.

²³² Cfr. Sent. n. 139/2010 della Corte costituzionale.

²³³ MANES V., *Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale*, cit., 213.

1.7 Osservazioni conclusive sparse sull'esperienza italiana: tra “*linee di ricerca*” inesplorate, questioni aperte e ragioni di un'esposizione

I dati raccolti tramite l'analisi della giurisprudenza costituzionale italiana ci consentono di provare a tracciare sinteticamente un primo bilancio, aperto e provvisorio, propedeutico alla imminente trattazione dell'esperienza statunitense.

Il controllo di costituzionalità sull'entità delle pene edittali pare trovarsi, ormai da una ventina di anni, in una fase di “*stasi*”, nella quale, ad un pieno riconoscimento, soprattutto a livello sovranazionale (eurounitario e convenzionale), dello *statuto* del principio di proporzionalità in materia penale (e dunque, *a fortiori*, penale-sanzionatoria), non riesce a seguire un suo effettivo e chiaro sviluppo, in termini strettamente “operativi” (di “giustiziabilità”), nelle decisioni del Giudice delle leggi, che si assestano quasi sempre su posizioni di estrema cautela e chiusura, tese a censurare soltanto scelte sanzionatorie caratterizzate da manifesta irrazionalità/arbitrio.

Le ragioni di questa situazione debbono essere ricondotte in primo luogo, come più volte osservato, al carattere “*onnivoro*” e monopolizzante dello schema ternario del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza – necessario a contenere le invasioni di campo della Corte –, che, di fatto, nel nostro ordinamento, continua a segnare gli angusti confini entro cui è possibile censurare ogni sperequazione sanzionatoria, in una dimensione relativa, di coerenza intra-sistematica, di c.d. *ordinal proportionality*, con tutte le difficoltà del caso per il giudice rimettente, investito dell'arduo compito di individuare un appropriato *tertium comparationis* e sempre a rischio di sfociare nell'arbitrio ermeneutico, nonché di vedersi respinta per infondatezza la questione sollevata.

Né il parametro della finalità rieducativa della pena, in connessione con il principio di colpevolezza, è stato in grado – come forse si era ottimisticamente ipotizzato in un primo momento – di fornire in via autonoma prestazioni idonee ad arginare efficacemente la discrezionalità legislativa.

Questo a causa dei limiti strutturali connaturati alla sua stessa essenza, tale da sprigionare al meglio il suo potenziale in fase esecutiva, laddove la pena “*vive*” e le esigenze “*di trattamento individualizzante*” in funzione rieducativa del reo possono essere meglio apprezzate, e non certo quando vengono stabilite le sanzioni edittali, momento in cui entrano prepotentemente, finendo con il prevalere, preoccupazioni (se non isterismi) generalpreventivi.

E' stato d'altra parte evidenziato come l'utilizzo del test di proporzionalità “*in senso ampio*”, sviluppatosi da tempo in seno alla giurisprudenza della CGUE (ma anche di numerose altre Corti Supreme extraeuropee, quali quelle del Canada, d'Israele, del Sud Africa, della Nuova Zelanda), a partire dal “modello” tedesco, debba fare i conti con i registri e la terminologia utilizzata nella riflessione scientifica penalistica e nell'elaborazione giurisprudenziale italiana, che tendono a scomporre analiticamente le fasi del controllo di legittimità della norma penale, seguendo moduli diversi (necessità di tutela penale *tout*

court, extrema ratio/sussidiarietà, offensività, conformità del trattamento sanzionatorio ai principi di ragionevolezza e proporzione alla luce della tendenziale finalità rieducativa della sanzione penale etc.).

Non vi è dubbio infatti che, nella giurisprudenza costituzionale e, in misura minore, anche nella letteratura italiana, l'utilizzo del principio di proporzionalità sia stato in gran parte confinato alla questione dell'equilibratura tra disvalore oggettivo e soggettivo (gravità *in abstracto*) della fattispecie e corrispondente gradazione edittale della pena, preferendo servirsi di altri codici linguistici e criteri contenutistici (principio di offensività, bene giuridico, *ratio legis*), nel proteiforme scenario dei giudizi di ragionevolezza, per sindacare la legittimità delle previsioni sanzionatorie.

Solo sporadicamente e sottotraccia, per evidenti esigenze di rispetto del principio della separazione dei poteri e del principio di legalità, che governa in maniera più intensa la materia penale, nonché in conformità alle caratteristiche strutturali del controllo incidentale di costituzionalità sulle leggi italiano, sono comparsi, venendo valorizzati, indici sintomatici d'irragionevolezza ulteriori, di natura non prettamente normativa (storica, sociologica, empirica, comparatistica, psicologica).

Essi hanno consentito alla Corte di rafforzare l'incisività del suo controllo, spesso avente ad oggetto, in queste occasioni, articolazioni sanzionatorie riconducibili a sottosistemi normativi risalenti nel tempo e da ritenersi ormai anacronistici alla stregua dei valori dominanti (si pensi alla nota decisione in materia di oltraggio a p.u. o alle numerose e significative pronunce in tema di diritto penale militare; forse parzialmente guidata da un *reasoning* di stampo analogo anche la recente sentenza sul minimo edittale del sequestro estorsivo).

In virtù di uno scenario caratterizzato in questi termini, di “*incompiuta realizzazione*”, si è optato per un tentativo di raffronto comparatistico con un sistema giuridico nel quale, parimenti, i controlli di costituzionalità sul *quantum* di pena sono contraddistinti da uno “*statuto*” tutt'altro che certo e consolidato, ma anzi fluido, mutevole e non scevro da ambiguità.

L'ipotesi di ricerca è dunque che, nonostante vi sia una distanza forse incolmabile a livello di presupposti normativi (differenze tra sistemi sanzionatori) e giurisprudenziali (differenze di sistemi costituzionali e di giustizia costituzionale) tra i due modelli, non sia in definitiva impossibile “*farli comunicare e dialogare*”, e, conseguentemente, apprendere, tramite l'analisi incrociata, quali siano i punti di convergenza e divergenza, le problematiche comuni, nonché aumentare la comprensione e la consapevolezza della propria esperienza di controllo costituzionale di proporzionalità sulle pene.

Così, l'approfondimento verterà anzitutto sulla “*cruel and unusual punishment clause*” di cui all'Ottavo Em., canone di riferimento nel sistema delle garanzie costituzionali federali statunitensi, deputato al controllo di legittimità sulla misura delle pene, secondo una direttrice di significato che, invece, è stata perlopiù estranea alle vicende italiane, le quali, coerentemente al contesto originario ed alla natura del parametro di cui all'art. 3, c. 1, Cost., hanno declinato le problematiche in esame precipuamente in

termini di eguaglianza formale/razionalità/coerenza intra-sistematica²³⁴.

Non si mancherà di rilevare (*infra* § 2.5) come, soprattutto in alcune giurisdizioni statali, sfruttando la “*doppia dimensione*” di protezione costituzionale determinata dal federalismo statunitense, il problema della costituzionalità delle sanzioni viene affrontato e risolto in termini diversi, maggiormente affini alla tipologia di controllo svolto dalla Corte costituzionale.

In quest'ultimo contesto la salvaguardia non è incentrata tanto sulla entità eccessiva “in assoluto” della condanna inflitta al singolo individuo (pur apprezzata tramite criteri comparativi, come avviene nella giurisprudenza costituzionale federale sul principio di proporzionalità desunto dall'Ottavo Em.), quanto sulla coerenza/razionalità/non arbitrarietà relativa “in astratto” dei trattamenti sanzionatori previsti in un determinato *sentencing statute*, verificata sostanzialmente con giudizi di eguaglianza, riempiti di criteri contenutistici, come la *legislative purpose*, l'*harm*, il grado di *culpability* e così via (il riferimento è ai c.d. *identical elements analysis*, *cross-comparison test*, *lesser included offense analysis*, *lesser culpability offense analysis*).

In questi casi l'attività delle corti americane è, analogamente a quanto avviene qui, di “*pure statutory interpretation*” (giudizio puramente normativo in astratto) e le questioni di costituzionalità sono “*facial challenges*” e non “*as applied challenges*” (per un chiarimento su queste nozioni, cfr. *infra* 2.3).

Purtuttavia, anche a livello costituzionale-statale, permangono standard che ricollegano la sproporzione incostituzionale della sanzione ad indici flessibili desunti dalla coscienza sociale (*evolving standard of decency*) e dalla “*commonsense scale of gravity*”, apprezzabili attraverso uno “*shock of the conscience test*”, non dissimile da quello coniato dal primo caso federale in cui è nata la c.d. *proportionality doctrine*, *Weems v. U.S.* del 1910.

Va osservato pertanto che, com'è senz'altro vero in riferimento al quadro italiano, anche negli U.S.A. le ipotesi d'illegittimità costituzionale del *quantum* di pena ed i diversi parametri normativi per accertarle non debbono essere considerati come “*monadi*”, non in grado di interagire e comunicare tra loro, ma anzi in gran parte delle occasioni essi sono interdipendenti e si rafforzano vicendevolmente (ciò si evince agevolmente nell'esperienza italiana, ad es., dal fatto che spesso le norme sono censurate sia per irragionevolezza in violazione dell'art. 3, c. 1 sia per sproporzione, stante la concorrente violazione

²³⁴ Non a caso, già tempo addietro, un attento studioso insisteva su questo punto, sostenendo, in esito ad un breve schizzo comparatistico con gli U.S.A., che il sindacato di legittimità costituzionale sulla entità delle pene in Italia avrebbe potuto trarre nuova linfa e sviluppare maggiormente le proprie potenzialità facendo riferimento (anche) al c.d. *principio di umanità della pena*, previsto dall'art. 27, c. 3, Cost. “*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*”, grazie ad un'interpretazione estensiva, che non limitasse tale divieto alla sola tortura e alle pene crudeli, ma coinvolgesse anche gli aspetti relativi all'eccessività della sanzione rispetto al disvalore del fatto di reato. L'A., in conclusione, non mancava però di rilevare le “difficoltà operative” di un parametro per sua natura vago ed elastico, cfr. CORBETTA S., *La cornice editale della pena*, cit., 164. D'altra parte, tale ipotesi risulta ancora di stringente attualità, se sol si considera la rilevanza del precetto convenzionale di cui all'art. 3 CEDU e l'assoluta centralità che assume, ad esempio, il nesso tra le nozioni di crudeltà e proporzionalità della pena nel mondo anglosassone, in proposito cfr. VAN ZYL SMIT D.-ASHWORTH A., *Disproportionate Sentences as Human Rights Violations*, in *MLR*, Vol. 67, n. 4, 541 ss., i quali esemplificano il concetto riportando il seguente passaggio della sentenza *S v Dodo 2001 (3) SA 382 (CC) 303* della Corte Suprema del Sud Africa, “*The concept of proportionality goes to the heart of the inquiry as to whether punishment is cruel, inhuman or degrading, particularly where, as here, it is almost exclusively the length of time for which an offender is sentenced that is in issue*”.

dell'art. 27, c. 3)²³⁵.

Nella prospettiva di un paragone forzatamente, in certa misura, generico, si è preferito svolgere “l'esposizione” del primo capitolo – *i.e.* l'analisi dell'ordinamento italiano – attraverso una ricostruzione critica di sintesi, sviluppata in chiave diacronica, degli orientamenti giurisprudenziali della Consulta nella materia d'interesse, provando a metterne in luce la dimensione problematica ed irrisolta, per poi valutarla “specularmente” con lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale nordamericana.

Ciò – anche alla luce della consistente durata del lasso temporale indagato, contrassegnato da molteplici e significativi interventi – ha imposto l'opera di sintesi di selezionare determinate pronunce e profili teorici ed escluderne altri, così come ha impedito di esplorare adeguatamente gli spunti più recenti e le “questioni aperte”, che forse avrebbero conferito una dimensione più propositiva e futuribile allo studio.

Questa possibilità è stata purtroppo preclusa dalla scelta di “andare a ritroso” nella ricognizione critica riguardante entrambe le elaborazioni giurisprudenziali costituzionali in punto di *eccessività* delle pene.

Anzitutto, per quanto concerne le potenziali “*linee di ricerca*” rimaste inesplorate, relativamente alla dimensione costituzionale delle problematiche sulla misura della sanzione penale, deve essere brevemente menzionata quella inerente al rapporto tra principio di proporzionalità della pena e principio di colpevolezza²³⁶.

Sul punto basti osservare, congiuntamente ad ampia elaborazione dottrina²³⁷, che, dopo la piena “costituzionalizzazione” del principio di colpevolezza, avvenuta ad opera delle fondamentali sentenze n. 364/1988²³⁸ e n. 1085/1988²³⁹ della Corte costituzionale, tutti i trattamenti sanzionatori edittali previsti dalle fattispecie “*variamente*” costruite sulla logica della responsabilità oggettiva, disseminate nel Codice Rocco, si candidano ad essere costituzionalmente illegittimi per violazione dell'art. 27, c. 1, Cost., in

²³⁵ Sul punto v., con chiarezza, CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 166-67.

²³⁶ Sul nesso tra colpevolezza e proporzione della pena, v. nella manualistica, tra gli altri, MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 741; PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale*, cit., 32; CANESTRARI S.-CORNACCHIA L.-DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, cit., 73-74.

²³⁷ Su questi profili si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività, MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, cit., 346-47, i quali, condivisibilmente, parlano di un’“*irragionevole sproporzione tra misura della pena e grado della colpevolezza*”, in riferimento a tutte le norme codicistiche tradizionalmente interpretate ed applicate in base alla logica della responsabilità oggettiva (delitti aggravati dall'evento; omicidio preterintenzionale; reati contro la libertà sessuale in danno di minori di anni quattordici; *aberratio ictus*; reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti; concorso di persone nel reato proprio), anche se interpretate conformemente a Costituzione, ovvero sia come se contenessero il limite della colpa; in termini analoghi, CORBETTA S., *La cornice edittale della pena*, cit., 157-60 e 167-69; BASILE F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, 811 ss., 897-902; ID., *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 3, 911 ss. ed in part. 960 ss.; per interessanti considerazioni intorno al rapporto tra principio di colpevolezza e canone della proporzione, inteso, però, principalmente quale criterio interpretativo ad uso del giudice, funzionale all’“*equilibratura interpretativa tra disvalori e pene*”, (e non come parametro di legittimità costituzionale), sempre in materia di responsabilità oggettiva (in particolare, di delitti aggravati dall'evento ed omicidio preterintenzionale), nel contesto di una più ampia disamina di carattere storico, filosofico, normativo e giurisprudenziale del principio di proporzione della pena, cfr. CATERINI M., *La proporzione nella dosimetria della pena*, cit., 65-79; e anche ID., *Il reato eccessivo*, Napoli, 2008, 403-13.

²³⁸ In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss., con nota di PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*; ed in *Foro It.*, 1988, I, 1385, con nota di FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza n. 364/1988*.

²³⁹ In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 299 ss., con nota di VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*.

quanto *sproporzionati* rispetto al grado di colpevolezza e rimproverabilità soggettiva.

Benché, infatti, siano stati compiuti sforzi notevoli per interpretare in maniera “conforme a costituzione” dette figure delittuose (con tutte le criticità del caso), non vi è da dubitare che, se il principio di colpevolezza deve essere riconosciuto quale effettivo limite per il legislatore nella fase della determinazione edittale della pena (e la risposta sembra dover essere positiva), tali previsioni sanzionatorie si palesano già *in astratto* eccessive rispetto al grado di colpevolezza, impedendo al reo di avvertire come *giusta e meritata* la sanzione sofferta e frustrando così *ab origine* – secondo il noto insegnamento della sentenza n. 313/1990 – la finalità rieducativa della pena.

Secondariamente, un'altra prospettiva d'indagine, tesa a valorizzare portata ed effetti del principio di ragionevolezza e proporzione in materia penale-sanzionatoria, con ampi riscontri nelle recenti prese di posizione della Consulta, sarebbe stata quella specificamente concentrata sull'istituto delle recidiva, nella sua versione riformata dalla l. n. 251/2005, e sulla progressiva “*demolizione*” ad opera della giurisprudenza costituzionale delle presunzioni e degli automatismi sanzionatori da essa originariamente contemplati²⁴⁰.

Ciò sarebbe stato pure coerente, quantomeno per affinità tematica (non tanto per gli esiti, come si vedrà), al percorso seguito nei tracciati giurisprudenziali statunitensi, laddove ben quattro dei sei famosi c.d. “*prison duration cases*”, nei quali è stata vagliata dalla *Supreme Court* la presunta “*eccessività incostituzionale*” della pena detentiva in violazione dell'Ottavo Em., riguardano l'applicazione di *habitual offender statutes/recidivist statutes* o *three strikes laws* (il riferimento è ai casi: *Rummel v. Estelle* del 1980; *Solem v. Helm* del 1983; ed ai “*companion cases*” sulle “*leggi dei tre colpi*” Californiane, *Ewing v. California* e *Lockyer v. Andrade*, entrambi del 2003).

Tuttavia, si è ritenuto più opportuno privilegiare il “*quadro d'insieme*” (come si direbbe nel mondo anglosassone, “*the big picture*”) e gli sviluppi complessivi della giurisprudenza costituzionale sul *quantum* della sanzione, piuttosto che spostare il fuoco dell'analisi specificamente sulle questioni di legittimità costituzionale della pena per i recidivi nei due ordinamenti²⁴¹.

Resta, in conclusione, ed in via inevitabilmente sintetica, da accennare ad alcuni “*scenari critici attuali*”,

²⁴⁰ Il riferimento è alle importanti sentenze nn. 251/2012; 105/2014; 106/2014 della Corte costituzionale, le quali hanno decretato l'illegittimità costituzionale, per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzione, dell'art. 69, c. 4, c.p. nella parte in cui pone il divieto di prevalenza sulla recidiva c.d. *reiterata* ex art. 99, c. 4, c.p. delle circostanze attenuanti previste per la particolare tenuità del fatto, rispettivamente, in materia di stupefacenti, di ricettazione e di violenza sessuale. Cfr. PULITANÒ D., *Offensività del reato*, cit., 681 e letteratura *ivi* citata; cfr. altresì LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, 2014; OSS G., *Situazioni analoghe, pene differenti: le sezioni unite chiedono l'intervento della Corte costituzionale. Qualche riflessione sulle discrasie dell'ordinamento penale e sul principio di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.* (Rivista online), 2 aprile 2014, 23-25 del dattiloscritto.

²⁴¹ Per un'indagine critica, relativa al diverso piano, politico-criminale, dell'ideologia di “*tolleranza zero*” ed “*incapacitazione selettiva dei gruppi sociali deboli*” (c.d. *selective incapacitation*) sottostante alla riforma italiana del 2005, mutuata – se non del tutto copiata – dall'esperienza americana delle leggi “*three strikes and you're out*”, v. PAVARINIM., *The Spaghetti Incapacitation, la nuova disciplina della recidiva*, in AA. VV., INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 3 ss. ed in part. 15-23; cfr. altresì DELLA BELLA A., *Three Strikes and You're Out*, cit., 833 ss.; sui profili d'irragionevolezza della originaria disciplina della recidiva di cui alla l. n. 251/2005, v. BEVERE A., *Ragionevolezza del trattamento sanzionatorio penale nella legislazione e nella giurisprudenza*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, 2007, 1 ss.

che continuano ad alimentare il dibattito scientifico intorno alla ragionevolezza e proporzionalità dei quadri sanzionatori.

Di particolare delicatezza, anche sotto il profilo di potenziale violazione degli artt. 3, c. 1 e 27, c. 3 Cost. per vizi di natura contenutistica, si mostra (e non è certo una novità)²⁴² l'attuale regime sanzionatorio previsto dalla normativa penale in materia di stupefacenti.

L'importante sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale²⁴³, con la quale è stata decretata l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77, c. 2, Cost.²⁴⁴, degli artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter* del d.l. n. 272/2005, conv. con modificazioni dall'art. 1, c. 1, l. n. 49/2006 (c.d. legge Fini-Giovanardi), i quali unificavano il trattamento sanzionatorio, in precedenza differenziato, previsto dal d.p.r. n. 309/1990 per i reati aventi ad oggetto le c.d. "droghe leggere" e per quelli concernenti le c.d. "droghe pesanti", ha determinato la "reviviscenza" delle previgenti previsioni edittali (c.d. legge Iervolino-Vassalli), le quali contemplano una distinta cornice edittale per le c.d. "droghe pesanti" (reclusione da otto a venti anni) e per quelle c.d. "leggere" (da due a sei anni di reclusione).

Senza poter minimamente considerare il complesso nugolo di problemi interpretativi ed applicativi sollevati dalla decisione²⁴⁵, che all'evidenza esulano dall'oggetto specifico della ricerca e meriterebbero ben altro spazio, per quanto qui interessa occorre sottolineare che la disciplina attuale, il quadro normativo, scaturito ad esito della pronuncia e del suo "seguito normativo"²⁴⁶, presenta evidenti criticità, anche sotto il versante di una potenziale frizione con il principio di ragionevolezza e proporzione della pena.

Se infatti le condotte aventi ad oggetto le c.d. "droghe pesanti" sono ora punite in maniera nettamente differenziata, ex art. 73, c. 1, con il compasso edittale della reclusione da otto a venti anni e con la multa da euro 25.822 ad euro 285.228, rispetto a quelle riguardanti le c.d. "droghe leggere", sanzionabili ex art. 73, c. 4, con la reclusione da due a sei anni e la multa da euro 5.164 a euro 77.468, tale differenziazione

²⁴² Sui patenti profili di violazione rispetto alle esigenze costituzionali dettate dai canoni dell'offensività, della ragionevolezza e della proporzione, che caratterizzavano l'assetto della disciplina penale in materia di stupefacenti, così come rimodellato dalla l. n. 49/2006, c.d. Fini-Giovanardi, con la quale si era proceduto ad equiparare le previsioni sanzionatorie edittali per i fatti di reato riguardanti le c.d. "droghe pesanti" e le c.d. "droghe leggere", v. il quadro tracciato da MANES V., *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in AA. VV., INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 95 ss.

²⁴³ Pubblicata in *Dir. pen. cont.* (Rivista online), 26 febbraio 2014, con nota redazionale di VIGANÒ F.-DELLA BELLA A., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*

²⁴⁴ Com'è noto, detta fondamentale pronuncia ha caducato le norme che prevedevano l'unificazione sanzionatoria tra fatti di reato aventi ad oggetto c.d. "droghe pesanti" e c.d. "droghe leggere", per un vizio di natura formale-procedurale, riguardante l'*iter legis*. In particolare, l'art. 77, c. 2, Cost. è risultato violato dalle norme censurate per un difetto di omogeneità e di nesso funzionale con le disposizioni del decreto legge. Per un approfondimento v., tra i numerosissimi contributi, MANES V.-ROMANO L., *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.* (Rivista Trimestrale), 2014, 1, 215 ss.

²⁴⁵ Basti ricordare le spinose problematiche di diritto intertemporale, sia con riferimento ai procedimenti in corso che riguardo a quelli già definiti con sentenza passata in giudicato, per i quali si è posto il problema, risolto positivamente dalla giurisprudenza di legittimità, della rideterminazione della pena *in executivis*. Su questo ed altri numerosi problemi innescati dalla pronuncia si rinvia ai contributi pubblicati in www.penalecontemporaneo.it.

²⁴⁶ D.l. n. 36/2014, conv. con modificazioni dall'art. 1, c. 1, l. n. 79/2014, recante disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.p.r. n. 309/1990, nonché di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale.

non si rinviene riguardo alla disposizione di cui all'art. 73, c. 5, la quale prevede la “nuova” fattispecie autonoma per il fatto di lieve entità²⁴⁷, punibile, indipendentemente dalla tipologia di stupefacente, leggera o pesante, con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329²⁴⁸.

Tale profilo di irragionevolezza, consistente nell'equiparazione *quoad poenam* di fatti diversi (apprezzabile sia in termini d'irragionevolezza “intrinseca”, in ragione della diversità di disvalore delle condotte contemplate dalla disposizione, che d'irragionevolezza “estrinseca”, rispetto al trattamento differenziato previsto dai cc. 1 e 4 dell'art. 73), è stato sin da subito denunciato in dottrina²⁴⁹ e giurisprudenza, e non sono mancate ordinanze²⁵⁰ con le quali è stata sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, c. 1, Cost. e 27, c. 3, Cost.

Occorre segnalare, tuttavia, che i lamentati profili d'illegittimità assai difficilmente potranno risolversi in una pronuncia d'accoglimento. Ciò, oltreché per l'usuale *self-restraint* serbato in materia dal Giudice delle leggi, anche alla luce dell'indeterminatezza del *petitum* e dell'assenza di soluzioni “a rime costituzionali obbligate”, con conseguente impossibilità per la Corte di rimodulare la scala sanzionatoria tramite una non consentita scelta discrezionale sostitutiva della pena censurata²⁵¹.

Ancora, un recente arresto di indubbio interesse, strettamente correlato all'argomento di studio, è costituito dalla sentenza n. 81/2014²⁵², che ha nondimeno confermato il proverbiale atteggiamento di chiusura serbato dalla Consulta nella materia oggetto di analisi.

²⁴⁷ La disposizione di cui all'art. 73, c. 5, che si configurava precedentemente come circostanza attenuante, è stata modificata dal d.l. n. 78/2013, conv. con modificazioni dalla l. n. 94/2013, la quale ha introdotto la fattispecie autonoma del fatto di lieve entità, punita con la reclusione da uno a cinque anni e la multa da euro 3.000 a euro 26.000. Con l'intervento normativo successivo alla declaratoria d'incostituzionalità di cui alla sentenza n. 32/2014, d.l. n. 36/2014, conv. con modificazioni dall'art. 1, c. 1, l. n. 79/2014, la struttura di fattispecie è rimasta inalterata, essendo stata unicamente abbassata la cornice edittale, ora della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329, la stessa prevista originariamente per i fatti di lieve entità per le droghe leggere sotto la normativa Iervolino-Vassalli, sia pure sotto la diversa specie di circostanza attenuante.

²⁴⁸ Risulta invero assai difficile comprendere come lo stesso elemento (tipologia della sostanza) nei fatti-base, di cui ai primi commi dell'art. 73, sia in grado di giustificare un'escursione edittale complessiva di diciotto anni (dal minimo di due anni di reclusione per le c.d. “droghe leggere” al massimo di venti anni per le c.d. “droghe pesanti”) mentre per i fatti di lieve entità tale elemento non sia chiamato a giocare alcun ruolo in sede della determinazione astratta della cornice edittale.

²⁴⁹ V. sul punto, tra gli altri, RUGARIVAC., *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, in PULITANÒ D. (a cura di), *Diritto Penale. Parte speciale, Vol. I, Tutela Penale della persona*, Milano, 2014, 165 ss., ed in part., sui profili di problematicità provocati dal trattamento sanzionatorio indifferenziato previsto dalla fattispecie autonoma di cui all'art. 73, c. 5, d.p.r. n. 309/1990, distonico rispetto alla generale distinzione *quoad poenam* ripristinata ad opera di Corte cost. n. 32/2014, v. 173-74 e 186-187.

²⁵⁰ Si vedano, con riferimento specifico a questi profili d'incostituzionalità del delta punitivo del delitto di cui all'art. 73, c. 5, le q.l.c. sollevate dal Tribunale di Nola, Sez. pen., ord. 8 maggio 2014, Giud. Tirone, in *Dir. pen. cont.* (Rivista online), con osservazioni di ROMANOL., *Sollevata questione di legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio dei fatti di 'spaccio' di lieve entità*, 3 ottobre 2014; dal Trib. Minorenni Reggio Calabria, ord. 5 febbraio 2015, Pres. Di Bella, in *Dir. pen. cont.* (Rivista online), con osservazioni di ROMANOL., *Torna all'esame della Corte costituzionale l'art. 73, quinto comma t.u. stupefacenti*, 29 giugno 2015; cfr. altresì la Sentenza del 17.12.2014 del Tribunale di Torino, in www.questionegiustizia.it, con osservazioni di FILICE F., *Stupefacenti e ragionevolezza delle pene*, 14 luglio 2015, nella quale viene respinta per manifesta infondatezza la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla difesa in relazione alla irragionevolezza e sproporzione della sanzione edittale dell'art. 73, c. 5, in quanto inevitabilmente destinata ad essere risolta dalla Consulta con una pronuncia d'inammissibilità, stante l'assenza di soluzioni “a rime costituzionali obbligate” (§ 4.2, § 4.3 dei motivi della decisione).

²⁵¹ In questi termini si esprime ROMANOL., *Sollevata questione di legittimità costituzionale*, cit., 2-3.

²⁵² Sulla pronuncia v. *amplius* le considerazioni di RECCHIA N., *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.* (Rivista online), 2 febbraio 2015, 4-6 del dattiloscritto.

Pur essendo consapevoli che gli spunti offerti dal panorama interno, ben lungi dall'essere esauriti, sono invece presenti in gran numero, potendosi dunque ipoteticamente andare avanti a lungo, si ritiene ora opportuno dedicare spazio all'approfondita disamina del sistema di *garanzie costituzionali* statunitense (federale e statale), al fine di verificare *se e come* viene sviluppato il controllo di costituzionalità sulla misura della sanzione penale in quel contesto.

Giova precisare sin d'ora che, più che offrire soluzioni e dare certezze, il “modello” di “*constitutional review of excessive penalties*” (ed in particolare la c.d. “*noncapital proportionality doctrine*”) contribuirà significativamente ad accentuare la dimensione problematica del tema indagato, segnalando come, pur in presenza di sistemi affatto differenziati sotto molteplici profili, i nodi critici si mostrino in buona parte convergenti.

CAPITOLO II

Indagine comparata in riferimento alle esperienze applicative del principio di proporzionalità della pena da parte della *Supreme Court* statunitense

La realtà statunitense come oggetto di comparazione

Sezione I

*“Proportionality is the new lingua franca of academic writings on constitutional law. But among American lawyers, different specialists think of different meanings of the term, depending on their field. Ask any American criminal law writer or analyst about proportionality, and her first thought will be sentencing, followed by the death penalty, some aspects of substantive criminal law, and, as a possible final afterthought, criminal procedure. An American constitutional scholar might speak of Fourteenth Amendment remedies, injunctions, civil rights' attorneys' fees, antitrust violations, and many other areas. Torts lawyers, of course, will focus on punitive damages”*²⁵³.

Le considerazioni introduttive di Singer, nella Sua recensione al libro di Sullivan e Frase

²⁵³ SINGER R.G., *Proportionate Thoughts About Proportionality*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2010, 217; v. anche, per un efficace quadro sullo stato complessivo (invero poco confortante e, per così dire, “disintegrato”) del “discorso” sulla proporzionalità nello scenario statunitense, in generale a livello costituzionale e più specificamente sulla *judicial review of excessive sentencing*, GERTNER N., *On Competence, Legitimacy, and Proportionality*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2012, 1585 ss., in particolare 1587. L'A. sviluppa il suo ragionamento constatando in primo luogo che ormai in quasi tutti i paesi del mondo, sia di *civil law* che di *common law*, il test di proporzionalità occupa un posto di primo piano nello *strumentario concettuale-argomentativo* delle Corti Costituzionali e Supreme, e il potere giudiziario si sente legittimato, attraverso tale controllo, ad effettuare delicatissime operazioni di bilanciamento tra diritti confliggenti, sovente facendo ingresso in sfere decisionali strettamente “politiche”. Tuttavia, lo stesso non si può affermare dei giudici nordamericani, che sono rimasti quasi “impermeabili” a tale diffusione globale. In particolare, l'area del *sentencing* (e delle *punishment theories*), prosegue l'A., è quella dove forse il concetto di proporzionalità riveste maggiore importanza ed ha la tradizione più nobile e antica. La Corte Suprema degli U.S.A., tuttavia, non è stata capace di elaborare un parametro costituzionale di proporzionalità della pena dotato di efficacia, coerenza e prevedibilità applicativa. Come precisa l'A. “*Permettetemi di fare un'osservazione preliminare: una abituale colonna sonora collega tra loro l'elaborazione giurisprudenziale della Corte Suprema in relazione all'Ottavo Emendamento nell'ambito della quale alcuni giudici discutono se esista o meno un principio di proporzionalità costituzionale in relazione alle pene detentive; l'incapacità delle federal appeals courts di dare importanza al controllo sostanziale di ragionevolezza del sentencing anche dopo che la pronuncia United States v. Booker le ha rese libere di fare ciò (tale importante pronuncia ha reso le federal sentencing guidelines meramente advisory e non più mandatory, N.d.T.); e l'incapacità della United States Sentencing Commission di classificare i reati sulla base di qualsivoglia coerente principio di proporzionalità. Il filo conduttore (che io trovo alquanto preoccupante) è che l'analisi di proporzionalità è semplicemente al di fuori della competenza del potere giudiziario Americano. Peggio ancora, essa non è nemmeno nel loro ruolo legittimo; è in un modo o nell'altro troppo incentrata su valutazioni di natura politica, troppo “attivista”. E' un compito che è meglio lasciare al legislatore, o nel caso delle federal sentencing guidelines, ad un'agenzia “indipendente” del ramo giudiziario, la United States Sentencing Commission – ma a tutti i costi, non alle corti*”.

V. anche, seppur in una prospettiva diversa, non strettamente riferita alle problematiche di legittimità costituzionale dell'*excessive sentencing*, nel più ampio ambito di un penetrante studio *filosofico* sulla patologica realtà di *overcriminalization* che affligge il diritto penale statunitense, sia a livello statale che a livello federale, HUSAK D., *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008, 14-15. L'A. sviluppa tanto interessanti quanto pessimistiche (meglio dire, forse, realistiche) considerazioni generali sul ruolo che il principio di proporzionalità dovrebbe avere in una politica criminale ragionevole, e sul nesso tra *overcriminalization* e diffusione di pene/dinamiche sanzionatorie di spropositata severità nel sistema nordamericano.

“*Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*”, con semplicità, riescono a rendere, con immediatezza, l'idea della vastità e della complessità dell'argomento. Singer volutamente pone in risalto l'assoluta frammentazione, disorganicità e vaghezza che caratterizza l'utilizzo corrente e la stessa natura intrinseca del termine *proportionality* nel panorama giuridico statunitense, proprio mentre si trova in procinto di recensire un volume la cui proposta più forte ed innovativa è quella di tentare una sorta di “trapianto giuridico” nell'ordinamento statunitense di un modello più “strutturato”, “organico” e “coerente” di test costituzionale di proporzionalità, mutuato dal modello europeo (o *globale*).

Prendendo spunto dalle osservazioni preliminari di Singer, giova subito precisare che questa indagine si concentrerà in particolare – come già ricordato – sul versante dell'*analisi costituzionale della proporzionalità della pena, in particolare detentiva (sentencing)*²⁵⁴, sviluppata dalle corti a livello federale e statale.

Non verranno omesse brevi disamine delle pronunce riguardanti la pena capitale, le pene pecuniarie ed il diritto *lato sensu punitivo (punitive damages)*, ambiti in cui il principio di proporzionalità desunto dall'Ottavo Emendamento (o dalla garanzia del *substantive due process*, in relazione al controllo di costituzionalità degli *excessive punitive damages awards*) viene applicato in maniera più chiara e convincente da parte della Corte Suprema (chi scrive è a conoscenza del fatto che potrebbe “suonare strano” ad un orecchio europeo che la *proportionality review of capital punishment* possa ritenersi in qualche modo sviluppata ...). Alcuni collegamenti necessari verranno poi sviluppati in riferimento ad altri settori del diritto costituzionale e punitivo statunitense²⁵⁵.

²⁵⁴ Per quanto attiene ad un minimo chiarimento della *definizione* del *sentencing* – preliminarmente necessario – uniformandosi ad attenta dottrina che si è occupata da vicino dell'argomento in prospettiva comparatistica, va rilevato che “*Il termine – che non possiede nella nostra lingua un equivalente specifico – indica, nel diritto angloamericano, non solo la fase del processo penale seguente all'accertamento della colpevolezza, ma anche, più genericamente, una serie di argomenti sostanziali funzionalmente correlati alla pena, che vanno dalle questioni di politica legislativa alle tecniche di comminazione delle sanzioni. La 'decifrazione' più corretta sembra comunque quella che fa coincidere il termine sentencing con la perifrasi 'commisurazione della pena in senso lato', che comprende, in aggiunta alle problematiche sottese alla determinazione della pena principale all'interno delle cornici edittali fissate dal legislatore per il reato base, le questioni relative alla applicazione della pena per il reato circostanziato, alla scelta fra pene di specie diversa, all'applicazione delle pene accessorie, delle misure di sicurezza, nonché di quegli istituti che richiedono un margine di apprezzamento discrezionale del giudice, tra cui il perdono giudiziale e le sanzioni 'alternative' alla detenzione*”. Così, MANNOZZI G., *Sentencing*, (voce) in *Digesto delle discipline penali*, vol. XIII, Torino, 1991 (agg. 1997). E' evidente che in questa indagine, focalizzata principalmente sulla dimensione costituzionale storico-evolutiva del principio di proporzionalità della pena e sulla *judicial review* delle pene eccessive, i limitati profili che verranno esaminati più a fondo sono quelli relativi alle questioni di politica legislativa sottese alla determinazione della pena principale all'interno delle cornici edittali e alle tensioni tra potere legislativo e potere giudiziario.

²⁵⁵ Questa è forse una delle linee di ricerca più interessanti e stimolanti offerte dall'esperienza statunitense. Infatti, come si avrà modo di verificare, la Corte Suprema non è stata assolutamente in grado di sviluppare a livello costituzionale una “*unified theory of punishment*”, razionalmente e organicamente strutturata, intervenendo al contrario in maniera episodica, frammentaria e con differenziate metodologie d'analisi di proporzionalità e livelli d'intensità, a seconda dei settori scrutinati. In questo modo la tutela del diritto costituzionale a non subire condanne manifestamente eccessive rispetto al reato, sancito dall'Ottavo Emendamento, è stato quasi neutralizzato per quanto riguarda le pene carcerarie, concedendo uno spazio di discrezionalità politica sostanzialmente incontrollato ai legislatori statali, che non hanno mancato di abusarne, rendendo le pene sempre più severe e contribuendo a caratterizzare il sistema di giustizia penale statunitense come uno dei più “malati” sul panorama mondiale. Diversamente, nell'ambito delle condanne a pena capitale, lo sviluppo giurisprudenziale ha visto progressivamente ridursi le categorie di soggetti e di reati per i quali la *death penalty* è ammissibile (*categorical proportionality analysis*). Anche nei settori delle pene pecuniarie e delle condanne ai danni punitivi stringenti requisiti di proporzionalità sono stati riconosciuti ed applicati dalla Corte

In conformità alle caratteristiche strutturali dell'ordinamento statunitense ed alla sua evoluzione storica, si privilegerà un metodo d'indagine di tipo essenzialmente casistico-giurisprudenziale.

Dopo una breve introduzione di tipo *storico-costituzionale* concernente il significato dell'Ottavo Emendamento, verranno in breve analizzate alcune delle decisioni più importanti nella giurisprudenza della Corte Suprema Federale, che hanno prospettato diverse interpretazioni dell'Ottavo Emendamento in relazione alla pena capitale, al divieto costituzionale di imporre sanzioni penali per le c.d. *status offenses*, ed al concetto di “*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*”, centrale nell'interpretazione dell'Emendamento, a prescindere dalla *tipologia* di pena oggetto di *constitutional review*.

In seguito verrà presa in considerazione ed esaminata la *line of cases* nella giurisprudenza della Corte Suprema riguardante le condanne a pena detentiva “manifestamente sproporzionate” (*gross disproportionality test*).

Questa sezione del capitolo verrà approfondita particolarmente, in quanto costituisce forse il *nodo problematico* più avvertito nell'ambito dell'esperienza nordamericana, dal momento che i giudici supremi non sono stati in grado di elaborare standard di analisi costituzionale tali da garantire una benché minima protezione del diritto a non subire pene detentive evidentemente eccessive, come testimonia inequivocabilmente il fatto che nell'intera storia della *proportionality doctrine* solo una condanna a pena detentiva (tra l'altro una *LWOP sentence*²⁵⁶) sia stata giudicata incostituzionale per violazione dell'Ottavo Emendamento.

Si individueranno ed approfondiranno le varie problematiche affrontate nella *constitutional review of excessive punishments* dalla Corte Suprema, che hanno impedito alla stessa di elaborare una *proportionality doctrine* coerente, soprattutto rispetto a quanto compiuto in altri settori affini a quello del *sentencing*, e si tenterà di abbozzare alcune possibili proposte di analisi teorica rinvenute nei contributi scientifici oggetto della ricerca, al fine di rendere più razionale, efficace e prevedibile il metodo di scrutinio costituzionale in questo tormentato settore.

Prima di entrare nel merito della disamina di alcune delle molteplici proposte avanzate in letteratura, si formuleranno alcune precisazioni iniziali, attorno a quella che è stata definita in maniera brillante “*distance between commentators and courts*”²⁵⁷, da parte di una dottrina che si è impegnata nel tentativo di “classificare” e “differenziare” le numerose prospettive attraverso cui gli studiosi hanno cercato di

Suprema. Questa disomogeneità d'approccio viene bersagliata duramente dalla critica della dottrina statunitense, la quale non rinviene alcun fondamento né nel testo della Costituzione Federale, né in ragioni storiche o politiche, tale da legittimare siffatta diversità di standard di sindacato costituzionale. L'esigenza di una dottrina uniforme e di un sindacato di costituzionalità più penetrante sul *sentencing* viene evidenziata da numerose ed autorevoli voci, che hanno provato a proporre alcuni schemi teorici per cercare di rivitalizzare la *proportionality review of non-capital sentences* e che saranno esaminate nel dettaglio *infra*.

²⁵⁶ L'acronimo *LWOP sentence* sta per pena dell'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale (*life without parole*); con l'acronimo *LWPP sentence* si indica invece la pena dell'ergastolo con possibilità di libertà condizionale (*life with the possibility of parole*). D'ora in avanti si utilizzeranno prevalentemente detti acronimi.

²⁵⁷ LEE D.H., *Resuscitating Proportionality*, cit., 527 ss., in particolare per tale efficace espressione, 544.

analizzare la problematica linea dei sei c.d. *modern prison duration cases* affrontati dalla Corte Suprema tra il 1980 ed il 2003. Tale sintetica opera di chiarimento – fondata sulla constatazione che esiste una profonda frattura tra le posizioni espresse dalla Corte e la vasta produzione scientifica critica nei confronti di tali decisioni – individua diversi “approcci” da parte degli autori che si sono occupati di approfondire l'argomento. Si ritiene che dare conto preliminarmente di tali diversificati punti di vista possa agevolare la comprensione delle proposte successivamente esaminate nello studio. Ovviamente la distinzione qui richiamata costituisce solo una delle tante possibili chiavi di lettura nell'interpretazione dei diversi orientamenti dottrinali.

Nello specifico, saranno *cinque* i modelli teorici, elaborati da diversi studiosi statunitensi nel tentativo di dare un ordine al caos della giurisprudenza costituzionale in materia e di garantire una effettiva (e dovuta, in quanto costituzionalmente imposta) protezione ai soggetti condannati a pene carcerarie di durata spropositata, che saranno sinteticamente illustrati ed esaminati.

In primo luogo ci si occuperà di esaminare quella posizione dottrinale che, muovendo da una concetto base di *limiting retributivism* nella *sub-constitutional sentencing theory*, configura il *proportionality principle* dell'Ottavo Emendamento come “*retributive side constraint*” nella sua dimensione costituzionale, ovverosia come limite “esterno” imposto ai legislatori nel perseguimento di finalità utilitaristiche (*deterrence, incapacitation, rehabilitation*) attraverso le quantificazioni sanzionatorie. Evidente in questo primo orientamento il tentativo di “*costituzionalizzare*” una teoria della pena, in frontale contrasto con le ripetute affermazione delle Corte Suprema, secondo cui la Costituzione Federale non impone l'adozione di alcuna specifica teoria della pena.

Secondariamente, si sposterà l'attenzione su un'ipotesi ricostruttiva della dottrina della proporzionalità costituzionale che propone uno sviluppo più ampio e “ramificato” della analisi di costituzionalità, inclusivo di varie e differenti *sentencing theories*, sia di stampo retributivo che utilitaristico. Tale approccio, tuttavia, non si appaga di una prospettiva “penologica”, meramente incentrata sulle *sentencing theories*, ma amplia i suoi orizzonti all'intero ordinamento e sistema costituzionale nordamericano, procedendo ad uno studio comparato/incrociato della *judicial review* in riferimento a vari settori del diritto pubblico, nell'ambito dei quali le azioni dei pubblici poteri (*Government Actions*) risultano essere eccessive, tanto in riferimento alle finalità perseguite quanto rispetto al sacrificio imposto ai diritti dei singoli. Attraverso l'accurata indagine di una molteplicità di *proportionality principles*, impliciti ed espliciti, nel diritto statunitense, lo scopo degli Autori è quello di conferire un minimo di coerenza ed efficacia alla *constitutional review* delle pene detentive eccessive, ampliando e rendendo più penetrante lo *strumentario argomentativo* delle corti per tale esigenza. Interessanti, e tutto sommato inconsueti nel contesto nordamericano, all'interno di questo studio, i riferimenti al diritto penale internazionale e comparato, per avvalorare la tesi della *dimensione costituzionale* del principio di proporzionalità della pena. Come si osserverà più diffusamente *infra*, lo sforzo compiuto dagli studiosi

nel contesto di tale orientamento, si è indirizzato a conferire maggiore *organicità*, *razionalità* e conseguente *prevedibilità applicativa* agli standard costituzionali utilizzati per sindacare l'eccessività delle sanzioni penali dalle corti americane – provando a formulare un test sempre valido e applicabile, simile al modello di *proportionality review* oggi diffuso su scala globale, coniato originariamente nella giurisprudenza amministrativa tedesca. Tale tentativo – per quanto apprezzabile nella sua aspirazione a “fare chiarezza” e sistematizzare, in uno scenario che all'evidenza necessita di un'opera di chiarimento concettuale e categorizzazione – è stato sottoposto a severe critiche in dottrina. Per di più si è dovuto scontrare con la realtà – per sua natura frammentaria ed allergica alla razionalizzazione, fondata su un “*judicial minimalism based on epistemological skepticism*”, a differenza di quella Europea – della *judicial review of legislation* Americana, caratterizzata da un approccio *case-by-case* e “*as applied to the case*”, dunque assai poco incline a ricavare regole e principi generali da un caso concreto per renderli applicabili ad un insieme generale di casi²⁵⁸.

Il terzo modello teorico di analisi del principio di proporzionalità, in relazione alle sanzioni penali nel sistema di *judicial review* nordamericano, muove dal presupposto che *nessuna teoria della pena* può (*rectius*: si è dimostrata in grado di) essere dirimente nel giudicare l'eccessività (e la conseguente *illegittimità costituzionale*) di una determinata condanna. Il *proportionality principle*, per fungere efficacemente da limite all'azione dei pubblici poteri nei confronti dei diritti individuali, non può essere fatto dipendere da alcuna filosofia della pena, ma deve essere inteso come “*principle of limited government*”, su un piano estraneo alle funzioni attribuite alla pena ed alle scelte di politica criminale, attinente alla *filosofia politica*. Riportare la traduzione letterale dell'*obiettivo* di tale proposta dottrinale –

²⁵⁸ Per un'interessante disamina di tali aspetti, v. COHEN ELIYA M. - PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, 2013, 89-90, i quali bene sottolineano la diversità di approccio nella *constitutional review* e, prima ancora, nelle sue premesse teorico-filosofiche, tra Europa e U.S.A., prendendo ad esempio proprio una recente *landmark decision* in materia di proporzionalità della pena, *Graham v. Florida* del 2010, in cui la Corte Suprema ha statuito che è *categorically unconstitutional* una condanna a LWOP per *non-homicide crimes* commessi da soggetti minorenni. Gli A. evidenziano che una dimostrazione esemplare di come è strutturato il *balancing* nordamericano, fondato sull'*epistemological skepticism*, a differenza dell'approccio europeo, basato sull'*epistemological optimism* e sulla fiducia nella razionalità di giudizio, è fornita proprio dalla opinione dissenziente del Justice Roberts nella importante pronuncia succitata “*Illustrative of how balancing is framed by the American legal culture of epistemological scepticism, as espousing minimalism and less judicial control, is the Graham v. Florida decision. This case, concerning a juvenile sentenced to life in prison without parole for a non-homicide crime, represents unique Eighth Amendment jurisprudence. Chief Justice Roberts, who concurred in judgement, agreed with the majority opinion that the sentence was disproportionate to the crime, however, he also strongly objected to the categorical approach of the Court's opinion and to the establishment of a new constitutional rule. Roberts criticized the Court for using the Graham case “as a vehicle to proclaim a new constitutional rule – applicable well beyond the particular facts of Graham's”. Such an approach, he claimed, “is unnecessary as it is unwise”. Instead, Roberts preferred a case-by-case balancing approach and rejected the Court's opinion that the clear lines are necessary for preventing errors in trial judges' sentences. While he conceded that trial judges might never have perfect foresight, he argues that “our system depends upon sentencing judges applying their reasoned judgment to each case that comes before them”. Rather than establishing a clear or consistent path for Courts to follow, he espoused the “highly deferential ‘narrow proportionality’ approach”, that, inter alia, “emphasized the primacy of the legislature in setting sentences” and the “state-by-state diversity protected by our federal system”. To Roberts, such an approach “does not grant federal judges blanket authority to second guess decisions made by legislatures or sentencing courts”*. Tali considerazioni – giova sottolinearlo – sono particolarmente importanti per comprendere lo sviluppo della giurisprudenza della Corte Suprema nei *modern prison duration cases*, che, soprattutto a causa delle criticità e preoccupazioni espresse nel parere difforme di Justice Roberts, sono sempre stati caratterizzati da un *case-by-case approach*, diversamente dal contesto della pena capitale che ha visto via via numerose pronunce dichiarative della incostituzionalità categorica per sproporzione in riferimento a una “classe” di autori o a determinati reati.

dichiarato in apertura dell'articolo in cui essa viene elaborata – aiuterà a comprenderne meglio i tratti essenziali, che verranno esaminati nel dettaglio *infra*: “Questo articolo esamina la proporzionalità come limitazione costituzionale al potere di punire. Nel contesto penale, la proporzionalità è spesso descritta in maniera errata come una teoria specificamente “penologica” – un ideale collegato a specifiche valutazioni della finalità della pena. Infatti, una esigenza costituzionale di proporzionalità si comprende meglio come limitazione esterna al potere penale dello stato, che è indipendente dagli scopi della pena. Le limitazioni di proporzionalità sul potere penale non emergono dalle finalità della pena, ma dal fatto che punire non è l'unico scopo che lo stato deve perseguire. Altre considerazioni, soprattutto la protezione di interessi individuali alla libertà ed all'eguaglianza, limitano il perseguimento degli scopi della pena. Principi di proporzionalità pongono dei limiti nell'ambito di tutte le teorie di “limited government”, e la proporzionalità nel contesto del sentencing è solo un esempio di queste limitazioni al potere statale.

Questa visione della proporzionalità dà ragione di dubitare dell'asserzione che sia necessariamente meglio lasciare le decisioni sulla proporzionalità ai legislatori. In contesti dottrinali diversi dal sentencing, la proporzionalità è di frequente utilizzata come meccanismo di judicial review al fine di impedire invasioni legislative sui diritti individuali e altri esercizi di potere eccessivo. Nel contesto del sentencing penale, un requisito costituzionale di proporzionalità dovrebbe servire come limite al potere penale”²⁵⁹.

Come si può notare, tale orientamento dottrinale, se da un lato riprende alcune componenti del secondo sopra accennato (e.g. il raffronto tra il *judicial review* sul *sentencing* e quello intrapreso in altri settori dell'ordinamento costituzionale nordamericano), dall'altro se ne discosta con decisione, quando pone l'accento sulla necessità di “emanciparsi” del tutto da ogni prospettiva correlata alle *funzioni* o *finalità* della pena, nell'impegnativa opera di definizione concettuale del *proportionality principle under the eighth amendment*. E' forse corretto affermare che l'ipotesi ricostruttiva nasce proprio dalla comprovata inefficacia (i.e. fallimento del sindacato costituzionale nel *non-capital context*) di qualsivoglia teoria della pena, al banco di prova del controllo di legittimità costituzionale di una determinata scelta legislativa sulla quantificazione sanzionatoria.

La quarta posizione, benché non esplicitamente sostenuta da alcuno studioso, se non “*in via indiretta*”, si mostra particolarmente interessante, soprattutto dopo le pronunce del 2003, che hanno affrontato la spinosa questione della legittimità costituzionale di alcune condanne di paradossale severità, in applicazione delle *three strikes laws* californiane. Decisioni che, confermandone la costituzionalità, sembrano avere elaborato un nuovo standard di giudizio, ancor più deferente nei confronti dei legislatori²⁶⁰. Leggendo l'opinione di maggioranza in *Ewing v. California*, si prende atto che una pena

²⁵⁹ RISTROPHA., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, in *Duke L. J.*, 2005, 263 ss.

²⁶⁰ DECLUE C.J., *Sugarcoating the Eighth Amendment: the Grossly Disproportionate Test is Simply the Fourteenth Amendment*

non è costituzionalmente sproporzionata fin tanto che essa è tale da contribuire al perseguimento di una delle legittime finalità della pena (retribuzione, deterrenza, neutralizzazione, rieducazione). In questo modo il livello di *deference* concesso dalle Corti alle determinazioni legislative sanzionatorie diviene pressoché assoluto, ed il sindacato di proporzionalità viene ad assomigliare sempre di più al *rational basis test*, il meno penetrante dei *tiers of review* (gli altri sono lo *strict scrutiny* e l'*intermediate scrutiny*) elaborati dalla Corte Suprema nel contesto dell'*equal protection clause* del Quattordicesimo Emendamento.

Il *rational basis test* viene storicamente impiegato dalla Corte Suprema nello scrutinio di costituzionalità della legislazione in materia economico-sociale; in tale ambito vige dunque una presunzione quasi assoluta ed invincibile di costituzionalità della disciplina legislativa al vaglio della Corte. I pochissimi casi in cui tale forma di sindacato è esitata in una declaratoria di illegittimità costituzionale erano infatti costituiti da situazioni di manifesta irrazionalità, discriminazione od arbitrio, che caratterizzavano la normativa esaminata. Alla luce degli ultimi sviluppi della *eighth amendment litigation* sul *sentencing*, può fondatamente sostenersi che il grado di deferenza assicurato dalle corti alle scelte legislative sia talmente elevato ed incondizionato da far coincidere i due standard di costituzionalità. Ma quanto può considerarsi giustificato e legittimo questo approdo, che in definitiva non è in grado di garantire alcuna effettiva protezione costituzionale a chi patisce pene manifestamente eccessive (*grossly disproportionate punishments*) rispetto al reato commesso?

Come si accennava poc' anzi, la tesi che vede una sostanziale coincidenza tra *rational basis test* e *gross disproportionality test* nel contesto della *proportionality review of excessive prison terms*, tanto per quanto concerne i moduli argomentativi, quanto soprattutto all'appiattimento sulle scelte legislative (si parla in tal senso di una ingiustificata *abdication of judicial review*), dà il destro per sviluppare interessanti riflessioni intorno ad alcune caratteristiche similari rinvenibili nella nostra esperienza di sindacato di ragionevolezza sulla misura della pena. Lo standard negativo della “*non manifesta irragionevolezza*”, che di fatto segna gli assai angusti spazi entro cui il principio di proporzionalità della pena è stato ritenuto “*giustiziabile*” nella giurisprudenza della Corte costituzionale, porta con sé tutta una serie di implicazioni speculari rispetto a quelle proprie del *rational basis test* (prima fra tutte la presunzione quasi invincibile della legittimità costituzionale della legge, salvo casi estremi di irrazionalità/arbitrio). Tale livello di scrutinio, all'evidenza, non può essere ritenuto minimamente idoneo a garantire un bene dell'importanza della libertà personale, tanto più in momenti di *crisi*, nei quali la politica criminale si riduce spesso ad una competizione a chi è più duro nelle risposte sanzionatorie penali (questo, particolarmente vero rispetto alla realtà U.S.A., è in buona parte sostenibile anche riguardo all'Italia).

Infine, l'ultimo ambito d'indagine²⁶¹, ampiamente esplorato da vari autori statunitensi e che sarà oggetto d'analisi, è quello relativo ai rapporti tra diverse *proportionality reviews* di varie misure sanzionatorie. In particolare, si sottolineeranno le problematiche che hanno contraddistinto il settore delle condanne a pena detentiva rispetto agli altri, valutando se le rinunce della Corte Suprema ad esercitare un controllo penetrante in tale ambito siano in qualche modo giustificabili o fondate. La risposta – come si può sin d'ora intuire – è tendenzialmente negativa.

Da ultimo si procederà ad una concisa disamina di alcuni modelli di analisi costituzionale di proporzionalità delle pene sviluppati dalle corti statali, in conformità alle diverse clausole costituzionali statali (alcune delle quali, diversamente rispetto al dato testuale dell'Ottavo Emendamento, richiedono *esplicitamente* un rapporto di proporzionalità fra reato e pena), concentrandosi in particolare su quelle

²⁶¹ Rispetto alle quattro sopra citate “*proposte ricostruttive teoriche*” del principio di proporzionalità, il quinto “settore” d'indagine è meglio definibile come un approccio, per così dire, “unitario” o “organico”, all'analisi di proporzionalità/eccessività costituzionale delle varie *tipologie di pena o quasi criminal punishment* presenti nell'ordinamento U.S.A. (*death penalty, prison terms, fines and forfeitures, punitive damages*). Gran parte della letteratura, infatti, si è focalizzata sull'analisi delle incongruenze tra diversi livelli di protezione assicurati dalla Corte Suprema, a seconda della differente tipologia sanzionatoria oggetto di controllo di costituzionalità. A prescindere dalle diverse obiezioni mosse all'operato della Corte, di carattere ora storico, ora costituzionale, ora squisitamente normativo, ciò che in definitiva sembra accomunare e fare convergere gli approdi gli studiosi è la richiesta di adottare una “*unified theory of punishment*”, idonea a garantire un sufficiente grado di protezione per tutti i soggetti sottoposti a misure punitive, senza escludere (ingiustificatamente) dallo spettro della salvaguardia costituzionale un'intera categoria di soggetti, peraltro la più consistente numericamente, come coloro i quali vengono condannati a lunghe pene carcerarie. Questo, infatti, si è verificato a causa dei differenti standard elaborati dalla Corte, che hanno condotto ad una completa *abdication of judicial review of excessive non-capital sentences*. Per tutti, con grande chiarezza invoca conclusivamente un “approccio unitario” nel sindacato di costituzionalità delle *excessive punitive measures*, CHEMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, in *Stan. L. Rev.*, 2004, 1049 ss., 1079-1080, “*Una delle più importanti funzioni del governo è imporre la pena. Sia che sia una causa penale o civile, o che la pena sia la morte, la carcerazione, una ammenda, o i danni punitivi, gli scopi del governo sono prevenire gli illeciti ed infliggere retribuzione. Per almeno un secolo, la Corte Suprema ha riconosciuto che le assemblee legislative e le corti non godono di una discrezionalità illimitata nello stabilire le pene. La Costituzione, attraverso una molteplicità di clausole, limita le pene che possono essere imposte. Sfortunatamente, però, il diritto costituzionale (e la giurisprudenza costituzionale) relativa alla pena si è sviluppata separatamente a seconda della natura delle pene. Una linea di casi ha riguardato la pena di morte, mentre un'altra si è concentrata sui danni punitivi, ed ancora un'altra ha riguardato le condanne a pene detentive. Il risultato è stato l'aver approcci marcatamente imprevedibili alla Costituzione ed alla pena. Il mio obiettivo in questo Articolo è stato descrivere queste incongruenze che sono state ampiamente sottovalutate, criticarle, e schierarmi a favore di un approccio più uniforme. Io confesso che la mia ispirazione per questo progetto deriva dalle mie frustrazioni come avvocato durante l'anno scorso (Il Prof. Chemerinsky è stato il legale di Andrade nel caso *Lockyer v. Andrade* del 2003, su cui vedi dettagliatamente *infra*; v. anche, specificamente sul caso, CHEMERINSKY E., *Cruel and Unusual: The Story of Leandro Andrade*, in *Drake L. Rev.*, 2003, 1 ss.). C'è qualcosa di semplicemente sbagliato con una Corte che non ha problemi nel mandare un persona in carcere a vita, senza possibilità di parole per cinquant'anni, per avere rubato delle videocassette per un valore di 153 \$, ma è indignata quando viene preso troppo da una impresa in danni punitivi se essa froda i suoi clienti. E' tempo per un approccio più coerente alla Costituzione e alla pena*”. Per una efficace comparazione – seppur piuttosto risalente – tra l'attitudine “attivista” della Corte Suprema nella *judicial review of excessive punitive damages awards* e la sostanziale ed ingiustificabile abdicazione nello scrutinio della legittimità costituzionale degli *excessive prison terms*, v. GERSHOWITZ A.M., *The Supreme Court's Backwards Proportionality Jurisprudence: Comparing Judicial Review of Excessive Criminal Punishments and Excessive Punitive Damages Award*, in *Va. L. Rev.*, 2000, 1249 ss. L'A. definisce in maniera calzante la giurisprudenza della Corte Suprema “*backwards*”, ossia al rovescio, mette a fuoco nitidamente e sviluppa due convincenti argomentazioni in grado di rivelare l'erroneità dell'approccio della Corte Suprema: in primo luogo, la libertà, bene giuridico intaccato dalle pene detentive, risulta essere costituzionalmente sovraordinato rispetto alla proprietà-patrimonio, colpito dalle condanne a danni punitivi, e questo solo legittimerebbe una analisi costituzionale di proporzionalità più penetrante sulle condanne a pene detentive eccessive. In secondo luogo l'A. fa riferimento alla c.d. *political process theory*, elaborata da ELY J.H., in *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*, Cambridge, 1980. Su tali profili si tornerà diffusamente. Per una penetrante critica al *two-track approach* adottato dalla Corte nel controllo di legittimità costituzionale di proporzionalità della pena capitale e della pena carceraria, v., per tutti, BARKOW R.E., *The Court of Life and Death: the Two Tracks of Constitutional Sentencing Law and the Case for Uniformity*, in *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series NO 08-28*, 1 ss., la quale nel paragrafo di chiusura del Suo lavoro si auspica un mutamento di tendenza nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte Suprema “*toward a unified jurisprudence of punishment*”.

corti statali che hanno proceduto ad uno scrutinio più penetrante sulle scelte politiche dei legislatori statali in merito alla quantificazione delle conseguenze sanzionatorie. Si avrà qui l'occasione di confrontarsi con modelli di sindacato costituzionale sulla misura pena più vicini alla concezione italiana di *proporzionalità relativa*, e meno limitati dalla *struttura federale* degli U.S.A.

2.1 Le diverse interpretazioni del significato letterale della *Cruel and Unusual Punishment Clause*.

L'incertezza sulla effettiva prescrizione circa il requisito costituzionale di proporzionalità del trattamento punitivo nella volontà dei Padri costituenti americani. Breve introduzione storico-costituzionale sulle fonti e sull'*Original Meaning* della clausola

L'Ottavo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti²⁶², ratificato dal Congresso ed entrato a fare parte del *Bill of Rights* nel 1791, proibisce le cauzioni eccessive, le ammende eccessive e le punizioni crudeli ed inconsuete (o inusuali)²⁶³²⁶⁴.

Occorre in primo luogo svolgere alcune brevi premesse di carattere storico sull'origine e la provenienza del *linguaggio testuale* utilizzato dai *Framers* nell'Ottavo Emendamento, necessarie al fine di comprendere le successive oscillanti ed incoerenti evoluzioni, che hanno caratterizzato la *eighth amendment litigation* dinnanzi alla *Supreme Court*, nei molteplici settori in cui si è sviluppata, come fondamentale veicolo per assicurare la protezione del diritto *individuale costituzionale* a non subire abusi ed atti eccessivi da parte dell'autorità governativa²⁶⁵ (in via di prima approssimazione, possiamo citare le principali *lines of cases* nella giurisprudenza della Corte Suprema: pena capitale; modalità esecutive di condanne a pena capitale; evidente sproporzione di condanne a pena detentiva – *i.e. gross disproportionality* – concetto sul quale verterà la parte più consistente dello studio; trattamenti penitenziari o condizioni di vita carceraria degradanti; metodi di esecuzione della pena crudeli o barbari; divieto di sanzionare penalmente le c.d. *status offenses*; casi relativi ai minori – *juveniles* – sia in relazione alla pena di morte che in relazione alla condanna alla carcerazione a vita; pene pecuniarie o

²⁶² *U.S. Const. amend. VIII* “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted”.

²⁶³ I termini inconsuete e inusuali, riferiti alle pene, saranno utilizzati interscambiabilmente nel corso dell'indagine, avendo lo stesso significato, N.d.T.

²⁶⁴ Fu chiaro fin dalle prime battute del dibattito svoltosi in seno al Congresso sull'introduzione del *Bill of Rights*, che il dato testuale dell'Ottavo Emendamento non brillasse certo per chiarezza ed univocità di significato. Un componente del Congresso obiettò infatti che le parole “crudeli e inconsuete” avessero una portata troppo vaga ed indefinita, un altro criticò aspramente l'emendamento: “*Che cosa si intende con il termine cauzione eccessiva? Chi devono essere i Giudici? Che cosa si intende con multe eccessive? Sta alla Corte decidere. Non deve essere inflitta alcuna punizione, né crudele né insolita: talvolta, è necessario impiccare un uomo, spesso i malvagi meritano che si infligga loro queste punizioni, perché sono crudeli. Se potesse essere inventato un rimedio più mite per correggere ed impedir agli altri di agire male, sarebbe bene da parte della legislatura adottarlo; ma finché non avremo una qualche sicurezza che ciò sarà fatto, non dovremmo astenerci dal fare leggi necessarie con dichiarazioni di questo tipo.*”, 1 *Annals of Congress* 754 (1789), traduzione italiana tratta da BASSIUNI M.C. (tradotto da DE CATALDO NEUEBURGER L.), *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1985, 53-54, nt. 171.

In questo senso, al fine di sottolineare una volta di più l'oscurità del significato della clausola, occorre riportare anche le riflessioni sviluppate da un attento studioso, il quale, nel valutare approfonditamente il processo di genesi storica e di ratifica dell'Ottavo Emendamento alla Costituzione Americana, segnala che “*La storia della scrittura delle prime Dichiarazioni dei Diritti e Costituzioni Americane semplicemente non conferma la presupposizione che tale processo fu accurato e sistematico. Quei documenti, che noi esaltiamo acriticamente, furono imitativi, carenti, ed irrazionalmente selettivi. Nel glorioso atto di formulare un patto sociale espressivo della legge suprema, gli Americani si curarono semplicemente di redigere un catalogo casuale di diritti che sembrassero in grado di soddisfare il loro desiderio per una dichiarazione di principi primi – o per alcuni di essi. Quel compito fu eseguito in una maniera disordinata, che sconfinò in incapacità. L'inclusione o l'esclusione di ogni particolare diritto non provava né confutava la sua esistenza nella storia coloniale di uno stato*”, v. GRANUCCI A.F., *Nor Cruel and Unusual Punishment Inflicted: The Original Meaning*, in *Cal. L. Rev.*, 1969, 839 ss., 840-41, nt. 8.

²⁶⁵ In un primo momento solo federale, poi, a partire dalla decisione *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962), estesa anche agli Stati tramite il XIV emendamento (*incorporation doctrine*).

confische penali eccessive)²⁶⁶.

La prima proibizione di pene disumane e barbare fu introdotta nella legge Americana nel 1641 in un documento intitolato “*Body of Liberties*”²⁶⁷, che fu promulgato nella Colonia del Massachusetts. Quasi cinquanta anni più tardi, la locuzione “*cruel and unusual punishments*” comparve nella Dichiarazione dei Diritti Inglese del 1689. La clausola venne incorporata senza alcuna modifica nella *Virginia Declaration of Rights* del 1776 e in una forma sostanzialmente simile nell'Ottavo Emendamento della Costituzione Americana del 1791²⁶⁸.

²⁶⁶ Per una accurata classificazione e differenziazione delle varie tipologie di *cases* portati all'attenzione della *Supreme Court* nell'ambito complessivo della *eighth amendment litigation* v. ad es. RADIN M.J., *The Jurisprudence of Death: Evolving Standards for the Cruel and Unusual Punishments Clause*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1978, 989 ss. L'A., procedendo a descrivere la “*Typology of Cruel and Unusual Punishments Claims*”, individua cinque distinte sotto-categorie di casi: *Type 1* (Means of Punishment); *Type 2* (Proportionality); *Type 3* (Power to Criminalize); *Type 4* (Nonjudicial Discretion); *Type 5* (Procedural Due Process); cfr. però LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 101-102, il quale diversamente, individua quattro categorie di casi, “*La corrente elaborazione giurisprudenziale sulla cruel and unusual punishment clause consiste grosso modo in quattro categorie di casi. La prima categoria proibisce certe tipologie/modalità/metodi di esecuzione della pena, come la morte sul rogo, la crocifissione, l'essere trascinato e squartato, e la tortura. Nella seconda categoria sono costituzionalmente ammissibili tipologie di pena che sono ciò nonostante incostituzionali perché sono sproporzionate rispetto ai delitti per i quali sono state irrogate. La terza categoria comprende i così detti casi “super due process for death” o “death is different”, che consentono le condanne a morte solamente ad esito di procedure ordinate ed approvate nel tempo dalla Corte Suprema. Infine, nella quarta categoria rientrano le pene che rispettano i requisiti relativi alla tipologia, alla proporzionalità ed alla procedura, ma sono comunque costituzionalmente illegittimi a causa del modo in cui sono amministrate. Condizioni di detenzione o vita carceraria così inumane da varcare la soglia costituzionale e divenire “cruel and unusual” rientrano in questo gruppo*”.

E' interessante notare come le categorie di *cruel and unusual punishments claims* si siano col tempo ridotte, fondamentalmente da cinque a quattro. Nella categorizzazione formulata nel 1978 dalla Prof.ssa Radin è infatti presente una tipologia di *claim* (*Type 3 – Power to Criminalize*), che fu inaugurata nel 1962 dalla Corte Suprema nell'importante caso *Robinson v. California*, in cui la maggioranza dei giudici supremi affermò che la pena di novanta giorni di detenzione per il solo fatto di essere un *addicted* (tossicodipendente), in base ad uno *statute* californiano, costituiva *cruel and unusual punishment*. Tale decisione, come ampiamente riconosciuto in letteratura, non si rivolse né alla natura/tipologia della misura sanzionatoria né alla sua eccessività rispetto al delitto, ma sancì la violazione dell'Ottavo Emendamento in relazione alla *criminalization* di una condotta in sé inoffensiva ed involontaria (c.d. *status offense*). Ciò presuppose un'indagine di tipo sostanziale-contenutistico da parte dei vari *justices* sulle motivazioni della scelta di criminalizzare tale condotta. Tale presa di posizione della Corte, tuttavia, come testimoniato dai successivi sviluppi della giurisprudenza relativa all'Ottavo Emendamento, non ha avuto seguito, tanto da consigliare al Prof. Lee di non includere la categoria di “*cruel and unusual punishment clause as a limit to legislative power of criminalization*” nella Sua classificazione dei vari casi. Per il resto le tipologie di *claims* elencate dai due AA. sembrano coincidere. Cfr. SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 117-119 e 131, i quali, nel contesto del loro tentativo di trattazione sistematica del concetto di proporzionalità nel diritto pubblico U.S.A., collocano tale caso nelle c.d. *implicit proportionality limitations on criminal liability*, confermando che in questo caso l'Ottavo Emendamento è stato interpretato come limite costituzionale al potere di criminalizzare, e non in riferimento all'equilibratura reato-sanzione. Come osservato in precedenza in relazione al mancato sviluppo di un'autonoma *line of cases* dopo *Robinson v. California*, puntualizzano gli AA. “*Infine, due casi decisi negli anni sessanta hanno applicato la protezione dell'Ottavo Emendamento a decisioni di criminalizzazione piuttosto che di sentencing. Questi casi, Robinson v. California e Powell v. Texas sono discussi al capitolo sei. Sono stati citati raramente negli altri casi affrontati dalla Corte in relazione all'Ottavo Emendamento, mentre il concetto di 'evolving standards' elaborato in Trop e il focus essenziale sulla proporzionalità nel sentencing identificato per la prima volta in Weems sono stati citati di frequente*”.

²⁶⁷ La redazione di tale fondamentale documento si deve in grande parte a Nathaniel Ward (1578-1672), un Reverendo puritano inglese, con alle spalle una formazione giuridica, che salpò per l'America nel 1634. Giunto nella colonia del Massachusetts, prese incarico nella comunità religiosa di Ipswich. Deposte le vesti canoniche, a causa di problemi di salute, fu incaricato di redigere una corpo di leggi fondamentali a somiglianza della Magna Carta. La volontà generale nella colonia era quella di limitare la discrezionalità dei magistrati. Dopo alcuni tentativi non andati a buon fine, nel 1641 il corpo normativo *Body of Liberties* fu approvato ed entrò in vigore. La clausola 46 del documento recitava “*Per le pene corporali che permettiamo tra di noi nessuna sia disumana, barbara o crudele*”.

²⁶⁸ FINKELMAN P., *Encyclopedia of American Civil Liberties*, Hoboken, 2013, 387; per approfondite ricostruzioni storiche relative all'origine dell'Ottavo Emendamento ed in particolare della *cruel and unusual punishment clause*, v. BESSLER J.D., *Cruel and Unusual. The American Death Penalty and the Founders' Eighth Amendment*, Boston, 2012, in particolare 162-222; PESTRITTO R.J., *Founding the Criminal Law. Punishment and Political Thought in the Origins of America*, DeKalb, 2000, *passim*; FRIEDMAN L., *Crime and Punishment in American History*, New York, 1993, *passim*; v. anche, per una completa ed

In questa parte della ricerca l'attenzione si concentrerà, sinteticamente, sulla disamina del *significato originario* della clausola (*original meaning*), alla luce della sua provenienza dalla *common law* inglese, e sul fatto che essa, in base a numerose evidenze storiche, contenga inequivocabilmente un implicito *divieto costituzionale di inflizione di sanzioni manifestamente eccessive rispetto al reato commesso*²⁶⁹.

Ciò sarebbe stato poi dimostrato, seppur tra innumerevoli problematichità ed incongruenze, dall'elaborazione giurisprudenziale della *Supreme Court* della *proportionality doctrine under the Eighth Amendment*, a partire dalla *dissenting opinion* di Justice Field nel caso *O'Neil v. Vermont* del 1892, fino ad oggi.

Secondo una delle ricostruzioni storiche più accreditate e citate nel panorama scientifico statunitense²⁷⁰, la interpretazione della *cruel and unusual punishment clause* come garanzia costituzionale posta a presidio *unicamente* del diritto individuale a non subire pene disumane e crudeli nella loro *modalità esecutiva* (*cruel methods-modes of punishment*)²⁷¹, a prescindere dunque da ogni aspetto relativo al *profilo quantitativo* della sanzione (*disproportionality* o *excessiveness*)²⁷², deriverebbe dall'originaria erronea lettura di tale clausola e del suo retroterra storico nella *common law* inglese da parte dei *Framers* della Costituzione della Virginia del 1776. Fu infatti George Mason, autore di tale celebre documento – che costituì il modello principale seguito per la redazione della Dichiarazione dei Diritti del 1791 – ad inserire, alla Sez. 9, la disposizione “*That excessive bail ought not to be required, nor excessive fine imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted*”²⁷³.

Attraverso un'indagine storica ben documentata e di ampio respiro, finalizzata a dimostrare che i *Framers* omisero di inserire un'espressa previsione riguardante il generico divieto di punizioni eccessive (differentemente rispetto a quanto fecero in relazione a cauzioni e pene pecuniarie, rendendo esplicita la

aggiornata disamina del significato storico-linguistico della *cruel and unusual punishment clause* in relazione al concetto di *proportionality-excessiveness*, STINNEFORD J.F., *Rethinking Proportionality Under the Cruel and Unusual Punishments Clause*, in *Va. L. Rev.*, 2011, 899 ss.

²⁶⁹ GRANUCCIA.F., *op. cit.*, 839 ss., in part. 846, “*The long standing principle of English law that the punishment should fit the crime. That is, the punishment should not be, by reasons of its excessive length or severity, greatly disproportioned to the offense charged*”.

²⁷⁰ GRANUCCIA.F., *ibidem*, 839 ss.

²⁷¹ Cfr. tra le primissime prese di posizione della Corte Suprema, *Wilkerson v. Utah* 99 U.S. 130 (1878), in cui si statui che “*Non sarebbe stato facile chiarire con esattezza la portata della previsione costituzionale ... ma si può affermare con certezza che la pena della tortura e tutte le altre che rientrano nel concetto di inutile crudeltà, sono proibite da questo emendamento alla Costituzione*”. Nello stesso senso, in dottrina, relativamente ai primi arresti della Corte Suprema e delle corti statali, orientati a ritenere che la clausola proibisse solo determinate modalità crudeli di pena, v. NOTE, in *Harv. L. Rev.*, *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, 1966, 635 ss., “*Excessive punishments by means of standard methods would appear, in light of the interests served by the eighth amendment, to be cruel and unusual. When this question of excessiveness was raised during the nineteenth century, however, most courts denied such an application of state or federal constitutional prohibitions, declaring them to be directed only at the horrors of the Stuart period*”.

²⁷² E' opportuno sin d'ora evidenziare che tale prospettiva ermeneutica, tesa a negare la fondatezza di qualsivoglia principio costituzionale di proporzionalità (o di non manifesta sproporzione) della pena rispetto al reato, è tutt'oggi autorevolmente sostenuta da alcuni membri della Corte Suprema, primo fra tutti Justice Scalia, il quale ha espresso tale posizione in maniera molto chiara nella *plurality opinion* in *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991). V. West Headnotes n. 1 “*The Eighth Amendment contains no proportionality guarantee; what is 'cruel and unusual' punishment is to be determined without reference to the particular offense*” e n. 3 “*Cruel and unusual punishment clause of the Eighth Amendment was directed at prohibiting certain methods of punishment*”.

²⁷³ Tale disposizione fu copiata alla lettera dalla proibizione espressamente prevista nell'*English Bill of Rights* del 1689.

excessiveness prohibition) a causa di un'erronea interpretazione (*misinterpretation*) della *common law* inglese e del *background* storico che ne aveva segnato lo sviluppo, dando poi vita alla previsione del *Bill of Rights* del 1689, Granucci evidenzia che “*the prohibition of excessive punishment, through the establishment of maximum limits, was an early development in the western world*”, citando i “classici” capisaldi della *proporzionalità materiale retributiva*, la *lex talionis* espressamente contenuta nei Libri dell'Antico Testamento, Esodo e Levitico, per poi passare alla filosofia classica greca, evidenziando il nesso inscindibile tra proporzionalità, eguaglianza e giustizia, centrale nella dottrina Aristotelica.

Dopo avere menzionato il sistema di *rigide pene fisse* adottato dai popoli Angli e Sassoni dell'Inghilterra prima della conquista Normanna dell'anno 1066, giunge al più diretto antecedente storico del concetto di *proportional punishment* nel *common law*, ovverosia il *Chapter 14* della *Magna Carta* del 1215, che stabiliva con chiarezza, come legge fondamentale, una proibizione di eccessività nelle pene²⁷⁴: “*A free man shall not be amerced for a trivial offence, except in accordance with the degree of the offence; and for a serious offence he shall be amerced according to its gravity, saving his livelihood; and a merchant likewise, saving his merchandise; in the same way a villein shall be amerced saving his waimage; if they fall into our mercy. And none of the aforesaid ameracements shall be imposed except by the testimony of reputable man of the neighborhood*”.

Tale disposizione fu poi estesa anche alle punizioni corporali nel quattordicesimo secolo, attraverso un documento che riproduceva le Leggi di Edoardo il Confessore (1042-66)²⁷⁵. Nel corso del quindicesimo secolo era dunque già ampiamente consolidato il principio di proporzionalità delle pene, tanto che nel 1615 la Corte della *King's Bench*²⁷⁶ applicò la disposizione del *Chapter 14* della *Magna Carta* ad un

²⁷⁴ Le disposizioni della *Magna Carta* erano in realtà dirette a contenere la entità delle c.d. *ameracements*, che sostituirono il sistema di pene fisse arbitrarie vigente nel periodo pre-Normanno. “L'*amercement* del tredicesimo secolo era una somma obbligatoria inflitta per punire qualche misfatto – l'equivalente della multa (intesa in senso moderno, N.d.T.). La multa del tredicesimo secolo era una offerta volontaria fatta al Re per ottenere un favore o evitare la sua disapprovazione. Con la perdita graduale del carattere volontario della multa l'*amercement* cadde in desuetudine”, v. GRANUCCI A.F., *Nor Cruel and Unusual Punishment Inflicted*, cit., 845, nt. 27; per una ricostruzione della proibizione di eccesso nelle pene pecuniarie di cui all'Ottavo Emendamento e della sua evoluzione nel contesto d'origine del *common law* inglese nella letteratura italiana, v. GOISIS L., *La pena pecuniaria*, cit., 289-290, secondo la quale “*Quando la common law inglese raggiunse il suo massimo sviluppo fra il XVI e il XVII secolo, lo Stato iniziò ad esercitare un controllo progressivamente più esteso su molti aspetti della vita sociale attraverso lo strumento del diritto penale. La via privilegiata fu quella dell'espansione dei 'misdemeanors': per tali reati la pena prevista era la pena pecuniaria. L'abuso che si fece della sanzione pecuniaria nel diritto penale inglese portò infine alla proibizione, contemplata nel Bill of Rights del 1689, di infliggere ammende eccessive, una proibizione che in seguito verrà ripresa nel Bill of Rights del 1791 ove, nell'VIII Emendamento alla Costituzione americana, è previsto il divieto non solo di pene crudeli e inusuali, ma anche di 'excessive fines'*”.

²⁷⁵ “*We do forbid that a person shall be condemned to death for a trifling offence. But for the correction of the multitude, extreme punishment shall be inflicted according to the nature and extent of the offense*”; cfr. BASSIOUNI M.C. (tradotto da DE CATALDO NEUEBURGER L.), *op. ult. cit.*, 54.

²⁷⁶ Antica corte di giustizia di *Common Law*, istituita in Inghilterra nel 1216 e strettamente legata alla persona del sovrano. La denominazione di tale organismo giudiziario (*Bancum regis*) derivava dalla presunzione che i suoi componenti deliberassero alla presenza del monarca. In assenza del re dell'Inghilterra, i pieni poteri erano esercitati da un suo luogotenente, denominato *Justiciar*, dal quale dipendeva l'intera amministrazione giudiziaria.

La corte della *King's Bench* esercitò la giurisdizione superiore e generale, compresa quella d'appello, nelle cause penali e civili fino al 1830. In particolare, essa fu competente in ordine al campo dei danni e degli atti illeciti compiuti con violenza (*vi et armis*) ed arrecanti quindi una turbativa della pace del re.

Nel 1875 divenne la *Queen's Bench Division* della *High Court of justice*, composta di 24 membri che giudicano in grado di appello rispetto alle corti inferiori. In tale divisione confluirono nel 1880 la *Court of Exchequer* e la *Court of Common Pleas*.

“*malicious kind of imprisonment*”, nel caso *Hodges v. Humkin, Mayor of Liskerrett*.

Alla luce di tutte le evidenze storiche sopra sintetizzate, Granucci conclude in questi termini “*Così, prima dell'adozione della Dichiarazione dei Diritti del 1689 l'Inghilterra aveva sviluppato una proibizione di common law contro le punizioni eccessive di ogni tipo. Se il principio fosse onorato in pratica o meno è una questione aperta. Esso era rispecchiato nei resoconti delle leggi e nelle carte d'Inghilterra. E' davvero un paradosso che i coloni Americani omisero una proibizione di pene eccessive ed invece adottarono la proibizione dei metodi crudeli di punizione, che non era mai esistita in Inghilterra*”²⁷⁷.

Tale conclusione, rivelatrice che lo *scopo originario* della *cruel and unusual punishment clause* non fosse tanto quello di vietare determinati *metodi di punizione crudeli e inconsueti* rispetto alle pratiche utilizzate in passato, quanto piuttosto quello di assicurare una protezione costituzionale del diritto individuale a non subire *punizioni eccessive* rispetto alla gravità del reato commesso, viene corroborata dall'Autore con un'ulteriore osservazione, fondata su consistenti emergenze storiche. Alla data del 1689, l'Inghilterra non aveva ancora sviluppato una diffusa proibizione contro i metodi crudeli ed incivili di punizione. Sebbene una norma generale contro l'eccessività delle punizioni fosse stata espressa ripetutamente, l'opposizione a *particolari metodi d'esecuzione della pena* (tranne nel caso in cui fossero sproporzionati rispetto al reato in questione), era molto rara.

Ma per quali ragioni i Padri Fondatori degli Stati Uniti d'America interpretarono erroneamente il substrato fattuale e normativo di *common law* che aveva condotto alla formulazione della disposizione del *Bill of Rights* del 1689, poi riprodotta letteralmente nell'Ottavo Emendamento alla Costituzione Americana?

Secondo la tesi in esame, essi incorsero in un equivoco, principalmente a causa delle fonti di cognizione del diritto inglese disponibili in America all'epoca della redazione del *Bill of Rights*²⁷⁸. Tra di esse, solo il quarto volume dei *Commentaries on the Laws of England* di Blackstone trattava in maniera approfondita delle pratiche punitive dell'Inghilterra del diciottesimo secolo. Il capitolo 29 del quarto volume, intitolato “*Judgment and Its Consequences*”, contiene una dettagliata descrizione delle pene barbare e crudeli diffuse a quel tempo sul territorio inglese. Blackstone ritiene necessario citare l'*excessive fines clause* e la *cruel and unusual punishment clause* del *Bill of Rights* del 1689 quando discute delle ammende discrezionali (*finis*) e della durata della pena detentiva (*imprisonment*), diversamente rispetto a quanto fatto in precedenza, nel catalogo delle *modalità esecutive* barbare delle pene e della tortura. Blackstone scrive che entrambe le clausole del *Bill of Rights* avevano tratto origine da alcuni “*procedimenti senza*

²⁷⁷ GRANUCCIA.F., *Nor Cruel and Unusual Punishment Inflicted*, cit., 847.

²⁷⁸ Nel 1776 i trattati legali (*legal treatises*) disponibili nelle colonie nordamericane, tramite i quali si prese conoscenza del diritto inglese, erano probabilmente: 1) *Abridgment of Law and Equity* di Charles Viner, edizione del 1763, in ventiquattro volumi; 2) *History and Analysis of Common Law* (1713) e *History of the Pleas of the Crown* (1736) di Matthew Hale; 3) *Institute of the Laws of England* (1763) di Thomas Wood; 4) *English Liberties or, The Freeborn Subject's Inheritance* (1721) di Henry Care; 5) il IV Vol. del *Commentaries on the Laws of England* di William Blackstone (1768). Così, GRANUCCI A.F., *Nor Cruel and Unusual Punishment Inflicted*, cit., 861.

precedenti nella corte della *King's Bench*, nel regno di Giacomo II²⁷⁹. Ed è proprio da qui che nascono l'equivoco e la *misinterpretation*, in riferimento a due episodi della storia inglese, che hanno ingenerato confusione sul significato primo e l'origine della clausola.

Il primo di essi è da identificarsi nella c.d. “*Bloody Assize*”, i processi per tradimento celebratisi nel 1685, in seguito alla ribellione fallita del Duca di Monmouth. Questi, James Scott, era il figlio illegittimo del Re Carlo II, morto nel 1685, e nipote del successore al trono Giacomo II, di fede cattolica. Anglicano fervente, cercò di spodestare Giacomo II, sbarcando nell'Inghilterra occidentale a capo di un piccolo esercito, che tuttavia fu sconfitto nella battaglia di Sedgemoor del 1685. Il Duca venne decapitato immediatamente dopo, mentre tutti coloro che avevano cospirato fiancheggiandolo nella rivolta, furono perseguiti duramente da una commissione speciale nominata da Re Giacomo II, capeggiata dal *Chief Justice* della *King Bench* George Jeffreys, e che vedeva *Sir Henry Pollfexen* nelle vesti di *Chief Prosecutor*. Ad esito di quei processi numerosi traditori furono condannati a morte e le modalità d'esecuzione furono tra le più efferate. La *Bloody Assize* ricevette grandi attenzioni, soprattutto da parte dei panflettisti puritani dopo il 1689, così si diffuse l'idea che la *cruel and unusual punishment clause* fu scritta in risposta alle atrocità perpetrate da George Jeffreys, per conto del sovrano Giacomo II. Tuttavia, questa ricostruzione presta il fianco a numerose critiche, che vengono sviluppate puntualmente da Granucci, soprattutto attraverso l'esame dei lavori parlamentari che condussero all'emanazione del *Bill of Rights* del 1689²⁸⁰. In particolare si evidenzia che la versione originaria proposta alla *House of Commons* conteneva le parole ammende eccessive e pene illegittime²⁸¹, invece che crudeli ed inusuali. Poi, una volta passata all'esame della *House of Lords*, la clausola venne modificata nella sua formulazione, prevedendosi il divieto non più di pene illegittime, ma di pene crudeli ed inusuali. Secondo l'Autore tale cambio di linguaggio, ed in particolare l'utilizzo della parola “inusuale”, non trova alcun riscontro storico tale da giustificare un collegamento con la *Bloody Assize*. Al contrario esso è dovuto esclusivamente ad una tecnica redazionale casuale ed approssimativa. Tre le ragioni per cui si deve escludere che la clausola possa essere stata contemplata in seguito alle atrocità perpetrate dalla *Bloody Assize*: *in primis* le pratiche punitive crudeli utilizzate allora continuarono ad essere ben radicate in Inghilterra per lungo tempo dopo la proclamazione del *Bill of Rights* del 1689. Secondariamente, uno dei più rappresentativi membri del comitato che redasse il *Bill of Rights* del 1689 era proprio *Sir Henry Pollfexen*, *Chief Prosecutor* nella *Bloody Assize*. Sembra inverosimile che egli abbia inteso redigere un documento che prevedeva un'espressa proibizione delle pratiche da lui stesso autorizzate in precedenza, e che non considerava assolutamente illegali. Infine, la *Bloody Assize* viene menzionata solamente una volta durante i lavori alla *House of Commons*, e ad ogni modo non emerge mai che essa venisse considerata in alcun modo

²⁷⁹ “*They had a retrospect to some unprecedented proceedings in the court of King's Bench, in the reign of King James the second*”.

²⁸⁰ V. GRANUCCIA.F., *Nor Cruel and Unusual Punishment Inflicted*, cit., 854-56.

²⁸¹ Da interpretarsi nel senso di pene “*del tutto e direttamente contrarie alle leggi conosciute e alle leggi statutarie e alle libertà di questo regno*”.

crudele, inconsueta o illegale.

Dunque, per avere prova positiva di ciò che i legislatori del *Bill of Rights* intesero proibire, occorre volgere lo sguardo ad un altro fondamentale evento storico, il c.d. *Popish Plot* di Titus Oates del 1678-1679.

Questi, ministro di culto della Chiesa d'Inghilterra, rivelò l'esistenza di un complotto dei cattolici per uccidere il Re Carlo II, protestante, fratello del futuro sovrano cattolico Giacomo II. Il 28 settembre del 1678 Oates giurò dinnanzi ad un magistrato londinese tutto ciò che aveva rivelato in precedenza in relazione al “complotto papista”²⁸². Il magistrato, *Sir Edmund Berry Godfrey*, venne ucciso pochi giorni dopo. Ne seguirono diversi processi – celebrati dinnanzi alla corte della *King's Bench*, alla presenza del Cancelliere *Jeffreys*, che ricoprì il ruolo di *Chief Justice* della *Bloody Assize* – condanne ed esecuzioni di cattolici condannati per tradimento, in un clima di isteria collettiva. Solo nel 1679, nel processo al medico della Regina, vi fu un'assoluzione, per le sempre più numerose contraddizioni interne della versione di Oates. Nel 1685, Giacomo II succedette al trono, e le prove del falso giuramento di Oates divennero sempre più numerose; si scoprì persino che egli non era in Inghilterra quando la supposta riunione Gesuita dove fu pianificato il complotto ebbe luogo. Oates fu accusato, processato e condannato per falso giuramento. Le sanzioni nei suoi confronti furono di incredibile severità, essendo stato condannato ad una multa di duemila marchi, alla carcerazione a vita, ad essere frustato e messo alla gogna quattro volte l'anno ed infine alla sospensione *a divinis*. Egli, ritenendo la sua sentenza di condanna per falso giuramento “disumana e senza pari” presentò una petizione ad entrambe le camere del Parlamento. La petizione fu respinta, ma una minoranza dei *Lords* dissentì, criticando aspramente sia il fatto che una corte temporale avesse inflitto una sanzione, come quella della sospensione *a divinis*, che ha natura prettamente canonica, sia, soprattutto, la eccessività delle pene irrogate, affermando che “detti giudizi sono barbari, inumani e non cristiani: non c'è nessun precedente che legittima la pena delle frustate e della carcerazione a vita, per il delitto di falso giuramento; che tuttavia era solo una parte della pena irrogatagli”. Ancora, i *Lords* dissenzienti evidenziarono la contrarietà di dette condanne alla Dichiarazione dei Diritti del 1689, in quanto pene crudeli ed inusuali. L'utilizzo delle parole *cruel and unusual* nel contesto del *Popish Plot* pare indicare che nessuna proibizione dei *metodi di punizione* fosse ricompresa all'interno della clausola. Infatti, come sottolinea Granucci, la carcerazione a vita non veniva ritenuta certamente crudele all'epoca, così come non lo sarebbe nel mondo contemporaneo per sanzionare delitti particolarmente gravi; egualmente le frustate erano ampiamente diffuse e continuarono ad esserlo fino agli anni '60 del 1900, anche in Nordamerica. La multa di duemila marchi e la sospensione *a divinis* si potevano considerare, rispettivamente, eccessiva ed inconsueta, ma nessuna delle due certamente crudele nelle sue modalità esecutive.

²⁸² Oates rivelò di essere venuto a conoscenza della congiura cattolica partecipando ad una riunione di Gesuiti. Due preti Gesuiti dovevano sparare al Re Carlo II, quattro furfanti irlandesi avrebbero dovuto pugnalarlo, e se tutto fosse andato male, il medico della Regina, *Sir George Wakeman*, doveva avvelenarlo.

Qui emerge nitidamente il vero significato della locuzione *cruel and unusual*, nel senso di pena eccessivamente severa non autorizzata dalla legge e non all'interno della giurisdizione della Corte.

Così conclude Granucci “*Questa interpretazione non dovrebbe sembrare strana. Nel diciassettesimo secolo, la parola cruel aveva un significato meno pesante di quanto non abbia oggi. Nell'utilizzo normale significava semplicemente severo o duro. L'Oxford English Dictionary cita come caratteristico Jonathan Swift, che scriveva nel 1719 'I have got a cruel cold, and staid within all this day'. Sir William Blackstone, discutendo il problema delle “pene di irragionevole severità”, utilizza la parola cruel come sinonimo di severo o eccessivo. L'esperienza inglese dimostra che la cruel and unusual punishment clause del Bill of Rights fu in primo luogo una opposizione all'imposizione di pene che non erano autorizzate da leggi e fuori dalla giurisdizione della Corte che sentenziava, e in secondo luogo, una reiterazione della norma consuetudinaria inglese contro le pene sproporzionate*”²⁸³.

Come anticipato *supra*, i Framers americani della *Virginia Declaration of Rights* del 1776 e del *Bill of Rights* del 1791 furono ingannati dal riferimento di Blackstone – unica fonte da loro consultata che discuteva approfonditamente il sistema delle pene del Diritto Inglese –, ad alcuni “procedimenti senza precedenti nella corte della *King's Bench*, nel regno di Giacomo II”, come antecedente storico della clausola. Tuttavia tale riferimento non può essere ricondotto alla *Bloody Assize* ed ai metodi crudeli e brutali di punizione e tortura utilizzati in quel contesto, giacché essa fu celebrata dinnanzi ad una *special commission*, capeggiata dal *Chief Justice* Jeffreys (che era presente anche nella Corte della *King's Bench* nel processo per falso giuramento a Oates), e non regolarmente dinnanzi alla Corte della *King's Bench*, come il processo a Oates²⁸⁴.

In definitiva, dunque, la proibizione del *Bill of Rights* non era stata in principio concepita per vietare le pene crudeli, barbare e la tortura, come i Framers inizialmente intesero e come la stessa Corte Suprema ritenne nei primi casi sottoposti al suo giudizio.

Approcci ricostruttivi dell'*original meaning of the clause* fondati su una attenta e dettagliata interpretazione storico-testuale, finalizzati a dimostrare la esistenza di una generica proibizione costituzionale di *pene eccessive* già nella *common law* inglese e, conseguentemente, per “importazione”, nell'ordinamento costituzionale nordamericano, come quello proposto con successo da Granucci e sopra sintetizzato, non sono andati tuttavia esenti da critiche.

In particolare, si è ad esempio sostenuto che “*Stabilire se il concetto di proporzionalità fosse dentro la clausola cruel and unusual punishments del Bill of Rights del 1689 o nella mente dei padri fondatori quando l'ottavo emendamento fu adottato è un puro esercizio accademico*” e “*una pena detentiva di*

²⁸³ v. GRANUCCIA.F., *Nor Cruel and Unusual Punishment Inflicted*, cit., 859-860.

²⁸⁴ v. GRANUCCIA.F., *ibidem*, 865, “*Il riferimento di Blackstone ai procedimenti nella King's Bench immediatamente rammenta la figura del Chief Justice Jeffries, ma in quale contesto? La Bloody Assize non fu un procedimento nella corte della King's Bench. Fu condotto da Jeffreys sotto una commissione speciale istituita dal Re. I processi di Titus Oates per falso giuramento, d'altra parte, erano stati regolari procedimenti nella corte dell King's Bench. Data l'omessa citazione di Blackstone del Bill of Rights quando tratta la tortura e dati i contemporanei riferimenti ai processi di Oates come “crudeli ed inconsueti” si può concludere che Blackstone stesse facendo riferimento a quei processi?*”.

*durata così sproporzionata in relazione alla gravità del delitto da sconvolgere la coscienza dovrebbe essere ritenuta crudele ed inusuale in forza dell'Ottavo Emendamento della Costituzione. Ed è così non perché ciò era nelle menti dei legislatori del Bill of Rights Inglese del 1689, né a causa della Bloody Assize o del processo a Titus Oates, e nemmeno perché i Padri Fondatori avevano in mente questo concetto nell'adottare il linguaggio del precedente atto normativo. Quali libri Jefferson possa avere letto difficilmente supporta la conclusione che lui ritenesse che la massima 'lascia che la pena si adatti al crimine' (let the punishment fit the crime) avesse una dimensione costituzionale. Né credo che un solo dissenso in O'Neil o l'opinione di maggioranza in Weems (che riguardava trattamenti barbari) necessariamente preordinassero l'accettazione del principio di proporzionalità. Non vedo alcuna ragione di sforzarsi ed avere difficoltà con precedenti storici e giudiziari dubbi per dimostrare il significato. A meno che l'Ottavo Emendamento debba diventare completamente inerte nel contesto del sentencing e la locuzione semplicemente un modo di dire, dal momento che i metodi barbari di punizione sono generalmente scomparsi, deve essere applicato alle pene detentive straordinariamente eccessive. Io accetto questa visione, come ho indicato, perché la clausola è evolutiva nella sua natura, non perché i padri fondatori avessero il principio in mente*²⁸⁵.

Le due impostazioni ermeneutiche si mostrano significativamente diverse, tanto dal punto di vista degli approdi, quanto, per quel che più interessa, per la *metodologia* dell'interpretazione. Granucci è molto più attento all'*original intent* dei Padri Fondatori²⁸⁶, e ritiene che la precisa individuazione del *background* storico-normativo della clausola sia imprescindibile per gettar luce sull'evoluzione giurisprudenziale della stessa nella casistica affrontata dalla Corte Suprema, a partire dalla fine del secolo diciannovesimo, fino al momento in cui scrive (1969), soprattutto al fine di sostenere efficacemente che la proibizione dell'Ottavo Emendamento debba essere applicata anche alle *condanne a pene detentive manifestamente eccessive*. Al contrario Mulligan, il quale scrive nel 1979, ritiene di dover tenere in considerazione solamente il carattere “dinamico” ed “evolutivo” della clausola²⁸⁷ e le interpretazioni che ne vengono offerte dalla Corte Suprema e dalle altre corti, quando si trovano ad esercitare il potere di *judicial review on excessive punishments under the eighth amendment*²⁸⁸.

²⁸⁵ MULLIGAN W.H., *Cruel and Unusual Punishments: the Proportionality Rule*, in *Ford. L. Rev.*, 1979, 645 ss., 648-649.

²⁸⁶ Anticipando un tema che sarà analizzato più approfonditamente *infra*, al momento di esaminare alcune delle più significative *opinions* nella storia dell'*eighth amendment litigation on excessive noncapital sentencing*, si può sin d'ora osservare che la prospettiva ermeneutica di Granucci pare potersi collocare nell'alveo di quella *constitutional interpretation* denominata *originalism*. Tale dottrina, che presenta diverse varianti al suo interno, si è curiosamente prestata a supportare tanto ipotesi ricostruttive della clausola dell'Ottavo Emendamento estensive, tali da ricomprendere un requisito di proporzionalità della pena (o quantomeno un divieto di *gross disproportionality*), come quella sostenuta da Granucci, quanto, in misura maggiore, una lettura diametralmente opposta, che rifiuta categoricamente la sussistenza di un principio di proporzionalità applicabile alle condanne a pene detentive, come quella sostenuta da Justice Scalia e Justice Thomas. Per approfondimenti sul metodo interpretativo dell'*originalism* e sulle sue differenti declinazioni v. DORF M.C.-MORRISON T.W., *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, New York, 2010, 61-65; CHERMERINSKY E., *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011, 15-26.

²⁸⁷ v. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958)

²⁸⁸ Tale interpretazione *evolutiva* fu inaugurata nell'opinione di maggioranza nel caso *Weems* del 1910, la prima decisione in cui la Corte riconobbe espressamente il principio di proporzionalità, per poi essere sviluppata compiutamente in *Trop v. Dulles*.

Questa breve premessa sulla origine e sull'evoluzione storica dell'Ottavo Emendamento e su alcune ipotesi interpretative che sono state avanzate in letteratura, potrà essere compresa appieno solo successivamente, quando si procederà con il *case-study*, incentrato sui precedenti della Corte Suprema Federale.

Valga sin d'ora comunque osservare che la ipotesi ricostruttiva avanzata da Granucci – riccamente argomentata e documentata – ritenendo implicito nella clausola un *divieto generale di trattamenti punitivi manifestamente eccessivi* (e non solo una proibizione di pene crudeli ed inumane in relazione alle loro *modalità esecutive*)²⁸⁹, in conformità alla tradizione della *common law* inglese, non esplicitato a causa di una erronea interpretazione da parte dei *Framers* della *common law* al momento della redazione del *Bill of Rights* del 1791, viene sostanzialmente confermato dalle decisioni della Corte Suprema, la quale, fin dal 1910, ha affermato la sussistenza del principio di proporzionalità della pena, desumendolo per via interpretativa dall'Ottavo Emendamento²⁹⁰.

Allo stesso modo, riscontrano un solido fondamento storico del concetto di *proportionate punishment* nella tradizione di *common law* la maggior parte degli studiosi statunitensi, penalisti e costituzionalisti, ritenendo sostanzialmente prive di adeguati riscontri le posizioni *originaliste* di alcuni giudici della Corte Suprema, che a più riprese hanno negato che l'Ottavo Emendamento, conformemente all'*original intent of the Framers*, preveda un divieto implicito di pene eccessive²⁹¹.

²⁸⁹ Per un'interpretazione tesa a negare recisamente il divieto di sanzioni sproporzionate nell'*original meaning* della clausola si veda, ad es., PARR S.T., *Symmetric Proportionality: a New Perspective on The Cruel and Unusual Punishment Clause*, in *Tenn. L. Rev.*, 2000, 41 ss.

²⁹⁰ Sulle antiche origini del principio nel mondo della *common law* v. anche ENGLE E., *The History of the General Principle of Proportionality: an Overview*, in *The Dartmouth Law Journal*, Winter 2012, 1 ss., 7, secondo cui “*Proportionality, as a general principle of international law, found its way into the common law as well, Especially in British history. Its earliest form in common law can be found in the Magna Charta. The Magna Charta is the legal source of the principle of proportionality in British and U.S. common law. Thus, the Eighth amendment of the U.S. Constitution commands proportional punishments. Just as in German law, in common law the principle of proportionality found its earliest expression in the areas of police powers – punishment must be proportional to the crime – because the principle grew out of the idea of proportional self defense and thus had particular application in police law, though not without controversy as to its exact form*”; in termini generali, sulle origini della proporzionalità nel mondo di *common law*, ed anche sulle non sempre chiare relazioni tra ragionevolezza e proporzionalità, v. SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 37, secondo i quali “*Il concetto di proporzionalità non è interamente estraneo alla common law. La proporzionalità, verosimilmente, era inclusa nel vecchio principio di common law di ragionevolezza. Infatti, entrambi i principi sono connessi, e la loro applicazione conduce a simili risultati nella maggioranza dei casi. La vicinanza tra ragionevolezza e proporzionalità nel continuo dei limiti alla discrezionalità del governo è istruttivamente suggerita dall'esperienza nelle giurisdizioni straniere dove i due principi coesistono con efficacia. Ragionevolezza e proporzionalità, per esempio, sono stati trattati come principi coordinati nel diritto costituzionale Tedesco derivando dalla stessa fonte – il bisogno di giustizia per l'individuo, che è 'una parte integrante dello stato di diritto'*”.

²⁹¹ V. in questo senso, molto chiaramente, tra i tanti, CHEMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, cit., 1063-1064. L'A. critica aspramente la posizione serbata da Justice Scalia, evidenziando come uno dei motivi più ricorrenti alla base del rifiuto della Corte di impegnarsi in un'analisi di proporzionalità più penetrante sia stata proprio l'*interpretazione storica* della clausola dell'Ottavo Emendamento e il *significato originario* di quest'ultima, sì come desumibile dalle fonti storiche di *common law* inglese. Secondo CHEMERINSKY “*Dovrebbe essere notato che mentre la Corte è stata piuttosto imprevedibile, Justice Antonin Scalia ha preso la posizione più coerente tra i Giudici: lui rifiuta l'analisi di proporzionalità in tutti questi settori. Lui ha dissentito in Atkins, in Bajakajian, e nei casi dei punitive damages. Ha scritto un'opinione separata in Ewing, e precedentemente in Harmelin, per schierarsi contro qualunque requisito di proporzionalità in relazione alle condanne penali a pena detentiva. Justice Scalia fonda il suo argomentare contro la proporzionalità nel settore del sentencing sulla sua visione della storia. Tuttavia, un'accurata disamina del fondamento storico dell'Ottavo Emendamento rivela che Justice Scalia si sbaglia del tutto e che l'analisi della proporzionalità ha solidi fondamenti storici. Così, l'incoerenza della Corte non può essere giustificata con la pratica storica o l'intento dei Framers. L'idea che le pene esageratamente sproporzionate siano crudeli ed inconsuete non è*

Il fatto che poi tale principio costituzionale sia stato sviluppato in maniera insufficiente, contraddittoria, ed in definitiva quasi “sterilizzato” nella sua portata *precettiva* dalla Corte Suprema, specialmente in relazione all'oggetto di questa indagine, ossia le *excessive prison sentences*, non deve – ad avviso di chi scrive – indurre a ritenere che esso sia estraneo alla cultura giuridica anglo-americana, alla sua tradizione costituzionale o, peggio, privo di fondamento storico.

Un'ulteriore notazione conclusiva, necessaria al fine di comprendere la differente impostazione *metodologica* del capitolo riguardante gli U.S.A., rispetto a quanto sviluppato con riferimento all'esperienza italiana di sindacato costituzionale di ragionevolezza e proporzione della misura della pena.

nuova; è stata parte della legge inglese per centinaia di anni prima della fondazione degli Stati Uniti”. Cfr. STINNEFORD J.F., *Rethinking Proportionality*, cit., 912-13, il quale evidenzia che la stessa Corte Suprema abbia, nel corso degli anni, intrapreso di fatto principalmente due differenti percorsi argomentativi per sostenere la sussistenza di un requisito di proporzionalità nell'Ottavo Emendamento, in opposizione alla rigida ermeneusi testuale e originalista di alcuni giudici supremi. In primo luogo essa ha sviluppato un'interpretazione, di tipo *sistematico (noscitur a sociis)*, tesa a ricostruire il significato della *cruel and unusual punishment clause* in relazione alle altre due clausole di cui all'Ottavo Emendamento, ossia la *excessive bail clause* e la *excessive fines clause*, le quali prevedono espressamente un riferimento alla (s)proporzione. In base a questa lettura, l'intero disposto dell'Ottavo Emendamento dovrebbe essere letto unitariamente come divieto generale per il governo di agire in eccesso su coloro che sono soggetti all'intervento della giustizia penale. In tale direzione v. già, espressamente, la famosa *dissenting opinion* di Justice Field in *O'Neil v. Vermont*, 144 U.S. at 340, “*The whole inhibition of the Eighth Amendment is against that which is excessive*”.

In secondo luogo, la Corte ha brevemente rivolto lo sguardo alla provenienza storica della clausola, indagando il significato e la portata della *cruel and unusual punishment* nel *Bill of Rights* inglese e nelle vicende storiche antecedenti, fino alla Magna Carta, concludendo che la proibizione di pene crudeli ed inusuali di cui al *Bill of Rights* va più ragionevolmente interpretata nel senso che comprenda un divieto di pene eccessive o sproporzionate. In particolare, il ragionamento della Corte, partendo dal presupposto che i *Framers* della Dichiarazione dei Diritti Americana del 1791 erano quantomeno preoccupati di preservare le “libertà e i privilegi degli Uomini Inglesi”, per forza essi intesero incorporare il principio di proporzione nella *cruel and unusual punishment clause*. La decisione in cui venne sostenuta con maggior forza questa prospettiva, per così dire, *storicistica* è stata *Solem v. Helm*, non a caso l'unica pronuncia della Suprema Corte che ha dichiarato incostituzionale una condanna a pena detentiva (carcerazione a vita). Per una chiara spiegazione di tale concetto, v. *Solem v. Helm* 463 U.S. 277, at 285-86 & n. 10, “*Although the Framers may have intended the English Amendment to go beyond the scope of its English counterpart, their use of the language of the English Bill of Rights is convincing proof that they intended to provide at least the same protection – including the right to be free from excessive punishment*”.

V. anche LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 102-103, in particolare nt. 16, laddove l'A. osserva in breve che le posizioni dei *Justices* Scalia e Thomas, i quali non riconoscono alcuna protezione contro sanzioni penali sproporzionate nella portata costituzionale della *cruel and unusual punishment clause* dell'Ottavo Emendamento, risultano essere in definitiva poco sostenibili. In primo luogo – nota l'A. – i due giudici supremi sono gli unici, tra i nove della Corte Suprema, a sostenere tale approccio interpretativo, che infatti è molto difficile da conciliare con i precedenti nella giurisprudenza della stessa Corte, a partire dal *seminal case* *Weems v. U.S.* del 1910, tanto nel contesto delle condanne a pena capitale, quanto riguardo alle condanne a pena detentiva. In secondo luogo l'oscuro *dato testuale* della clausola non sembra indirizzarsi univocamente in una specifica direzione di significato, e le pene sproporzionate ben possono essere ritenute crudeli ed inconsuete. L'obiezione mossa dagli *originalist Justices*, cioè che i redattori dell'Ottavo Emendamento conoscessero l'utilizzo della parola *excessive* e del concetto di *excessiveness* – come dimostrato dall'*excessive fine clause* – e quindi intendessero esprimere qualcosa di diverso con le parole “crudeli ed inusuali” – ad avviso dell'A. – risulta essere troppo frettolosa. E' infatti egualmente ragionevole leggere la proibizione di pene crudeli ed inconsuete nel senso che includa un divieto sia di alcune *tipologie di pena* sia di *pene eccessive*; non c'è alcuna absurdità nell'affermare che sarebbe crudele ed inconsueto condannare a venti anni di detenzione una persona per aver attraversato la strada in modo spericolato. In altre parole, l'asserzione che “*cruel and unusual*” ed “*excessive*” sono locuzioni diverse non implica che una non può essere il sottoinsieme dell'altra. Da ultimo – rileva l'A. – pur essendo l'“*original understanding*” ancora in grado di offrire un qualche riferimento e guida nell'opera d'interpretazione costituzionale, i tracciati attraverso cui si è sviluppata la *jurisprudence* della Corte Suprema nella *eighth amendment litigation* hanno da tempo superato il punto in cui si riteneva che il divieto avesse ad oggetto solo determinate *pratiche punitive* considerate crudeli ed inusuali ai tempi della ratifica dell'Ottavo Emendamento, nel 1791. Al contrario, pare essere molto più verosimile e meno drastico accedere ad una ipotesi ricostruttiva del significato della clausola di tipo *dinamico-evolutivo*, sviluppata appieno per la prima volta dalla Corte in *Trop v. Dulles* 356 U.S. 86, 101 (1958), secondo la quale l'Ottavo Emendamento “*draw its meaning from the evolving standard of decency that mark the progress of a maturing society*”. Sosteneva già la assoluta necessità di considerare il principio costituzionale di proporzionalità della pena, in base a numerose e convergenti evidenze storiche e normative, WHELEER M.E., *Toward a Theory of Limited Punishment: an Examination of the Eighth Amendment*, in *Stan. L. Rev.*, 1972, 853-54.

In quella sede si è preferito non indugiare troppo sulle elaborazioni teorico-filosofiche – pur imprescindibili – sviluppate dai filosofi illuministi, cercando di focalizzarsi fin da subito sullo sviluppo dei tracciati giurisprudenziali della Corte costituzionale riguardanti la dosimetria edittale, con tutte le problematiche ad essa connesse, e sulla ampia produzione scientifica che si è occupata più da vicino di tale tema.

Una simile scelta può essere giustificata con il fatto che, in ragione della vastissima elaborazione teorica presente sul punto, insieme alla abitudine a confrontarsi con tale *sistemica*, non si è sentita una forte esigenza di esaminare preliminarmente le radici *storico-filosofiche* del principio di proporzionalità della pena, se non per via di estrema sintesi.

Questa valutazione, nell'economia della ricerca, tesa in un certo qual modo a “marginalizzare” l'analisi delle premesse filosofiche del concetto di pena proporzionata nel mondo di *civil law*, è stata fatta anche per via del peculiare percorso intrapreso dalla Consulta nella sua attività di sindacato di legittimità costituzionale della misura della pena.

Come si è visto, infatti, le decisioni della Corte costituzionale in questo ambito, diversamente rispetto a quelle della *Supreme Court* statunitense, sono state caratterizzate da un utilizzo tutto sommato parco di argomentazioni di carattere storico e teorico-filosofico connesse alle funzioni della pena, essendo invece principalmente (se non quasi *integralmente*) strutturate secondo i classici stilemi dei giudizi di *eguaglianza-ragionevolezza*, salvo il costante richiamo, da un certo momento in poi, al principio della finalità rieducativa della pena.

Una breve introduzione, di carattere storico-costituzionale, si è resa invece indispensabile in relazione all'analisi dell'ordinamento e del sistema di *constitutional review of punishments* degli Stati Uniti. Quello che si è cercato di evidenziare attraverso queste poche righe è il contenuto, nonché il significato *originario* della disposizione costituzionale che viene comunemente impiegata come *parametro* nel valutare la legittimità costituzionale di una determinata quantificazione sanzionatoria stabilita in una specifica sentenza di condanna (*case-by-case analysis*, incostituzionale è quella specifica applicazione della legge - “*as applied*”, non la legge in sé) o in riferimento ad una determinata categoria di soggetti (ad es. incostituzionalità per sproporzione della carcerazione a vita senza possibilità di libertà condizionale per i minori o incostituzionalità della pena di morte per i *felony murders*) o reati (ad es. incostituzionalità della pena di morte per il delitto di stupro) (c.d. *categorical proportionality analysis*, tipica della giurisprudenza costituzionale sulla *pena capitale*, ma recentemente esteso anche alle condanne dei *juveniles* a *LWOP* – tanto che in dottrina si è parlato, perlopiù con toni fortemente critici, di *two tracks in the Supreme Court's proportionality doctrine*, fondata sul *mantra* del “*Death is different*”, ma non sufficientemente argomentata da parte dei giudici supremi ed in definitiva inidonea a garantire la protezione dei diritti tanto dei condannati a pena capitale quanto di quelli condannati a pene detentive²⁹²).

²⁹² Cfr., per tutti, esamina molto efficacemente i difetti e la carenza di fondamento storico-costituzionale di tale approccio

Le considerazioni introduttive risultano essere ancora più utili nella prospettiva del prosieguo del lavoro, che si focalizzerà sull'analisi dei casi più importanti nella elaborazione giurisprudenziale della Corte Suprema Federale, con particolare attenzione ai c.d. *prison-duration cases*.

Il sistema del precedente vincolante caratterizza infatti tutto il sistema statunitense ed anche la *proportionality doctrine*, che, per essere approfondita adeguatamente, non può essere affrontata senza avere chiare le sue radici storiche e le sue prime applicazioni giurisprudenziali, che di fatto continuano ad essere citate ed a influenzare la *case-law* fino ai giorni nostri.

2.2 La controversa ed incoerente evoluzione giurisprudenziale della Corte Suprema a partire dalla sentenza *Weems v. U.S.* Disamina di alcuni *Landmark Cases* nei quali sono stati elaborati concetti fondamentali per l'interpretazione dell'Ottavo Emendamento

2.2.1 *Weems v. U.S.* ed il suo antecedente storico *O'Neil v. Vermont*: la nascita della *proportionality doctrine*

Si assiste per la prima volta²⁹³ ad una menzione esplicita da parte della Corte Suprema del concetto di

“biforcuto” della Corte Suprema, che garantisce protezione costituzionale attraverso l'analisi di proporzionalità della pena solo ai condannati a morte e non a coloro che vengono condannati ad altre pene, come carcerazione a vita o *prison terms* particolarmente lunghi, finendo per diminuire lo standard di protezione per entrambe le categorie di *offenders*, BARKOW R.E., *The Court of Life and Death*, cit., 1 ss. Sulla intollerabile *disomogeneità* degli approcci nell'analisi di costituzionalità portata avanti dalla Corte Suprema in riferimento alle varie misure punitive, con una forte richiesta di creare un corpo di giurisprudenza più coerente ed un approccio unitario, vedi interessanti spunti in VAN CLEAVE R.A., “*Death is Different*”, *is Money Different? Criminal Punishments, Forfeitures, and Punitive Damages – Shifting Constitutional Paradigms for Assessing Proportionality*, in *S. Cal. Interdisc. L. J.*, 217 ss. Alcuni interessanti aspetti relativi all'approccio metodologico “categorico” sviluppato dalla Corte Suprema quando si impegna nell'analisi di proporzionalità della pena di morte (e delle LWOP *sentences* inflitte ai minori, a partire dall'importante arresto del 2010 *Graham v. Florida*), rispetto a quello *case-by-case* utilizzato nella *constitutional review* delle condanne a pene detentive comminate a soggetti adulti, anche in caso di LWOP (v. *Harmelin, Solem*), sono stati ampiamente analizzati, anche nelle loro reciproche interrelazioni, da numerosi studiosi in tempi recenti. In particolare, v. FRASE R.S., *What's “Different” (Enough) in Eighth Amendment Law?*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2013, 9 ss., secondo cui i fattori di differenziazione via via individuati nella giurisprudenza della Corte Suprema, tali da escludere l'ammissibilità (sancendone quindi la sproporzione) della pena di morte in relazione sia a determinate *categorie di reati* sia a determinate *categorie di offenders*, potrebbero determinare in futuro un cambio di metodo d'analisi anche nel settore delle condanne eccessive inflitte ad adulti, passando dal *case-by-case approach* al *categorical*, o comunque rendendo più probabile un esito favorevole della *case-by-case review*, qualora siano effettivamente riscontrati fattori di differenziazione tali da fare ritenere la pena sproporzionata per una data categoria di autori o di reati. Sulla fondamentale pronuncia del 2010 e sulla estensione della *categorical proportionality review* anche alle *non-capital sentences*, v. le attente considerazioni di BARKOW R.E., *Categorizing Graham*, in *Fed. Sent. Rep.*, 2010, Vol. 23, n. 1, October 2010, 49 ss.; v. anche LEE Y., *Why Proportionality Matters*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2012, 1835 ss., e dello stesso Autore, *The Purposes of Punishment Test*, in *Fed. Sent. Rep.*, 2010, 58.

²⁹³ Per la verità una questione inerente all'equilibratura tra reato e sanzione in base all'Ottavo Emendamento era già stata sollevata innanzi alla Corte Suprema, nel caso *Prevear v. Massachusetts* 72 U.S. (5 Wall.) 475 (1866). L'imputato era stato dichiarato colpevole per avere tenuto un “luogo non autorizzato per la vendita e il possesso illegali di bevande alcoliche tossiche” e fu condannato a tre mesi di reclusione e lavoro forzato e una ammenda di cinquanta dollari. L'imputato impugnò la sentenza di condanna dinnanzi alla Corte Suprema, sostenendo che la pena prevista dalla legge violasse la *cruel and unusual punishment clause* dell'Ottavo Emendamento. La Corte rifiutò di decidere la questione relativa all'Ottavo Emendamento sulla base del fatto che esso non fosse applicabile agli stati. Ciononostante, la Corte continuò affermando che anche se l'Ottavo Emendamento fosse

proporzionalità della pena, nel contesto dell'Ottavo Emendamento, nella decisione *O'Neil v. Vermont* del 1892²⁹⁴.

Il caso all'attenzione della Corte originava dalla vicenda di O'Neil, un commerciante di liquori al dettaglio, con licenza ad operare unicamente nello Stato di New York. Egli, tuttavia, accettò ed evase ordini postali provenienti da residenti nello Stato del Vermont. Accusato di vendita illegale di bevande alcoliche in Vermont, fu condannato per 307 capi d'accusa separati (*multiple counts*) e multato per l'importo di 6,638.72 dollari²⁹⁵. Quando la multa non fu pagata entro lo specifico termine, O'Neil fu condannato a scontare oltre cinquantaquattro anni in prigione. Alla discussione dinnanzi alla Corte Suprema, l'avvocato di O'Neil sollevò per la prima volta una questione costituzionale sulla pena crudele ed inconsueta a causa della sproporzione tra reato e sanzione. Parlando per una maggioranza di sei membri, Justice Blatchford rifiutò di considerare la questione per irrivalenza processuali e perché non era stata discussa nei *briefs*. La maggioranza proseguì ed aggiunse che, anche se la questione fosse stata sollevata correttamente, l'Ottavo Emendamento limitava soltanto il governo federale e non si applicava allo Stato del Vermont²⁹⁶.

Fu dunque Justice Field nell'opinione dissenziente a sviluppare argomentazioni finalizzate a sostenere il necessario requisito di proporzione di cui all'Ottavo Emendamento, ritenendolo violato dalla condanna subita da O'Neil. Nel parere difforme si propugna una “*expanded view of the cruel and unusual punishment clause*”, tesa a ricomprendere all'interno del divieto costituzionale “*all punishments which by their excessive length or severity are greatly disproportionate to the offense charged*”²⁹⁷. Due le argomentazioni poste a fondamento di tale assunto da parte del Justice dissenziente. In primo luogo, valorizzando il dato testuale dell'intero Ottavo Emendamento in chiave di interpretazione sistematica²⁹⁸, si sostiene che la presenza di due ulteriori clausole che disciplinano espressamente il profilo *quantitativo* relativo all'*excessiveness*, debba fare propendere per un'interpretazione della *cruel and unusual*

stato applicabile, il ricorso non sarebbe stato accolto, in quanto “Noi non percepiamo nulla di eccessivo, o crudele, o inusuale” nella sentenza di condanna. Cfr. STINNEFORD J.F., *Rethinking Proportionality*, cit., 952 e RAYMOND M., “*No Fellow in American Legislation*”: *Weems v. United States and the Doctrine of Proportionality*, in *Vt. L. Rev.*, 2006, 251 ss., 277, nt. 164.

²⁹⁴ 144 U.S. 323 (1892)

²⁹⁵ In base ad una legge vigente all'epoca nello stato del Vermont, la vendita di liquore “*without authority*” all'interno dello stato costituiva un *misdemeanor* punibile con una sanzione pecuniaria variabile da dieci a venti dollari per violazione. Sempre in conformità alla legislazione del Vermont, ogni dollaro di sanzione pecuniaria non pagata doveva essere convertito in tre giorni di pena detentiva.

²⁹⁶ Come già ricordato, l'Ottavo Emendamento fu incorporato nel Quattordicesimo Emendamento e divenne dunque applicabile agli stati solo a partire dall'importante decisione *Robinson v. California* 370 U.S. 660 (1962). Deve essere notato che la Corte Suprema del Vermont, precedentemente investita della vicenda, valutando la legittimità costituzionale della condanna in relazione alla costituzione dello stato, aveva negato che la pena irrogata ad O'Neil costituisse *cruel and unusual punishment* “*Non si può dire che la pena inflitta in base alla legge per i reati di cui l'imputato è accusato sia eccessiva o oppressiva. Se lui si è stato assoggettato ad una pena severa, è semplicemente perché lui ha commesso un numero molto elevato di tali reati. Sarebbe scarsamente competente per una persona mettere in dubbio la costituzionalità di una legge che prevede una pena per burglary, in base al fatto che lui aveva commesso così tante burglaries, che se la pena per ciascuna gli venisse irrogata, lui potrebbe essere recluso in carcere per tutta la vita*”.

²⁹⁷ *O'Neil*, 144 U.S. at 339-340 (Field, J., dissenting)

²⁹⁸ Cfr. Id. at 340 “*The whole inhibition [of the eighth amendment] is against that which is excessive*”, v. GRANUCCIA.F., *op. cit.*, 842.

punishment clause quale implicito divieto di pene detentive manifestamente sproporzionate rispetto al reato. Secondariamente, il ragionamento fa leva su un profilo relativo alla interpretazione della norma costituzionale, insistendo sul fatto che la lettura della clausola come divieto soltanto di metodi barbari o crudeli di punizione e non di pene eccessive nella loro misura non ha alcun senso, in quanto i legislatori hanno il potere di creare leggi che prevedano pene talmente spropositate nella loro durata da essere altrettanto crudeli e disumane. Per inferire la sproporzione della condanna inflitta a O'Neil viene utilizzato un *metodo comparativo*, raffrontando la pena comminata a O'Neil con quelle che venivano inflitte precedentemente. Justice Field notò *in primis* che la pena inflitta ad O'Neil eccedeva in severità qualunque condanna fosse stato in grado di trovare negli archivi delle corti nell'intero diciannovesimo secolo, ed in secondo luogo confrontò la pena in questione con quelle previste per reati ben più gravi, ravvisandone la evidente e ingiustificata maggiore severità. Il Justice ritenne in definitiva che la pena di O'Neil fosse da ritenersi crudele ed inusuale e pertanto incostituzionale, poiché era più severa delle sanzioni usualmente irrogate in precedenza per lo stesso delitto e anche per reati più gravi²⁹⁹.

Benché nella *dissenting* del Justice Field appena descritta si sia parlato per la prima volta in termini espliciti di proporzionalità nel contesto dell'Ottavo Emendamento, la decisione che viene quasi unanimemente³⁰⁰ riconosciuta come *seminal case of the proportionality doctrine under the eighth*

²⁹⁹ Per un quadro d'insieme relativo alla *dissenting opinion* di Justice Field, unanimemente ritenuto il primo caso deciso dalla Supreme Court in cui si è espressamente fatto riferimento al concetto di *proportionality/excessiveness* nel contesto dell'Ottavo Emendamento, v., tra gli altri, STINNEFORD J.F., *Rethinking Proportionality*, cit., 953-954; FARRELL I.P., *Gilbert & Sullivan and Scalia: Philosophy, Proportionality, and the Eighth Amendment*, in *Vill. L. Rev.*, 2010, 321 ss., 324-325; RAYMOND M., "No Fellow in American Legislation", cit., 277, nt. 165; DREW K.A.-WEAVER R.K., *Disproportionate or Excessive Punishments: is There a Method for Successful Constitutional Challenges?*, in *Tex. Wesleyan L. Rev.*, 1995, 4 ss.

³⁰⁰ Perplexità vengono invero espresse da parte di alcuni studiosi, i quali mettono in luce che *Weems* non può essere veramente ritenuto un caso relativo alla legittimità costituzionale di un determinato *ammontare* di pena, un caso quindi di *proporzionalità* in senso stretto. Tali posizioni fanno leva sul fatto, indubabilmente vero, che la *tipologia* pena sottoposta a scrutinio da parte della Corte, c.d. *cadena temporal*, antico residuo del Codice Penale Spagnolo durante la dominazione del territorio Filippino, era solamente in parte costituita da carcerazione/reclusione, prevedendo numerose ulteriori afflizioni (lavoro forzato in catene, perdita di diritti civili e altre ancora). In questo senso, la Corte Suprema ritenne certamente eccessiva e incostituzionale la pena comminata anche perché essa era *cruel and unusual* rispetto alla tradizione di *common law* ed alle pene previste a quel tempo nella maggior parte degli stati dell'Unione, risultando *repugnant* allo *standard of decency* allora condiviso. Questo aspetto ha avuto un ruolo decisivo nel successivo tumultuoso e contraddittorio sviluppo della *line of cases* relativa alla *proportionality* del *noncapital sentencing*. Come viene sottolineato da attenta dottrina, la persistente incertezza sul fatto che la Corte abbia dichiarato illegittima la pena per la sua crudeltà o a causa della sua eccessività in relazione al reato o per entrambe, ha influenzato fortemente e continua ad influenzare tutta la giurisprudenza successiva, contribuendo ad ingenerare confusione e disorientamenti nelle opinioni dei *Justices*. Per ampie considerazioni sul punto, v. la penetrante analisi sulla dottrina della proporzionalità sviluppata da RAYMOND M., "No Fellow in American Legislation", cit., 252-253-254, la quale sostiene, ad es., "La questione se la dottrina della proporzionalità si applica alle condanne a pena detentiva ha perseguitato la giurisprudenza costituzionale. Giudici e studiosi hanno dibattuto se la proibizione di pene crudeli ed inconsuete dell'Ottavo Emendamento imponga un qualche limite sulla durata, piuttosto che sulla natura, di una sentenza di condanna, e se i giudici possano legittimamente valutare la severità relativa dei delitti commessi e delle condanne irrogate. I legislatori continuano ad autorizzare pene detentive sempre più lunghe; se ci sia un qualche limite costituzionale significativo alla durata di tali condanne a pene detentive resta una questione fondamentale. Mentre gli interrogativi aumentano, le risposte rimangono confuse. Perché si è dimostrato così difficile per la Corte raggiungere una definitiva soluzione di questa problematica notevolmente importante? I problemi della proportionality doctrine possono essere fatti risalire al primo caso dinnanzi alla Corte Suprema *Weems v. United States*, deciso nel 1910", ancora "La natura del caso *Weems* ha consentito alla Corte di evitare preoccupazioni correlate al primato della legislatura, all'oggettività giudiziale, e alla coerenza. Le preoccupazioni, tuttavia, si placarono solo per quel caso, producendo un principio che si è dimostrato essere molto più difficile da applicare di quanto non sia stato crearlo per la prima volta", "Poiché la Corte in *Weems* era convinta di applicare il principio di proporzionalità ad un sistema straniero, per il quale per di più non nutriva alcun rispetto, essa ha potuto condannare la pena applicata senza dovere giustificare la sua incursione nella sovranità del lawmaker"

amendment è *Weems v. U.S.* del 1910³⁰¹. Costituendo il precedente fondamentale, citato in tutti i “*modern prison-duration cases*” successivamente affrontati dalla Corte Suprema, si rende necessaria un'analisi dettagliata dell'opinione della Corte e della *dissenting opinion*. Solo avendo chiare le caratteristiche del fatto oggetto di giudizio, nonché la trama delle argomentazioni sviluppate dai giudici supremi, infatti, sarà possibile comprendere le più recenti prese di posizione della Corte, e soprattutto le consistenti – invero quasi irrisolvibili – difficoltà³⁰² che essa ha incontrato nello sviluppare metodi d'analisi coerenti, efficaci e prevedibili di sindacato costituzionale sull'eccessività delle sanzioni penali³⁰³.

v. anche, per penetranti considerazioni in relazione a come le peculiari caratteristiche del fatto (ad esempio la provenienza estera della legge in base alla quale la sanzione era stata inflitta a Weems) abbiano consentito alla Corte nel caso in esame di essere meno “deferente” e dichiarare più agevolmente l'incostituzionalità della pena per violazione del principio di proporzionalità, 293-301; cfr. MULLIGAN W.H., *Cruel and Unusual Punishment*, cit., 643, secondo cui, sebbene il *linguaggio* di Weems verosimilmente sostenga la dottrina della proporzionalità, va sempre tenuto in considerazione e ricordato che la Corte in quel caso non stava semplicemente giudicando la costituzionalità di una pena detentiva di quindici anni, ma una condanna a reclusione congiunta a “lavoro faticoso” in catene, controllo per tutta la vita, e interdizione civile. E' difficile credere – continua l'A. – che la Corte Suprema avrebbe ritenuto una pena detentiva di quindici anni incostituzionale se non ci fossero state le condizioni barbare che avevano accompagnato e, a dirla tutta, seguito l'esecuzione della pena.

³⁰¹ *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910). In dottrina, v. e.g. GILCHRIST B.W., *Disproportionality in Sentences of Imprisonment*, in *Colum. L. Rev.*, 1979, 1119 ss., “*The Supreme Court first recognized the constitutional status of the disproportionality principle in 1910, when it struck down a Philippine statute imposing a twelve-year minimum sentence for falsifying governmental records in Weems v. United States*”.

La letteratura sulle origini della *proportionality doctrine under the eighth amendment* nella giurisprudenza della Corte Suprema è ovviamente vastissima ed ha analizzato il fondamentale precedente in esame sotto molteplici punti di vista. Senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano, ad es., STINNEFORD J.F., *Rethinking Proportionality*, cit., 910 e nt. 38; FARRELL I.P., *Gilbert & Sullivan and Scalia*, cit., 325; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 130-131; RAYMOND M., “*No Fellow in American Legislation*”, cit., 251 ss.; FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 576-577 e in particolare nt. 14; RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 301-302; LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 110; STACY T., *Cleaning Up the Eighth Amendment Mess*, cit., 500-501; PARR S.T., *Symmetric Proportionality*, cit., 51-52; DREW K.A.-WEAVER R.K., *Disproportionate or Excessive Punishments*, cit., 5-6; MILLEN P., *Interpretation of the Eighth Amendment – Rummell, Solem, and the Venerable Case of Weems v. United States*, in *Duke L.J.*, 1984, 789 ss.; MULLIGAN W.H., *Cruel and Unusual Punishment*, cit., 642-645; GRANUCCI A.F., *Nor Cruel and Unusual Punishment Inflicted*, cit., 843; NOTE, *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, cit., 639-641; PACKER H.L., *Making the Punishment Fit the Crime*, in *Harv. L. Rev.*, 1964, 1071 ss., 1074-1076.

³⁰² Per opinioni contrastanti in dottrina relativamente alla questione se la Corte Suprema nel caso *Weems* giudicò incostituzionale la condanna solamente per la sua *durata eccessiva* ovvero per la *natura crudele ed insolita* della stessa rispetto alla *common law* inglese, con riferimento alle *modalità esecutive*, si vedano ad es., rispettivamente, RAYMOND M., “*No Fellow in American Legislation*”, cit., 298-299, secondo cui “*If the duration of the punishment was not the basis for the Court's rejection of it, it is hard to imagine what was. Hard labor was not foreign to American justice at the time; such labor – often in a chain gang – was a commonplace in late nineteenth-century America. Nor was any sort of civil disqualification an extraordinary sanction. Weems is best understood as a significant precedent for the proposition that some sentences are simply too long to be constitutionally permissible*”, *contra* v. DREW K.A.-WEAVER R.K., *Disproportionate or Excessive Punishments*, cit., 6, secondo i quali “*It should be noted that the punishment in Weems was considered barbaric and was unknown in English law. It was, thus, the manner of punishment and the conditions of confinement, not the length of imprisonment, which was held violative of the Eighth Amendment. Many courts continue to make this distinction in later decisions, using Weems as precedent*”. Per una posizione, per così dire, intermedia sul punto, v. ad es., SCHWARTZ C.W., *Eighth Amendment Proportionality Analysis and the Compelling Case of William Rummell*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1980, 385, secondo cui “*the most reasonable reading of Weems is that the various factors discussed coalesced in both condition and intensity of punishment to violate the Eighth Amendment's prohibition*”, nello stesso senso cfr. PACKER H.L., *op. cit.*, 1075, “*it was the combination of an excessive but conventional mode of punishment with a good deal of laid-on unpleasantness offensive for its novelty as well as its severity that supported the characterization of Weems' punishment as cruel and unusual*”.

³⁰³ In relazione al ruolo determinante giocato dal *seminal case* in tutta la giurisprudenza successiva, v. RAYMOND M., “*No Fellow in American Legislation*”, cit., 266, la quale, dopo avere sinteticamente ripercorso la tormentata evoluzione giurisprudenziale della Corte Suprema nella *proportionality review of non-capital sentences* conclude identificando l'origine di gran parte delle problematiche via via insorte nelle varie decisioni proprio nelle caratteristiche peculiari del caso che ha dato vita al *proportionality principle* nel 1910. Ad avviso dell'A. la decisione del 1910, pur di fatto affermando chiaramente l'esistenza del principio di proporzionalità quale corollario dell'Ottavo Emendamento, ha dato però origine, soprattutto a causa delle peculiari caratteristiche della vicenda sottoposta a scrutinio, che permisero alla Corte di non doversi cimentare con i classici problemi che

La vicenda di Paul Weems avvenne durante l'occupazione statunitense delle Filippine³⁰⁴. Egli era un *disbursing officer* (pubblico ufficiale della Guardia Costiera nelle Isole delle Filippine)³⁰⁵ incaricato di pagare – con i soldi pubblici – i lavoratori filippini che prestavano servizio come guardiani nei fari (*lighthouse keepers*). Nel 1904 si recò presso i fari di Capul e Malbrigo, per procedere a pagare due guardiani. Tuttavia Weems, pur avendo registrato i pagamenti per l'intero importo dovuto nei registri governativi delle retribuzioni, non procedette a liquidare tale somma, giustificandosi con il fatto che non aveva denaro sufficiente con sé. In seguito fu accusato di avere falsificato i registri delle retribuzioni, facendo apparire, tramite le alterazioni materiali apportate al registro, di avere regolarmente corrisposto il pagamento dovuto. Fu processato, dichiarato colpevole e condannato a quindici anni di *cadena temporal* per avere falsificato un registro pubblico. Tale *tipologia sanzionatoria*, prevista dal Codice Penale Filipino, in vigore fin dai tempi della dominazione Spagnola, era costituita dalla pena detentiva congiunta a lavori forzati, ma in aggiunta furono irrogate anche diverse pene accessorie, di cui alla sez. 56 del Codice Penale delle Filippine: l'interdizione civile; l'interdizione assoluta e perpetua dai pubblici uffici; l'assoggettamento a sorveglianza vita natural durante.

Nonostante alcuni ostacoli di natura processuale relativi alla mancata proposizione del ricorso dinnanzi alla Corte che aveva emesso la sentenza (*assignment of errors*) – di natura simile a quelli che impedirono alla Corte Suprema di giudicare la legittimità costituzionale della condanna inflitta ad O'Neil, nel caso sopra descritto – la Corte ritenne di procedere al *judicial review* della sentenza di condanna inflitta a Weems.

L'opinione della Corte – nell'occasione composta da soli sette *Justices*³⁰⁶ –, redatta dal *Justice McKenna*, pur riconoscendo la persistente validità della tradizionale interpretazione dell'Ottavo Emendamento, quale proibizione di determinate modalità crudeli e barbare di esecuzione della pena e della tortura, propugnò per la prima volta una nuova visione, di *carattere dinamico ed evolutivo*, della *cruel and*

insorgono durante l'analisi di proporzionalità della pena (i.e. carenza di legittimazione democratica, imposizione di valutazioni soggettive dei giudici a discapito di scelte fondate sulla legittimazione democratica etc.), ad un secolo di “disastrata” elaborazione giurisprudenziale sulla costituzionalità dell'ammontare delle pene detentive. La provenienza straniera della legge in base a cui la condanna era stata comminata permise alla Corte di agire con maggiore libertà, senza doversi preoccupare di come conciliare la necessità di un sindacato di costituzionalità sul *sentencing* con il semprevivo bisogno di adattarsi alle decisioni dei legislatori riguardo alla misura della pena. Poiché ritenne la condanna inflitta a Weems profondamente spaventosa e tale da “sconvolgere la coscienza” (sulla base di un test che potrebbe essere definito “*shocks the conscience*”), non sentì l'esigenza di sviluppare un quadro analitico coerente e razionale in grado di consentire alla Corte di distinguere tra quella condanna e altre che invece potevano essere costituzionalmente legittime. In definitiva il durevole principio di proporzionalità, sì come elaborato in *Weems*, è così sopravvissuto nel corso del tempo senza una adeguata struttura concettuale in grado di fissarne i limiti e legittimarlo. Questo “vizio originario” ha influenzato tutto un secolo di giurisprudenza successiva.

³⁰⁴ Sebbene la Costituzione degli Stati Uniti non fosse direttamente applicabile in relazione alle leggi ed alle controversie insorte in territorio Filipino, il Congresso emanò uno *statute* – *The Philippine Bill of July 1, 1902, ch. 1369, 32 Stat. 691* – attraverso cui concesse gran parte delle protezioni costituzionali alle Filippine, compresa la proibizione di infliggere pene crudeli ed inusuali di cui all'Ottavo Emendamento.

³⁰⁵ “*Disbursing officer of the Bureau of Coast Guard and Transportation of the United States Government of the Philippine Islands*”, cfr. *Weems*, 217 U.S. at 361.

³⁰⁶ V. *Id.* at 357 n.1 “*This case was argued before seven justices, Mr. Justice Moody being absent on account of sickness and Mr. Justice Lurton not then having taken his seat. Mr. Justice Brewer died before the opinion was delivered. Mr. Justice McKenna delivered the opinion of the court, the Chief Justice, Mr. Justice Harlan and Mr. Justice Day concurring with him. Mr. Justice White delivered a dissenting opinion ..., Mr. Justice Holmes concurring with him*”.

unusual punishment clause, necessariamente implicante un requisito di proporzionalità fra reato e pena a livello costituzionale.

Dopo avere sottolineato, all'inizio delle *majority opinion*, che la condanna oggetto di giudizio, e le stesse pene così come previste in astratto dal Codice Penale Filippino³⁰⁷, “*excite wonder in minds accustomed to a more considered adaptation of punishment to the degree of the crime*”³⁰⁸, la decisione sancisce di fatto la prima espressa dichiarazione del *proportionality principle under the eighth amendment* nella giurisprudenza della Corte Suprema Federale, “*Such penalties for such offenses amaze those who have formed their conception of the relation of a state to even its offending citizens from the practice of the American commonwealths, and believe that it is a precept of justice that punishment for crime should be graduated and proportioned to offense*”.

Successivamente la Corte si sofferma su un aspetto di grande importanza riguardo all'interpretazione della clausola costituzionale, quello *dinamico-evolutivo*.

Indagando la sua origine storica, ne identifica la fonte in un una forte sfiducia nei confronti del potere e nella conseguente necessità di arginarne i possibili abusi, come quelli verificatisi durante il regno degli Stuarts. Tuttavia, prosegue la Corte, non è corretto limitare la protezione costituzionale a quelle specifiche “*experience of evils*” che ne hanno determinato l'introduzione, essendo necessario ampliare lo spettro della garanzia costituzionale anche ad altre condizioni e finalità, diverse ed ulteriori rispetto a quelle originarie. In questo senso si sostiene, evidenziando la natura ancora incerta e poco definita dell'esatto significato del divieto dell'Ottavo Emendamento nella giurisprudenza della Corte, che “*Quello che costituisce pena crudele ed inusuale non è stato ancora esattamente stabilito. E' stato detto che di solito i termini implicano qualcosa di inumano e barbaro, come la tortura e simili. La corte, tuttavia, in quel caso, riconobbe la possibilità che 'una pena in una prigione statale per un lungo periodo di anni può essere così sproporzionata rispetto al reato da costituire una pena crudele ed inconsueta'. Altri casi hanno scelto certe azioni tiranniche dei sovrani Inglesi come illustrazione del significato della clausola e della estensione del suo divieto*”, poi si pone l'accento con forza sul bisogno di procedere ad un lettura dinamico-evolutiva della disposizione costituzionale, al fine di ampliarne la portata e renderla idonea ad adattarsi a nuove esigenze via via emergenti, affermando che “*La legislazione, sia statutaria che costituzionale, è promulgata, da un esperienza di mali, ma il suo linguaggio generale non dovrebbe, perciò, essere necessariamente limitato alla forma che il male aveva fino a quel momento assunto. Il tempo provoca cambiamenti, porta ad esistenza nuove condizioni e scopi. Perciò un principio, per essere vitale, deve essere capace di una applicazione più ampia rispetto alla cattiva azione che gli diede origine.*

³⁰⁷ Questo è un aspetto particolarmente importante della pronuncia in esame, che la differenzia da molti altri casi successivi di *disproportionate sentences of imprisonment* affrontati dalla Corte Suprema, in una prospettiva di incostituzionalità del *sentencing statute* puramente *as-applied-to-the-case*. Come viene infatti sottolineato in dottrina, in Weems la Corte insiste sul fatto che l'ammontare della condanna non è adeguato tanto in relazione alla specifica condotta delittuosa dell'imputato, quanto alla condotta di falsificazione di un pubblico documento, intesa nella sua generalità ed astrattezza, v. RAYMOND M., “*No Fellow in American Legislation*”, cit., 271.

³⁰⁸ *Id.* at 365

*Questo è particolarmente vero per le costituzioni. Esse non sono attuazioni normative fugaci, destinate ad affrontare circostanze passeggera. Esse sono, per usare le parole del Chief Justice Marshall, 'progettate per avvicinarsi all'immortalità quasi quanto le istituzioni umane possono avvicinarvisi'*³⁰⁹.

In conclusione, la Corte sembra fondare la sua declaratoria di incostituzionalità della pena per sproporzione sia sulla eccessiva severità della condanna che sulla natura peculiare della sanzione inflitta: *“Essa non ha simili nella legislazione Americana. Lasciateci ricordare che ci è pervenuta da un governo di forma e genere differente rispetto al nostro. Essa è crudele nel suo eccesso di carcerazione e di quello che accompagna e segue la carcerazione. E' inusuale nella sua natura. Le pene inflitte ricadono nel divieto del Bill of Rights, sia a causa della loro grado che a causa della loro tipologia. Ed esse avrebbero avuto tali cattive caratteristiche anche se fossero state rinvenute in una attuazione Federale e non tratta da una fonte straniera”*.

E' ora opportuno interrogarsi su due ordini di questioni, che rivestono particolare importanza, soprattutto per comprendere appieno i successivi tormentati sviluppi del sindacato sulla misura della pena detentiva nella giurisprudenza costituzionale statunitense.

In primo luogo occorre chiedersi quale sia stata la metodologia d'analisi costituzionale seguita dai giudici supremi per stabilire tale sproporzione, dunque se essi, oltre ad essere impressionati e sconvolti da una pena così severa ed insolita in relazione al reato commesso (*shock of the conscience*), abbiano anche guardato-confrontato altri delitti e sanzioni, ragionando in termini di proporzionalità relativa.

Secondariamente, occorre rivolgere in breve l'attenzione alle argomentazioni sviluppate dalla Corte riguardo alla problematica della separazione dei poteri (*separations of powers*) ed alla legittimazione dei giudici nell'inoltrarsi in una materia, come quella della determinazione dell'adeguata entità della risposta sanzionatoria ad un reato, di pertinenza esclusiva del potere legislativo.

Giova ricordare una volta di più, infatti, che questa *“preoccupazione istituzionale”*, assieme alle caratteristiche del federalismo e ad altri fattori che si analizzeranno più avanti, sono tra i fattori più rilevanti che hanno impedito alla Corte di sviluppare una dottrina coerente nel settore oggetto della presente indagine.

Per quanto concerne il primo profilo, la Corte, nel caso *Weems*, servendosi di un'analisi comparativa, verificò che conformemente alla legislazione degli Stati Uniti delitti molto più gravi di quello in questione venivano puniti meno severamente (ad es. diverse tipologie di omicidio, l'incitamento alla ribellione, la rapina, il furto) e che un reato assimilabile a quello commesso da *Weems* non sarebbe stato sanzionabile con una pena detentiva maggiore di due anni. A conclusione di tali ragionamenti la Corte sostenne che tale evidente sperequazione sanzionatoria *“Non rifletteva legittimi esercizi diversi di*

³⁰⁹ V. *Id.* at 373 *“Legislation, both statutory and constitutional, is enacted, it is true, from an experience of evils but its general language should not, therefore, be necessarily confined to the form that evil had therefore taken. Time works changes, brings into existence new conditions and purposes. Therefore a principle, to be vital, must be capable of wider application than the mischief which gave it birth”*.

valutazioni legislative discrezionali. E' più grande di ciò. Essa condannava la sentenza in questo caso come crudele ed inusuale. Essa manifestava una differenza tra il potere incontrollato e quello che è esercitato sotto lo spirito delle limitazioni costituzionali formate per stabilire giustizia”.

In relazione alla necessità di non invadere la sfera istituzionale della competenza legislativa nel definire i delitti e quantificare le sanzioni, la Corte apparentemente si mostrò deferente rispetto alle determinazioni legislative, affermando che “*C'è una certa subordinazione del potere giudiziario rispetto al legislativo. La funzione del legislativo è fondamentale, i suoi esercizi rinforzati da presunzioni di giustizia e legalità, e non deve essere nemmeno leggermente intralciato, né da nessuna concezione giudiziaria della saggezza e dell'adeguatezza di tali esercizi ... abbiamo espresso queste elementari verità per evitare il malinteso che noi non riconosciamo al massimo grado l'ampia portata di potere che il legislatore possiede per adeguare le sue leggi penali alle varie condizioni che possono esistere e punire i crimini degli uomini conformemente ai loro tipi e frequenza*”. Tuttavia, in un passaggio ulteriore, la Corte si esprime nei seguenti termini, chiarendo che il limite oltre al quale la discrezionalità politica legislativa non può essere esercitata è segnata appunto dalle disposizioni costituzionali: “*Noi disconosciamo il diritto di affermare un giudizio contro quello del legislatore ... o il diritto di opporre il potere giudiziario al potere legislativo di definire i delitti e stabilire la loro pena, a meno che il potere incontri nel suo esercizio una proibizione costituzionale. In tale caso non è chiamata in causa la nostra discrezionalità ma il nostro dovere legale, severamente definito ed imperativo nella sua direzione. Allora il potere legislativo è portato al giudizio di un potere a lui superiore ...*”.

Innumerevoli sono state le prese di posizione in letteratura circa la validità del *metodo di interpretazione costituzionale* utilizzato dalla Corte Suprema nella sentenza *Weems*, come notevolissima è stata la autorità del precedente, che viene continuamente citato in tutti i casi ove viene affrontata la questione della legittimità costituzionale della misura della pena.

Non si può negare che le peculiari caratteristiche del *seminal case* abbiano giocato un ruolo di primo piano in tutta la *line of cases* in seguito sviluppatasi.

Il fatto che la sanzione irrogata a *Weems* fosse prevista all'interno di un corpo normativo straniero e che la sua stessa *natura* (detenzione e lavoro forzato), insieme alle molteplici pene accessorie, oltre alla sua *eccessività* rispetto alla natura del reato commesso, la rendesse *crudele ed inusuale* e pertanto costituzionalmente proibita, certamente agevolò il compito della Corte Suprema. E' evidente infatti che tutte le problematiche e criticità emerse nel corso dell'evoluzione del sindacato di proporzionalità nei *noncapital cases* – tra le tante, *e.g.* rispetto della separazione dei poteri, pericolo di imposizione di visioni soggettive di “giustizia” da parte dei giudici, a discapito delle scelte effettuate dalle assemblee rappresentative democraticamente elette – fossero già presenti *in nuce* nella questione sottoposta al vaglio della Corte in *Weems*³¹⁰, che tuttavia si sentì meno in dovere di esercitare *judicial self-restraint*

³¹⁰ Cfr. RAYMOND M., “*No Fellow in American Legislation*”, cit., 275, “*The Weems opinion reflected the same concerns that*

rispetto alle scelte legislative, per tutte le “eccezionali” ragioni sopra elencate³¹¹.

Oltre a questi aspetti inerenti alle *particolarità* del precedente fondamentale, davvero molto significativi nella prospettiva di potere condurre un'efficace analisi della contraddittoria giurisprudenza sviluppatasi in materia nel secolo successivo, un ulteriore angolo visuale da cui vale la pena formulare alcune osservazioni è l'utilizzo dell'argomento storico da parte dei giudici supremi. La visione *dinamica* della clausola sostenuta in *Weems* prescinde in larga parte dall'indagine storica, accontentandosi di individuare la *ratio* della sua introduzione nel “*fear of government oppression*” e di rimarcare la necessità che l'interpretazione costituzionale debba essere dinamico-evolutiva, per garantire protezione all'individuo dinnanzi ad ogni nuova possibile forma di abuso e tirannia³¹².

Infatti proprio su basi prettamente storico-testuali, focalizzandosi sull'*original meaning of the clause*, fu redatto il parere difforme del Justice White nel caso *Weems*. Egli sostenne, opponendosi con vigore al nuovo principio evolutivo statuito dalla Corte, che esso era “*basato su una interpretazione della cruel and unusual punishment clause dell'Ottavo Emendamento, mai dichiarata prima, che è in contrasto con la logica importanza del linguaggio utilizzato nella clausola ... in disprezzo della distinzione tra potere legislativo e potere giudiziario del Government?*”.

Ancora una volta ci si avvede di come l'interpretazione del significato originario sia stata oggetto di forti contrasti sin dalle prime pronunce della Corte Suprema, è che tutt'oggi non è possibile stabilire con certezza se i *Framers* intendessero incorporare un divieto di sanzioni penali sproporzionate nella portata della protezione costituzionale garantita dalla clausola. Tuttavia – volendo formulare un rilievo in via interlocutoria, prima di procedere alla disamina dei vari casi – si può forse dire che l'argomento storico sull'*original meaning* sia stato utilizzato con maggior frequenza da coloro che si sono schierati fermamente su posizioni *originaliste*, tese a negare qualsivoglia *garanzia* di proporzionalità *costituzionale* tra reato e pena, conformemente al *significato originario* della clausola (v. ad es. le opinioni di Justice Scalia nei casi *Harmelin v. Michigan* e *Ewing v. California*).

inform the contemporary proportionality cases, but paid little attention to them”.

³¹¹ RAYMOND M., “*No Fellow in American Legislation*”, cit., 299, “*Tuttavia, paradossalmente, il caso Weems creò un problema per la Corte Suprema. Mentre le circostanze di Weems resero l'esito palesemente ovvio alla Corte, i limiti del principio che esso fondò furono considerevolmente meno evidenti. La Corte non considerò seriamente come conciliare la sua conclusione con la necessità di deferire alle decisioni legislative; essa non stabilì una base di principio sulla quale applicare gli ideali che aveva enunciato. Conformemente, essa creò un principio i cui limiti la Corte sta ancora avendo difficoltà a delinearli*”.

³¹² PARR S.T., *Symmetric Proportionality*, cit., 51-53. L'A. propende per ritenere che, in base al significato originario della clausola, la protezione contro pene sproporzionate non fosse *ab origine* inclusa nella disposizione del *Bill of Rights*. Nota, tra le altre cose, che Justice McKenna non confutò l'opinione dissenziente di Justice White basata su una approfondita analisi storica della clausola, ma si limitò invece ad elaborare una “nuova visione” della *cruel and unusual punishment clause*, invero ben poco supportata da evidenze storiche; *contra* v. ad es. MILLEN P., *Interpretation of the Eighth Amendment*, cit., 799-800, plaude alla metodologia di *constitutional interpretation* sviluppata dalla Corte in *Weems*, confrontandola con quella elaborata in alcune decisioni successive in materia di *excessive prison sentences*. L'A. in particolare sottolinea che il merito della Corte sia stato quello di non fossilizzarsi sul *substantive intent* degli *adopters*, concentrandosi correttamente sull'*interpretive intent*, in particolare “... *the Court looked to the interpretive intent of the adopters, namely, to the general principles underlying the clause and the authority delegated by the adopters to future decisionmakers*”, “... *the Court sought to understand how the adopters intended future interpreters to construe the provision*”; cfr. MULLIGAN W.H., *Cruel and Unusual Punishments*, cit., 644, secondo cui uno dei principi fondamentali fissati da *Weems* è stato proprio il carattere evolutivo della proibizione dell'Ottavo Emendamento (*the eighth amendment prohibition is evolutionary in nature*).

Vale la pena sottolineare un ultimo profilo d'interesse, che emerge con evidenza dalla decisione testé esaminata, importante per comprendere preliminarmente alcune delle più significative difficoltà che si presentano nell'affrontare una indagine comparata tra sindacato di ragionevolezza-proporzione sulle cornici edittali di pena nel sistema italiano ed esperienza statunitense di *constitutional review of excessive penalties under the eighth amendment proportionality doctrine*. La decisione in *Weems*, senza dubbio il precedente di riferimento sul quale si fonda l'affermazione della dimensione costituzionale del principio di proporzionalità della pena *detentiva* nell'ordinamento statunitense, prescinde completamente da un'analisi di tipo sostanziale-contenutistico sulla *razionalità* di una determinazione legislativa relativa alla quantificazione della risposta sanzionatoria ad un determinato reato.

La Corte, condizionata da tutte le richiamate peculiarità del caso sottoposto a giudizio, si sentì libera di dichiarare incostituzionale la quantificazione sanzionatoria senza procedere a formulare valutazioni di razionalità della scelta legislativa³¹³; valutazioni che possono essere definite di *substantive due process*; noi diremmo di ragionevolezza. Al contrario, è evidente che – dicendola con Packer³¹⁴ – “A prescindere dal fatto che sia la tipologia o la proporzione della sanzione vagliata, ovvero entrambe, il caso si pone nella tradizione dell'ottavo emendamento. Esso si esprime in termini di decenza, non di razionalità” (“Whether the mode or proportion or both, the case is in the eighth amendment tradition. It speaks to the issue of decency, not rationality”)³¹⁵.

Ci fu invero un abbozzo di sviluppo di *metodologia comparativa* (che poi sarebbe divenuto il modo usuale della Corte Suprema e delle altre corti per scrutinare il *quantum* sanzionatorio), un raffronto tra la disposizione sanzionatoria della cui costituzionalità si dubitava con altre pene stabilite da *federal statutes* statunitensi o nella legislazione delle Filippine entrata in vigore dopo la fine del dominio spagnolo, ma il fulcro dell'argomentazione della Corte fece tutto leva sugli *standards of decency* violati dalla *crudeltà e eccessività* della sanzione, su uno “*shock of the conscience test*”.

Possiamo sin d'ora affermare, in termini generalissimi, che tale caratteristica, *i.e.* quella di mantenere un punto di vista intrinsecamente connesso alla *coscienza sociale* (ed alla *dignità umana*), intesa come parametro principale nel sindacato sull'eccessività delle sanzioni penali, piuttosto che muoversi nella prospettiva di un controllo di eguaglianza/razionalità/coerenza sulle scelte legislative sanzionatorie, abbia contraddistinto tutta la storia e lo sviluppo della *eighth amendment litigation* dinnanzi alla Corte

³¹³ PACKER H.L., *op. loc. cit.*, sottolinea come la Corte nel caso *Weems* non si sia assolutamente posta l'interrogativo “E' individuabile una benché minima giustificazione-base razionale in riferimento alla norma sanzionatoria, alla scelta legislativa in essa contenuta (o alla condanna inflitta sulla base delle norma stessa)?”. Al contrario i giudici si sono posti il quesito connotato all'Ottavo Emendamento: quello che è stato fatto dal legislatore, per quanto razionalmente sostenibile esso possa essere, risulta troppo offensivo allo stomaco (quasi tale da disgustare e sconvolgere la coscienza)?

³¹⁴ PACKER H.L., *Making the Punishment Fit the Crime*, cit., 1075-1076; per alcune considerazioni sulla tematica oggetto d'analisi v. anche, dello stesso A., *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, in particolare 144-150; in termini coincidenti enfatizza l'importanza dei valori di *personhood, human dignity e decency*, fondanti la proibizione dell'Ottavo Emendamento, in contrapposizione rispetto a valutazioni di *razionalità strumentale*, DRESSLER J., *Substantive Criminal Law Through The Looking Glass of Rummel v. Estelle: Proportionality and Justice as Endangered Doctrines*, in *Sw. L.J.*, 1981, 1063 ss., in particolare 1082.

³¹⁵ PACKER H.L., *op. loc. cit.* “Che sia il modo o la proporzione o entrambi, il caso si colloca nella tradizione dell'Ottavo Emendamento. Esso pone la questione in termini di moralità (di valori, di decenza), non di razionalità”.

Suprema, sia per quanto concerne le pene detentive che per quanto riguarda la pena capitale³¹⁶³¹⁷.

Parziali ma significative eccezioni a tale *trend* possono essere rinvenute – come vedremo – soprattutto quando si esercita la *judicial review* sulle pene eccessive a livello statale (diffusamente su alcuni modelli, più o meno penetranti, e differenti standard di *constitutional review of excessive penalties*, creati dalla corti in alcuni stati dell'Unione, v. *infra* § 2.5)³¹⁸.

Questo dato di partenza riveste ovviamente una particolare importanza ed offre stimolanti spunti, soprattutto sul versante dell'indagine comparatistica, delle sue ragioni e della sua eventuale utilità. È opportuno infatti interrogarsi sin d'ora sulle profonde differenze riscontrabili nei due modelli di *constitutional review*, ponendo l'accento sul fatto che i controlli di ragionevolezza della Corte costituzionale sui quadri edittali di pena, tramite l'utilizzo del giudizio ternario di eguaglianza, sono nati inizialmente come puri controlli di eguaglianza-razionalità, condotti su un piano meramente logico-formale, di eventuali differenziazioni o equiparazioni sanzionatorie tre diverse (esterno) o medesime figure di reato (interno). Solo in un secondo momento (indicativamente a partire dall'importante sentenza n. 26/1979 della Corte Costituzionale), con la progressiva edificazione di un sistema penale dal “volto costituzionale”, hanno iniziato a comparire sempre più frequentemente nei ragionamenti e negli iter argomentativi della Consulta riferimenti di tipo contenutistico ai beni giuridici protetti dalle norme penali (principio di offensività) ed anche a considerazioni connesse latamente alla *coscienza sociale*.

³¹⁶ Un interessante tentativo di riformulare la dottrina della proporzionalità della pena, così come elaborata dalla Corte Suprema sulla base della *cruel and unusual punishment clause*, è rinvenibile in MACKAY D.S., *Rationality versus Proportionality: Reconsidering the Constitutional Limits on Criminal Sanctions*, in *Tenn. L. Rev.*, 1984, 623 ss. Partendo dalle “*institutional concerns* (preoccupazioni istituzionali)” (i.e. in particolar modo separazione dei poteri e federalismo) che hanno di fatto quasi neutralizzato la *proportionality review*, l'A. propone di passare ad un modello d'analisi della legittimità costituzionale del *sentencing* basato sulla *rationality analysis as an alternative to proportionality*, basata sulle garanzie del *substantive due process*. In particolare l'A., osservando che il sindacato di proporzionalità si è dimostrato di fatto impraticabile, a causa delle difficoltà sopra richiamate, sostiene la necessità che la Corte Suprema implementi un controllo di costituzionalità sull'entità delle sanzioni penali denominato *least restrictive alternative analysis*, strutturato sulla base di un controllo di razionalità.

³¹⁷ Attenta dottrina aveva già individuato tempo addietro con chiarezza la difficoltà per la Corte Suprema di esercitare un controllo di “proporzionalità relativa” a livello costituzionale-federale sulle pene, sulla base della clausola di cui all'Ottavo Emendamento, affermando che “*Oltre alla difficoltà di stabilire una prova stabile della gravità relativa dei diversi reati, le corti possono essere recalcitranti a fare affidamento in primo luogo su standard di proporzionalità relativa a causa dello scetticismo riguardo al fatto che tale parametro rappresenti un valore distinto protetto dall'Ottavo Emendamento. L'origine dell'Ottavo Emendamento come proibizione di metodi di pena barbari indica che i suoi redattori erano soprattutto preoccupati dell'ammontare assoluto di pena sofferto dagli individui. Per questa ragione, forse, le corti hanno generalmente limitato il loro controllo delle condanne a pena detentiva a casi riguardanti carcerazione a vita o comunque di durata molto lunga. Cionondimeno, non c'è nessuna ragione per dubitare che fondamentali precetti di giustizia siano inclusi tra le norme di decoro e rispetto per la dignità umana da cui l'ottavo emendamento trae il suo significato. Se un individuo subisce una pena che è eccessiva in relazione a quella che uno stato prevede nei confronti di persone responsabili di delitti evidentemente più gravi del suo, non c'è meno affronto alla giustizia rispetto a quando lui deve soffrire una pena più severa di quella che autorizzano altri stati. Perciò, le corti dovrebbero applicare la proporzione relativa come standard costituzionale indipendente nel raro caso in cui vi è una chiara prova di ingiustizia nella pena di reati diversi, ma nessuna prova disponibile che la condanna inflitta con le pratiche punitive contemporanee adottate in altri stati*”, v. GILCHRIST B.W., *Disproportionality in Sentences*, cit., 1140.

³¹⁸ Al proposito si veda ad esempio la Costituzione dell'Illinois, che all'art. 1, sez. 11 recita “*All penalties shall be determined according to the seriousness of the offense*”. Nell'elaborazione giurisprudenziale delle corti dell'Illinois si rinvencono standard differenziati alla stregua dei quali giudicare la legittimità costituzionale di una determinata opzione sanzionatoria, uno di essi recita “*the offense has an higher penalty than another offense with substantive identical elements*”, ed è evidentemente basato su nozioni di *substantive due process*, come ad esempio la mancanza di un supporto ragionevole alla scelta relativa alla quantificazione sanzionatoria, e non di *shock of the conscience*. Cfr. SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 158.

Ora, appare di tutta evidenza come qualsivoglia indagine comparatistica debba fare i conti con questo dato di fondo: la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di ragionevolezza-proporzionalità della pena ha tendenzialmente parlato il linguaggio della *razionalità*, salvo sporadiche eccezioni, in cui si è aperta a *giudizi di valore* o comunque è stata in parte influenzata da *mutamenti nella coscienza sociale*.

Al contrario, la speculare elaborazione della Corte Suprema in materia di scrutinio sulle pene eccessive è nata quasi sotto forma di giudizio condotto alla stregua di un *parametro sociale* (o *umano*) di carattere flessibile, dinamico ed evolutivo, come *l'evolving standards of decency that marks the progress of a maturing society*, suscettibile in definitiva di essere ristretto od esteso a seconda delle diverse *inclinazioni* (o *orientamenti politici*) dell'interprete. Questo tutto sommato non deve sorprendere più di tanto alla luce delle caratteristiche di quell'ordinamento.

Quello che invece in certa misura accomuna le due esperienze è lo sviluppo contraddittorio e insoddisfacente degli standard di controllo elaborati dalle Corti, che non sono stati assolutamente in grado né di garantire un *minimum* di salvaguardia del diritto costituzionale a subire pene corrispondenti al disvalore del reato né di provare a rimediare in via giudiziale alle più assurde ed evidenti incoerenze sistematiche/violazioni di proporzionalità relativa tra reati e pene all'interno del sistema penale (questo è vero in particolare modo per l'Italia, ma in maniera diversa anche per l'America, quantomeno a livello statale).

2.2.2 Trop v. Dulles: l'elaborazione dell'*evolving standards of decency test*

Dopo avere approfondito il precedente che ha per la prima volta sancito l'esistenza del principio di proporzionalità tra reato e pena, affermandone la dimensione costituzionale e dando origine a più di un secolo di giurisprudenza oscillante e contraddittoria, è ora opportuno fare brevemente menzione di alcune *landmark decisions* rese dalla Corte Suprema durante il ventesimo secolo.

Esse, pur afferendo a settori non esattamente coincidenti con quello che si va indagando, hanno contribuito in maniera fondamentale alla enunciazione di concetti centrali nell'interpretazione della clausola costituzionale, la cui preliminare sintetica disamina si rende indispensabile, quantomeno al fine di ottenere una comprensione minima di insieme delle problematiche sollevate dall'applicazione della *cruel and unusual punishment clause*.

D'altra parte, uno studio sulla *judicial review of excessive noncapital punishments* non può prescindere da una adeguata contestualizzazione in uno scenario più ampio, inclusivo della disamina dei tracciati interpretativi elaborati nella *constitutional adjudication* sulla eccessività di altre *tipologie sanzionatorie/misure punitive* (in particolare la pena capitale, ma anche le sanzioni pecuniarie eccessive e i danni punitivi).

La problematicità e l'interesse della specifica materia oggetto di studio – che sono ampiamente

testimoniate dal profluvio di contributi scientifici sul punto – è apprezzabile infatti solo interrogandosi, in un'ottica di *confronto* con gli altri “ambiti sanzionatori” succitati: perché la Corte Suprema non è stata in grado (o non ha voluto?) elaborare un metodo d'analisi categorico anche nei casi riguardanti i *prison terms*, anche di durata essenzialmente assurda, limitandosi invece a condurre una *case-by-case analysis*, per di più restringendo via via il grado d'incisività dello scrutinio, fino di fatto ad annullarlo, con un'autolimitazione forte rispetto ad ogni valutazione legislativa? Perché si è ritenuto di accordare maggiore tutela costituzionale alle *corporations* condannate ad ingenti *punitive damages awards* rispetto a *criminal defendants* condannati a lunghissimi periodi di carcerazione per aver commesso crimini bagattellari, sebbene tutti gli argomenti, tanto di carattere storico-costituzionale (maggiore fondamento dell'analisi di proporzionalità sulla base dell'Ottavo Emendamento rispetto al *substantive due process* del Quinto e Quattordicesimo Emendamento), quanto di carattere prettamente politico (sotto-rappresentazione – o vera e propria assenza – dei gruppi sociali ed economici più deboli nel processo politico di formazione della volontà legislativa che porta all'emanazione delle leggi penali, che di fatto legittimerebbe una maggiore pervasività della *judicial review* quando tali soggetti sono coinvolti), inducano a fare ritenere che i soggetti che finiscono nelle maglie della giustizia penale siano legittimati a godere di una maggiore protezione costituzionale da parte del potere giudiziario?

Quello che si vuole mettere in rilievo è che il problematico e incoerente sviluppo della giurisprudenza costituzionale nel *noncapital context* può essere osservato, compreso e valutato adeguatamente solo tenendo in considerazione il quadro d'insieme, i concetti di base, che caratterizzano la *eighth amendment litigation* nel suo complesso.

Al proposito, non si può dubitare che uno dei concetti più rilevanti nell'interpretazione della disposizione costituzionale in esame sia quello di “*evolving standard of decency that marks the progress of a maturing society*”³¹⁹. Tale visione dinamica-evolutiva (*evolutionary character*) della clausola³²⁰ fu sviluppata compiutamente per la prima volta nella decisione *Trop v. Dulles*³²¹³²². Il caso vide una Corte spaccata (decisione per cinque voti a quattro) pronunciarsi dichiarando l'incostituzionalità per violazione della *cruel and unusual punishment clause* di un provvedimento di *divestment of citizenship* (ritiro della

³¹⁹ Tale *standard*, per rendere l'idea della sua centralità nell'opera di interpretazione costituzionale per stabilire la “*scope of the prohibition*” dell'Ottavo Emendamento, è stato citato in ben millecentottantuno casi decisi dalla *Supreme Court* (fonte *WestlawNext*, ultimo accesso 8 Aprile 2015).

³²⁰ Si è visto comunque che la stessa decisione in *Weems* elaborò una metodologia di interpretazione costituzionale della clausola di tipo dinamico-evolutivo, giungendo ad un nuovo significato rispetto all'interpretazione tradizionale.

³²¹ *Trop v. Dulles* 356 U.S. 86, 101 (1958)

³²² Per alcune osservazioni su tale decisione e sull'importanza dell'*evolving standard of decency* anche negli sviluppi successivi dell'*eighth amendment litigation* v., *ex plurimis*, NOTE, *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, cit., 637, “*Si affermò che la dignità dell'uomo fosse il valore prioritario a dovere essere preservato dalla proibizione, e fu riconosciuto che lo standard per determinare se una pena fosse crudele ed inconsueta dovesse essere basato, nel linguaggio della Corte, sugli 'evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society'*”; WHELEER M.E., *Toward a Theory of Limited Punishment: an Examination of the Eighth Amendment*, in *Stan. L. Rev.*, 1972, 838 ss.; WHELEER M.E., *Toward a Theory of Limited Punishment II: the Eighth Amendment After Furman v. Georgia*, in *Stan. L. Rev.*, 1972, 62 ss., in particolare sul concetto di *human dignity* 67-71; RADIN M.J., *The Jurisprudence of Death*, cit., 989 ss.; BASSIOUNI C.M. (Trad. DE CATALDO NEUBURGER L.), *Diritto penale degli Stati Uniti*, cit., 57-58; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 131.

cittadinanza-denazionalizzazione) inflitto ad un cittadino Americano condannato dalla Corte Marziale ed espulso con infamia dopo avere disertato le forze armate in tempo di guerra. Pur non collocandosi esattamente nella linea di precedenti che hanno affrontato il problema della *excessiveness-disproportionality of penalties* (le argomentazioni dei *justices* fecero leva infatti sulla *natura crudele ed inusuale* della sanzione, più che sulla sua eccessività rispetto al reato, tanto che dopo la pronuncia la diserzione militare continuò ad essere punibile anche con la pena capitale³²³), la decisione riveste ad ogni modo una particolare importanza nella storia della giurisprudenza costituzionale sull'Ottavo Emendamento. I giudici argomentarono che la sanzione della *privazione della cittadinanza* violava la proibizione di pene crudeli ed inconsuete in quanto tale pena doveva ritenersi “più crudele e primitiva della tortura”, implicando la “totale distruzione dello status di un individuo in una società organizzata”. A prescindere dall'approdo della maggioranza dei *Justices*, il dato più rilevante (e problematico) di questa sentenza è certamente il percorso ermeneutico, la metodologia interpretativa impiegata. Premettendo ancora una volta che in passato vi erano state poche occasioni per dare un preciso ed univoco contenuto all'Ottavo Emendamento, la Corte proseguì affermando che la portata ed il significato del disposto letterale della clausola non sono statici ma che essa “*trae significato dall'evoluzione del concetto di decoro che segna il progresso di una società in via di maturazione*”³²⁴, e che il “*concetto basilare non è niente altro che la dignità umana*”³²⁵.

Dunque, il fulcro della proibizione costituzionale, alla luce della pronuncia richiamata, deve essere considerata la *dignità umana*³²⁶.

Non è possibile – per evidenti ragioni di pertinenza rispetto al tema oggetto d'indagine, nonché di spazio – sviluppare diffuse considerazione su tale, pur fondamentale, profilo dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte Suprema sull'Ottavo Emendamento. Vale tuttavia la pena formulare alcune rapide osservazioni, in prospettiva critica, rispetto al ruolo decisivo giocato dal criterio dell'*evolving standard of*

³²³ V. *Trop v. Dulles* 356 U.S. 86, at 99 “*Since wartime desertion is punishable by death, there can be no argument that the penalty of denazionalization is excessive in relation to the gravity of the crime. The question is whether this penalty subjects the individual to a fate forbidden by the principle of civilized treatment guaranteed by the Eighth Amendment*”; in dottrina v. NOTE, *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, cit., 637; v. anche WHEELER M.E., *Toward a Theory of Limited Punishment*, cit., 841, secondo cui “*L'espresso rifiuto dell'argomento che la denazionalizzazione sia una pena eccessiva mostra in maniera evidente come la Corte fosse preoccupata solo riguardo alla natura della sanzione*”.

³²⁴ “*The words of the Eighth Amendment are not precise and their scope is not static; the Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of maturing society*” West Headnote n. 13.

³²⁵ “*The basic concept underlying the Eighth Amendment and its proscription against cruel and unusual punishment is nothing less than the dignity of man*” West Headnote n. 11; “*The true significance of these punishments is that they treat members of the human race as nonhumans, as objects to be toyed with and discarded. They are thus inconsistent with the fundamental premise of the clause that even the vilest criminal remains a human being possessed of common human dignity*”, id at 272-273.

³²⁶ Un ricco quadro sulla lento e faticoso processo di *constitutionalization of the substantive criminal in the U.S. criminal justice system*, sviluppato attraverso i concetti centrali di *proportionality* e *human dignity*, è offerto, tra gli altri, da DUBBER M.D., *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, in *Hastings L.J.*, 2004, 509 ss., in particolare v. 515 laddove l'autore si sofferma sul valore fondamentale della dignità umana nel contesto dell'interpretazione costituzionale statunitense “*La dignità che è protetta dall'Ottavo Emendamento, dalla Due Process Clause, e dalle Costituzioni americane, federale e statali, non è dignità 'sociale', ma è dignità umana, una qualità condivisa da tutte le persone in quanto tali. Non è una dignità che viene conferita alle persone, né dalle altre persone né dallo 'stato' o dalla 'società' o da una comunità piuttosto che l'altra, e che pertanto può essere sottratta. E' una dignità che esiste in maniera interamente indipendente rispetto alle istituzioni sociali e politiche; è un attributo fondamentale di tipo morale, invece che etico o politico*”.

decency e del suo “fondamento” costituzionale sul concetto di *human dignity*³²⁷.

Già durante gli anni settanta la dottrina più sensibile aveva criticato l'approccio ermeneutico della Corte in *Trop v. Dulles*, sottolineandone i numerosi difetti e le obiezioni a cui prestava il fianco.

In particolare si segnalava la problematicità dell'identificare lo scopo della clausola, oltre a determinarne il contenuto e la portata, riferendosi unicamente a concetti dinamici, fluidi, mutevoli – in definitiva inafferrabili – come il “*decoro che segna il progresso di una società in via di maturazione*”, la “*dignità umana*” o i “*valori predominanti condivisi dalle società civilizzate*”. I giudici supremi, nella trama motivazionale di *Trop*, omisero del tutto di strutturare una metodologia d'analisi di natura comparativa, come quella che era stata abbozzata ed impiegata, seppur in maniera “rudimentale”, per la prima volta in *Weems*, accontentandosi di sostenere che la *denationalization* fosse fosse più primitiva della tortura e “*offensiva dei fondamentali principi per i quali la Costituzione si schiera*”, fondando così l'*holding* meramente sulla *natura* della sanzione e non sulla sua eccessività (dunque uno *shock of the conscience test*)³²⁸.

Un ulteriore passaggio forzato e non sufficientemente argomentato nella decisione in esame, rispetto a quanto sostenuto nel *seminal case of the proportionality doctrine*, *Weems v. U.S.*, attiene al profilo della *original purpose of the clause*, la ragione storica dell'introduzione della disposizione costituzionale, che – come sopra sottolineato – è da identificarsi nel timore dell'abuso del potere governativo nello stabilire ed irrogare le sanzioni (*the clause guards against the abuse of power*, da intendersi in riferimento a diverse declinazioni, in particolare abuso del potere governativo come previsione legislativa-inflizione di sanzioni *crudeli* nel metodo/tortura, come previsione legislativa-irrogazione di *pene eccessive rispetto alla gravità del delitto*, infine come prevaricazione del *giudiziario* nella inflizione di pene più severe di quelle previste dagli *statutory limits*).

La significativa transizione di contenuto/valore tutelato dalla disposizione costituzionale, dal concetto di “potere” (*i.e.* clausola da intendersi come limite all'abuso del potere pubblico) al concetto di “dignità umana” (*i.e.* clausola come baluardo posto a protezione della dignità umana, da desumersi in base all'*evolving standard of decency*), non viene adeguatamente giustificata, esaminata o motivata in *Trop v. Dulles*, né viene elaborato un soddisfacente e attuabile test per stabilire se la dignità venga o meno violata da una determinata sanzione.

Questo “punto di rottura”, “balzo” drastico, in relazione alla *ratio* fondante della protezione

³²⁷ Alcune brevi riflessioni si impongono dal momento che lo standard formulato per la prima volta nella decisione del 1958 è diventato poi di fatto la base per gran parte delle successive declaratorie di incostituzionalità per *sproporzione* della pena capitale fino ad oggi, essendo stato citato continuamente come precedente fondamentale per l'interpretazione della clausola in tale ambito. Sottolinea ad esempio questo importante aspetto di interazione fra i due standard costituzionali (*proportionality-excessiveness* da un lato/*evolving standard of decency-human dignity* dall'altro), JAN PILLAI K.G., *Incoungrent Disproportionality*, in *Hastings Const. L.Q.*, 646 ss., in particolare v. 659, laddove l'A. dà conto dell'evoluzione del concetto di proporzionalità della pena nello sviluppo giurisprudenziale della *Supreme Court* e nota come “*L'impatto dell'affermazione di questo principio di diritto (dell'evolving standard of decency, N.d.T.) sulle posizioni dei giudici supremi è stato così profondo che esso è diventato parte del discorso sulla proporzionalità nei casi susseguenti*”.

³²⁸ WHELEER M.E., *Toward a Theory of Limited Punishment*, cit., 858.

costituzionale, ha minato alle fondamenta la coerenza dello sviluppo della giurisprudenza successiva.

I due test di legittimità costituzionale, infatti, oltre ad essere differenti, sono anche assai difficili da conciliare: il principio della *limitazione del potere* (*rectius: protezione dell'abuso*), enfatizzato in *Weems* quale fondamento costituzionale dell'esigenza di proporzionalità tra reato e pena, è molto più ampio rispetto al requisito del rispetto della dignità umana, ed ha molto più da dire riguardo alle modalità con cui e da quali *soggetti istituzionali* le pene sono stabilite e amministrare.

Inoltre, la Corte Suprema è molto più abituata ad avere a che fare con problematiche riguardanti la ricerca del giusto equilibrio tra c.d. *government actions* e libertà individuale dei cittadini (v. ad es. la vastissima elaborazione giurisprudenziale in materia di *substantive due process* e *equal protection of laws*), mentre prima del caso in esame non aveva mai attribuito valore costituzionale al concetto di dignità o tentato di stabilire quali misure governative potessero essere ritenute degradanti.

Come ammesso da un *Justice*, la formulazione della clausola incentrata sulla dignità umana “*non produce di per sé stessa principi per valutare la validità costituzionale di una specifica pena*”. Un test basato unicamente su tale presupposto, infatti, soffre di tutte le incertezze ed ambiguità che sono connaturate al concetto di dignità umana in astratto, per sua natura relativo e mutevole, in accordo ai tempi e contesti umani³²⁹.

Altri autori – fin da tempi risalenti – hanno analizzato nel dettaglio il concetto di *human dignity* nell'alveo della protezione garantita della *cruel and unusual punishment clause*, in particolare focalizzandosi sui suoi rapporti con le contigue nozioni di *cruelty* ed *excessiveness*³³⁰. Nello specifico, secondo questa ricostruzione, la dignità umana costituirebbe una delle due componenti essenziali della *cruelty* (insieme alla inutile e gratuita inflizione di sofferenza)³³¹.

Nello specifico, la nozione di dignità umana, quale cardine della proibizione di cui all'Ottavo Emendamento, così come elaborata in *Trop v. Dulles*, trova il suo punto di riferimento originario nei primi casi fondamentali decisi dalla Corte Suprema, laddove la clausola venne interpretata in maniera *restrittiva*, meramente quale divieto della *tortura come pena* (*primary core cases*). In questo contesto – è lecito sostenere – venne sviluppato il *contenuto minimo di tutela* offerto dalla previsione costituzionale, ritenuta violata proprio perché la tortura è *sempre* da ritenersi in contrasto con il valore della dignità umana³³².

Il principale merito della pronuncia sta forse nell'aver esteso il concetto di violazione della dignità

³²⁹ WHELEER M.E., *Toward a Theory of Limited Punishment II*, cit., 68.

³³⁰ Per una prospettiva di questo tipo v. in particolare, RADIN M.J., *The Jurisprudence of Death*, cit., 1042-1047.

³³¹ RADIN M.J., *ibidem*, 1043, “*La discussione precedente delle caratteristiche degli atti “crudeli” illustra i due elementi principali della crudeltà che devono essere valutati nel giudicare la legittimità costituzionale delle pene. In primis, basandoci sulla discussione degli atti degradanti, un atto crudele è quello che viola la dignità umana individuale e collettiva. Secondariamente, attingendo dalla discussione riguardo l'inflizione di dolore senza nessuna valida ragione, un atto crudele è quello che è eccessivo. Questi due principi (dignità e eccessività) meritano una disamina ravvicinata ed un confronto*”.

³³² Radin M.J., *ibidem*, 1044, “*Una persona assoggettata a tortura viene degradata e trattata come non-persona; può infatti diventare una non-persona nel senso che può perdere quei valori, quelle caratteristiche e risposte che associamo all'essere una persona*”.

umana costituzionalmente rilevante, ad opera di una sanzione penale, oltre il contesto semantico originario della tortura e dei trattamenti crudeli (classicamente intese, ad esempio, quale inflizione prolungata, ingiustificata ed estrema di dolore). Come è stato acutamente osservato riguardo al decisivo passaggio dell'argomentazione *espansiva-evolutiva* in *Trop v. Dulles*, che segna questo *ampliamento*: “Alcune azioni governative possono implicare poco dolore fisico, ma isolando un individuo dalla comunità umana, possono nondimeno essere degradanti. Come risultato, una pena che non implica alcuna sofferenza fisica, come la denazionalizzazione, è stata assorbita nell'aspetto relativo alla dignità umana della nozione di crudeltà, poiché essa precludeva 'il diritto di avere diritti’”³³³.

Dopo avere valutato il rilievo dei parametri di legittimità costituzionale definiti (se così si può dire...) in *Trop v. Dulles*, ed alcuni risvolti sullo scenario generale della *eighth amendment litigation*, ora è giusto il caso di evidenziare – molto concisamente – lo sviluppo successivo ed il significativo ruolo giocato dell'*evolving standard of decency* nella giurisprudenza della Corte, in tempi meno risalenti, nonché le severe critiche a cui esso è stato sottoposto, in recenti prese di posizione dottrinali. Peraltro, giova precisare che tale standard ha ricoperto una posizione decisiva soprattutto nel filone dei *capital cases*, in cui è stata affermata la *inammissibilità costituzionale categorica per “disproportionality”* della pena di morte per alcune categorie di *offenders*³³⁴ (negli ultimi sviluppi giurisprudenziali – come già ricordato –

³³³ *Id.*, *ibidem*, 1044-1047. V. poi il penetrante esame delle relazioni tra dignità ed eccessività sviluppato dall'A., ed il confronto tra le due nozioni, in rapporto alle diverse giustificazioni e teorie della pena.

³³⁴ Tra i casi più importanti, in questa linea di c.d. *categorical proportionality analysis approach*, è d'uopo ricordare ad esempio il fondamentale precedente che per primo ha applicato il test di proporzionalità nel contesto della pena di morte, *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) – sul quale v. *infra* – ove la Corte si pronunciò dichiarando costituzionalmente illegittima, in quanto eccessiva, sia dal punto di vista della retribuzione che della deterrenza, la pena di morte per il reato di violenza sessuale, così come previsto in uno *statute* della Georgia (*rape offense*). V. anche, sempre riguardo alla illegittimità costituzionale della più severa delle sanzioni per sproporzione rispetto al delitto commesso, la pronuncia che, nel contesto della *felony murder doctrine*, ha ritenuto categoricamente eccessiva la pena di morte nel caso del complice in un delitto che abbia solamente “*aided and abetted a felony in the course of which a murder is committed by others but who does not himself kill, attempt to kill, or intend that a killing take place or that lethal force will be employed*” (*Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982)).

In un'altra *line of precedents*, in cui la Corte valuta l'eccessività della estrema sanzione desumendola tramite un'analisi *bifasica*, prima valutando l'*evolving standard of decency-objective indicia of national consensus*, ed in un secondo momento tramite il c.d. *independent judgement* dei membri della corte – debbono essere collocate le fondamentali pronunce che hanno dichiarato costituzionalmente illegittima, perché sproporzionata, la pena capitale, rispettivamente, per tutti i delitti commessi da minori di anni sedici (*Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988)), per il delitto di violenza sessuale commessa nei confronti di bambini (*Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008)), per tutti i delitti commessi da soggetti minori di anni diciotto (*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)), per tutti i delitti commessi da soggetti mentalmente ritardati (*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)).

Per un efficace e preciso quadro su questa metodologia d'analisi costituzionale adottata per stabilire la eccessività della pena capitale in violazione della *cruel and unusual punishment clause*, il c.d. *standard approach* della Corte, v. fra gli altri, FARRELL I.P., *Abandoning Objective Indicia*, in *Yale L. J. Online*, 2013, 303 ss., in particolare 305-07, “Il filo conduttore onnicomprensivo dell'Ottavo Emendamento è stato per lungo tempo che il significato di 'crudeli ed inusuali' viene stabilito alla luce del 'concetto di decoro che segna il progresso di una società in via di maturazione'. L'applicazione della Corte di questo principio non è sempre stata coerente, ma nell'ultimo decennio la Corte ha sviluppato un metodo per determinare se l'Ottavo Emendamento proibisce di applicare una particolare pena ad una categoria di autori-rei. In ognuna di queste decisioni la Corte ha impiegato un approccio bifasico per valutare se una pena fosse crudele ed inconsueta. Io chiamo questi due step l' 'objective indicia analysis' e l' 'independent judgement analysis'. Impiegando l'analisi degli indici oggettivi di consenso nazionale, la Corte evita che i Giudici (liberati dai vincoli che il significato originario della clausola prevederebbe) impongano le loro concezioni morali individuali sotto le vesti di standard sociali in evoluzione. La Corte considera fattori quantificabili – come il numero di giurisdizioni che permettono o proibiscono la pratica (si guarda alle legislazioni) e la frequenza con cui la condanna viene applicata (si guarda alle applicazioni da parte delle giurie) – che (così si sviluppa l'argomentazione) rispecchiano gli standard di coscienza sociale contemporanea riguardo alle pratiche punitive rilevanti. Se un numero sufficiente di stati proibisce una

l'approccio *categorical* è stato esteso anche alle condanne a pene carcerarie, in particolare *life without parole* inflitte ai *juveniles*³³⁵, in un primo momento per i soli *non-homicide crimes*, poi – con riferimento però unicamente alle *mandatory life without parole sentences* – in riferimento anche ai delitti di *murder*³³⁶).

Al contrario, la *Supreme Court* ha optato per mantenere un approccio meramente *as applied to the case* (senza categorizzare le sue decisioni, conferendo ad esse portata ed efficacia generale) nel contesto del *non-capital excessive sentencing*, sviluppando (si usa una terminologia piuttosto generosa, come si comprenderà in seguito) una metodologia di *constitutional analysis* diversamente strutturata, non inclusiva degli *objective indicia of national consensus*, che costituiscono lo “sviluppo naturale”, germogliato dall'*evolving standard of decency*, nell'evoluzione ermeneutica della Corte Suprema.

Non può essere sottaciuto il fatto che anche il sindacato costituzionale “categorico” sulla sproporzione della pena di morte, in relazione a determinate *classes of offenders*, pur avendo conseguito negli ultimi tempi alcuni risultati che possono ritenersi incoraggianti ed in grado di garantire quantomeno un livello minimo di protezione costituzionale contro le pene eccessive sulla base dell'Ottavo Emendamento (si veda, specialmente, l'importante segnale di *aumento della protezione al di fuori del capital context*, veicolato da *Graham v. Florida*), è stato caratterizzato da numerose incoerenze e contraddittorietà (seppur in maniera minore rispetto a quanto verificatosi nei *prison-duration cases*), con una Corte in definitiva incapace di elaborare standard attuabili e prevedibili.

In particolare, lo step nella metodologia della Corte che è stato oggetto di più aspre critiche da parte degli studiosi è quello che costituisce lo “sviluppo” dell'*evolving standard of decency* nell'elaborazione giurisprudenziale del più alto organo giudiziario Americano, ossia l'analisi degli *objective indicia of national consensus*.

E' stato correttamente osservato che tale modalità, utilizzata per stabilire se una determinata pratica punitiva (nel nostro caso, *quantificazione sanzionatoria/disproporzionate-excessive punishment*) sia in

pratica, o permette legislativamente la pratica ma non la applica, allora c'è un consenso nazionale contro la pena in questione, che a turno dimostra che la pena è crudele ed inusuale. Ma la Corte ha anche insistito sul fatto che l'analisi basata sugli indici oggettivi non dovrebbe risolvere la questione di costituzionalità. Piuttosto, la Costituzione contempla un ruolo per il “giudizio indipendente” dei Giudici sul fatto se la pratica punitiva sia crudele ed inconsueta. Dunque è la seconda linea d'analisi, quella in cui i Giudici impiegano i loro giudizi per stabilire se la pena in questione sia sproporzionata o eccessiva. In teoria, il giudizio indipendente dei Giudici sul fatto che una data pena sia crudele o inusuale può divergere rispetto all'esito dell'analisi del consenso nazionale. La Corte non ha mai spiegato adeguatamente come queste due linee di indagine potenzialmente in conflitto possano coesistere insieme per formare una metodologia coerente. Non è chiaro, ad esempio, quale parte del test abbia la priorità se le due conducono a conclusioni divergenti. Né appare chiaro come l'analisi degli indici oggettivi di consenso fornisca un limite alle concezioni morali soggettive e indipendenti dei Giudici se i dati oggettivi non sono dispositivi. Fino a questo momento, la Corte non è mai stata costretta a chiarire la tensione tra le due fasi, che non hanno mai condotto a conclusioni discordanti. In ogni caso che riguardava sia l'analisi degli indici oggettivi che l'analisi del giudizio indipendente, i risultati di ciascuna indagine sono stati convergenti: o l'analisi degli indici oggettivi e il giudizio indipendente dei Giudici hanno entrambe sostenuto la conferma della costituzionalità della pratica punitiva rilevante, o le due metodologie hanno sostenuto la necessità di annullarla. Apparentemente, il giudizio indipendente di ogni Justice è sempre in accordo con (l'idea di quel Giudice del) giudizio della società – persino quando il giudizio indipendente di quel giudice contrasta con quelli dei suoi colleghi?”.

³³⁵ Con la già citata decisione *Graham v. Florida* del 2010.

³³⁶ Nella sentenza *Miller v. Alabama* del 2012.

contrasto con i “*contemporary standards of decency*”, presenti molteplici difetti e criticità, che in questa sede possono essere solo accennati.

Anzitutto, l'analisi degli “indici oggettivi” rende il significato e la portata della salvaguardia costituzionale dell'Ottavo Emendamento dipendente dalle diverse volontà e azioni delle assemblee legislative statali (*i.e.* le loro *linee di politica penale*), il che contraddice la natura dell'Emendamento quale limitazione al potere legislativo (*countermajoritarian right*) di stabilire *quantum* e *quomodo* delle sanzioni penali. In pratica una *previsione costituzionale* viene di fatto *subordinata* alla *legislazione ordinaria*.

Se, un domani, ogni stato dovesse attuare una normativa che appoggia determinate pratiche punitiva – qualsivoglia pratica punitiva – allora l'*objective indicia analysis* sosterebbe la validità costituzionale di quella pratica. Agendo insieme, gli stati potrebbero, almeno teoricamente, dare valore normativo costituzionale alle loro scelte legislative per il solo fatto di averle compiute. Anche se le corti nella *judicial review* dovessero utilizzare altri indici di preferenze della società (comprese le decisioni delle giurie), il problema rimarrebbe: le preferenze della maggioranza definirebbero un *countermajoritarian right* nella sua natura intrinseca, come è quello a non subire pene crudeli ed inconsuete.

Ulteriori problemi emergono sul versante del *federalismo*. E' evidente infatti che adottando tale analisi le assemblee legislative di una maggioranza di stati potrebbero dettare la legge di una minoranza di stati. Se una pena, precedentemente legittima, fosse proibita da una maggioranza di legislatori statali, allora la pratica diverrebbe crudele ed inusuale e così non potrebbe essere applicata neppure nella minoranza di stati i cui legislatori intendono conservare la pena in questione.

Ancora, l'*objective indicia analysis* non pare offrire prestazioni soddisfacenti, mostrandosi in definitiva poco “oggettiva”, nel senso più pregnante del termine. I dati sui quali l'analisi si basa sono altamente *malleabili*, con enorme discrezionalità implicata nel determinare se un numero sufficiente di stati proibisce una pena (o sufficientemente pochi permettono, o hanno recentemente inflitto, tale pena) così da stabilire che esista un consenso morale a livello nazionale contro la sanzione. Con un tale spazio di manovra concesso, l'analisi degli indici oggettivi non fornisce il vincolo significativo sui Giudici che è la sua “ragion d'essere”: esso non è in grado di assicurare che i Giudici applichino realmente i “*social mores*” e non i loro valori personali. Bisogna solamente rammentare che una maggioranza della Corte Suprema non ha mai ritenuto che una pena sia crudele ed inusuale conformemente ai giudizi individuali dei *Justices*, ma non crudele ed inusuale in accordo agli *objective indicia* (o viceversa). O questo fatto è una straordinaria coincidenza, o esso è prova che la Corte manovra l'analisi degli indici oggettivi per sostenere l'esito che più desidera.

Infine, assai discutibile è l'assiomatica equazione che fa da presupposto all'intelaiatura concettuale della *objective indicia analysis*, ossia che le pene irrogate giudizialmente, previste legislativamente o al contrario proibite da uno stato siano diretta espressione delle visioni morali o degli standard sociali del

popolo di quello stato. C'è un'ampia gamma di spiegazioni e giustificazioni, ben diverse dalle norme sociali condivise dalla comunità, per cui un parlamento statale potrebbe approvare o meno una data legge. Per esempio, uno stato può ritenere inopportuno prevedere la pena capitale per una categoria di criminali poiché i legislatori statali credono che la pena sarebbe giudicata costituzionalmente illegittima dalla Corte Suprema (ed innumerevoli considerazioni, dinamiche, fattori *lato sensu* politici, che possono influenzare i legislatori).

Se è così, la mancanza di legislazione non dice nulla riguardo al fatto se la cittadinanza dello stato ritenga la pena moralmente inammissibile. In altre parole, le pratiche punitive approvate dai parlamenti statali e applicate dagli organi del *sentencing* non necessariamente rispecchiano le norme sociali sottostanti³³⁷.

Queste brevi osservazioni in relazione all'*evolving standard of decency*, ed ai suoi controversi sviluppi nella *eighth amendment litigation*, hanno inteso soltanto fornire un quadro parziale di alcune delle molteplici problematiche che sono insorte nell'applicazione del metodo d'analisi per la prima volta coniato in *Trop v. Dulles*, rimarcando l'importanza di tale decisione nella prospettiva di un'analisi storico-evolutiva della *proportionality doctrine under the eighth amendment*, anche per comprendere le profonde differenze tra *proportionality review* nel *capital* e nel *non-capital context*³³⁸.

³³⁷ FARRELL I.P., *Abandoning Objective Indicia*, cit., 312-313. La letteratura che sviluppa persuasive critiche nei confronti della *objective indicia analysis*, argomentando sulla base dei concetti sopra richiamati, è ovviamente vastissima. Si veda in tal senso, senza alcuna pretesa di esaustività, *ex plurimis*, STINNEFORD J.F., *Rethinking Proportionality*, cit., 905, "Il metodo della Corte Suprema di misurare la proporzionalità è inefficace ed inaffidabile. I detrattori del controllo di proporzionalità sostengono che non esiste alcuno standard costituzionale adatto a misurare la proporzionalità e che ogni tentativo di fare ciò non sarebbe altro che l'imposizione delle preferenze soggettive di una maggioranza dei Giudici Supremi. In risposta la Corte ha ritenuto che ritenuto che la proporzionalità può essere misurata alla luce degli "evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society". Sotto questo test, una pena può essere ritenuta incostituzionale solo se c'è un consenso sociale – misurato fondamentalmente in termini di attuazioni legislative e verdetti delle giurie – contro di esso. In pratica, tuttavia, tale test raramente produce una inequivocabile dimostrazione di consenso sociale contro una data pena, poiché praticamente tutte le pene scrutinate dalla Corte godono di un significativo sostegno del pubblico. Peggio, questo test rende i diritti costituzionali dei criminali dipendenti dalla attuale opinione pubblica. Quando gli atteggiamenti della società si rivolgono contro i criminali e i legislatori rispondono facendo aumentare la severità delle pene – come è accaduto nel corso degli ultimi quaranta anni – l'evolving standard of decency test non fornisce alcuna protezione". V. anche numerosi altri *scholars* che hanno evidenziato le criticità di tale approccio e l'inidoneità dello stesso ad offrire una effettiva protezione del diritto costituzionale a non subire pene crudeli ed inconsuete, ELY J.H., *Democracy and Distrust*, cit., 69, "Non ha alcun senso impiegare i giudizi di valore della maggioranza come mezzo per proteggere le minoranze dai giudizi di valore della maggioranza stessa"; cfr. CHEMERINSKY E., *The Supreme Court, 1988 Term-Foreword, The Vanishing Constitution*, in *Harv. L. Rev.*, 1989, 44 ss., 88, "Le preferenze della maggioranza non dovrebbero determinare la natura dell'Ottavo Emendamento o di nessun altro diritto costituzionale"; v. anche, con grande chiarezza, BRENNAN W.J. JR., *Constitutional Adjudication and the Death Penalty*, in *Harv. L. Rev.*, 1986, 313 ss., in particolare v. 328-329, "Al principio, mi sembra fuori discussione che noi (Justices) non dovremmo consentire ai legislatori di delimitare al posto nostro l'ambito delle pene costituzionalmente ammissibili ... trascriverebbe di fatto la clausola al di fuori del Bill of Rights se dovessimo permettere ai legislatori di sorvegliare loro stessi avendo l'ultima parola sulla portata della protezione che la clausola è destinata ad assicurare contro il loro stesso abuso".

³³⁸ Evidenzia in particolare questo nesso, tra problematicità dell'*objective indicia analysis* e *independent judgement analysis* e creazione di un "doppio binario" di controllo costituzionale di proporzionalità della pena capitale e delle pene detentive da parte della *Supreme Court*, STINNEFORD J.F., *Rethinking Proportionality*, cit., 906-907, "La Corte ha provato a limitare la portata di questo problema creando un approccio a 'due binari' nel controllo di proporzionalità. Nei casi in cui la Corte vuole annullare una applicazione particolare della pena capitale (e ora, anche delle condanne a carcerazione perpetua per i criminali minorenni, esclusi i delitti di omicidio), essa semplicemente finge di trovare un consenso sociale contro quella pena per confermare il suo 'giudizio indipendente'. Nella maggior parte dei casi riguardanti condanne a pene detentive, al contrario, la Corte utilizza il suo 'giudizio indipendente', come una sorta di 'guardiano', confermando praticamente ogni sentenza di condanna per ogni delitto. In questi casi, la Corte non consulta neppure gli attuali "standards of decency". Abbiamo così il peggio di entrambi i mondi: una giurisprudenza sulla proporzionalità che è sia limitata che senza principi chiari. L'approccio della Corte al sindacato di proporzionalità necessita un ripensamento".

2.2.3 *Robinson v. California*: l'incostituzionalità delle c.d. *status offenses*

Proseguendo la rassegna delle sentenze fondamentali in relazione alla interpretazione della *cruel and unusual punishment clause*, deve essere brevemente analizzata *Robinson v. California* del 1962³³⁹.

Tale pronuncia non ha affrontato specificamente la questione della *eccessività* della pena in relazione al reato – dovendosi infatti ritenere che essa non ricada nel perimetro della *proportionality doctrine* – ma ha affermato, per la prima e l'ultima volta, che l'Ottavo Emendamento pone invalicabili limitazioni costituzionali di tipo *sostanziale* alla discrezionalità legislativa nella *criminalizzazione* delle condotte umane e nella loro conseguente assoggettabilità a pena³⁴⁰.

Il caso riguardava un soggetto incriminato sulla base di una fattispecie contemplata da uno *statute*

³³⁹ Per alcuni brevi cenni in relazione a tale pronuncia, in particolare sulla sua problematica collocazione nella linea di precedenti dell'Ottavo Emendamento, v. le interessanti considerazioni sul significato del caso e dei principi in esso statuiti in PACKER H.L., *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, 81; NOTE, *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, cit., 635 ss.; PACKER H.L., *Making the Punishment Fit the Crime*, cit., 1071. Più di recente sul tema si vedano STUNTZ W., *The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice*, in *Yale L.J.*, 1997, 6 ss., in particolare 68; WEISBERG B., *When Punishing Innocent Conduct Violated the Eighth Amendment: Applying the Robinson Doctrine to Homelessness and Other Contextual Crimes*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2005, 329 ss.; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 115-119. Come già ricordato, tale decisione riveste particolare importanza anche per avere sancito per la prima volta l'applicabilità dell'Ottavo Emendamento agli Stati attraverso la *due process clause* del Quattordicesimo Emendamento (c.d. *incorporation doctrine*), sulla quale v. la chiara trattazione di CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 511-19, in part. 516.

³⁴⁰ Molto chiaramente, v. WEISBERG B., *When Punishing Innocent Conduct Violated the Eighth Amendment*, cit., 334-335, in particolare, evidenziando che l'*holding* della Corte nel caso in esame ha riguardato esclusivamente la componente precettiva, relativa alla criminalizzazione di un mero *status*, e non quella della quantificazione sanzionatoria, ponendosi dunque al di fuori del perimetro della *proportionality doctrine*, l'A. afferma "Justice White scrisse per la maggioranza della Corte, e la sua opinione offre alcuni indizi iniziali su come il caso dovrebbe essere interpretato. In maniera significativa, il paragone tra la tossicodipendenza e la malattia rimane importante per tre ragioni. In primo luogo, esso chiarisce la posizione della Corte, secondo cui ciò che è crudele ed inusuale riguardo al criminalizzare la tossicodipendenza non è la reclusione (conseguenza sanzionatoria), ma semplicemente il qualificare i tossicodipendenti come criminali punibili. Questa argomentazione si differenzia dal "principio di proporzionalità" previsto dall'Ottavo Emendamento, che la Corte ha utilizzato nel pronunciarsi, ad esempio, sulla legittimità costituzionale delle three strikes laws in forza delle quali i delinquenti recidivi possono subire lunghe condanne a pena detentiva per reati minori. Per quanto riguarda il prevedere la punibilità della tossicodipendenza, la crudeltà e l'inusualità non deriva dalla severità della condanna inflitta al tossicodipendente, ma piuttosto dal fatto in sé di prevedere la punibilità di tale status. Pertanto, il divieto di imporre una responsabilità penale per la mera tossicodipendenza è assoluto". L'A. sottolinea inoltre l'importanza del fatto che l'opinione di maggioranza di *Robinson v. California* – sempre facendo leva sulla equiparabilità tra stato di tossicodipendenza (*drug addiction*) e di malattia (*illness*) – argomenta che "nessuno Stato in questo momento della storia" potrebbe con ogni probabilità approvare una legge che punisce la malattia, ponendosi così in linea di continuità con la dottrina dell'*evolving standard of decency* elaborata quattro anni prima dalla Corte in *Trop v. Dulles* e rimarcando l'*evolutionary character* della clausola (v. *funditus supra*). Cfr. NOTE, *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, cit., 645-646, "Leggendo le opinioni in *Robinson* è chiaro che il male condannato non è stato semplicemente l'incarcerazione del tossicodipendente; è stato il fatto di prevedere la sua assoggettabilità a pena detentiva per la sua tossicodipendenza", "Pare chiaro che la decisione in realtà limitò il potere degli stati di definire la condotta delittuosa". V. anche SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 115 ss., i quali, nella loro proposta di trattazione "sistematica" della proporzionalità nel sistema giuridico nordamericano, fanno rientrare la pronuncia in esame e la dottrina ivi elaborata nell'alveo delle "implicit proportionality limitations on criminal liability", differenziando in maniera netta tale contesto rispetto a quello distinto – oggetto specifico di questa indagine – relativo agli "explicit proportionality limits on sanction severity"; Cfr. BARKOW R.E., *The Court of Life and Death*, cit., 17, secondo la quale i casi *Weems*, *Trop* e *Robinson* debbono essere ritenuti *distinguishable* rispetto ad una comune questione di costituzionalità riguardante l'ammontare di una pena detentiva. In particolare – riferendosi all'ultimo dei tre casi – l'A. condivisibilmente afferma che "sebbene la Corte in *Robinson* negò la legittimità costituzionale di un periodo di detenzione come pena per il solo fatto di essere tossicodipendente, la sua preoccupazione centrale riguardava del tutto il potere legislativo di qualificare come illecito penale la tossicodipendenza, non la proporzionalità". Per una approfondita discussione della vicenda *Robinson v. LAFAYETTE W.R.*, *Criminal Law*, St. Paul, 2003, 181-182.

Californiano, che prevedeva la punibilità del fatto di essere “*addicted to the use of narcotics*”. I Giudici Supremi, valorizzando diversi argomenti, ritennero che la pena prevista e la condanna inflitta fossero *cruel and unusual* e violassero l'Ottavo Emendamento.

In particolare, la Corte suprema capovolse l'esito dei primi due gradi di giudizio – dove Robinson era stato considerato penalmente responsabile per il solo fatto di essere un tossicomane – giudicando *cruel and unusual* e dunque incostituzionale la disposizione incriminatrice, che prevedeva la punibilità con la reclusione di novanta giorni per il mero *status* di *drug addict*, assimilando tale scelta legislativa a quella di qualificare come illecito penale una malattia o stato patologico (*illness*). Come si desume dalle argomentazioni, la Corte fondò ancora una volta – almeno in parte – il suo ragionamento sugli *standard correnti condivisi nella coscienza sociale*, affermando che “*E' improbabile che alcuno Stato in questo momento della storia tenti di rendere penalmente perseguibile il fatto che una persona sia malata mentalmente, o lebbrosa, o sia afflitta da una malattia venerea ... alla luce della conoscenza umana contemporanea, una legge che penalizzasse tali malattie, sarebbe senza dubbio universalmente ritenuta un'inflizione di pena crudele ed inconsueta ... non possiamo fare altro che considerare la legge Californiana rientrante nella stessa categoria*”.

Sviluppando un'ulteriore e parzialmente distinta trama argomentativa, la maggioranza dei *Justices* fece affidamento su concetti di proporzionalità di matrice retributiva, concentrandosi specificamente sulla mancanza di colpevolezza dell'imputato e valutando la dipendenza alla stregua di una patologia che può essere contratta *innocentemente* o *involontariamente* (senza alcuna partecipazione soggettiva/volontaristica dell'agente)³⁴¹.

Si precisò anche che la proibizione costituzionale di qualificare come reato un mero status-condizione personale (o uno stato patologico) doveva essere intesa in *termini assoluti*, a prescindere dunque dall'entità della risposta sanzionatoria, confermando i profili di diversità del caso rispetto a quelli nel cui ambito si è sviluppata la *proportionality doctrine*³⁴².

³⁴¹ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *ibidem*, 117; DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 98, secondo il quale “*L'approccio della Corte all'Ottavo Emendamento in Robinson è interessante. Forse inconsapevolmente, essa fece riferimento a valori fondanti delle pena di tipo retributivo piuttosto che utilitaristico. Cioè, il retribuzionismo è fondato sul principio che la pena non dovrebbe essere irrogata a meno che una persona volontariamente scelga di commettere una condotta socialmente dannosa; la funzione di disapprovazione della pena criminale non dovrebbe essere utilizzata contro chicchessia il cui unico “crimine” sia la sua malattia. Diversamente, in una prospettiva utilitaristica non potrebbero categoricamente escludersi utilizzi del sistema penale, tra i possibili metodi, per fronteggiare il problema della tossicodipendenza. Per gli utilitaristi, non c'è una barriera che divide in modo assoluto l'impiego di strumenti 'penali' ed 'extra-penali'; dovrebbe essere consentito alla legge l'utilizzo di ogni arma disponibile per ridurre il 'danno sociale netto'. Fondamentalmente, il messaggio retributivo di Robinson sembra essere il seguente: sebbene i tossicodipendenti costituiscano un pericolo per la società e, pertanto, può essere considerato razionale incarcerare alcuni di loro, è comunque contrario agli standard di decenza punirli semplicemente perché sono malati*”.

³⁴² Per una conferma di tale ragionamento in termini *assoluti* si veda il passaggio argomentativo in cui si afferma “*Even one day in prison would be a cruel and unusual punishment for such a crime [essere un tossicodipendente, alcolizzato, malato]*”. Il profilo d'illegittimità costituzionale pertiene dunque al contenuto della componente precettiva della norma. Cfr. DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 97-98, secondo il quale “*Il profilo d'illegittimità costituzionale in questo caso non era costituito dal fatto che un tossicodipendente potesse essere punito con una condanna a novanta giorni di reclusione o più lunga, ma piuttosto che egli potesse essere punito del tutto. 'Persino un giorno in prigione', i giudici affermarono, avrebbe reso il destino di Robinson inammissibile. Sostanzialmente, la Corte ritenne che, sebbene un legislatore possa utilizzare sanzioni penali contro la produzione, vendita, acquisto, o possesso non autorizzati di narcotici, e possa affrontare i problemi sociali derivanti*

Sebbene l'*holding* sia stato tutto sommato chiaro e pienamente condivisibile nella sua sostanza, numerose incertezze hanno caratterizzato la portata del principio di diritto ed il suo sviluppo nella prassi applicativa susseguente. Come era stato già messo in evidenza da un commento di poco successivo alla decisione³⁴³, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza non vi è stata convergenza sulla effettiva estensione del divieto costituzionale di *criminalizzazione* delle *status offenses*³⁴⁴. Se da una parte, infatti, si è ritenuto che la decisione avesse introdotto un nuovo principio costituzionale, tale da imporre la necessaria presenza di un requisito di “*voluntary act*” per rendere costituzionalmente ammissibile la criminalizzazione della condotta, dall'altra si fece strada una lettura più restrittiva della statuizione di *Robinson*, che si accontentava di estrapolare dalla pronuncia un mero divieto per il legislatore di prevedere come reato e punire condizioni o status, a prescindere dunque dalla costituzionalizzazione in positivo del *voluntary act requirement*. Questa seconda, più limitata, interpretazione è stata di fatto avallata dalla Corte Suprema sei anni dopo *Robinson v. California*, nel caso *Powell v. Texas*³⁴⁵, in cui venne confermata la condanna di un soggetto per essere stato sorpreso in pubblico in stato di ubriachezza, non ravvisando dunque profili di frizione tra la norma incriminatrice in questione e la *cruel and unusual punishment clause*, intesa come limite al *potere legislativo di tipicizzare le condotte umane punibili*. L'opinione di maggioranza e le due opinioni concorrenti in *Powell* distinsero il caso rispetto a *Robinson*, enfatizzando che l'imputato non veniva punito per il solo status o per la malattia, ma piuttosto per la condotta di essere o rimanere in pubblico in stato di ubriachezza³⁴⁶.

Vale la pena sottolineare che ben cinque membri della Corte in *Powell* (i quattro *dissenters* e Justice White, che concorse nell'opinione della Corte) sostennero che la portata della proibizione costituzionale sancita in *Robinson* non doveva essere limitata alla criminalizzazione e condanna degli status comparabili alle malattie (tossicodipendenza, alcolismo cronico) ma che essa andava estesa anche alle azioni che costituiscono immediate e inevitabili conseguenze dello status (come il possesso di stupefacenti, l'essere sotto l'effetto di droga o alcol, l'essere senzatetto e sotto l'effetto di sostanze

dalla tossicodipendenza tramite programmi di educazione sanitaria, impegno civile, e altri programmi di tipo non-penale, lo Stato della California non avesse il potere costituzionale di trattare Robinson come un criminale solamente per la sua dipendenza”.

³⁴³ NOTE, *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, cit., 655, “*Robinson solleva molti più problemi di quanti non ne risolva*”.

³⁴⁴ Per profili definitori e di carattere generale delle *status offenses* v. DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 45-46 e 96, il quale osserva che numerosi stati dell'Unione avevano approvato legislazioni che prevedevano reati, ad esempio, di vagabondaggio (*to be a vagrant*) o – come si va esaminando – di tossicodipendenza (*to be addicted to the use of narcotics*). Interessante notare – come fa l'A. – i differenti parametri costituzionali impiegati dalla Corte per dichiarare l'incostituzionalità di tali crimini. Nel caso relativo al reato di *vagrancy* – *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972) – la Corte ritenne infatti violati profili del *substantive due process* inerenti alla *vagueness of the statute* (sostanzialmente, noi diremmo un *deficit* di tassatività-determinatezza che vulnera il principio di stretta legalità ex art. 25, c. 2 Cost.), che potevano sfociare in un'applicazione arbitraria da parte di corpi amministrativi e di polizia (*avoiding undue discretion in law enforcement*). In *Robinson* la Corte, giudicando incostituzionale la *criminalizzazione della tossicodipendenza*, optò invece per una interpretazione nuova della limitazione costituzionale di cui all'Ottavo Emendamento.

³⁴⁵ *Powell v. Texas*, 392 U.S. 514 (1968), sul quale v. DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 98-99.

³⁴⁶ DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 100, sottolinea che nel caso di *Powell* l'imputato non fu incriminato e giudicato per il consumo o l'utilizzo di alcol, ma per la “condotta volontaria” di andare da un luogo privato ad un luogo pubblico in condizioni di intossicazione alcolica.

psicotrope in luoghi pubblici). Proprio in riferimento alla casistica relativa ai senzatetto, le corti hanno avuto modo di pronunciarsi a più riprese, applicando la dottrina elaborata in *Robinson* per riscontrare la violazione della *cruel and unusual punishment clause* nel caso di alcune condanne per reati commessi nell'ambito delle attività necessarie alla vita derivanti dallo status di *homelessness*³⁴⁷.

E' opportuno infine osservare che alcune corti statali, sviluppando la linea interpretativa inaugurata da *Robinson*, ma basando le loro decisioni congiuntamente o solamente sulle previsioni costituzionali statali, hanno riconosciuto limiti costituzionali ad ipotesi di responsabilità oggettiva e da posizione (che possono, in un certo senso, ritenersi *status offenses*).

Questi casi solitamente riguardano la responsabilità dei datori di lavoro per le condotte dei loro lavoratori (e.g. vendere alcolici ai minorenni), basata solamente sullo status di datore di lavoro, proprietario o concessionario dell'imputato³⁴⁸.

Conclusivamente si può affermare – insieme alla dottrina – che l'*holding* di *Robinson v. California* non ha certamente rispettato tutte le attese che erano state espresse immediatamente dopo la pronuncia, le quali si auspicavano un deciso sviluppo dell'interpretazione costituzionale dell'Ottavo Emendamento come *limite sostanziale al potere di criminalizzare dei legislatori statali*. Tra i motivi principali per cui la Corte ha ritenuto di condividere una lettura più ridotta della decisione – intendendola come statuizione dell'*inammissibilità costituzionale della penalizzazione e della conseguente punibilità di meri status o condizioni soggettive* e non quale *requisito costituzionale positivo di una condotta materiale colpevole-soggettivamente partecipata* – ne deve essere senza dubbio segnalato uno in particolare. Esso involge vari aspetti di rilievo, tra cui il profilo istituzionale della separazione dei poteri, la struttura federale degli U.S.A. e va in definitiva a coincidere con l'atteggiamento di *deferenza* e *self-restraint* che la Corte Suprema Federale deve sempre mantenere quando giudica la costituzionalità della legislazione penale statale. Come già espresso chiaramente nell'opinione di maggioranza redatta da *Justice Marshall* in *Powell v. Texas*, un ampliamento della *Robinson Doctrine* avrebbe probabilmente reso la Corte Suprema “sotto l'egida della *Clausola che vieta le pene crudeli ed inconsuete, l'arbitro ultimo dei principi regolatori degli stati in materia di responsabilità penale*”.

Cioè, una prospettiva ermeneutica di questo tipo poteva giungere a precludere agli stati la possibilità di punire un tossicodipendente per il possesso della sostanza stupefacente e persino per avere commesso una rapina finalizzata ad ottenere il denaro per soddisfare le esigenze derivanti dal suo status di tossicodipendente. Sarebbe stato poi breve il passo fino a riconoscere la validità dell'asserzione che l'Ottavo Emendamento impone che i legislatori statali prevedano specifiche *defenses* (ad esempio

³⁴⁷ Un efficace quadro d'insieme, sia dottrinale che giurisprudenziale, con interessanti proposte nel senso di un possibile ampliamento e di una rivitalizzazione della *Robinson Doctrine*, anche in contesti diversi da quello delle tossicodipendenze, in WEISBERG B., *When Punishing Innocent Conduct Violated the Eighth Amendment*, cit., 334 ss.

³⁴⁸ Così SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 119.

l'insanity o la *duress*)³⁴⁹ per esonerare dalla responsabilità penale soggetti la cui condotta sia stata “*involontaria*”, in un qualche senso del termine. All'evidenza, si trattava di un'intrusione alquanto drastica – soprattutto in prospettiva potenziale – nei sistemi penali dei singoli stati, difficile, se non impossibile, da conciliare con le basilari nozioni di *separation of powers* e *federalism*, che permeano in profondità l'intero sistema Americano, e che in larga parte giustificano la persistente propensione al *judicial restraint*³⁵⁰ dei Giudici Supremi.

La Corte in *Powell* ritenne pertanto di accedere ad una interpretazione più limitata della portata di *Robinson v. California*, probabilmente temendo che una lettura diversa della decisione avrebbe potuto costituire una fondamentale apertura nella direzione di stabilire una mancanza di *self-restraint* come limitazione costituzionale alla criminalizzazione ed alla pena.

Una breve notazione conclusiva di natura comparatistica in riferimento alle caratteristiche dei casi appena esaminati. Si può forse affermare che il controllo di costituzionalità condotto in *Robinson* dalla Corte Suprema e le considerazioni ivi sviluppate (*i.e.* tutto il discorso relativo alla costituzionalità delle *c.d. status offenses*) presentino alcuni profili di affinità con le cadenze argomentative delle decisioni della Corte costituzionale che hanno via via dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza di alcune fattispecie (o di aggravamenti sanzionatori in esse contemplati) completamente o parzialmente incentrare su status soggettivi e non su condotte *materiali* realmente lesive di beni giuridici, quantomeno nella forma della messa in pericolo. Si allude a quell'insieme di decisioni che, utilizzando al massimo le potenzialità critiche, in chiave di limitazione sostanziale alla criminalizzazione, insite nel *principio di offensività* (e nel *principio di materialità*) quale “*norma invalidante*”, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dei *c.d. reati d'autore*³⁵¹. Assai stimolante anche il parallelismo tra moduli argomentativi impiegati nelle succitate decisioni della Corte Suprema e quelle pronunce della Corte costituzionale che si sono fondate, congiuntamente, su una valorizzazione del profilo di violazione del canone costituzionale della offensività-ragionevolezza e di *standard desunti dalla coscienza sociale*³⁵². Si tornerà comunque su questi aspetti quando si individueranno similitudini e divergenze tra le due esperienze di controllo di costituzionalità sulla misura della pena.

2.2.4 Coker v. Georgia: la dichiarazione d'incostituzionalità della pena di morte per il delitto di rape per disproportionality

³⁴⁹ Per un quadro generale di sintesi sulla sistematica delle *defenses* e sulla fondamentale distinzione tra *justifications* ed *excuses* nel sistema penale statunitense, v. DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 203-221.

³⁵⁰ Interessanti osservazioni sintetiche di carattere generale sul concetto di *judicial restraint* nell'ambito della *constitutional interpretation* statunitense in DORF M.C.-MORRISON T.W., *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, cit., 50-52.

³⁵¹ Si vedano in particolare le Sentenze della Corte Costituzionale nn. 370 del 1996, 354 del 2002, 249 del 2010, le quali, pur in contesti diversi, dichiarano l'illegittimità costituzionale di tipologie punitive o aggravatrici esclusivamente fondate su condizioni o qualità personali, per violazione del principio di offensività-ragionevolezza.

³⁵² Chiari esempi di compresenza di argomentazioni relative alla violazione del principio di offensività nell'alveo della ragionevolezza ed al contrasto con i valori predominanti condivisi nella coscienza sociale possono essere rinvenuti, ad esempio, nelle importanti decisioni della Corte Costituzionale n. 341/1994 e n. 519/1995.

Nel fondamentale precedente *Coker v. Georgia* del 1977³⁵³, per la prima volta³⁵⁴ – quantomeno in una “modern decision” – la Corte Suprema si impegnò in una vera e propria analisi sostanziale di proporzionalità della pena capitale rispetto al delitto di rape^{355 356}, sviluppando diversi test (in particolare tre: quello

³⁵³ *Coker v. Georgia* 433 U.S. 584 (1977)

³⁵⁴ Per la verità, le stesse identiche problematiche affrontate dalla *Supreme Court* nella sentenza del 1977, riguardanti la legittimità costituzionale della pena capitale, sotto il profilo della sua *excessiveness* per i delitti di *rape*, erano già *in nuce*, ad esempio, in una vicenda affrontata quattordici anni prima dai Giudici Supremi, *Rudolph v. Alabama*, 375 U.S. 660 (1963). In particolare, deve essere riportato il passaggio argomentativo della *dissenting opinion to the denial of certiorari* di Justice Goldberg nel caso ultimo citato: “*I would grant certiorari in this case and in No. 169, Misc., Snider v. Cunningham, to consider whether the Eighth and Fourteenth Amendments to the United States Constitution permit the imposition of the death penalty on a convicted rapist who has neither taken nor endangered human life. The following questions, inter alia, seem relevant and worthy of argument and consideration: 1) In light of the trend both in this country and throughout the world against punishing rape by death, does the imposition of the death penalty by those States which retain it for rape violate ‘the evolving standards of decency that mark the progress of our maturing society’, or ‘standards of decency more or less universally accepted’? 2) Is the taking of human life to protect a value other than human life consistent with the constitutional proscription against ‘punishments which by their excessive ... severity are greatly disproportioned to the offense charged’? 3) Can the permissible aims of punishment (e.g. deterrence, isolation, rehabilitation) be achieved as effectively by punishing rape less severely than by death (e.g. by life imprisonment); if so, does the imposition of the death penalty for rape constitute ‘unnecessary cruelty’?*”. Come precisato da un’attenta dottrina contemporanea (PACKER H.L., *Making the Punishment Fit the Crime*, cit., 1073) le domande nn. 2) e 3) rappresentano i quesiti cruciali che caratterizzeranno lo sviluppo della *proportionality review* nei *capital cases*, a partire da *Coker*, conferendo carattere sostanziale alla *judicial review of excessive punishment under the eighth amendment* (il parametro pare cambiare, da un *test basato sulla decenza-coscienza sociale* ad un *test di stampo razionalistico*, assimilabile al *substantive due process*). Lo stesso A., in maniera chiara, descrive il decisivo passaggio in questi termini “*L’evaporazione del primo quesito di Justice Goldberg mostra il problema in modo molto più chiaro. Non è la questione relativa al decoro-decenza da sempre sottesa all’Ottavo Emendamento, ma piuttosto una questione di razionalità della scelta legislativa: il problema posto dalla seconda e dalla terza domanda di Justice Goldberg. Con esse, il fulcro si sposta. Il punto ora è se una proporzione tra delitto e pena legislativamente prevista sia razionalmente sostenibile. Questo è il problema di proporzionalità di cui si occupa primariamente il Commento. Malgrado l’utilizzo da parte di Justice Goldberg dell’Ottavo Emendamento come copertura e come parametro costituzionale asseritamente violato, sembra evidente che la sua prima domanda ponga un problema profondamente diverso rispetto alla seconda ed alla terza. E se – come io credo – solamente la seconda e la terza possono essere seriamente approfondite e sviluppate nel contesto della pena capitale per il delitto di stupro, pare corretto riformulare la domanda da “se l’Ottavo Emendamento e il Quattordicesimo Emendamento permettono” a se la pena di morte nei casi di stupro è talmente irrazionale da offendere il substantive due process, una questione che si pone in maniera del tutto indipendente dalla prescrizione dell’Ottavo Emendamento*”. Valga solamente osservare che le considerazioni del Prof. Packer sono formulate in un momento storico in cui – dopo la sopra descritta decisione *Robnson v. California* – vi era grande fiducia in un possibile ampliamento del margine d’intervento della Corte Suprema nell’ambito del diritto penale sostanziale sulla base della *cruel and unusual punishment clause*. Lo sviluppo successivo della giurisprudenza costituzionale ha dimostrato, come peraltro già previsto nell’articolo, tutte la problematicità di una *proportionality review* condotta anche in base a criteri di tipo sostanziale-razionalistico, tanto nel *capital context* quanto, soprattutto, nel *non capital context*.

³⁵⁵ Per completezza, è necessario ricordare brevemente che i Giudici Supremi ebbero a pronunciarsi sulla costituzionalità della pena capitale – seppur su profili diversi e non esattamente riguardanti la *proportionality review* – già nel 1972, nel fondamentale precedente *Furman v. Georgia* 408 U.S. 238 (1972). In quell’occasione la Corte, con una decisione *per curiam*, definita eloquentemente in dottrina “*a jurisprudential debacle*” (v. RADIN M.J., *The Jurisprudence of Death*, cit., 998), capovolse la pronuncia di condanna e dichiarò costituzionalmente illegittima per violazione della *cruel and unusual punishment clause* l’applicazione della pena capitale prevista in forza di uno *statute* della Georgia. I *Justices* non furono in grado però di elaborare una decisione coerente. Più precisamente, tre distinte categorie di *fondamenti razionali* emersero: i *Justices* Douglas, Stewart e White, nella *majority opinion*, non giudicarono la pena di morte di *per sé* costituzionalmente illegittima, ma ritennero che la violazione dell’Ottavo Emendamento consistesse *soltanto* negli aspetti della *normativa procedurale* che disciplinava l’applicazione della estrema sanzione nel caso in esame, che essi ritennero arbitraria, discriminatoria e spesso guidata da pregiudizi di tipo razziale nei confronti degli afroamericani (per queste ragioni la vicenda può essere classificata più propriamente come relativa ad aspetti di *procedural due process* e non di *substantive limitation on excessive punishment/disproportionality*, cfr. LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 101-102, e bibliografia *ivi* richiamata, definisce tale caso come “*super due process for death*” o “*death is different*”). Soltanto i due *Justices* Brennan e Marshall, esaminando il significato sostanziale della clausola, giunsero a statuire che la pena capitale doveva *in sé* ed in termini assoluti considerarsi sempre costituzionalmente illegittima per violazione dell’Ottavo Emendamento, a prescindere dunque dalle circostanze del caso concreto e da eventuali profili procedurali di applicazione discriminatoria e/o arbitraria da parte delle giurie. I quattro *dissenters*, dal canto loro, facendo leva precipuamente sul fatto che una lunga tradizione di *common law* aveva sempre consentito l’utilizzo della pena di morte per alcuni gravi delitti, e valorizzando i consueti argomenti collegati alla necessità di mantenere un

teso alla verifica degli objective indicia of national consensus, brevemente descritto supra; ed un two-pronged “independent judgment”³⁵⁷ della Corte, fondato sia su una concezione della proporzionalità di tipo “grezzamente” retributivo, sia su considerazioni lato sensu finalistiche ed utilitaristiche correlate al contenuto afflittivo della sanzione³⁵⁸), che avrebbero poi influenzato le evoluzioni giurisprudenziali successive, anche nel distinto contesto del controllo di costituzionalità sulla misura delle pene detentive.

Occorre premettere in breve i fatti di causa.

La vicenda portata all'attenzione della Corte riguardava lo stupro di una “donna adulta” di sedici anni³⁵⁹, commesso da Ehrlich Coker. Egli in precedenza aveva già usato violenza sessuale nei confronti di un'altra donna, accoltellandola poi con esito letale. Otto mesi dopo, non ancora assicurato alla giustizia, sequestrò e violentò due volte un'ulteriore vittima. Dopo essere stato condannato per questi gravi delitti a tre ergastoli, in forza delle disposizioni di legge contenute nei *criminal statutes* della Georgia, riuscì ad

atteggiamento di *judicial restraint* e *deference* rispetto alle valutazioni dei legislatori, considerarono costituzionalmente legittima l'applicazione della pena capitale nei confronti di Furman. Ad esito di tale confusa ed insoddisfacente presa di posizione, vi fu una moratoria *de facto* di quattro anni nelle esecuzioni, periodo in cui i vari stati apportarono modifiche agli *statutes* che prevedevano *capital offenses* per conformarli ai *dicta* della *Supreme Court*, tentando di assicurare che l'applicazione della estrema sanzione fosse meno discriminatoria ed arbitraria e guidata da fattori oggettivi. La spinosa problematica relativa ai profili di costituzionalità delle modalità applicative procedurali della pena capitale venne riportata all'attenzione della Corte Suprema nel 1976, nella vicenda *Gregg v. Georgia* (e *companion cases Proffitt v. Florida, Jurek v. Texas, Woodson v. North Carolina, e Roberts v. Louisiana, 428 U.S. 153 (1976)*). La questione nodale affrontata in tali casi riuniti ebbe allo stesso modo natura processuale. Sempre i due Giudici Supremi Brennan e Marshall, come in *Furman v. Georgia*, analizzarono la clausola su un piano sostanziale, sostenendo nuovamente la illegittimità costituzionale della pena capitale in assoluto. La *plurality opinion* dei *Justices* Stewart, Powell e Stevens, si concentrò invece ancora su aspetti procedurali, stabilendo che la pena capitale nei casi di *murder* non poteva essere né *mandatory* né rimessa completamente alla discrezionalità incontrollata delle giurie, ma piuttosto doveva essere soggetta ad una discrezionalità vincolata conferita per legge alle *sentencing authorities* dei vari stati. Sulla base di questi presupposti, la Corte – con l'aiuto delle *concurring opinions* dei Giudici Supremi Brennan e Marshall – nei casi *Woodson v. North Carolina* e *Roberts v. Louisiana* invalidò quelle disposizioni che prevedevano l'inflizione *mandatory* della pena capitale per il reato di *murder*. Diversamente gli *statutes* che prevedevano una “discrezionalità vincolata”, in grado – ad avviso dei tre *Justices* della *plurality opinion*, supportati dalle opinioni concorrenti dei quattro *dissenters* – di evitare un'applicazione discriminatoria ed arbitraria della pena capitale, furono giudicati costituzionalmente legittimi in *Gregg v. Georgia, Proffitt v. Florida* e *Jurek v. Texas*. In definitiva, la decisione della Corte in *Gregg* si concentrò su quali forme di discrezionalità e quali limiti alla discrezionalità sono costituzionalmente imposti quando si infligge la più severa delle sanzioni; la regola generale desumibile fu dunque che le disposizioni di legge che prevedono la pena capitale in caso di omicidio volontario non violano l'Ottavo Emendamento se è imposto alla *sentencing authority* di tenere in considerazione il singolo reo e lo specifico reato commesso, bilanciando le *aggravating circumstances* (che devono essere previste per legge) con i *mitigating factors* (che possono, ma non devono, essere previsti per legge).

³⁵⁶ V. RADIN M.J., *The Jurisprudence of Death*, cit., 990 e *ivi* alla nt. 7, ove si afferma, rispettivamente, “Coker marks a turning point in the eighth amendment jurisprudence. It is the first modern decision in which the Supreme Court has relied on disproportionality to invalidate a punishment under the cruel and unusual punishment clause. It is also the first death penalty case in which as many as six members of the Court have explicitly relied on substantive analysis of what constitutes cruel punishment rather than on issues of procedure or the proper extent of judicial review.” e “Coker is the first Supreme Court case to rely exclusively on the proportionality concept”; cfr. LAFAVE W.R., *Criminal Law*, cit., 177

³⁵⁷ In dottrina (SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 131; cfr. LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 113-114) si segnala che sebbene la Corte in *Coker* abbia affermato che una determinata pena può essere ritenuta eccessiva e dunque proibita dall'Ottavo Emendamento sulla base di ognuno dei due test (sia quello di tipo retributivo che quello di tipo utilitaristico-finalistico), in genere le Corte fa riferimento ad entrambi per misurare l'eccessività. Tuttavia in alcune occasioni, come in *Coker*, la pena capitale è stata dichiarata inammissibile sulla base del solo test retributivo.

³⁵⁸ Identifica già molto lucidamente le due distinte componenti, retributiva e utilitaristico-finalistica, dell'*independent judgment*, RADIN M.J., *The Jurisprudence of Death*, cit., 1056.

³⁵⁹ Come è stato precisato dalla Corte Suprema in un importante caso successivo, in cui si è sancita l'incostituzionalità categorica per sproporzione della pena capitale anche nel caso in cui la vittima della violenza carnale sia stato un bambino – *Kennedy v. Louisiana 554 U.S. 407 (2008)* – non sono del tutto chiari i motivi per cui nella decisione di *Coker* una vittima solo sedicenne venne considerata “adult woman”. Forse – osserva la Corte in *Kennedy* – venne dato peso preponderante al fatto che la vittima fosse sposata, fosse proprietaria di una casa e avesse dato alla luce un bambino tre settimane prima del delitto.

evadere dalla prigione dopo un anno e mezzo di detenzione. Una volta evaso, commise ancora gravissime *felonies*, precisamente la rapina e la violenza sessuale che gli costarono la condanna alla pena capitale, inflitta da una giuria della Georgia.

La *proportionality analysis* svolta dalla Corte Suprema in *Coker* si sviluppò, in una prima fase, secondo la direttrice – successivamente divenuto il primo step utilizzato in genere nel “*approach followed in death penalty opinions*” – segnata dalla ricerca degli *objective indicia of national consensus*, riguardo alla punibilità del delitto di stupro con la più estrema ed irrevocabile delle sanzioni. *Justice White* – scrivendo per la Corte – constatò che al tempo solamente pochi Stati dell'Unione autorizzavano la pena di morte per lo stupro di un soggetto adulto, e che in quei pochi stati, Georgia compresa, le giurie molto raramente erano inclini ad irrogare la pena capitale³⁶⁰.

Tuttavia la Corte, essendo forse consapevole che gli esiti della prima fase del controllo non potessero risultare dirimenti nello stabilire se la pena fosse così *eccessiva* da violare l'Ottavo Emendamento, precisò che le evidenze derivanti dalle legislazioni statali e dalle applicazioni delle giurie dovessero essere in qualche modo “*confermate*” (*backed up*) da un *independent judgment* dei Giudici Supremi³⁶¹.

A tal fine, l'opinione della Corte – redatta da *Justice White*, a cui si unirono i *Justices Stewart, Blackmun* e *Stevens* – si cimentò in un *two-pronged test*, orientato a stabilire se l'eventuale eccessività della pena di morte in relazione ad delitto di violenza sessuale fosse tale da integrare una violazione della *cruel and unusual punishment clause*.

L'esame vide la Corte pronunciarsi esattamente in questi termini, affermando per la prima occasione in maniera esplicita la centralità della *proportionality doctrine* nel *capital context*: “L'Ottavo Emendamento proibisce non soltanto quelle pene che sono barbare ma anche quelle che sono eccessive rispetto al reato commesso ... Una pena è da ritenersi eccessiva ed incostituzionale se essa: 1) non dà nessun apprezzabile contributo al perseguimento di alcuna delle finalità della pena accettabili e dunque non è niente altro che un'inflizione di sofferenza e dolore inutile e senza scopo; 2) è manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del delitto” (“*the Eighth Amendment prohibits not only those punishments that are 'barbaric' but also those that are 'excessive' to the crime committed ... A punishment is 'excessive' and unconstitutional if it 1) makes no measurable contribution to acceptable goals of punishment and hence is nothing more than the purposeless and needless imposition of pain and suffering; or 2) is grossly out of proportion to the severity of the crime*”).

Come è stato sottolineato dalla dottrina³⁶², la seconda componente del test di legittimità è fondata su una

³⁶⁰ Per osservazioni critiche riguardo al fatto che l'indagine condotta dalla Corte in *Coker* fosse sufficiente a stabilire che vi fosse un *national societal consensus* contro la pena di morte per i delitti di stupro commessi nei confronti di soggetti adulti, anche per problemi connessi alla struttura federale degli Stati Uniti, v. DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 57.

³⁶¹ Nelle parole della Corte “*These recent events evidencing the attitude of state legislatures and sentencing juries do not wholly determine this controversy, for the Constitution contemplates that in the end our own judgment will be brought to bear on the question of the acceptability of the death penalty under the Eighth Amendment*”.

³⁶² Tra i tanti commenti alla *landmark decision* in esame, senza pretesa di esaustività, si vedano, nella manualistica, DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 56-59; ROBINSON P.H.-CAHILL M.T., *Criminal Law*, New York, 2012, 74-78; LAFAYE W.R.,

concezione della proporzionalità – nella sua dimensione costituzionale – di tipo *strettamente retributivo*. In questo frangente, la disamina sulla congruità della sanzione inflitta a Coker prescinde completamente sia da valutazioni di profili utilitaristici connessi alla pericolosità del reo che da considerazioni di *general deterrence*, focalizzandosi solo – ed in una maniera, come sottolineato dai *dissenters*, caratterizzata da “*primitive simplicity*”, che non si discosta dalla rigida *proporzionalità materiale* della *lex talionis* – sul profilo del danno, della lesione provocata dal reato di violenza sessuale. In particolare la Corte raffrontò *in termini assoluti* il contenuto offensivo del reato di stupro con quello della pena capitale, che, a differenza della violenza sessuale, va a privare irrevocabilmente e definitivamente il soggetto del suo bene più importante, quale è la vita. Riscontrando inequivocabilmente una patente disomogeneità tra i due termini di paragone, i Giudici Supremi dichiararono la *death penalty* costituzionalmente inammissibile per la sua sproporzione rispetto al reato di *rape*. Pare opportuno riportare integralmente la traduzione del passaggio argomentativo in cui viene elaborato il primo step della valutazione della Corte: “Noi non ignoriamo la gravità dello stupro come delitto. Esso è altamente riprovevole, sia in senso morale che nel suo quasi totale disprezzo per l'integrità personale e l'autonomia della vittima di sesso femminile e per la prerogativa di questa di scegliere i soggetti con i quali relazioni intime debbono essere instaurate. A parte l'omicidio, esso è “la massima violazione della personalità”. E' anche un delitto violento poiché normalmente implica l'uso della forza, o la minaccia della forza o l'intimidazione, al fine di prevalere sulla volontà e sulla capacità della vittima di resistere. Lo stupro è molto spesso accompagnato da lesioni fisiche alla femmina e può anche procurare danni psicologici. Poiché esso danneggia il senso di sicurezza della comunità, c'è anche la lesione di un interesse pubblico.

Lo stupro è senza dubbio meritevole di una pena severa; ma in termini di depravazione morale e di lesione alla persona ed alla comunità pubblica, esso non è paragonabile all'omicidio volontario, che implica l'ingiustificabile prendere la vita umana. Sebbene esso possa essere accompagnato da un altro crimine, lo stupro per definizione non include la morte o anche il ferimento grave di un'altra persona. L'assassino uccide; lo stupratore, se non va oltre ciò, no. La vita è terminata per la vittima dell'omicida, per la vittima dello stupro, la vita non può essere neanche lontanamente così felice come era prima, ma non è finita e generalmente vi è la possibilità di rimediare. Noi abbiamo la profonda convinzione che la pena di morte, che è unica nella sua severità e nella sua irrevocabilità, sia una pena eccessiva per lo stupratore che, come tale, non porta via la vita umana”.

Benché la statuizione di illegittimità costituzionale della pena di morte per il delitto di stupro da parte della Corte in *Coker* fu limitato al solo “stupro di una donna adulta”, il ragionamento sottostante, fondato su una prospettiva rigidamente retributiva della sanzione penale, di fatto estese l'incostituzionalità a *tutte le ipotesi di pena capitale prevista per delitti di stupro*, categorizzando la proibizione. Il problema si pose

Criminal Law, cit., 177-179. Ulteriori utili approfondimenti in AA.VV., *Sentencing Law and Policy: Cases, Statutes, and Guidelines*, New York, 2007, 304-309; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles.*, cit., 131; RADIN M.J., *The Jurisprudence of Death*, cit., 1052-1056; SINGER R.G., *Proportionate Thoughts*, cit., 232.

di nuovo successivamente, quando ben sei stati (Louisiana, Georgia, Montana, Oklahoma, South Carolina, Texas) introdussero *statutes* che contemplavano la pena di morte per il delitto di stupro di minori inferiori ai dodici anni. La questione della *eccessività* della pena capitale per il delitto di violenza sessuale sui bambini è stato deciso dalla Corte Suprema nell'importante caso *Kennedy v. Louisiana* del 2008, ove si è ritenuto che l'estrema sanzione fosse categoricamente eccessiva per tale delitto³⁶³.

In relazione al primo standard elaborato dalla Corte, secondo cui la sanzione è da ritenersi incostituzionale per eccessività quando “*non rende alcun contributo misurabile al perseguimento delle finalità accettabili della pena e dunque non è nulla di più che una imposizione di dolore e sofferenza senza scopo e non necessaria*”, va osservato che esso presenta maggiori profili di complessità e risulta essere estremamente ambiguo.

Come è stato già evidenziato in precedenza, nella prospettiva dell'interpretazione costituzionale nordamericana, considerazioni di questo tipo, connesse alla *rational basis for state action*, non verrebbero ritenute questioni di proporzionalità nell'alveo della *eighth amendment litigation*, mentre in Europa tendenzialmente sì (attinenti alla sfera della *necessarietà* della misura afflittiva, rispetto ad altre egualmente efficaci, ma incidenti in misura minore sui diritti del singolo).

Nell'ambito di un'approfondita indagine analitica sul concetto di proporzionalità nell'intero sistema costituzionale statunitense, si è recentemente sostenuto che il primo fattore sviluppato in *Coker* racchiuda in sé implicitamente complesse valutazioni riguardanti sia la proporzionalità relativa ai mezzi (*alternative means proportionality*) che la proporzionalità relativa ai fini (*ends-benefits proportionality*).

Sotto il primo profilo, la pena capitale non sarebbe necessaria e risulterebbe perciò eccessiva quando essa non fosse in grado di garantire alcun beneficio ulteriore, in termini di deterrenza o di “vantaggi sociali”, rispetto alla seconda sanzione penale più severa disponibile nell'ordinamento, ossia la LWOP *sentence*³⁶⁴.

Relativamente al secondo aspetto - l'analisi di proporzionalità in rapporto ai fini da perseguire – la pena capitale, sanzione unica nella sua definitività e severità, sarebbe sproporzionata quando non garantisse alcun effetto dissuasivo-deterrente. Tuttavia, dal momento che gli autori di *capital offenses* sarebbero comunque puniti con pene particolarmente severe, come LWOP *sentences*, il problema sta nello stabilire se esistano benefici ulteriori, in termini di deterrenza, derivanti dall'esecuzione, rispetto alla carcerazione a vita, tali da giustificare la severità aggiunta.

Ragioni di sintesi impediscono un ulteriore sviluppo dell'indagine sulla *proportionality doctrine* nel

³⁶³ Un breve esame della importante decisione in DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 58-59; v. anche AA.VV., *Sentencing Law and Policy*, cit., 308.

³⁶⁴ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 132, i quali notano lo sviluppo di questo tipo di argomentazioni nelle pronunce che hanno sancito l'incostituzionalità categorica della pena capitale per sproporzione nei confronti di determinate categorie di soggetti (in particolare le importanti decisioni *Enmund v. Arizona*, *Atkins v. Virginia*, *Roper v. Simmons*). In questi tre casi – osservano gli AA. – la Corte, pur non giungendo a negare del tutto l'effetto deterrente della pena capitale nei confronti delle “classi” di soggetti coinvolti, ha implicitamente argomentato che lo scopo di prevenzione generale può essere perseguito con eguale efficacia imponendo la detenzione a vita (in particolare *v. Roper v. Simmons*).

capital context. Nel prosieguo del lavoro, tuttavia, continueranno ad essere effettuati riferimenti e richiami ad alcune pronunce di particolare rilievo, necessari al fine di evidenziare gli aspetti di differenza e le criticità del *noncapital context*.

Vale la pena, conclusivamente, rimarcare due aspetti significativi riguardo al distinto percorso seguito dalla giurisprudenza costituzionale in punto proporzionalità della pena capitale rispetto alla linea di precedenti che ha vagliato la legittimità degli *excessive prison terms*.

In primo luogo – nella prospettiva di una disamina del differenziato sviluppo della *line of cases* relativa alle condanne a pene detentive – occorre sempre tenere a mente che la Corte ha giustificato la sua *metodologia d'analisi differenziata* facendo riferimento continuativamente al concetto del “*death is different*”. Tale ovvia *diversità qualitativa* tra le sanzioni, quale fondamento dello sviluppo di distinte *proportionality review tracks* nei due contesti, venne elaborato per la prima volta nella giurisprudenza della Corte Suprema nel caso *Furman v. Georgia*, e poi ripetuto quasi come un “*mantra*”³⁶⁵, senza tuttavia andare oltre a ciò, non essendo stata fornita alcuna specifica giustificazione da parte dei Giudici Supremi per il progressivo abbandono del sindacato sull'eccessività delle sanzioni detentive³⁶⁶. Non si può ovviamente negare che la posizione dei soggetti sottoposti alla più grave ed estrema afflizione irrogata dalla autorità pubblica esiga uno scrutinio di costituzionalità più penetrante da parte della Corte Suprema, ma da ciò non può derivare automaticamente una illegittima e completa abdicazione della *judicial review* nell'ambito delle pene detentive eccessive, laddove, per di più, i soggetti bisognosi di una effettiva protezione costituzionale aumentano esponenzialmente nel numero.

I problemi – come si vedrà – che si pongono nel settore privilegiato della mia ricerca sono definiti in letteratura di *line - drawing* e *administrability*.

Per quanto concerne il primo aspetto, è palese che mentre il contenuto afflittivo unico ed estremo della pena capitale agevola il compito dei Giudici nel valutare la “corrispondenza quantitativa” fra delitto e sanzione (ad esempio l'equivalenza con l'omicidio), ed eventualmente nello stabilire una eccessività

³⁶⁵ Si veda ad esempio l'*Opinion of the Court* redatta da Justice Rehnquist nel primo *non-capital case* *Rummel v. Estelle* 445 U.S. 272, ove si cita *Furman* nel passaggio in cui Justice Stewart osservò: “*La pena di morte differisce da tutte le altre forme di sanzione penale, non nella quantità ma nella tipologia. Essa è unica nella sua totale irrevocabilità. Essa è unica nel suo rifiuto della rieducazione del condannato come fondamentale scopo della giustizia penale. E essa è unica, infine, nella sua assoluta rinuncia di tutto ciò che è compreso nella nostra concezione di umanità*”. La Corte in *Rummel* continuò osservando che la natura unica della pena capitale era stata citata in numerose occasioni nella *eighth amendment litigation*, per poi concludere che “*Poiché una condanna a morte differisce nella tipologia da ogni altra condanna a pena detentiva, non importa di quale durata, le nostre decisioni che applicano la proibizione pene crudeli ed inconsuete alle condanne capitali sono limitatamente di aiuto nel decidere la costituzionalità della pena inflitta a Rummel*”. Questo passaggio è estremamente significativo perché di fatto segna la netta frattura tra le due linee di precedenti.

³⁶⁶ Secondo attenta dottrina, tale approccio “a due binari”, con particolare riferimento alla “sterilizzazione” del sindacato sulle condanne a pena detentiva – come già rimarcato – non pare trovare alcun fondamento nel testo, nella struttura e nella storia della Carta Costituzionale Americana, v. BARKOW R.E., *The Court of Life and Death*, cit., 2. Deve essere poi evidenziato, in riferimento alla *judicial abdication*, che il *trend* politico-criminale Statunitense negli ultimi quaranta anni, sia livello statale che a livello federale, è stato verso una sempre più accentuata *pan-penalizzazione* ed una escalation verso picchi di severità sanzionatoria inusitati e non paragonabili a quasi nessun altro paese democratico (si pensi quale ambito esemplificativo di tale tendenza alla *War on drugs*, ma anche alle *sex offenses*, per non parlare delle *three strikes laws*). Questa situazione politica generalizzata avrebbe dovuto di certo spingere la Corte ad esercitare il suo controllo sulle pene eccessive in maniera più pervasiva di quanto non sia stato fatto.

incostituzionale in riferimento alle finalità utilitaristiche o retributiva della pena, nell'ambito dei *prison terms* l'atteggiamento deve essere molto più cauto e i profili di complessità aumentano in maniera significativa. Come è stato osservato molto chiaramente da attenta dottrina, che si è occupata del tema in esame ormai più di trenta anni or sono, “*Nel caso della pena di morte esiste una omogeneità di contenuto con il delitto di omicidio; ciò, invece, non accade per la sanzione detentiva, e si è visto quali problemi sorgano quando se ne vuole determinare il quantum equivalente alla gravità del reato. Si noti, inoltre, che per la sanzione capitale si tratta di risolvere un aut aut tra ammissibilità o divieto della stessa: l'azione legislativa deve allora confrontarsi, a tale proposito, con una pretesa sostanziale dell'individuo a carattere determinato; viceversa, nel caso della pena detentiva, quand'anche essa si ammettesse l'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito che imponesse pene proporzionate alla gravità del fatto, tuttavia non sarà mai possibile – per l'elasticità di quel termine; per essere la pena privativa della libertà personale un continuum di unità di tempo graduabili – individuare con precisione il contenuto della pretesa*”³⁶⁷.

Infine, particolarmente interessante si presenta il raffronto tra i *criteri comparativi* elaborati dal massimo organo giudiziario statunitense per vagliare l'eccessività della pena nei due distinti “campi” di giudizio.

Infatti, se per stabilire l'eccessività della pena capitale rispetto ad un particolare delitto o ad una categoria di *offenders* si guarda in primo luogo agli *objective indicia of national consensus*, per poi focalizzarsi sull'*independent judgment* e confermare eventualmente gli esiti del primo step di giudizio, la *metodologia comparativa del non capital context*, necessaria per *relativizzare* il sindacato di costituzionalità ed informarlo il più possibile a fattori oggettivi, come si vedrà ampiamente, si caratterizza in modo peculiare ed eccentrico ed è il risultato di anni ed anni di giurisprudenza contraddittoria, efficacemente descritta con queste parole “*La storia di questi sei casi (N.d.T. prison duration cases) è una storia di Giudici che manovrano, di risultati capovolti, e di ragionamenti sui generis*”³⁶⁸: si allude al *test comparativo* formulato per la prima volta in *Solem v. Helm*, la cui portata è stata ridotta successivamente in *Harmelin v. Michigan (narrow proportionality requirement-gross disproportionality test)*, ed infine rielaborato, in senso ancora più riduttivo e deferente rispetto alle scelte legislative, nei casi del 2003 riguardanti la *three strikes law* Californiana.

Nel paragrafo seguente si illustreranno analiticamente i sei casi in cui è stata valutata la legittimità costituzionale di *excessive prison terms* – concentrandosi dunque quasi esclusivamente sulle decisioni della Corte Suprema, sul dato giurisprudenziale – per poi passare alla rassegna di alcune delle molteplici proposte ricostruttive avanzate in letteratura, con lo scopo principale di *razionalizzare*, rendere più prevedibile, in definitiva idoneo a rianimare la protezione costituzionale, il test di costituzionalità sulla misura della sanzione penale detentiva.

³⁶⁷ PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 758.

³⁶⁸ LEE D.H., *Resuscitating Proportionality*, cit., 534.

2.3 I sei c.d. “*modern prison-duration cases*” ed il tormentato approccio della Corte Suprema alla proporzionalità nel settore del *noncapital sentencing*

2.3.1 Precisazioni preliminari e disamina degli orientamenti precedenti delle *lower federal courts*

Prima di addentrarsi nell'analisi “*caso per caso*” dei contraddittori arresti giurisprudenziali della Corte Suprema Federale nell'ambito degli *excessive prison terms cases*, occorre una precisazione iniziale: necessaria, in prospettiva comparatistica, al fine di lumeggiare un aspetto (invero uno dei tanti) di sostanziale differenza tra esperienza statunitense di sindacato di legittimità costituzionale sull'entità sproporzionata delle pene privative della libertà personale e controlli di proporzionalità-ragionevolezza sulle cornici edittali svolti dalla Corte costituzionale italiana.

Esso attiene in particolare alle *conseguenze pratiche del sindacato di costituzionalità (practical consequences of judicial review)*³⁶⁹, ma anche, su un piano più generale, alle caratteristiche del sistema di giustizia costituzionale nei due ordinamenti.

Non è purtroppo possibile entrare nel dettaglio ed approfondire la questione, dal momento che essa costituisce forse uno dei profili più complessi e oscuri nel sistema di giustizia costituzionale nordamericano e nella giurisprudenza della Corte Suprema³⁷⁰, ed inoltre esula dall'oggetto dello studio. Verrà pertanto accennata in termini generali, unicamente al fine di permettere al lettore di rendersi conto della significativa differenza tra i due modelli, in relazione allo specifico ambito di indagine.

Come si è già avuto modo di affermare, la linea di casi riguardante la (*in*)costituzionalità delle pene detentive eccessive negli U.S.A è caratterizzata esclusivamente da un metodo di *constitutional review as-applied-to-the-case*³⁷¹, che va tenuto distinto in maniera netta dai c.d. *facial challenges*.

Semplificando al massimo, nel primo caso la Corte Suprema (o un'altra corte che si impegna nella *judicial review of legislation*), eventualmente dichiara l'incostituzionalità della legge solo in riferimento

³⁶⁹ DORF M.C.-MORRISON T.W., *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, cit., 31 ss.

³⁷⁰ Come la stessa Corte Suprema ha di recente riconosciuto nel caso *Citizen United v. Federal Election Commission*, No. 08-205, U.S. 310 (2010), “*the distinction between facial and as-applied challenges is not so well defined that it has some automatic effect or that it must always control the pleadings and disposition in every case involving a constitutional challenge*”.

³⁷¹ Si veda, ad esempio, molto chiaramente, il primo caso affrontato dalla Corte Suprema in questo ambito, *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980), at 268, “*Inizialmente, crediamo che sia importante esporre due affermazioni che Rummell non contesta. In primo luogo, Rummell non mette in dubbio la costituzionalità della legge sulla recidiva del Texas come affermazione generale. In Spencer v. Texas, questa Corte ha confermato la costituzionalità della stessa legge, notando nel corso del giudizio che leggi simili erano state confermate dopo che erano state sollevate questioni sul fatto che esse violassero limitazioni costituzionali riguardanti la double jeopardy, ex post facto law, cruel and unusual punishment, due process, equal protection, e privilege and immunities. In questa occasione Rummell attacca solamente il risultato dell'applicazione di questa legge, che lui ammette comunque essere generalmente valida, ai fatti del suo caso*”.

all'applicazione in concreto ai fatti oggetto di giudizio, e la disapplica limitatamente a tale contesto³⁷². La legge continua dunque ad essere in vigore, avere efficacia e ad essere applicabile ad altri fatti.

Quando lo “*statute is challenged on its face*”, al contrario, è l'intera normativa scrutinata o la disposizione in considerazione (non la sua concreta applicazione ad un caso specifico) ad essere vagliata sotto il profilo della compatibilità con il dettato costituzionale e ad essere, se del caso, invalidata³⁷³.

Il sistema di *judicial review* statunitense – per vari motivi che qui non possono essere neppure accennati³⁷⁴, connessi comunque all'art. 3 della Costituzione Federale ed alla necessità di limitare il potere giudiziario – esprime una forte preferenza per gli *as-applied-to-the-case challenges*³⁷⁵.

Al proposito si è osservato³⁷⁶ “*Che cosa segue ad una decisione della Corte Suprema (o di un'altra corte) che una legge è incostituzionale? La Corte ed i commentatori (noi compresi) a volte fanno riferimento alle decisioni come “invalidating laws” (che annullano le leggi, N.d.T.). In alcuni paesi, le corti*

³⁷² Dunque nei casi di *excessive sentencing* è una particolare sentenza di condanna a pena carceraria – intesa quale applicazione di una o più disposizioni di un *sentencing statutes* al caso concreto – ad essere sottoposta a scrutinio di costituzionalità in base all'Ottavo Emendamento.

³⁷³ PILON R., *Facial v. As-Applied Challenges: Does It Matter?*, in *Cato Supreme Court Review*, disponibile all'indirizzo http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/supreme-court-review/2009/9/foreword-pilon_0.pdf (ultimo accesso 23 Aprile 2015), 7-17, in particolare 9, secondo cui “*To challenge a measure, individuals can bring either a facial or an as-applied challenge or both. A successful facial challenge finds the measure, or the part at issue, unconstitutional per se, and it is no more. A successful as-applied challenge, as the name implies, finds the measure or its part unconstitutional as applied to the individual, leaving it otherwise intact*”. Per quanto concerne la materia penale, un *facial challenge* relativamente recente di grande interesse, per l'importanza dei principi affermati ed anche per i riferimenti comparatistici utilizzati nelle argomentazioni dei *Justices*, è certamente costituito dalla pronuncia *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Con questa decisione – che ribaltò il precedente orientamento espresso in *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) – i Giudici Supremi dichiararono l'incostituzionalità “*on its face*” di una *sodomy law* del Texas (*Chapter 21, Sec. 21.06 of the Texas Penal Code, adopted in 1973*), che qualificava come *Class C Misdemeanor* la condotta di un soggetto che “*si dedica ad un rapporto sessuale deviante con un altro individuo dello stesso sesso*”, per violazione del *substantive due process* del Quattordicesimo Emendamento (secondo la *majority opinion* il profilo di incostituzionalità della legge doveva individuarsi nella violazione della libertà individuale di autodeterminarsi nella sfera sessuale e nel fatto che la mera disapprovazione morale dell'omosessualità non potesse legittimare la scelta di criminalizzare tale condotta) e della *equal protection clause* (*Justice O'Connor*, nella Sua *concurring opinion*, ragionando differenzialmente e non volendo rinnegare la sua precedente opinione, ritenne la legge incostituzionale solamente perché discriminatoria nel criminalizzare i rapporti omosessuali uomo-uomo e non quelli donna-donna). La fondamentale decisione ed il principio in essa statuito ha determinato l'illegittimità costituzionale di leggi simili che erano ancora vigenti in ben tredici stati dell'Unione al momento della sentenza. Per l'unanime positiva reazione mediatica e dell'opinione pubblica alla pronuncia v. *The New York Times*, GREENHOUSE L., *Justices, 6-3, Legalize Gay Sexual Conduct in Sweeping Reversal of Court's 86 Ruling*, June 27, 2003, disponibile all'indirizzo <http://www.nytimes.com/2003/06/27/us/supreme-court-homosexual-rights-justices-6-3-legalize-gay-sexual-conduct.html>, (ultimo accesso 23 Aprile 2015); per un'approfondita analisi della *landmark decision* v. HAQUE A.A., *Lawrence v. Texas and the Limits of the Criminal Law*, in *Har. C.R.-C.L.L.R.*, 2007, 1 ss.; evidenzia i profili relativi alla natura di *facial challenge* PILON R., *Facial v. As-Applied Challenges*, cit., 10; un approfondito commento anche in HUSAK D., *Overcriminalization*, cit., 140-41; cfr. sul punto anche CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 866-868. Per una traduzione in lingua italiana della importante decisione v. VARANO V.-BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Vol. I, Terza ed., Torino, 2006, 83-88.

³⁷⁴ Si vedano sul punto, sinteticamente, DORF M.C.-MORRISON T.W., *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, cit., 32; PILON R., *Facial v. As-Applied Challenges*, cit., 9.

³⁷⁵ Deve essere notato che nel *seminal case* *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987) la Corte Suprema, confermando la legittimità costituzionale del *Bail Reform Act* del 1984, in quanto esso non violava la *due process clause* e l'*excessive fine clause* nel prevedere la possibilità per il governo di custodire in *pre-trial detention* un soggetto, provando che egli fosse potenzialmente pericoloso per le altre persone della comunità, espose il c.d. *no set of circumstances test*. Con tale test si impose a chiunque intendesse sollevare un *facial challenge* un onere particolarmente pesante, ossia quello di dimostrare che la normativa impugnata non può essere costituzionalmente legittima in alcuna circostanza (*To succeed in a typical facial attack, the respondent would have to establish that no set of circumstances exists under which the statute would be valid*). Un settore in cui i *facial challenges* sono valutati dalle Corti in maniera meno restrittiva è quello relativo al Primo Emendamento, che prevede la “*Freedom of Religion, Press, Expression*”, nel contesto della c.d. *overbreadth doctrine*.

³⁷⁶ DORF M.C.-MORRISON T.W., *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, cit., 31-32.

costituzionali hanno ufficialmente questo potere: una legge che è stata dichiarata incostituzionale viene rimossa dai libri. Negli U.S.A., tuttavia, a parte la discussione occasionale su una legge incostituzionale come “legal nullity”, la judicial review è più modesta. Una corte Americana che esercita il potere di judicial review disapplica (letteralmente sets aside, mette da parte, N.d.T.) semplicemente la norma incostituzionale o l'applicazione incostituzionale della norma, ma la legge rimane sui libri, e generalmente può essere applicata in altri contesti. Persino quando una corte ritiene che una legge sia ‘facially unconstitutional’, quella decisione è, in senso stretto, vincolante solo nei confronti delle parti in causa. Certamente, la decisione della corte costituirà un precedente applicabile nei casi successivi, ma solamente nella misura in cui le decisioni successive diano alla decisione effetto di precedente”.

Ora, rifocalizzando l'obbiettivo sul più limitato campo d'indagine costituito dalla *eighth amendment litigation*, è necessario osservare che la controversa distinzione *facial/as applied* non pare potersi applicare agevolmente a tale contesto. Non è infatti dato rinvenire alcun *facial challenge* nei *federal proportionality cases* affrontati dalla Corte Suprema³⁷⁷, sia relativi alla pena di morte che relativi alla pena carceraria³⁷⁸.

Né essa va a coincidere con la differenza tra la *categorical proportionality review* (adottata dalla *Supreme Court* nel *capital context* e anche per le *LWOP sentences on juvenile offenses*, a partire da *Graham v. Florida* del 2010) e il differenziato, meno protettivo, approccio *case-by-case* o *as-applied-to-these-facts* mantenuto dalla Corte nei confronti dei *constitutional challenges to excessive prison terms*³⁷⁹. Pur in un quadro ancora provvisorio ed incompleto, possiamo comunque provare a segnalare alcune delle ragioni che possono aver spinto la Corte Suprema a mantenere un approccio *case-by-case* nel *non-capital context*.

In primo luogo, come si è evidenziato alla fine del paragrafo precedente, nell'ambito delle pene detentive la pretesa dell'individuo – costituzionalmente tutelata dall'Ottavo Emendamento – a non subire pene manifestamente eccessive rispetto alla gravità del delitto non può essere fatta valere, come per la pena di morte, in termini assoluti, come un *aut aut*.

L'opera di *line-drawing* che deve essere svolta dai giudici, nel giudicare l'*excessiveness of sentencing*, risulta molto più incerta e delicata, dipendente da valutazioni di *relative proportionality*, sempre sull'orlo

³⁷⁷ Vedi interessanti cenni sul punto in BENTLEY M.K., *Solem v. Helm: Proportionality Review*, cit., 174-175.

³⁷⁸ Il discorso si pone diversamente – come si vedrà – in relazione al sindacato di costituzionalità sulla misura delle pene sviluppato da alcune corti statali in forza delle disposizioni costituzionali statali, che a volte sono formulate diversamente rispetto alla *cruel and unusual punishment clause*. Nel contesto statale sono rinvenibili *facial challenges* al *sentencing scheme* “*as a whole*”. Sul punto vedi riferimenti in SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 158 (illustrando la giurisprudenza costituzionale dell'Illinois sull'eccessività delle sanzioni); v. anche, per approfondimenti, lo studio di SHEKETTOFF J.F., *State Innovations in Non-capital Proportionality Doctrine*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2010, 2209 ss. (l'A. cerca di trarre insegnamento dai più recenti sviluppi della *proportionality review* in alcuni stati particolarmente attivi per potenziare la metodologia della Corte Suprema a livello federale). Il tema sarà ad ogni modo approfondito.

³⁷⁹ Per un'affascinante disamina degli ultimi sviluppi della giurisprudenza costituzionale della *Supreme Court* in relazione alla distinzione tra *categorical proportionality review* e approccio *case-by-case*, con interessanti prospettive circa un possibile ampliamento della prima, più protettiva, metodologia d'analisi anche alle *LWOP sentences* inflitte a soggetti adulti, e non solo per i *juvenile offenders* v. FRASE R.S., *What's “Different” (Enough) in Eighth Amendment Law ?*, cit., 9 ss.

di travalicare i *limiti istituzionali* del potere giudiziario. Pertanto, nella elaborazione giurisprudenziale sui *prison terms*, non sono emersi quei *principi generali*, quelle nette *categorizzazioni*, *differenziazioni* ed *esclusioni* che hanno caratterizzato gli sviluppi della metodologia di analisi costituzionale sulla misura della pena capitale³⁸⁰.

Prima di guardare da vicino la storia delle decisioni statunitensi, è opportuno infine svolgere una considerazione in chiave comparatistica, che si ricollega alla distinzione sopra tracciata tra “*as applied to the case challenge*” e “*facial challenge*”, ed alla tensione nel rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario.

Se in riferimento alla nostra storia dei controlli di costituzionalità sulla misura delle pene privative della libertà personale è sostanzialmente corretto affermare che gran parte delle giustificate preoccupazioni della Consulta, lo stesso impiego monopolizzante del giudizio ternario di uguaglianza-ragionevolezza³⁸¹, ed il costante atteggiamento di *judicial self-restraint* verso le scelte legislative sanzionatorie, siano derivate dal fatto che essa non possa intervenire ablativamente o addittivamente sul tessuto normativo senza creare dei “vuoti normativi”, o comunque dissimmetrie e squilibri nel sistema³⁸² – oltretutto in violazione dell'art. 28, l. n. 87/1953, in riferimento all'art. 25, c. 2, Cost. – essendo perciò sempre necessarie le c.d. *rime costituzionali obbligate*, altrettanto non può dirsi del sistema di *judicial review of excessive punishment* statunitense, caratterizzato come è dall'approccio *case-by-case*.

Breve. La *excessive deference* dei Giudici Supremi nordamericani, differentemente rispetto a quella della Consulta, non può essere giustificata tramite argomentazioni che fanno leva sulla necessità di mantenere una completezza organica del sistema normativo, essendo (nella stragrande maggioranza dei casi) la singola pronuncia di condanna ad essere valutata nella sua eccessività costituzionale in relazione al reato commesso, seppur avvalendosi di irrinunciabili *criteri comparativi* per *oggettivizzare* e *relativizzare* il sindacato di proporzione.

Nel caso in cui una data condanna fosse ritenuta così evidentemente sproporzionata da violare la *cruel and unusual punishment clause* non vi sarebbe alcun problema di “vuoto normativo” o di lacuna, dal momento che incostituzionale è solo la specifica applicazione della legge ai fatti di causa, e non la normativa o la disposizione di legge in sé considerate.

Una volta chiariti questi aspetti, occorre procedere all'analisi storica degli sviluppi giurisprudenziali, partendo dai primi, più significativi, *modern cases*, nei quali alcune *Lower Federal Courts* hanno

³⁸⁰ Cfr., *ex plurimis*, KARLAN P.S., “Pricking the Lines”: The Due Process Clause, Punitive Damages and Criminal Punishment, in *Min. L. Rev.*, 2004, 880 ss., 909.

³⁸¹ Come si è visto, la “giustiziabilità” dinanzi alla Corte Costituzionale del principio di proporzionalità della pena è stata di fatto riconosciuta solo nei limitati confini del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza, rivestendo sempre un ruolo decisivo la scelta di un congruo *tertium comparationis* da parte del giudice *a quo*.

³⁸² Come si è efficacemente osservato in dottrina, proprio in relazione al tema del sindacato di legittimità della Consulta sull'entità della sanzione editale, “La Corte opera con la gomma da cancellare e non può disporre della penna legislativa: lo pretende il principio democratico, nonché il suo corollario della separazione dei poteri”. Così BRUNELLI D., *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può”*, cit., 184-185

giudicato questioni di *constitutional proportionality* in relazione a determinate sentenze di condanna, precedentemente rispetto al primo intervento della *Supreme Court* in *Rummell v. Estelle* nel 1980³⁸³.

Conformemente al condivisibile assunto secondo cui “*la chiara accettazione del principio di proporzionalità sul piano costituzionale non dovrebbe essere scambiata con la certezza in relazione al suo contenuto*”³⁸⁴, anche nei primi casi affrontati dalle Corti Federali è emersa una evidente disomogeneità di vedute circa la possibilità di considerare una sentenza di condanna *incostituzionale* per violazione dell'Ottavo Emendamento *solo* per l'eccessivo ammontare della pena detentiva inflitta rispetto alla gravità del reato commesso.

Un primo orientamento³⁸⁵ propugnò una “*expansive view of the Proportionality Principle*”, giudicando *incostituzionale* per eccessività una condanna a sanzione detentiva. Nel caso di specie, l'imputato fu condannato alla carcerazione a vita, in forza di un *recidivist statute* della West Virginia³⁸⁶. Anticipando gli sviluppi della giurisprudenza successiva, Hart non contestò la legittimità costituzionale delle legge sulla recidiva in sé stessa (*on its face*), ma piuttosto sostenne che la sentenza *in concreto* comminatagli fosse gravemente sproporzionata rispetto alla condotta delittuosa posta in essere, e dunque in contrasto con l'Ottavo Emendamento.

La *Court of Appeals* del Quarto Circuito, uniformandosi alla interpretazione *flessibile ed evolutiva* della portata della clausola, elaborata per la prima volta in *Weems v. U.S.*, ritenne che la proibizione costituzionale dovesse estendersi anche alle pene carcerarie eccessive.

Nonostante l'analisi di proporzionalità costituzionale risultasse più complicata, in ragione del fatto che la disposizione applicata fosse contemplata in un *habitual offender statute*, la Corte stabilì che ad ogni modo deve sussistere una *corrispondenza quantitativa ragionevole* tra pena irrogata e serietà del delitto commesso (o dei delitti)³⁸⁷.

Al fine di determinare l'eventuale sproporzione della sanzione, venne sviluppato un “*test comparativo a quattro parti*”, inclusivo di “*objective factors*”, da tenere in considerazione durante la valutazione di

³⁸³ Discutono più nel dettaglio tali casi, tra i vari commentatori contemporanei, NOTE, *Judicial Limitations on the Constitutional Protection Against Cruel and Unusual Punishment*, in *Wash. U. L. Rev.*, 1960, 160 ss.; MULLIGAN W.H., *Cruel and Unusual Punishments*, cit., 645-648; SCHWARTZ C.W., *Eighth Amendment Proportionality Analysis*, cit., 401-406; KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review under the Cruel and Unusual Punishment Clause to Require “Proportionality” of Prison Sentences*, in *Cath. U. L. Rev.*, 1984, 479 ss., in particolare 488-493; GILCHRIST B.W., *Disproportionality in Sentences*, cit., 1144 ss.; più di recente alcuni riferimenti in SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 135; nella letteratura Italiana ampi cenni in PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 754 ss.

³⁸⁴ JEFFRIES J.C.-STEPHAN P.B. III, *Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law*, in *Yale L.J.*, 1975, 1325 ss., in particolare 1378.

³⁸⁵ *Hart v. Coiner* 483 F.2d 136 (4th Cir. 1973)

³⁸⁶ La normativa prevedeva l'inflizione di una *mandatory life sentence* nei confronti di “*chiunque è stato condannato tre separate volte per reati punibili con la reclusione in un istituto penitenziario*”. Le *felonies* commesse dall'imputato, per le quali era stato condannato, consistevano nell'aver scritto un assegno con fondi insufficienti per l'importo di 50 \$ nel 1949, l'aver trasportato tra due stati assegni falsificati per un totale di 140 \$ nel 1955, ed infine un falso giuramento, nel processo che veniva celebrato a carico del figlio per omicidio volontario.

³⁸⁷ Come si vedrà nel proseguo, analizzando i sei casi affrontati dalla Corte Suprema (quattro coinvolgono *recidivist statute*, *habitual offenders statute*, *three strikes law*), rimane in definitiva ambiguo il peso che i Giudici Supremi attribuiscono nella analisi di proporzionalità ai precedenti penali degli imputati.

proporzionalità della misura sanzionatoria³⁸⁸.

In primo luogo la corte si concentrò sulla “*nature of the offense*”, in particolare se il reato avesse implicato l'uso di violenza o la messa in pericolo della sfera personale dell'offeso (“*element of violence and danger to the person*”). I giudici, ad esito del primo step, constatarono che i tre delitti commessi dall'imputato erano tutte *property offenses* di natura non violenta e dunque di scarsa gravità.

Secondariamente, vennero esaminate le *finalità legislative* alla base della normativa in forza della quale la condanna era stata inflitta (“*legislative goals sought to be achieved by the statute*”), e se esse potessero essere conseguite con la stessa efficacia attraverso una pena significativamente meno severa³⁸⁹. Sul punto, pur riconoscendosi la piena legittimità dell'obbiettivo statale di dissuadere i *repeat offenders*, si constatò che questo poteva verosimilmente essere raggiunto prevedendo pene meno dure ed in grado di adattarsi meglio al disvalore del fatto concreto.

Come terzo passaggio si procedette al raffronto tra le sanzioni previste in altre giurisdizioni per reati simili e quella irrogata al ricorrente, riscontrando che solamente tre stati oltre alla West Virginia prevedevano una *mandatory life sentence* dopo tre condanne per *non-violent felonies*.

Infine, il Collegio rivolse l'attenzione alle pene comminate nella medesima giurisdizione statale per delitti di maggiore gravità ed accertò che la pena della carcerazione a vita era riservata solamente agli illeciti più riprovevoli (al tempo in West Virginia tale risposta sanzionatoria era prevista per i delitti di *rape, murder, kidnapping*).

L'applicazione di tali criteri comparativi di natura oggettiva portò la Corte a ravvisare un “*irrationally disparate treatment*”, una sanzione irrazionalmente diversa e più dura rispetto a quella appropriata (sulla base ai parametri impiegati) in riferimento alla condotta illecita, tale da violare il divieto di *excessive penalties* dell'Ottavo Emendamento³⁹⁰³⁹¹.

Altre Corti Federali, tuttavia, mostrarono un atteggiamento opposto, continuando a sostenere la necessità di non invadere la sfera istituzionale riservata al potere legislativo nel determinare il *quantum* delle pene detentive e promuovendo di conseguenza una interpretazione ben più limitata della *cruel and unusual punishment clause (a restrictive view of the role of the judiciary)*³⁹².

³⁸⁸ Si noti che tale test ricorda molto da vicino quello che venne undici anni più tardi elaborato in *Solem v. Helm*.

³⁸⁹ Come è stato notato, tale modo di ragionare implica un *alternative-means proportionality principle*.

³⁹⁰ La *Court of Appeals* del Sesto Circuito fece propria la metodologia d'analisi di *Hart v. Coiner* nel caso *Downey v. Perini* 518 F.2d 1288 (6th Cir), *vacated on other grounds*, 423 U.S. 993 (1975). In quella occasione i giudici ritennero manifestamente eccessiva una sanzione detentiva da dieci a venti anni per il delitto di possesso e vendita di marijuana, facendo leva anche su alcuni precedenti della Corte Suprema (*Weems, Trop, Furman*) e sul carattere dinamico-evolutivo della protezione garantita dalla clausola. Per test comparativi finalizzati a stabilire l'eccessività della sanzione, che ricalcano totalmente e parzialmente la struttura analitica di *Hart*, si vedano le decisioni *State v. Fain*, 617 P. 2d 720, 725-26 (Wash. 1980); *Martin v. Leverette*, 244 S.E. 2d 39, 43 (W.Va.); *In Re Foss*, 519 P. 2d 1073, 1078-79 (Cal.); *In re Lynch*, 503 P. 2d 921 (Cal. 1972); *People v. Lorentzen*, 194 N.W. 2d 827, 831-33 (Mich. 1972), tutte riportate in SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 241, nt. 36.

³⁹¹ Un'approfondita disamina della decisione, e in particolare della *dissenting opinion* in SCHWARTZ C.W., *Eighth Amendment Proportionality Analysis*, cit., 403-404.

³⁹² Si vedano in tal senso la sentenza *Smith v. United States* 273 F.2d 462 (10th Cir. 1959), *cert. Denied*, 363 U.S. 846 (1960), caso che ben illustra la assoluta *judicial deference* che caratterizza l'interpretazione restrittiva della clausola, come mera proibizione di metodi crudeli ed inconsueti di pena, sancendone dunque l'inapplicabilità agli *excessive prison terms*. In *Smith*

Infine, la maggioranza delle Corti Federali optarono per una applicazione più cauta dell'*expansive view*, ritenendo opportuno impegnarsi nell'analisi costituzionale di proporzionalità solo in determinate, eccezionali, circostanze³⁹³.

In questo senso, la *Court of Appeals* del Secondo Circuito, in *Carmona v. Ward*³⁹⁴, pur riconoscendo l'esistenza del principio di proporzionalità, di fatto ne limitò fortemente la portata applicativa.

Nel valutare l'*habeas corpus petition* di due soggetti condannati a *indeterminate prison sentences*³⁹⁵, inflitte per traffico di cocaina nello stato di New York, i giudici riconobbero la recente tendenza, che andava diffondendosi tra le corti, ad applicare principi di proporzionalità nei casi di pene detentive sproporzionate, appellandosi all'Ottavo Emendamento.

Dopo avere differenziato le ipotesi riguardanti pene privative della libertà personale rispetto ai *capital cases* ed a precedenti della Corte Suprema come *Weems*, *Robinson* e *Trop*, nei quali, oltre che dall'impiego di un test di proporzionalità, la declaratoria d'illegittimità era stata determinata dalla presenza di "*elements of cruelty*", il Secondo Circuito sottolineò la necessità di assicurare sempre la dovuta deferenza alle scelte politico-criminali statali, soprattutto in un ambito come quello del contrasto alla vendita ed al consumo di stupefacenti, le cui esigenze sono dettate in modo quasi esclusivo dalla particolare situazione di una realtà locale³⁹⁶.

Al fine di garantire al massimo il rispetto delle opzioni legislative, i giudici impiegarono un test di proporzionalità a tre fasi, simile a quello sviluppato in *Hart*, tramite cui valutarono la natura del reato oggetto di giudizio, le sanzioni contemplate ed applicate nello stato di New York per reati più gravi ed infine le pene inflitte in altre giurisdizioni per lo stesso tipo di illecito.

Differentemente rispetto alla vicenda sopra esaminata, tuttavia, non si pervenne a dichiarare la sentenza contraria alla *cruel and unusual punishment clause* per sproporzione, anche sulla base del fatto che nel caso di specie vi era la possibilità di *parole*³⁹⁷.

l'imputato fu condannato a cinquantadue anni di reclusione per diverse imputazioni relative al possesso ed alla vendita di marijuana ed eroina. Pur riconoscendo l'inusuale severità della condanna, la Corte si rifiutò di dichiararne l'incostituzionalità perché "*in forza della pratica federale, le appellate courts non hanno il potere di controllare o modificare una condanna che è all'interno dei limiti stabiliti da una legge valida*". Tale modo di ragionare, seguito anche da altre corti, come ad esempio *Anthony v. United States* 331 F.2d 687 (9th Cir. 1964), comporta che una pena detentiva, fino a quando è all'interno dei limiti fissati nello *statute*, è da considerarsi costituzionalmente legittima. Ma ciò si pone in stridente contrasto con la stessa natura di *counter-majoritarian right* della protezione dell'Ottavo Emendamento, che venne, come si è visto, introdotto per salvaguardare i diritti individuali rispetto alle scelte (ed agli abusi) della maggioranza, espresse tramite la legislazione.

³⁹³ v. ad es. *United States v. Wardlaw*, 576 F.2d 932 (1st Cir. 1978); *Griffin v. Warden*, 517 F.2d 756 (4th Cir. 1975)

³⁹⁴ 576 F.2d 405 (2d Cir. 1978), cert. Denied, 439 U.S. 109 (1979)

³⁹⁵ "*Four years to life and six years to life*".

³⁹⁶ Da notare che le condanne in *Carmona* furono inflitte sulla base delle famigerate *Rockefeller Laws*, introdotte dall'allora Governatore dello Stato di New York Nelson Rockefeller, per contrastare l'epidemic diffusion del commercio e del consumo di sostanze stupefacenti nella realtà locale. Per alcune interessanti osservazioni in merito si veda, di recente, PIZZI W.T., *Una tempesta perfetta*, cit., 561-562; v. già PAPAM., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 754; MULLIGAN W.H., *Cruel and Unusual Punishments*, cit., 648; FEELEY M., *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi "tre volte e sei eliminato"*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, 417 ss., ed in part. sulle *Rockefeller Laws*, 423-426.

³⁹⁷ Per aggiornati profili definitivi e di evoluzione storica in relazione all'importante istituto del *parole* si veda la voce di BARRETT K., *Parole*, in SCHULTZ D. (edited by), *Encyclopedia of American Law and Criminal Justice*, Vol. II, 2012, New York, 578-579; un quadro molto approfondito su come la *possibility of parole* abbia ricoperto un ruolo di primo piano in molti dei non-

Si noti conclusivamente che dottrina coeva³⁹⁸, proprio riferendosi alla decisione da ultimo commentata, pur mostrando apprezzamento per il tentativo delle corti di ridurre il rischio di *judicial subjectivity*, tramite l'elaborazione di un test comparativo informato a criteri oggettivi, espresse grandi perplessità sui futuri sviluppi del principio di proporzionalità, enfatizzando il fatto che fin dal *seminal case Weems* la Corte Suprema si appuntò con forza sul fondamentale aspetto della *deference* ai legislatori.

2.3.2 L'iniziale atteggiamento di totale chiusura espresso in *Rummel v. Estelle*

Alla luce delle oscillazioni espresse dalla Corti inferiori, in relazione tanto al riconoscimento di un principio costituzionale di proporzionalità applicabile alle pene detentive, quanto, eventualmente, alla sua effettiva portata, la Corte Suprema intervenne con l'importante decisione *Rummel v. Estelle*³⁹⁹⁴⁰⁰.

Come si vedrà, i *Justices* della *majority opinion*⁴⁰¹, pur ammettendo “*in astratto*” l'esistenza di un principio costituzionale di proporzionalità desumibile dall'Ottavo Emendamento, valido anche al di fuori del contesto della pena di morte (prestando così ossequio, almeno sul piano formale, ai precedenti della Corte ed alla *proportionality doctrine*), tuttavia accordarono preferenza ad una interpretazione *iper-restrittiva* della clausola in riferimento alla misura delle pene carcerarie, facendo leva su diversi argomenti, che si analizzeranno.

La vicenda trae origine dalla condotta criminosa di William Rummel, condannato, in forza di un *recidivist offenders statute* del Texas⁴⁰² ad una *mandatory life sentence*, per avere commesso nel 1973 la *felony* di *false pretenses*⁴⁰³, figura delittuosa latamente assimilabile alla nostra truffa, avendo ottenuto attraverso l'inganno (*false representation*) un importo di denaro pari a 121 \$. Precedentemente egli era stato riconosciuto responsabile di due ulteriori *felony property offenses* di scarsa gravità; nello specifico l'uso fraudolento di una carta di credito nel 1964 (*fraudulent use of a credit card*) e l'aver fatto circolare

capital proportionality cases affrontati dalla Corte Suprema, nonché sulla necessità di considerare fattori ulteriori rispetto alla durata temporale della sentenza di condanna nella *proportionality review*, è offerto da TORTI J.L., *Accounting for Punishment in Proportionality Review*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2013, 1908 ss., in particolare sul significato del parole nella *non-capital proportionality litigation* 1925-1927. In lingua italiana, sulle caratteristiche dell'istituto, si può vedere l'esaustivo, seppur piuttosto risalente, quadro tracciato da BASSIOUNI M.C. (tradotto da DE CATALDO NEUEBURGER L.), *Diritto penale degli Stati Uniti*, cit., 137-141.

³⁹⁸ MULLIGAN W.H., *Cruel and Unusual Punishments*, cit., 645-648. In particolare, concentrandosi sull'analisi dei vari passaggi, l'A. ne evidenzia i consistenti profili di frizione tanto con la *doctrine of separation of powers* quanto con il *federalism*.

³⁹⁹ 445 U.S. 263 (1980)

⁴⁰⁰ Per approfonditi commenti immediatamente successivi alla pronuncia si vedano SCHWARTZ C.W., *Eighth Amendment Proportionality Analysis*, cit., 378 ss.; DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 1063 ss.; BEDFORD E.J., *Rummel v. Estelle: Can Non-Capital Punishment Still Be Cruel and Unusual?*, in *Wash. & Lee L. Rev.*, 1981, 243 ss.; NOTE, *Rummel v. Estelle: Leaving the Cruel and Unusual Punishments Clause in Constitutional Limbo*, in *Val. U.L. Rev.*, 1980, 201 ss.

⁴⁰¹ Justice Rehnquist fu l'estensore dell'opinione della Corte, alla quale si unirono il Chief Justice Burger e i Giudici Supremi Stewart, White e Blackmun. Justice Stewart scrisse anche una *concurring opinion*. Il Giudice Powell redasse un parere difforme, a cui si unirono i Giudici Brennan, Marshall e Stevens.

⁴⁰² Tale *statute*, e precedentemente l'art. 73 del *Texas Penal Code*, prevedeva “*whoever shall have been three times convicted of a felony less than capital shall on such third conviction be imprisoned for life in the penitentiary*”.

⁴⁰³ Sulla storia e sugli elementi fondamentali della figura delittuosa *obtaining property by false pretenses* o semplicemente *false pretenses*, v. DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 572-576.

un assegno contraffatto nel 1969 (*passing a forged check*). La perdita patrimoniale complessiva cagionata dai tre reati fu veramente esigua, corrispondente a circa 229 \$.

Dopo avere cercato, senza successo, di farsi riconoscere la protezione costituzionale di cui alla CUPC⁴⁰⁴ dinanzi a tutte le Corti inferiori statali e federali – dunque la natura *unconstitutionally grossly excessive* della pena subita – la *Supreme Court* acconsentì ad esaminare il caso⁴⁰⁵.

L'opinione redatta da *Justice Rehnquist* si fondò su diversi ordini di ragioni⁴⁰⁶, per pervenire al giudizio finale che la sentenza di condanna irrogata *Rummell* non fosse così eccessiva da violare il divieto costituzionale di CUP.

I primi due argomenti della Corte furono costruiti “*on grounds of precedent*”⁴⁰⁷.

Nello specifico – facendo opera di *distinguishing* – si sostenne che il principio di proporzionalità dovesse essere applicato con maggiore forza nel *capital context*, alla luce della “*uniqueness in kind, rather than degree*” dell'estrema sanzione rispetto alla pena detentiva, di qualsivoglia durata (anche LWOP pertanto). Su questo presupposto, la Corte stabilì che i precedenti ove si era affrontato il tema della equilibratura reato-pena capitale (*Coker v. Georgia* su tutti) potessero offrire soltanto una “*minima assistenza*” nel caso di *Rummel*.

Passando all'esame della decisione *Weems v. U.S.*, la Corte ritenne che la sproporzione della sanzione, e la conseguente violazione della CUPC riconosciuta in quell'occasione – che segnò la nascita della *proportionality doctrine* – non potessero essere estese ad un caso riguardante *solamente* una pena detentiva eccessiva, dato che erano indissolubilmente connesse alle peculiarità della vicenda oggetto di giudizio, caratterizzata da fatti “*extreme*” e “*peculiar*”, tali da coinvolgere elementi di *cruelty* e *unusualness*.

La Corte in *Rummel* statuí che la declaratoria di incostituzionalità della pena in *Weems* fu determinata congiuntamente da “*La scarsa gravità del reato, la notevole durata del termine minimo di carcerazione, e la natura straordinaria delle conseguenze accessorie alla pena principale*”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Acronimo che verrà utilizzato da qui in avanti per significare *cruel and unusual punishment clause*.

⁴⁰⁵ Una dettagliata analisi dei vari gradi del procedimento, fino alla pronuncia definitiva della *Supreme Court*, in SCHWARTZ C.W., *Eighth Amendment Proportionality Analysis*, cit., 406-420 e DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 1066-1067.

⁴⁰⁶ Come sottolineato in dottrina, il *reasoning* della Corte, seppur non del tutto chiaro, si sviluppa in quattro passaggi: 1) la Corte è riluttante a controllare periodi di carcerazione imposti legislativamente; 2) si asterrà dunque dalla *judicial review* di tale legislazione a meno che non sia in grado farlo applicando fattori oggettivi che si risolvano in una univoca conclusione di manifesta sproporzione; 3) una oggettività univoca sufficiente era assente nel caso di *Rummel*; 4) il Texas poteva punire *Rummel* in maniera costituzionalmente legittima nel modo in cui è avvenuto, v. DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 1068.

⁴⁰⁷ DRESSLER J., *op. loc. cit.* L'A. sottolinea che la Corte, oltre ad avere distinto i *death penalty cases* e i peculiari fatti di *Weems* ai fini dell'applicazione della *cruel and unusual punishment clause*, quale divieto di pene eccessive rispetto al reato, ai fatti di causa, rinforzò la sua interpretazione della *case-law* precedente citando due vicende decise dalla Corte Suprema in anni di poco successivi a *Weems*, in cui furono rigettati argomenti di incostituzionalità della pena detentiva per sproporzione. Il primo, *Graham v. West Virginia* 224 U.S. 616 (1912), riguardava un soggetto condannato alla detenzione a vita per tre *property offenses*, in forza di un *habitual offender law*. Il secondo, *Badders v. United States* 240 U.S. 391 (1916), vide la Corte confermare la costituzionalità di una condanna a cinque anni di reclusione e 7,000 \$ di ammenda per sette capi d'accusa di *mail fraud*.

⁴⁰⁸ *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, at 274 (1980)

Citando l'importante precedente *Coker v. Georgia*, Justice Rehnquist affermò poi che, come regola generale, i giudizi di legittimità costituzionale sulla misura della pena in relazione all'Ottavo Emendamento non devono essere costituiti semplicemente dall'imposizione delle idee soggettive di “giustizia” dei singoli Giudici, ma devono basarsi su criteri oggettivi nella massima misura possibile.

Precisato questo rilevante punto di partenza, la Corte, differenziando la vicenda oggetto di giudizio rispetto ai due *holding* precedenti – nei quali, seppur per motivi diversi⁴⁰⁹, era stato possibile tracciare una linea di demarcazione precisa ed obbiettiva, idonea a determinare l'eccessività *incostituzionale* delle sanzioni – reputò tale operazione impraticabile in riferimento ai *prison terms*.

Venne affermato che “*si potrebbe sostenere, senza timore di essere contraddetti da alcuna decisione di questa Corte, che per reati qualificati come felonies, cioè, in quanto punibili con una significativo periodo di carcerazione in un penitenziario statale, la durata della condanna in realtà imposta è una materia che ricade puramente nelle prerogative del legislativo*”⁴¹⁰.

Tuttavia si precisò, in una enigmatica nota – continuando dunque a riconoscere, seppur solo virtualmente, la validità della *proportionality doctrine* nel contesto delle pene detentive – che “*ciò non equivale a dire che un principio di proporzionalità non potrebbe entrare in gioco nell'esempio estremo ... se un parlamento rendesse l'overtime parking un delitto punibile con la carcerazione a vita*”⁴¹¹.

La *majority opinion* denegò dunque la possibilità di impiegare tutti gli *objective factors* che il *petitioner* aveva individuato in alcune decisioni precedenti, ove si erano sviluppate diversificate metodologie d'analisi per stabilire la legittimità costituzionale del *quantum* sanzionatorio⁴¹².

La difesa di *Rummel* fece riferimento in particolare al test sopra descritto di *Hart v. Coiner*, sostenendo in primo luogo che la scarsa gravità del fatto necessitava l'irrogazione di una pena più mite. Secondariamente, rivolgendo lo sguardo all'ordinamento penale Texano, fece notare che delitti ben più seri venivano puniti meno duramente (*intra-jurisdictional analysis*). Infine, in base all'*inter-jurisdictional approach*, mostrò alla Corte che solo in altri due stati dell'Unione l'imputato avrebbe ricevuto una condanna pressoché analoga, mentre gli altri quarantotto prevedevano sanzioni considerevolmente più tenui per delitti simili.

La Corte, tuttavia, respinse puntualmente ognuno di questi argomenti.

In relazione al primo step – la focalizzazione sulla gravità “*intrinseca*” delle condotte criminose di *Rummel* in relazione alla sua condanna – non accolse i temi sviluppati nei *briefs* difensivi, inerenti in primo luogo all'assenza di violenza e secondariamente all'esigua entità del danno patrimoniale cagionato dai tre reati.

⁴⁰⁹ La natura *qualitativamente* unica della pena capitale e la possibilità di essere commisurata “*direttamente*” al delitto commesso, che fanno in modo che l'individuo possa far valere il suo diritto costituzionale in maniera categorica, come un *aut aut*, in un caso; la inusitata severità e crudeltà dei contenuti afflittivi delle sanzioni accessorie, oltre alla durata sproporzionata della pena detentiva, che permisero alla Corte di applicare il divieto di CUPC in maniera oggettiva, nell'altro.

⁴¹⁰ *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, at 274

⁴¹¹ *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, nt. 11

⁴¹² Soprattutto *Coker v. Georgia*, *Weems v. U.S.* e *Hart v. Coiner*.

L'opinione della Corte sottolineò che una distinzione basata sulla violenza non può rivelarsi oggettiva e certa, e pertanto “*non influenza sempre l'interesse pubblico nel prevenire un particolare delitto o nel punire un particolare criminale*”, potendo ben darsi il caso di delitti non violenti particolarmente gravi e meritevoli di pene più dure rispetto a delitti violenti di scarso disvalore⁴¹³.

Riguardo all'importo complessivo del lucro derivante dalle tre *felonies*, la Corte espresse ancora la volontà di concedere ampia deferenza alla discrezionalità politica del parlamento statale, affermando testualmente “*Riconoscere che lo Stato del Texas avrebbe potuto condannare Rummel alla reclusione a vita se avesse rubato 5.000 \$, 50.000 \$ o 500.000 \$, piuttosto che i 120,75 \$ che ha rubato e per i quali una giuria lo ha condannato, è praticamente equivalente ad ammettere che le linee da tracciare e le distinzioni da fare sono sicuramente soggettive e pertanto opportunamente all'interno della provincia dei legislatori, non delle corti*”⁴¹⁴.

Nel rigettare la analisi inter-giurisdizionale prospettata da Rummel, che era tra l'altro supportata da una approfondita rassegna di tutte le *recidivist laws* vigenti al tempo negli U.S.A., inclusiva della storia di tale *tipologia* di legislazione a partire dal XVIII secolo, Justice Rehnquist fece leva sul fatto che esse, pur perseguendo sostanzialmente lo stesso interesse (intimidazione generale e neutralizzazione dei delinquenti incorreggibili, dimostratisi incapaci di conformare il loro comportamento alle norme penali), nondimeno presentavano significative differenze e peculiarità, che ne rendevano impossibile una oggettiva ed efficace comparazione, al fine di determinare l'eccessività incostituzionale della pena prevista nello *statute* del Texas, “*as applied to the facts*”.

Si evidenziò in particolare il fatto che i meccanismi variavano grandemente da stato a stato: in alcuni ordinamenti la *mandatory life sentence* scattava alla quarta *felony*, in altri solo se uno o più dei tre delitti commessi fossero stati di natura violenta, in altri ancora l'imposizione della *life sentence* aveva natura discrezionale e non obbligatoria.

Un ulteriore fattore di rilievo, che rese ancora più complesso il lavoro comparativo ed il calcolo della *Supreme Court*, esercitando grande influenza sull'esito di conferma della legittimità costituzionale della draconiana sentenza inflitta all'imputato, fu colto nella circostanza che lo stesso – in forza della normativa del Texas – sarebbe stato *eligible for parole* nel termine compreso tra dieci e dodici anni.

I Giudici della maggioranza, pur ammettendo che il soggetto condannato non godesse di un “*enforceable right*” alla libertà condizionale, essendo infatti devoluta ad un organo amministrativo come il *Parole Board* la decisione discrezionale circa la sussistenza dei requisiti per essere ammissibile, la mera possibilità di tale evenienza non poteva essere del tutto ignorata nella valutazione costituzionale della severità della condanna irrogata. Ancora, al fine di sostenere la complessità e l'impraticabilità del test

⁴¹³ La Corte fece l'esempio di omicidi commessi mediante avvelenamento – delitti gravissimi senza alcun elemento di violenza – per stabilire che la componente della violenza alla persona non può avere un ruolo dirimente ed essere idonea a fornire un parametro oggettivo nell'analisi di proporzionalità della pena.

⁴¹⁴ *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, at 275-276

comparativo, si fece riferimento alla grande discrezionalità di cui godevano i diversi *prosecutors*, che, sulla base delle disposizioni di gran parte dei *recidivist schemes* statali, avevano la possibilità, ad esempio, di non innescare l'applicabilità dell'automatismo sanzionatorio, per delitti che considerassero veramente minori (*petty*).

Concludendo il ragionamento teso a negare la effettiva percorribilità della *inter-jurisdictional analysis* nel caso di specie, la Corte, nel rimarcare la estrema importanza di rispettare la struttura federale dell'Unione, precisò che, se anche fosse emerso inequivocabilmente – nonostante tutte le complessità riscontrate – che lo stato del Texas prevedesse una pena più grave di tutti gli altri stati, ciò non ne avrebbe determinato la sproporzione incostituzionale, dal momento che “Assente una uniformità costituzionalmente imposta, dannosa nei confronti dei tradizionali concetti di federalismo, un qualche Stato potrà sempre mantenere la distinzione di trattare specifici autori di reati più severamente di tutti gli altri stati”⁴¹⁵.

Infine, *Justice* Rehnquist ribadì la necessità di deferire alla legittima scelta del legislatore texano, mettendo a fuoco il reale interesse sottostante alla *recidivist laws* “L'interesse dello Stato del Texas qui non è semplicemente quello di criminalizzare l'illecita acquisizione della proprietà altrui; è in aggiunta l'interesse nel trattare in maniera più severa coloro che con ripetute condotte delittuose si sono dimostrati del tutto incapaci di conformarsi alle norme della società ... ammettendo la validità costituzionale delle leggi sulla recidiva in generale, *Rummel* stesso riconosce che lo Stato del Texas, o ogni altro stato, ha un valido interesse nel trattare così quella categoria di persone”⁴¹⁶.

Justice Powell redasse il parere difforme, a cui si unirono i tre Giudici Supremi Brennan, Marshall e Stevens⁴¹⁷.

Discostandosi con forza dalle argomentazioni sviluppate nell'opinione della Corte, venne messa in dubbio la fondatezza storica e costituzionale della tesi secondo cui il principio di proporzionalità dovesse applicarsi con particolare intensità al solo contesto della pena capitale.

Ad avviso dei Giudici dissenzienti, lo stesso dato testuale dell'Ottavo Emendamento depone nella direzione di richiedere un rapporto di “*corrispondenza quantitativa*” tra delitto e sanzione, in riferimento a tutte le misure afflittive contemplate.

Venne poi stigmatizzato l'operato della Corte nel tenere conto della possibilità di *parole* nella analisi della costituzionalità del *punishment amount*⁴¹⁸.

⁴¹⁵ *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, 282

⁴¹⁶ *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, 276

⁴¹⁷ Osservazioni critiche sulla *dissenting opinion* in SCHWARTZ C.W., *Eighth Amendment Proportionality Analysis*, cit., 412; DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 1072-1073; KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 496-497; DREW K.A.-WEAVER R.K., *Disproportionate or Excessive Punishments*, cit., 9.

⁴¹⁸ In particolare i *dissenters* fecero notare che il ricorrente non aveva un *diritto* alla libertà condizionale, ma avrebbe meramente potuto essere idoneo, se autorizzato da un atto di *executive grace*. Discute nel dettaglio l'opportunità di considerare o meno la concreta possibilità di *parole* nell'analisi di proporzionalità costituzionale della pena SCHWARTZ C.W., *Eighth Amendment Proportionality Analysis*, cit., 414-417.

Si sostenne che la costituzionalità della pena inflitta a Rummel avrebbe dovuto essere vagliata tramite un test comparativo simile a quello elaborato in *Hart v. Coiner*, considerando in combinazione tutti e tre (o quattro) i fattori.

Sebbene i *dissenters* ammisero che i delinquenti recidivi potessero legittimamente essere puniti in maniera più severa, venne criticato con vigore l'approccio dell'analisi di Justice Rehnquist, troppo appiattito e deferente rispetto alle finalità di deterrenza e neutralizzazione perseguite dal legislatore statale tramite il *recidivist statute*, ed ingiustificabilmente dimentico della dimensione della colpevolezza individuale del reo, del profilo del *desert*.

Infine venne fatto un significativo riferimento alla *coscienza* ed al *buon senso comune* (*commonsense*), affermandosi che la condanna comminata a Rummel “*sarebbe considerata evidentemente ingiusta da praticamente ogni uomo laico e da ogni uomo di legge*”⁴¹⁹.

Occorre dar conto che in questa sede si intende omettere una approfondita disamina della *dissenting* di *Rummel*, dal momento che essa verrà sostanzialmente sviluppata ed arricchita di ulteriori contenuti nella *majority opinion* del caso *Solem v. Helm*⁴²⁰, laddove la *Supreme Court*, ritenendo (in)costituzionalmente sproporzionata una condanna a LWOP, inflitta sempre sulla base di un *habitual offenders statute* del South Dakota, sembrò invertire rotta con decisione, riguardo alla possibilità di sindacare l'eccessività delle pene privative della libertà personale per violazione della CUPC. Le argomentazioni poste a fondamento di tale decisione verranno dunque analizzate successivamente, quando si tratterà di tale caso. Di particolare interesse si mostra invece un rapido sguardo alle reazioni della letteratura contemporanea alla decisione sopra commentata, che sembrò escludere categoricamente ogni tipo di sindacabilità costituzionale delle scelte politico-criminali dei legislatori statali riguardanti la quantificazione della sanzione detentiva⁴²¹.

Va preliminarmente osservato che, a parte alcune, pur autorevoli, voci⁴²², la maggioranza degli studiosi

⁴¹⁹ *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, at 301

⁴²⁰ 463 U.S. 277 (1983)

⁴²¹ Per un breve ma efficace resoconto sugli orientamenti giurisprudenziali delle *lower courts* all'indomani della decisione *Rummel v. Estelle*, in cui si sottolinea l'assoluta deferenza accordata alle opzioni legislative e la sostanziale disapplicazione del divieto dell'Ottavo Emendamento alle pene detentive eccessive, v. KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 497-501.

⁴²² Mostra in particolare di condividere sia l'*holding* della Corte che le ragioni sottostanti a tale approdo SCHWARTZ C.W., *Eighth Amendment Proportionality Analysis*, cit., 412 ss. L'A. in particolare evidenzia diverse criticità che hanno reso di fatto impossibile l'impiego di uno standard veramente *oggettivo* nel valutare la costituzionalità della condanna inflitta a *Rummel* ed ulteriori problematiche che gli fanno ritenere, in conclusione, che “*The Supreme Court has reached a fair resolution of this difficult constitutional problem*”. Sintetizzando, l'A. considera i profili di complessità determinati dalla natura di “*as applied attack*”; dalla opportunità di tenere in considerazione la “*possibility of parole*” nell'analisi di costituzionalità; dalla intrinseca “*subjectivity*” di ogni valutazione compiuta dai Giudici in riferimento alla distinzione tra delitti violenti e non violenti nel primo step dell'analisi comparativa; dalla “*special social interest exception*”; dalle questioni di *administrability* che deriverebbero da un'apertura netta all'analisi di proporzionalità costituzionale, che aprirebbe il varco ad un “*flood of litigation*”, stante il carattere diffuso della *judicial review of legislation* statunitense; dalla necessità di mantenere sempre un doveroso atteggiamento di *judicial restraint* rispetto alle scelte effettuate da parlamenti democraticamente eletti. Esprime un sostanziale apprezzamento per l'approdo della decisione – soprattutto in base ad argomenti fondati sulla necessità di deferire alle scelte del legislatore e di mantenere un adeguato *judicial restraint* – pur intuendo che il “disimpegno” della Corte in *Rummel* avrebbe di fatto lasciato tutte le altre Corti chiamate a valutare l'eccessività incostituzionale delle pene senza un “criterio guida”, così come gli stessi legislatori,

non condivise né il ragionamento né le conclusioni a cui la Corte pervenne in *Rummel*⁴²³, giudicandosi – a ragione – insoddisfacente la decisione, sotto molteplici profili, che si accenneranno di seguito.

Vale la pena in particolare volgere lo sguardo ad alcuni tra gli aspetti critici di maggiore rilevanza, messi a fuoco dalla dottrina contemporanea⁴²⁴.

Partendo da una disamina del c.d. *philosophical context* generale della questione inerente alla *proporzionalità della pena*, tramite un conciso richiamo ai basilari concetti di *personhood*, di *utilitarianism and retributivism* e di *distributive justice and proportionality*⁴²⁵, tutti fondanti rispetto alla *constitutional dimension of the common law of crimes and punishments*, si sviluppa una persuasiva critica della decisione di *Rummel*.

Pilastri argomentativi aggiuntivi, a supporto della valutazione estremamente negativa della sentenza, vengono poi tratti dal c.d. *legal context*, ossia dalla elaborazione giurisprudenziale precedente della *Supreme Court* nella *eighth amendment litigation* – anche estranea al tema della *excessiveness* delle sanzioni penali *stricto sensu* (*personhood litigation not involving proportionality*) – di cui si è trattato *supra*, nell'ambito della quale è stato elaborato un *linguaggio*, uno *strumentario argomentativo* ed un “*bagaglio assiologico*”, tutto costituito da concetti affini a quello di *personhood*, come *human dignity*,

ponendo la *cruel and unusual punishment clause* “*in a constitutional limbo*”, NOTE, *Rummel v. Estelle: Leaving the Cruel and Unusual Punishments*, cit., 227.

⁴²³ Si veda la approfondita e convincente disamina della pronuncia svolta da DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 1088-1117. L'A., con grande lungimiranza, riesce ad inquadrare con precisione tutte le problematiche insite in una decisione come *Rummel*, prevedendo di fatto gran parte delle caratteristiche di contraddittorietà ed incoerenza che avrebbero contrassegnato gli sviluppi successivi della *non-capital proportionality litigation*. Per ulteriori riferimenti bibliografici relativi a lavori che giudicano negativamente la pronuncia, v. LEGUM B.C., “*Down the Road Toward Human Decency*”: *Eighth Amendment Proportionality Analysis and Solem v. Helm*, in *Ga. L. Rev.*, 1983, 109 ss., in part. 135 nt. 135.

⁴²⁴ Il riferimento è ancora una volta alla nota critica di DRESSLER J. Deve essere precisato che l'A., nel Suo argomentato “attacco” alla conclusione della Corte in *Rummel*, muove da una posizione teorica di fondo sulle funzioni della pena di tipo retribuzionistico, fondata sui concetti di *personhood* e *distributive justice*, per dare forma e contenuto a un principio di proporzionalità costituzionale della pena *desunto* dall'Ottavo Emendamento non inclusivo di alcun elemento utilitaristico. Particolarmente apprezzabili i collegamenti e la contestualizzazione generale proposta dall'Autore riguardo ai rapporti tra principi costituzionali e diritto penale in generale (ampie riflessioni sullo *status* costituzionale della *mens rea* e sul problema della *strict liability*) e agli ingiustificabilmente diversi atteggiamenti della Corte tra diritto penale sostanziale e processuale. La pronuncia dà il destro all'Autore per sviluppare una critica di ampio respiro dell'approccio disimpegnato della Corte rispetto al diritto penale sostanziale.

⁴²⁵ Purtroppo in questa sede non è possibile approfondire in maniera minimamente adeguata l'elaborazione filosofica di tali, imprescindibili, concetti, dal momento che la maggior parte dell'attenzione è dedicata agli sviluppi giurisprudenziali nell'applicazione del divieto dell'Ottavo Emendamento alle pene detentive eccessive. Sembra interessante comunque riportare una critica sviluppata da Dressler, proprio muovendo dal concetto di *distributive justice* e personalità della responsabilità penale, connessa al fondamentale valore di *personhood*, a leggi strutturate su presunzioni assolute di portata generale e onnicomprensiva, come gli *habitual offenders statutes*. In particolare, sul versante della legittimità costituzionale di tali tipologie di normative, l'A. afferma che “*leggi che presumono in maniera assoluta ed invincibile l'esistenza di una caratteristica in una persona sulla base del solo fatto che quella persona fa parte di un gruppo più ampio sono spesso giudicate illegittime, anche se la maggior parte dei membri del gruppo effettivamente presenta quella caratteristica*”. Questa direttrice, ampiamente coltivata nella giurisprudenza costituzionale Italiana in relazione agli automatismi sanzionatori non sufficientemente fondati in base all'*id quod plerumque accidit*, e dunque ritenuti irrazionali/irragionevoli (ad es. proprio le pronunce in tema di recidiva) o in riferimento alle presunzioni di pericolosità e di adeguatezza della sola custodia cautelare in relazione a determinati gravi delitti, non viene invece sviluppata nella *non-capital proportionality litigation* Americana. Questo, all'evidenza, può essere spiegato sia con il fatto che i valori protetti dalla CUPC – come già osservato – sono in primo luogo riconducibili alla dignità umana, al decoro e non alla razionalità, sia con il fatto che in tale ambito vengono sottoposte allo scrutinio della Corte Suprema *concrete applicazioni* di leggi così strutturate, di fatto rendendo impossibile la censura della natura irrazionale “*in sé*” della normativa (*law is unconstitutional on its face*, come nel caso della c.d. *Overbreadth Doctrine*).

human justice, decency.

L'Ottavo Emendamento, infatti, è in primo luogo posto a protezione della dignità umana, da intendersi come concetto *dinamico-evolutivo*, non della razionalità del sistema; e ciò emerge chiaramente dalla *jurisprudential evolution*.

Il primo profilo che rende insoddisfacente e non condivisibile *Rummel v. Estelle* è la sua “*poor craftsmanship*”, la debolezza strutturale dell'*apparato argomentativo*. Essa involge differenziati profili.

Innanzitutto, l'utilizzo erroneo del precedente (*misinterpretation of precedent*)⁴²⁶.

Come è stato osservato, pur essendo indubitabile che il *seminal case Weems* presenti elementi eccentrici, tali da determinare ambiguità e confusione, che ne rendono complicato l'utilizzo nell'ambito della *stare decisis doctrine*, esso ad ogni modo enunciò un *precept of justice* fondamentale e di vasta portata, imponendo al giudiziario di dargli attuazione, nei limiti della sua capacità istituzionale.

Lo stesso utilizzo del precedente *Coker v. Georgia* nella opinione di maggioranza deve essere ritenuto non corretto. Nella sentenza del 1977 la Corte Suprema si limitò ad affermare che l'analisi di proporzionalità (*ogni analisi costituzionale di proporzionalità della pena*) deve essere informata a fattori oggettivi nella massima misura possibile. Non che il giudizio dovesse essere evitato se l'oggettività non poteva essere garantita del tutto. Una *proportionality review* deve essere pertanto ritenuta accettabile quando la *judicial subjectivity* viene limitata nella massima misura possibile ma non del tutto eliminata. Ancora, sempre in relazione alla decisione in *Coker*, la Corte in *Rummel* omise senza alcuna spiegazione di applicare il secondo step del test ivi elaborato per valutare l'eccessività incostituzionale della sanzione⁴²⁷.

In secondo luogo, il *reasoning* della opinione di maggioranza risulta essere incoerente e poco chiaro, soprattutto quando, da un lato, afferma “*senza timore di contraddizione*” che la durata della carcerazione per *felonies* è una materia esclusivamente riservata alla discrezionalità politica dei parlamenti, ma dall'altro riconosce che il limite del potere dei legislatori statali è segnato da quelle “*strictures*” di natura oggettiva desumibili dall'Ottavo Emendamento. Manifesta ulteriormente tale aspetto di intrinseca contraddittorietà la famosa ed enigmatica *footnote II*, in cui la Corte ammette, ipoteticamente, la possibilità di una *unconstitutional disproportionality*, solo per casi estremi, come quello di una *life sentence* legislativamente autorizzata per la condotta di *overtime parking*.

Deve essere segnalata poi la eccessiva ed ingiustificata deferenza concessa dalla Corte al legislatore statale in *Rummel*.

Questo atteggiamento ha d'altra parte storicamente contraddistinto l'operato della Corte Suprema Federale nei confronti delle questioni di costituzionalità relative al diritto penale sostanziale, rispetto

⁴²⁶ Sottolineano questo evidente difetto, ad esempio, DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 1089-1095; NOTE, *Rummel v. Estelle: Leaving the Cruel and Unusual Punishments*, cit., 202.

⁴²⁷ Una pena è incostituzionale perché eccessiva quando “*makes no measurable contribution to acceptable goals of punishment and hence is nothing more than the purposeless and needless imposition of pain and suffering*”.

all'attitudine di *judicial activism* con cui essa ha affrontato l'ambito delle garanzie costituzionali di natura processuale, ampliandone via via significativamente la portata⁴²⁸.

La pronuncia in esame rappresenta in maniera emblematica questo consolidato trend, costituendo all'evidenza una ingiustificata *judicial abdication*⁴²⁹.

Un altro aspetto fortemente discutibile dell'arresto in esame – ancora connesso con l'eccessiva deferenza mostrata dalla Corte – riguarda la sottile e problematica linea di demarcazione tra controllo di costituzionalità fondato su criteri soggettivi, pertanto illegittimo, e ricerca di fattori oggettivi e certi nella massima misura possibile, che *Justice Rehnquist* semplifica oltremodo nella sentenza in esame, al fine di supportare la scelta di chiudere ogni spiraglio alla *proportionality review*.

Come già segnalato in precedenza – in riferimento all'*objective indicia analysis* nel *capital context* – un approccio d'analisi costituzionale appiattito completamente sulle scelte della maggioranza (*legislative enactments, jury deliberations, public opinion polls*), pur avendo il pregio di essere ancorato a dati quantificabili e (solo apparentemente) certi, presenta consistenti difetti, primo fra tutti quello di svuotare di contenuto un *counter-majoritarian constitutional right* nella sua stessa essenza, come è quello protetto dal divieto di cui alla CUPC.

In definitiva la Corte, anche a costo di impegnarsi maggiormente in ragionamenti di tipo filosofico e morale e di sfociare nella *judicial subjectivity*, correndo il rischio di invadere la sfera della “*political question*”, avrebbe dovuto quantomeno cimentarsi in un'attenta analisi, in primo luogo di tutti i dati oggettivi disponibili, per poi passare alla sua autonoma risoluzione (*independent judgment*), come tra l'altro aveva già fatto pochi anni prima nella *landmark decision Coker v. Georgia*⁴³⁰.

Deve essere poi sottolineato come il tessuto argomentativo della *majority opinion* in *Rummel* soffra di una “*jurisprudential confusion*”⁴³¹ di fondo, che si risolve in un *modus operandi* pieno di errori da parte della Corte nella sua opera d'analisi.

⁴²⁸ Indaga a fondo le motivazioni di tale, ingiustificato, atteggiamento diverso della Corte Suprema tra la sfera della *substantive criminal law* e quella della *procedural criminal law*, DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 1100-1104.

⁴²⁹ DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 1103. L'A., dopo avere inquadrato le ragioni principali che possono spiegare i “*conflicting trends of procedural activism and substantive deference*” da parte della Corte, afferma che nessuna delle ragioni plausibili può giustificare una *judicial abdication* come quella avvenuta in *Rummel*.

⁴³⁰ Sostanzialmente la *dissenting opinion* in *Coker* divenne la *majority* in *Rummel*.

⁴³¹ Parte della confusione è causata anche dall'innesto del termine *gross* di fianco a *disproportionality*. Tale aggettivo non faceva invero parte della elaborazione originaria della *proportionality doctrine* in *Weems*, ed è stato aggiunto in un *dictum* in *Gregg v. Georgia*. Dopo avere indagato i possibili significati del termine (tre ipotesi ricostruttive: *substantially greater than disproportionate, shocks of the conscience, utilitarian leeway left to the legislature to surpass retributive proportionality concerns*), attenta dottrina conclude che “*Il termine è stato innestato sul principio di proporzionalità dell'Ottavo Emendamento presumibilmente non perché la mera sproporzione è costituzionalmente legittima mentre la evidente sproporzione non lo è, ma perché la Corte riconosce che menti ragionevoli possono divergere sul punto in cui la proporzionalità finisce e la sproporzione comincia. Data la presunzione di costituzionalità della azione legislativa e la volontà della Corte di essere deferente, essa deve avere voluto dire con 'evidente' che la pena non è incostituzionale finché essa si discosta dalla quantità appropriata in una maniera sufficiente tale da consentire alla Corte di sentirsi ragionevolmente soddisfatta che il legislatore abbia esercitato il suo potere in maniera illegittima e che il giudiziario è corretto nella sua determinazione. Il precetto di giustizia esige la proporzionalità, ma la deferenza richiede una notevole sproporzione prima che la Corte ritenga che il precetto sia stato violato*”, v. DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 1109-1113.

Riguardo alle premesse filosofiche in punto funzioni della pena, essa ha privilegiato una concezione prettamente *utilitarian* della proporzionalità⁴³², non tenendo in considerazione il valore fondante della *personhood*, che riempie di contenuto e significato il divieto di pene eccessive di cui all'Ottavo Emendamento, come viene ampiamente confermato da settanta anni di giurisprudenza costituzionale precedente, a partire da *Weems*.

La Corte avrebbe poi dovuto sviluppare una analisi “trifasica”⁴³³, cercando di contemperare l'esigenza di proteggere i supremi valori ordinamentali degli U.S.A., federalismo e separazione dei poteri, con la altrettanto importante necessità di non rinunciare completamente al dovere istituzionale di salvaguardare il diritto individuale a non subire pene eccessive.

Ultimo profilo problematico da evidenziare nella vicenda di *Rummel* è inerente alla linea della sua difesa, quelli che sono stati definiti “*inappropriate adversarial arguments*”.

In definitiva pare corretto affermare, come era stato già osservato dalla dottrina coeva, che la decisione di *Rummel* abbia ingiustificabilmente rinunciato ad applicare i fondamentali principi costituzionali cristallizzati nei precedenti *Weems* e *Coker*, confermando la sua scarsa attitudine a confrontarsi con questioni di particolare complessità, tanto relativamente ai fondamenti filosofici del diritto penale, quanto riguardo ai limiti istituzionali del potere giudiziario nella *judicial review of legislation*.

Lo studio del primo *modern prison duration case*, nonché di alcune interpretazioni dottrinarie che sono state su di esso elaborate, si rivela di particolare importanza, soprattutto perché da tale contesto emergono già in maniera netta gran parte delle criticità che caratterizzeranno il tumultuoso sviluppo dei casi successivi, in cui la Corte non si sarebbe rivelata capace di sviluppare una metodologia d'analisi coerente ed in grado di proteggere con efficacia il diritto individuale costituzionale di cui alla CUPC.

2.3.3 La conferma della prima presa di posizione in *Hutto v. Davis*

La *Supreme Court* affrontò nuovamente un *eighth amendment challenge to an excessive prison term on proportionality grounds*, due anni dopo la decisione sulla vicenda di William Rummel, nella pronuncia

⁴³² Secondo DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 113, l'opinione della Corte dimostra una totale mancanza di consapevolezza della distinzione base tra fattori retributivi e utilitaristici nell'analisi di proporzionalità.

⁴³³ Secondo la lettura di Dressler la Corte avrebbe dovuto implementare tale test “progressivamente” (quindi non necessariamente tutti e tre i fattori, essendo sufficiente anche solo uno di essi a determinare la sproporzione incostituzionale). In primo luogo una *intra-jurisdictional analysis*, interna all'ordinamento penale statale, sulla base del concetto di *lesser included offense* (assimilabile al nostro istituto del reato complesso), secondo cui se il reato incluso nella figura delittuosa più grave è punito più severamente rispetto al reato complesso la pena è incostituzionale perché eccessiva. Tale test presenta il vantaggio di essere oggettivo e non porsi in contrasto con il federalismo e la separazione dei poteri. Secondariamente, una *inter-jurisdictional analysis*, ovvero la comparazione con le pene previste ed inflitte in altri stati per lo stesso delitto, di natura oggettiva, ma in frizione con i principi del federalismo, che tuttavia sono protetti già dal “filtro” della *gross disproportionality*. Infine, se le due sopraccitate verifiche si rivelino insufficienti ad inferire una evidente sproporzione o comunque non diano esiti chiari, la Corte dovrebbe impegnarsi in un *independent judgment* ad alto rischio di *subjectivism* e fondato sostanzialmente su uno *shock of the conscience test*. L'applicazione di questa metodologia d'analisi avrebbe, ad avviso dell'A., portato alla dichiarazione d'incostituzionalità della condanna inflitta a *Rummel*.

*per curiam*⁴³⁴ *Hutto v. Davis*⁴³⁵. Anche in questa occasione – caratterizzata tra l'altro da uno sviluppo processuale di particolare complessità, dovuto soprattutto all'intervento *medio tempore* della decisione di *Rummel* – la Corte sembrò riconoscere pochi – se non nessuno – limiti costituzionali derivanti dalla CUPC, sull'entità della pena detentiva irrogata.

I fatti di causa riguardavano un soggetto condannato complessivamente a quaranta anni di detenzione (due *consecutive sentences*⁴³⁶) ed ad una *fine* di 20.000 \$, per due reati in materia di stupefacenti (*possession of marijuana with intent to distribute and distribution of that marijuana*), consistenti nell'aver posseduto con la volontà di vendere e nell'aver effettivamente venduto un modesto quantitativo totale, di circa nove onces, di marijuana.

Ciascuno dei due delitti, conformemente alla legislazione in vigore all'epoca dei fatti nello stato della Virginia (1973), poteva essere punito con sanzione pecuniaria fino a 25,000 \$ e con pena detentiva, da un minimo di cinque anni ad un massimo di quaranta anni⁴³⁷.

La condanna irrogata a Davis – che aveva inoltrato un *federal writ of habeas corpus* – venne in un primo momento ritenuta *cruel and unusual*, in quanto manifestamente eccessiva rispetto agli illeciti commessi, dalla *District Court for the Western District of Virginia*, sulla base di una analisi condotta conformemente ai quattro fattori messi a punto nel caso *Hart v. Coiner*, sopra esaminato⁴³⁸.

Un *panel* della *United States Court of Appeals* del Quarto Circuito capovolse tale decisione⁴³⁹, ma la stessa Corte, rivalutando la questione *en banc*, cassò la decisione del *panel*, confermando dunque l'*holding* della *district court*⁴⁴⁰, che aveva ritenuto costituzionalmente illegittima per eccessività la

⁴³⁴ Definition: Latin for "by the court." An opinion from an appellate court that does not identify any specific judge who may have written the opinion. Overview: A "per curiam" decision is a decision delivered via an opinion issued in the name of the Court rather than specific judges. Most decisions on the merits by the Supreme Court (and other appellate courts in the U.S.) take the form of one or more opinions signed by individual justices (and joined in by others). Even when such signed opinions are unanimous, they are not termed "per curiam." "Per curiam" decisions are given that label by the Court itself and tend to be short. Usually, though not always, they deal with issues the Court views as relatively non-controversial. Fonte: https://www.law.cornell.edu/wex/-per_curiam (ultimo accesso 29 Aprile 2015).

⁴³⁵ 454 U.S. 370 (1982). Per ricostruzioni dottrinali di tale decisione v. DREW K.A.-WEAVER R.K., *Disproportionate or Excessive Punishments*, cit., 9-11; FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 578-579; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 135; un chiaro resoconto del complesso iter processuale in KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 499-501; cenni anche in SCHWARTZ C.W., *Eighth Amendment Proportionality Analysis*, cit., 404.

⁴³⁶ Definition: Two or more sentences of jail time to be served one after another. For example, if a convicted felon was sentenced to two consecutive ten-year terms, the total sentence would be 20 years. Fonte: https://www.law.cornell.edu/wex/-consecutive_sentence (ultimo accesso 29 Aprile 2015). La corte distrettuale condannò Davis a due termini consecutivi, con esito di spropositato rigore sanzionatorio, anche perché i delitti erano stati commessi durante il periodo in cui egli era libero su cauzione, in attesa di una *appellate review* di una precedente condanna inflittagli per vendita di sostanza stupefacente LSD.

⁴³⁷ *Hutto v. Davis*, 454 U.S. 370, at 372 (1982) "At the time of respondent's conviction Virginia law authorized fines of up to 25,000 \$ and prison terms of not less than 5 nor more than 40 years for each of respondent's offenses".

⁴³⁸ *Davis v. Zaharadnick*, 432 F. Supp. 444, 453 (W.D. Va. 1977), *rev'd sub nom. Hutto v. Davis*, 454 U.S. 370 (1982) "Dopo avere esaminato la natura del delitto, la finalità legislativa retrostante alla previsione della pena, la pena nel Commonwealth della Virginia per altri delitti, e la pena in realtà inflitta per lo stesso o altri delitti in Virginia, questa corte deve necessariamente concludere che una condanna di quaranta anni e ventimila dollari di multa di sanzione pecuniaria è così evidentemente fuori di proporzione rispetto alla gravità dei delitti da costituire una pena crudele ed inconsueta in violazione dell'Ottavo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti".

⁴³⁹ *Davis v. Davis*, 585 F.2d 1226 (4th Cir. 1978). La corte sostenne in particolare che la metodologia d'analisi "a quattro fattori" elaborata in *Hart* non fosse imposta e che non dovesse applicarsi a condanne ad anni di detenzione invece che *life sentences*.

⁴⁴⁰ 601 F.2d 153 (4th Cir. 1979) (*per curiam*). La corte confermò sia l'*holding* che il *rationale* della decisione della *district court*

condanna irrogata a Davis⁴⁴¹.

La Corte Suprema annullò la pronuncia della *Court of Appeals en banc*, e rinviò al Quarto Circuito perché rivalutasse i fatti alla luce della decisione in *Rummel v. Estelle*⁴⁴². Nel giudizio di rinvio, il Quarto Circuito non concordò sull'effetto dell'*holding* di *Rummel*, confermando il giudizio di incostituzionalità della sentenza di condanna emesso della *district court*⁴⁴³.

Con la *per curiam opinion* in *Hutto v. Davis* la Corte Suprema annullò il test di proporzionalità che si era sviluppato in seno al Quarto Circuito, affermando che la *Court of appeals* non si era uniformata alla decisione in *Rummel*, come avrebbe dovuto⁴⁴⁴.

L'opinione della Corte, sebbene vi fossero numerosi indici che potevano indurre a *distinguere* la posizione di Davis rispetto a quella di Rummel (primo fra tutti il fatto che la vicenda del 1980 riguardava l'applicazione di un *habitual offender statute*), sostenne che le questioni sollevate fossero *indistinguishable*, e che pertanto dovesse essere applicato al caso l'*holding* di *Rummel*, ribaltando la statuizione del Quarto Circuito, che aveva considerato il divieto di CUP violato dalla sentenza comminata a Davis.

Consequentemente si affermò “*Rummel sostiene l'affermazione che le corti federali dovrebbero essere riluttanti a esercitare un controllo di costituzionalità sulla durata dei periodi di pena detentiva legislativamente imposti, e che questioni di costituzionalità affermate riguardo alla proporzionalità di particolari sentenze di condanna dovrebbero essere estremamente rare. Confermando la decisione della District Court dopo la nostra decisione in Rummel, la Court of Appeals ha sancito una intromissione nel fondamentale processo di tracciare linee e distinzioni riguardo a delitti e sanzioni che è propriamente all'interno della provincia dei legislatori, non delle corti. In maniera ancor più importante, tuttavia, si potrebbe ritenere che il Quarto Circuito abbia ignorato, consapevolmente o inconsapevolmente, la gerarchia del sistema federale delle corti stabilito dalla Costituzione e dal Congresso. A dire il vero, i Membri di questa Corte decidono le cause in virtù del loro mandato, non della loro competenza. E si possono sviluppare ragionamenti in un senso o nell'altro sul fatto che il presente caso sia distinguibile, tranne che per quanto riguarda i suoi fatti, da quello di Rummel. Ma a meno che noi non desideriamo che l'anarchia prevalga nel sistema giudiziario federale, un precedente di questa Corte deve essere seguito dalle corti federali inferiori, a prescindere da quanto i giudici di queste corti ritengano che esso sia sbagliato*”⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Si noti che nel sistema di *appellate review* federale statunitense, gli Appelli vengono solitamente giudicati da un *panel* composto da tre giudici membri della Corte. Tuttavia una maggioranza dei membri della Corte può decidere di rivalutare la questione *en banc*, ovvero da tutti i giudici della Corte. V. per profili definitivi fonte https://www.law.cornell.edu/wex/en_banc (ultimo accesso 30 aprile 2015).

⁴⁴² *Hutto v. Davis*, 445 U.S. 947 (1980) (*memorandum opinion*)

⁴⁴³ 646 F.2d 123 (4th Cir. 1981) (*per curiam*)

⁴⁴⁴ Con parole molto dure, la Corte affermò che “*si può ritenere che il Quarto Circuito abbia ignorato, consapevolmente o inconsapevolmente, la gerarchia del sistema federale delle corti stabilito dalla Costituzione e dal Congresso*”.

⁴⁴⁵ *Hutto v. Davis*, 454 U.S. 370, at 374-75 (1982)

Justice Powell redasse una *concurring opinion*, in cui espresse la sua ferma convinzione di trovarsi di fronte ad una condanna profondamente sproporzionata ed ingiusta rispetto al disvalore del fatto, tuttavia ritenne che l'*holding* di *Rummel* controllasse i fatti, e pertanto si unì alla *per curiam opinion*.

Dopo aver riconosciuto che le *appellate courts* avevano svolto il loro dovere istituzionale, non chiudendo gli occhi di fronte a “*grossly disproportionate sentences that are manifestly unjust*” e pervenendo al giudizio poi sovvertito dalla Corte Suprema, sottolineò due aspetti rimarchevoli che distinguevano il caso di *Davis* da quello di *Rummel*.

In primo luogo, lo stesso *prosecutor* che aveva esercitato l'azione penale nei confronti di *Davis*, circa tre anni dopo la condanna, aveva scritto una sentita lettera, in cui sosteneva che la condanna irrogata all'imputato costituiva una manifesta ingiustizia, soprattutto se si guardava alle sanzioni previste per le altre *drug offenses*, sia su scala statale che su scala nazionale.

Un ulteriore elemento in grado di rivelare una necessaria differenziazione rispetto a *Rummel*, era costituito l'azione legislativa dello Stato della Virginia, che nel 1979 ridusse sensibilmente le sanzioni per i delitti che erano stati commessi da *Davis*, da venti a dieci anni. Tale modifica, pur non potendo essere applicata retroattivamente, ad avviso del *Justice*, rappresentava un chiaro indice di mutamento nella coscienza sociale, espressa dalla più autorevole istituzione statale, nel senso di non tollerare più sanzioni così dure per *drug offenses*.

Nonostante queste evidenze, raffrontando il caso con quello di *Rummel*, il Giudice notò che le tre *minor frauds* fossero illeciti di gravità molto minore, rispetto ai reati commessi da *Davis*, che, peraltro, non fu in grado mostrare, attraverso uno *statutory comparison* (del tipo di quella presentata dalla difesa in *Rummel*), che la pena comminatagli fosse caratterizzata da un grado di sproporzione maggiore di quella inflitta a *Rummel*.

I *Justices* Brennan, Marshall e Stevens dissentirono vivamente.

Furono poste a fondamento del parere difforme ragioni che fecero perno sui precedenti della Corte⁴⁴⁶. Sul punto si osservò che l'*holding* di *Rummel* – strettamente connesso al fatto che in quel caso fosse valutata la costituzionalità dell'applicazione di un *recidivist statute* – era stato esteso indebitamente ai fatti di causa, in riferimento ai quali, tuttavia, non vi era alcuna traccia della volontà dello Stato della Virginia di punire *Davis* come *habitual offender*.

Ad avviso dei *dissenters*, perciò, la opinione *per curiam* della Corte stava semplicemente obliterando i principi della *proportionality doctrine*, stabiliti in numerosi precedenti. In questo senso, si fece notare che la stessa decisione in *Rummel* non aveva affatto disposto l'*overruling* di quei casi, ma anzi li aveva citati con approvazione⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ La *dissenting* parla di “*misused precedent*”, *Hutto v. Davis*, 454 U.S. 370, at 388 (1982)

⁴⁴⁷ Si veda la nota numero 1 alla *dissenting opinion* in *Hutto v. Davis*, laddove si afferma “*Che ci debba essere un qualche dubbio in riferimento alla persistente validità del principio di proporzione è in particolar modo incomprensibile in considerazione dell'affidamento da parte della Corte nel caso Rummel sul principio di proporzionalità in una nota a piè di*

Stigmatizzando l'eccessiva deferenza e giudicandola come una “*complete abdication of our responsibility to enforce the eighth amendment*”, i giudici dissenzienti sostennero che la Corte avrebbe dovuto perlomeno dimostrare che il caso di Davis non rientrasse in quegli “*exceedingly rare cases*”, gli unici in grado di innescare l'operatività del *proportionality principle*, conformemente a *Rummel*. Ma l'opinione non si impegnava in nessuna analisi a tal fine.

Ad avviso dei *dissenters* (e di cinque giudici della *Court of Appeals*), invece, la situazione del *petitioner* rientrava proprio in quella ristretta cerchia di “*exceedingly rare cases*” che impongono l'applicazione del principio di proporzione anche al di fuori del *capital context*, quando oggetto di giudizio sono solo *excessive prison terms*.

E ciò per tre ordini di ragioni principali.

In primo luogo – come già notato nella decisione della *District Court* – “*Dal 31 Ottobre 1975 all'Agosto 1976 centodiciassette detenuti vennero affidati allo State Department of Corrections per possesso, vendita o produzione di marijuana. La condanna media per tali reati fu di tre anni e due mesi, quella più breve fu di sessanta giorni, e la massima di quindici anni*”; questo dato non può che univocamente deporre nel senso di una evidente, incostituzionale, sproporzione della pena rispetto al disvalore del reato. Secondariamente si fece affidamento sugli stessi elementi valorizzati nella *concurring* di *Powell*, ossia sulla emblematica lettera del *prosecutor*, ma soprattutto sulla riforma delle sanzioni per le *drug offenses* che si attuò nel 1979 in Virginia, con cui si diminuirono considerevolmente i compassi edittali.

Il secondo argomento venne comprensibilmente collegato a quella linea giurisprudenziale⁴⁴⁸, come si è visto caratteristica dell'*eighth amendment litigation*, che si fonda (anche) sui *trend* legislativi, giudiziari e dell'opinione pubblica (*i.e. evolving standards of decency*), per determinare l'eventuale sproporzione incostituzionale di una determinata sanzione (*rectius*: l'accettazione da parte della comunità).

Il parere difforme si conclude con un duro attacco nei confronti della decisione della Corte: “*Io posso solo credere che la Corte percepisca questo caso come uno a cui la limitata decisione di Rummel riguardante le leggi sulla recidiva può essere estesa ad un nuovo terreno senza il necessario sforzo di argomentare ed informare sulle ragioni. Sfortunatamente, è Roger Trenton Davis che ora deve soffrire i dolori derivanti dalla insensibilità della Corte, e scontare una esagerata condanna a quaranta anni, ritenuta crudele ed inusuale da almeno sei giudici nel grado inferiore. Io dissento da questo palese abuso nel nostro potere giudiziale*”⁴⁴⁹.

Dal momento che si colloca sostanzialmente in linea di continuità con il precedente di *Rummel*, confermando un atteggiamento di totale chiusura della Corte rispetto alla *constitutional review* delle pene detentive eccessive, non deve sorprendere più di tanto che la decisione appena analizzata non abbia

pagina, ove la Corte, rispondendo alla fantasiosa congettura dell'opinione dissenziente, affermò che questo principio potrebbe vietare ad un legislatore di qualificare l'overtime parking come delitto punibile con la reclusione a vita”.

⁴⁴⁸ Citando *Trop e Coker*.

⁴⁴⁹ *Hutto v. Davis*, 454 U.S. 370, at 388 (1982)

ricevuto grandi attenzioni o critiche da parte della letteratura coeva.

Non altrettanto può dirsi invece riguardo alla sentenza che si andrà ad analizzare di seguito, la quale, avendo rappresentato una brusca inversione di marcia rispetto al precedente orientamento interpretativo della Corte, è stata oggetto di ampie riflessioni da parte degli studiosi.

2.3.4 Il cambio di rotta in *Solem v. Helm* e l'elaborazione degli importanti criteri comparativi di natura oggettiva per esercitare il sindacato sulla misura della pena

Si ritornò ad affrontare una questione di *proporzionalità costituzionale* della pena nella *landmark decision* *Solem v. Helm* del 1983⁴⁵⁰.

Tale decisione riveste particolare importanza ai fini della presente ricerca, dal momento che esso ha costituito il solo *tentativo* da parte della Corte di *definire* con precisione che cosa rende una condanna a pena detentiva costituzionalmente illegittima, a causa della sua *durata eccessiva* rispetto alla *gravità* del reato.

Inoltre, a tutt'oggi, rimane la unica occasione in cui è stata ritenuta *cruel and unusual on grounds of excessiveness* una sentenza di condanna, al di fuori del *capital context*⁴⁵¹.

Sinteticamente i fatti di causa⁴⁵².

Jerry Helm subì una *life without parole sentence*, in forza di una *four strikes law* del South Dakota.

A far data 1975 Helm era stato condannato per essere stato autore di sei *nonviolent felonies*⁴⁵³.

Nel 1979 fu accusato di “*uttering a no account check*” (aver firmato un assegno scoperto)⁴⁵⁴, condotta costituente una *Class 5 felony*, di base punibile con cinque anni di reclusione in un penitenziario statale e, a discrezione del giudice, una multa di 5,000 \$⁴⁵⁵, conformemente alla normativa vigente all'epoca in South Dakota.

Tuttavia, la legislazione statale prevedeva che “*When a defendant has been convicted of at least three*

⁴⁵⁰ In letteratura si vedano i commenti, di poco successivi alla pronuncia, di KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 479 ss.; BENTLEY M.K., *Solem v. Helm: Proportionality Review of Recidivist Sentencing Is Required by the Eighth Amendment*, in *DePaul L. Rev.*, 1983, 149 ss.; LEGUM B.C., “*Down the Road Toward Human Decency*”, cit., 109 ss.; MILLEN P., *Interpretation of the Eighth Amendment*, cit., 789 ss. Più di recente riesaminano il caso, tra gli altri, DREW K.A.-WEAVER R.K., *Disproportionate or Excessive Punishments*, cit., 11-15; DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 61; FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 579-581; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 135-137.

⁴⁵¹ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *op. loc. cit.*; KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 515.

⁴⁵² Una efficace sintesi dell'iter processuale in KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 501-503; BENTLEY M.K., *Solem v. Helm: Proportionality Review*, cit., 155-156.

⁴⁵³ In particolare, nel 1964, 1966 e 1969 per *third degree burglary* (figura delittuosa derivante dalla tradizione di *common law* grossomodo traducibile come “furto d'appartamento”); nel 1972 per *obtaining money under false pretenses*; nel 1973 per *grand larceny*; nel 1975 per *third offense driving while intoxicated*.

⁴⁵⁴ In base alla legislazione vigente ed applicabile alla condotta di Helm, S.D. Codified Laws § 22-41-1.2 (1979), “*Any person who, for himself or as an agent or representative of another for present consideration with intent to defraud, passes a check drawn on a financial institution knowing at the time of such passing that he or his principal does not have an account with such financial institution, is guilty of a Class 5 felony*”.

⁴⁵⁵ S.D.Comp.Laws Ann. § 22-6-1 (1967 ed., supp. 1978) (amended 1979 and 1980). Tutti riferimenti normativi sono quelli citati in sentenza.

*prior convictions in addition to the principal felony, the sentence for the principal felony shall be enhanced to the sentence for a Class 1 felony*⁴⁵⁶; la pena massima comminata per una *Class 1 felony* era il *life imprisonment in a state penitentiary and a 25.000 \$ fine*⁴⁵⁷.

Differentemente rispetto a quanto visto in *Rummel*, in relazione al sistema piuttosto favorevole di *parole* e *good time credits* Texano, la disciplina penitenziaria statale in questione – caratterizzata da spropositata severità e da un totale rifiuto della funzione rieducativa della sanzione penale – impediva espressamente il rilascio anticipato su *parole* nel caso di specie, contemplando solo la possibilità che il Governatore concedesse un *pardon* ai detenuti o procedesse discrezionalmente a commutare le loro sentenze.

Questo profilo di diversità tra le due vicende ha giocato un ruolo rilevante in relazione al brusco cambio di orientamento della Corte, che distinse il caso da *Rummel* proprio sulla base della indisponibilità del rilascio *on parole*.

Helm, dopo avere subito la condanna, impugnò la pronuncia dinnanzi alla *South Dakota Supreme Court*, lamentando tra l'altro la violazione del divieto di cui all'Ottavo Emendamento⁴⁵⁸. La Corte Suprema statale confermò la decisione. Successivamente, scontati due anni di pena, inoltrò una richiesta al Governatore di commutare la *life sentence* in un *fixed term of years*, in modo tale da potere essere ammesso alla *possibility of parole*. L'istanza fu respinta.

Nel 1981 Helm lamentò la violazione della CUPC per *disproportionality* da parte della sua sentenza di condanna dinnanzi alla *U.S. District Court for the District of South Dakota*. Pur riconoscendo l'inusuale asprezza della pena irrogata, la corte, uniformandosi alla decisione di *Rummel*, non riscontrò alcun profilo d'incostituzionalità⁴⁵⁹.

La *U.S. Court of Appeals for the Eighth Circuit* capovolse tale esito⁴⁶⁰, *distinguendo* il caso rispetto a *Rummel v. Estelle*.

Si notò in particolare che la *LWOP sentence* comminata all'imputato fosse di certo qualitativamente differente rispetto a quella inflitta a *Rummel*, che, includendo la prospettiva di essere rilasciato su *parole* dopo dieci-dodici anni massimo, non presentava profili di frizione così evidenti rispetto alla *constitutional excessiveness prohibition* dell'Ottavo Emendamento⁴⁶¹.

La *Court of Appeals*, dopo avere esaminato la natura dei delitti, la gravità della pena e le condanne che

⁴⁵⁶ “*Se un imputato è stato condannato per minimo tre precedenti delitti oltre al delitto principale, la sentenza per il delitto principale deve essere aumentata fino a quella legislativamente prevista per un delitto di classe 1*” S.D. Codified Laws § 22-7-8 (1979) (amended 1981).

⁴⁵⁷ S.D. Comp.Laws Ann. § 22-6-1(2) (1967 ed., supp. 1978) (now codified at S.D. Codified Laws § 22-6-1(3) (Supp. 1982)

⁴⁵⁸ La *Supreme Court* Statale condivise l'interpretazione iper restrittiva della *proportionality doctrine*, secondo cui una condanna doveva essere sempre ritenuta costituzionalmente legittima fin tanto che si fosse mantenuta “*within permissible statutory limits*”.

⁴⁵⁹ *Helm v. Solem*, No. 81-5148 (D.S.D. Dec. 12, 1981). KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 497-501 descrive l'approccio iper-deferente nei confronti delle scelte legislative delle corti inferiori nella *judicial review of excessive punishment* in casi immediatamente successivi a *Rummel* (in particolare v. *United States v. Valenzuela* 646 F.2d 352 (9th Cir. 1980) e *Hayes v. Bordenkircher* 621 F.2d 846 (6th Cir. 1980)).

⁴⁶⁰ *Helm v. Solem*, 684 F.2d 582 (8th Cir. 1982), *aff'd*, 103 S.Ct. 3001 (1983)

⁴⁶¹ La Corte in particolare osservò che la *LWOP sentence* inflitta a Helm “*totally rejects rehabilitation as a basic goal of our criminal justice system*”.

potenzialmente il reo avrebbe ricevuto in altre giurisdizioni, concluse per la manifesta sproporzione e l'incostituzionalità.

La Corte Distrettuale inoltrò una *petition to issue a writ of certiorari*. La Corte Suprema acconsentì ad esaminare la questione, concedendo il *certiorari*, confermando poi l'illegittimità costituzionale della pena irrogata a Helm per *sproporzione*.

La *majority opinion* in *Solem v. Helm* fu redatta da Justice Powell⁴⁶², lo stesso estensore della opinione dissenziente di *Rummel v. Estelle* tre anni prima.

Il *reasoning* della decisione fu costruito inizialmente su una breve disamina storica del concetto di *proportionate penalties* nella *common law jurisprudence*.

La Corte, facendo riferimento ai fondamentali antecedenti storici costituiti dalla *Magna Carta*⁴⁶³ e dall'*English Bill of Rights*⁴⁶⁴, osservò che la clausola era stata senza dubbio originariamente intesa per proibire non soltanto le pene crudeli, ma allo stesso modo quelle sproporzionate in relazione al reato.

D'altra parte, anche accedendo ad un'interpretazione letterale (*textualist*), sarebbe anomalo estromettere le pene detentive dal perimetro del divieto di cui all'Ottavo Emendamento.

Non essendo infatti prevista dal dato testuale alcuna specifica esclusione dei *prison terms*, non si spiegherebbe perché la sanzione meno severa dell'ammenda e quella più dura della esecuzione capitale richiedano una analisi di proporzionalità costituzionale, mentre quella intermedia della carcerazione debba rimanere inspiegabilmente *immune* da tale controllo⁴⁶⁵.

Tale argomento, di natura letterale-sistematica – si è visto – era già stato sviluppato nella *dissenting opinion* di Justice Field in *O'Neil v. Vermont*, allorquando per la prima occasione emerse il concetto di *constitutional proportionality*⁴⁶⁶ nella elaborazione giurisprudenziale della Corte Suprema, e tutt'oggi viene ritenuto estremamente persuasivo da parte degli studiosi, costituendo motivo di critica nei confronti delle rinunciarie prese di posizione della Corte.

Oltre che dalla evoluzione storica della *english common law*, il riconoscimento del principio di proporzionalità – argomenta Justice Powell – affiora nitidamente da molteplici precedenti, disseminati in quasi un secolo di giurisprudenza costituzionale⁴⁶⁷.

⁴⁶² I Justices Brennan, Marshall, Blackmun e Stevens si unirono all'opinione della Corte.

⁴⁶³ In particolare si fece riferimento all'originario divieto di *excessiveness* degli *amercements*, poi esteso anche alle condanne a pena detentiva, ad esempio nel caso *Hodges v. Humkin*, 2 Bulst. 139, 140, Eng.Rep. 1015, 1016 (K.B. 1615) (Croke J.) (“*imprisonment ought always to be according to the quality of the offense*”).

⁴⁶⁴ I giudici supremi sottolinearono che i *framers*, riproducendo letteralmente il linguaggio dell'*English Bill of Rights*, intesero almeno assicurare la protezione degli stessi diritti che erano salvaguardati per gli Uomini Inglesi, quindi necessariamente anche il diritto a non essere puniti *eccessivamente*.

⁴⁶⁵ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, at 290 (1983) “*The Eighth Amendment imposes parallel limitations on bail, fines, and other punishments, and the text is explicit that bail and fine may not be excessive. It would be anomalous indeed if the lesser punishment of fine and the greater punishment of death were both subject to proportionality analysis, but the intermediate punishment of imprisonment were not. There is also no historical support for such an exception. The common law principle incorporated into the Eighth Amendment clearly applied to prison terms. And our prior cases have recognized explicitly that prison sentences are subject to proportionality analysis*”.

⁴⁶⁶ “*The whole inhibition [of the eighth amendment] is against that which is excessive*”.

⁴⁶⁷ La Corte cita il *leading case* *Weems v. U.S.*, *Robinson v. California*, e i due importanti *capital cases* *Enmund v. Florida* e

Passate in rassegna le fonti storiche e gli sviluppi giurisprudenziali del passato, la Corte giunge ad affermare un principio di grande rilievo: “*Riassumendo, noi riteniamo in linea di principio che una condanna a pena detentiva debba essere proporzionata al delitto per il quale l'imputato è stato condannato. Le corti che esercitano il potere di controllo, dovrebbero accordare sostanziale deferenza all'ampia autorità che i parlamenti necessariamente possiedono nel determinare le tipologie ed i limiti quantitativi delle pene per i reati, così come alla discrezionalità di cui le corti godono nel condannare i rei. Ma nessuna pena è di per sé costituzionalmente legittima. Come la Corte ha osservato in Robinson v. California, un singolo giorno in prigione può essere incostituzionale in determinate circostanze*”⁴⁶⁸.

Partendo da tale fondamentale presupposto, e traendo spunto dalle metodologie d'analisi comparative elaborate nei precedenti della Corte per determinare la sproporzione della pena⁴⁶⁹, la maggioranza dei Giudici Supremi – in frontale contrapposizione rispetto all'*holding* di tre anni prima in *Rummel* – ritenne possibile sviluppare un test, quanto più possibile oggettivo, per concludere che la condanna irrogata a Helm fosse *unconstitutionally excessive*.

Si procedette pertanto a selezionare i *fattori* rilevanti da tenere in considerazione nell'analisi costituzionale sulla misura della pena detentiva in termini generali.

In primo luogo le corti devono esaminare la natura e la gravità del delitto (*gravity of the offense*) e la severità della sanzione inflitta (*harshness of the sentence*). Si tratta dunque di una valutazione molto complessa, perché di tipo “*assoluto*” e non correlata ad alcun termine di paragone, avendo ad oggetto solo la condotta delittuosa e la pena comminata⁴⁷⁰.

Secondariamente, l'attenzione deve concentrarsi sulle condanne comminate ad altri rei (*i.e.* autori di *differenti reati*) nella stessa giurisdizione (*intra-jurisdictional analysis*). Nel caso in cui emergano situazioni dove delitti chiaramente più gravi vengano puniti con la stessa sanzione, o con sanzioni più miti, ciò può essere indice di una eccessività in contrasto con il divieto della CUPC.

Infine l'esame deve essere esteso alle giurisdizioni degli altri stati dell'Unione, focalizzandosi sulle pene ivi irrogate per lo stesso delitto⁴⁷¹ (*inter-jurisdictional analysis*).

Coker v. Georgia. Vengono citati anche i recenti *prison duration cases*, *Rummel v. Estelle* e *Hutto v. Davis*, sottolineando che, sebbene essi di fatto abbiano ristretto, fino quasi ad annullarla, la portata del divieto costituzionale di sanzioni eccessive per le pene detentive, nondimeno si è riconosciuto che in alcuni, estremamente rari, casi, tale proibizione debba comunque essere applicata.

⁴⁶⁸ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, at 290 (1983). Da notare che la Corte in *Solem* citò *Robinson v. California* per rimarcare la centralità del parametro costituzionale della proporzionalità, enfatizzando il fatto che tale vicenda non mettesse in dubbio la costituzionalità di un metodo punitivo, quanto piuttosto l'eccessività della sanzione rispetto al reato. Si è precisato *supra*, tuttavia, che il caso di *Robinson* attiene al versante della *criminalization* e non a quello della eccessività della pena.

⁴⁶⁹ La Corte in *Solem*, pur ammettendo la rarità e l'eccezionalità dei casi in cui una pena detentiva potesse violare l'Ottavo Emendamento solo per la sua durata e la “*uniqueness in kind rather than degree*” della pena di morte, ritenne pienamente applicabili i precedenti sulla pena capitale, *Coker* e *Enmund*, e anche il *seminal case* *Weems*, al caso di specie, differentemente rispetto a quanto fatto solo tre anni prima in *Rummel*.

⁴⁷⁰ BENTLEY M.K., *Solem v. Helm: Proportionality Review*, cit., 165.

⁴⁷¹ *v. Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, at 292 (1983) “*In sum, a court's proportionality analysis under the Eighth Amendment should be guided by objective criteria, including (i) the gravity of the offense and the harshness of the penalty; (ii) the sentences imposed on other criminals in the same jurisdiction; and (iii) the sentences imposed for commission of the same crime in other jurisdiction*”.

Pur riconoscendo le grandi difficoltà nell'intraprendere questo tipo di esame sulla gravità dei reati, soprattutto per la tensione rispetto alla *separation of powers* ed al *federalism*, la Corte affermò che le corti sono in definitiva competenti a valutarne il disvalore, e la corrispondenza quantitativa tra questo e la sanzione, quantomeno su *scala relativa*. In particolare, vennero messi a fuoco due principali standard di carattere *sostanziale-contenutistico*: “*confronti possono essere fatti alla luce del danno cagionato o minacciato alla vittima o alla società, e della colpevolezza individuale del reo*”.

Così si formulò un insieme (non esaustivo) di criteri riconducibili alla componente oggettiva⁴⁷² e soggettiva⁴⁷³ della condotta delittuosa, che potesse fornire alle corti una sorta di guida nella *proportionality review* e nella complessa opera di *line-drawing*⁴⁷⁴.

La Corte mostrò consapevolezza della maggiore problematicità del sindacato di natura “*comparativa*” sulla misura delle sanzioni privative della libertà personale, rispetto all'ambito della pena capitale; ciò nondimeno, al fine di dare ancora maggiore solidità alle fondamenta della sua posizione, individuò alcuni settori in cui le corti, nella *judicial review of legislation*, si erano dimostrate pienamente in grado di fare distinzioni complesse e ad alto rischio di *judicial subjectivity* – simili a quelle tra diversi reati e sanzioni nel test di proporzione – mantenendo intatta la struttura federale del governo statunitense, senza invadere le prerogative del legislativo⁴⁷⁵.

Una volta appurata la “*capacità istituzionale*” della Corte di cimentarsi in una verifica di questo tipo, Justice Powell applicò il *three pronged test* alla condanna subita da Helm.

Il reato più recente, che aveva innescato l'automatismo sanzionatorio, era di scarsissima gravità, così

⁴⁷² Facendosi notare sul punto, ad esempio, che la *absolute magnitude of the crime* (i.e. il danno patrimoniale cagionato) è un fattore particolarmente importante, soprattutto nel valutare la gravità delle *property offenses*. Esso è un criterio impiegato anche nella legislazione per distinguere tra *petty theft* e *grand theft*. Un ulteriore parametro per i giudizi di proporzionalità fondato sul danno oggettivo è quello delle c.d. *lesser included offenses* (figura affine al reato complesso). In questo ambito il reato meno grave “incluso” non può essere punito più severamente o allo stesso modo di quello che lo comprende. Infine, il tentativo deve sempre essere punito meno severamente del delitto consumato. In letteratura, per un commento sui criteri sostanziali indicati da Justice Powell per valutare la gravità dei reati nell'analisi di proporzionalità costituzionale della pena, v. LEGUM B.C., “*Down the Road Toward Human Decency*”, cit., 126.

⁴⁷³ Richiamandosi la scala di gravità, riferita all'elemento psicologico, adottata dalla legislazione del South Dakota: *negligent acts, reckless acts, knowing acts, intentional acts, malicious acts*.

⁴⁷⁴ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, at 294 (1983) “*This list is by no means exhaustive. It simply illustrates that there are generally accepted criteria for comparing the severity of different crimes on a broad scale, despite the difficulties courts face in attempting to draw distinctions between similar crimes*”. In letteratura v. LEGUM B.C., “*Down the Road Toward Human Decency*”, cit., 126.

⁴⁷⁵ Il riferimento è ad alcune decisioni della Corte Suprema in materia di Sesto Emendamento (che recita: *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense*). In particolare, valutando questioni relative al diritto ad uno *speedy trial*, la Corte riconobbe che la questione del ritardo eccessivo dovesse essere affrontata caso per caso (*ad hoc basis*), impegnandosi in un *balancing* informato a fattori oggettivi: 1) la durata del ritardo; 2) le ragioni del ritardo; 3) l'affermazione da parte dell'imputato del suo diritto ad uno *speedy trial*; 4) ogni pregiudizio derivato dal ritardo all'imputato. Un altro ambito in cui la Corte elaborò standard flessibili è stato quello del *right to a trial by jury*, in relazione ai criteri per stabilire se un reato fosse o meno *petty*. Per considerazioni, tutto sommato positive, su queste argomentazioni sviluppate dalla Corte al fine di legittimare lo scrutinio di proporzione della pena, v. ad es. KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 506 e nt. 211; DREW K.A.-WEAVER R.K., *Disproportionate or Excessive Punishments*, cit., 13; LEGUM B.C., “*Down the Road Toward Human Decency*”, cit., 126 e nt. 79.

come i reati commessi precedentemente non erano di natura violenta⁴⁷⁶. La pena era al contrario di asprezza inaudita, molto più grave di quella inflitta a Rummel, data l'indisponibilità della *parole* nel sistema penitenziario del South Dakota.

Alla luce dell'*intra-jurisdictional analysis*, la Corte accertò che nell'ordinamento statale solo il delitto di omicidio volontario (*murder*) veniva sanzionato con una *mandatory life sentence*, mentre vi era la mera possibilità di imporre tale pena per delitti come *treason, first degree manslaughter, first degree arson, kidnapping*⁴⁷⁷.

Constatando infine che la condotta di Helm non sarebbe stata punita in nessun altro stato dell'Unione in maniera così dura, a parte l'unica eccezione del Nevada, che presentava una disposizione analoga, ma di fatto non aveva mai inflitto la sentenza per condotte delittuose di così scarso disvalore, la maggioranza concluse che la condanna fosse “*significantly disproportionate to his crime, and therefore prohibited by the Eighth Amendment*”.

Per corroborare il suo approdo, la Corte confutò poi con fermezza le argomentazioni dello Stato, che riteneva il caso non distinguibile da *Rummel v Estelle*, in quanto alla *possibility of parole* prevista per la *life sentence* in Texas – che, come si è visto, aveva contribuito a indirizzare la Corte a sancire la legittimità costituzionale della condanna – veniva di fatto equiparata la mera possibilità di un atto di *executive clemency* da parte del Governatore del South Dakota, che commutasse la *life sentence* in *term of years*, rendendo dunque disponibile in rilascio *on parole* di Helm.

Justice Powell ritenne destituita di fondamento tale prospettiva, evidenziando che la possibilità di commutazione non fosse altro che una “*speranza per l'esercizio di un atto di clemenza ad hoc*”, ben diversa dalla *parole*, una “*componente regolare del processo rieducativo*”⁴⁷⁸. A supporto di questa visione vennero valorizzate le profonde differenze tra i due sistemi penitenziari statali, l'uno caratterizzato da un sistema di *parole* e *good time credits* piuttosto generoso (Texas), l'altro da un totale rifiuto della *rehabilitative purpose of punishment*, che rendeva di fatto estremamente remota, se non impossibile, l'eventualità che Helm potesse essere rilasciato *on parole* (South Dakota)⁴⁷⁹.

A conferma dell'estrema delicatezza e problematicità del tema del controllo di costituzionalità sulle pene

⁴⁷⁶ Nella nota n. 21 della *majority opinion*, “*We must focus on the principal felony – the felony that triggers the life sentence – since Helm already has paid the penalty for each of his prior offenses. But we recognize, of course, that Helm's prior convictions are relevant to the sentencing decisions*”. La Corte precisa che nel primo step della analisi di proporzionalità l'attenzione deve essere rivolta specialmente alla “*principal felony*”, quella che innesca la *life sentence*, dal momento che l'imputato aveva già scontato la pena per ognuno dei suoi precedenti reati. Come si vedrà non è del tutto chiaro nell'*holding* quale sia il peso da attribuire alle condanne precedenti nell'analisi di proporzionalità, e questo profilo d'ambiguità caratterizza tutti i casi di *constitutional proportionality* relativi a *recidivist statutes*.

⁴⁷⁷ Per una discussione approfondita dell'*intra-jurisdictional analysis*, v. KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 507 e nt. 216.

⁴⁷⁸ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, at 300-301 (1983). Si noti infatti che la pronuncia non dispose l'*overruling* di *Rummel*, distinguendo la condanna di Helm sulla base dell'assenza della *possibility of parole*.

⁴⁷⁹ DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 61 “*The Court distinguished Rummel on the ground that Texas had relatively liberal parole policy, whereas Helm's life sentence was without possibility of parole: absent executive pardon or commutation, life imprisonment definitely meant life imprisonment*”; cfr. KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 510-511 “*In Helm, Justice Powell's majority opinion purported to distinguish Rummel on the ground that Helm would never be eligible for parole ...*”.

detentive eccessive, anche in questa occasione la Corte si trovò sostanzialmente “*spaccata*” al suo interno, con il *Chief Justice* Burger che redasse una ferma opinione dissenziente – alla quale si unirono i Giudici Supremi White, Rehnquist ed O'Connor – in cui sostenne che la decisione della Corte circa l'illegittimità costituzionale per *excessiveness* della pena sofferta da Helm non poteva in alcun modo essere razionalmente riconciliata con l'*holding* di tre anni prima in *Rummel*, essendo i due casi *indistinguishable*⁴⁸⁰.

In primo luogo i Giudici dissenzienti – non concordando con la ricostruzione storica della *majority opinion* – ribadirono che il significato originario della clausola fosse quello di proibire unicamente *metodi crudeli di punizione*, e non pene meramente eccessive rispetto al disvalore del reato, e che tale linea era stata correttamente condivisa dalle recenti decisioni della *Supreme Court* in *Rummel* e *Davis*.

Nella prospettiva dei *dissenters*, la Corte, considerando erroneamente applicabili al caso di Helm i principi di proporzionalità di più ampia portata statuiti nel differente (e limitato) contesto dei *capital cases* e del “*caso eccezionale*” *Weems v. U.S. (extraordinary case)*⁴⁸¹, si poneva in contrasto con il tradizionale e condivisibile atteggiamento di *judicial restraint*, serbato nel settore dei *prison terms* dalle corti, per ragioni storiche e di rispetto delle diversi poteri ripartiti tra legislativo e giudiziario.

Il test comparativo informato a tre fattori asseritamente oggettivi messo a punto dalla Corte in *Solem* – si fece notare – non fa altro che riprodurre quello rigettato appena tre anni prima in *Rummel*, sulla base della sua *intrinseca soggettività*⁴⁸².

Ritenendo l'*holding* di *Rummel controlling* sui fatti oggetto di giudizio, e dunque valutando i due casi in parallelo – ad avviso dei dissenzienti – la conclusione della maggioranza si rivelava ancora più erronea.

In particolare, mentre i tre delitti commessi da Rummel erano tutti pacificamente non violenti, almeno quattro dei sette reati perpetrati da Helm erano caratterizzati, almeno potenzialmente, da profili di violenza (“*respondent's burglaries and his third-offense drunk driving posed real risk of serious harm to others*”). Ciò dimostrava che, tra i due soggetti, quello che si era mostrato maggiormente incapace di conformarsi alle norme di convivenza minime era dunque Helm; pertanto non vi era fondamento logico né normativo nel ritenere la condanna inflitta a quest'ultimo incostituzionale per violazione dell'Ottavo Emendamento in quanto troppo severa, mentre quella irrogata a Rummel no.

⁴⁸⁰ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, at 304 (1983). Molto dure le parole di Justice Burger, secondo cui “*The controlling law governing this case is crystal clear, but today the Court blithely discards any concept of stare decisis, trespasses gravely on the authority of the States, and distorts the concept of proportionality of punishment by tearing it from its moorings in capital cases*”.

⁴⁸¹ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, at 306 (1983), “*But even a cursory review of our cases shows that this type of proportionality review has been carried out only in a very limited category of cases, and never before in a case involving a sentence of imprisonment*”.

⁴⁸² *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, at 308-310 (1983), ove Justice Burger richiama puntualmente le argomentazioni sviluppate dalla Corte in *Rummel* per respingere la metodologia d'analisi proposta dall'imputato, considerata soggettiva ed impraticabile. In particolare, la distinzione tra crimini violenti e non violenti e l'ammontare del danno patrimoniale cagionato dai delitti, in relazione al primo fattore (*gravità intrinseca-severità della sanzione*); impraticabilità di una comparazione tra *recidivist statutes* di stati diversi e impossibilità di esigere una uniformità tra le politiche criminali statali, naturalmente contraria ai tradizionali concetti di federalismo, in relazione al secondo fattore (*inter-jurisdictional analysis*); la natura meramente congetturale (*speculative*) di ogni raffronto tra delitti e sanzioni detentive previste ed applicate nello stesso stato per reati diversi, in relazione al terzo fattore (*intra-jurisdictional analysis*).

La minoranza della Corte non ritenne persuasivo il *distinguishing* operato da Justice Powell sulla base della indisponibilità della *parole* nel sistema penitenziario dello stato del South Dakota.

L'esito al quale sono pervenuti i Giudici della maggioranza – si proseguì – non costituisce dunque niente altro che una “*netta sostituzione delle valutazioni compiute dai parlamenti democraticamente eletti con i valori morali individuali e soggettivi dei giudici*”, ed è pertanto inaccettabile, in un sistema che si ritiene essere regolato da leggi e non da uomini⁴⁸³.

Con affermazioni lungimiranti – soprattutto se si guarda alla confusione che avrebbe caratterizzato i successivi sviluppi della *non-capital proportionality line of cases* – si mise in luce tutta l'incertezza che si sarebbe generata in conseguenza dell'*holding* di *Solem*.

In particolare si disse: “*Affermando il potere di valutare la costituzionalità delle condanne a pene detentive in base alla mera eccessività, la Corte prende il mare verso acque inesplorate ed inesplorabili. Oggi afferma che una sentenza all'ergastolo costituisce una pena eccessiva per il settimo reato asseritamente non violento. Che ne dite dell'ottavo reato non violento? del nono? del dodicesimo? si ipotizzi che uno dei reati sia una semplice violenza privata? o l'aver venduto un alcolico ad un minore? o una violenza carnale? o un delitto contro la libera concorrenza? Le possibilità sono infinite e il giudizio della Corte è privo di principi che possano realisticamente guidare l'attività delle corti. Al contrario, esso fa un elenco di fattori asseritamente oggettivi ed afferma arbitrariamente che essi dimostrano che la condanna sofferta dall'imputato è significativamente sproporzionata rispetto ai reati commessi. Questi fattori devono essere tutti presenti per ritenere una condanna eccessiva in virtù dell'Ottavo Emendamento? come debbono essere messi sulla bilancia reciprocamente? si ipotizzi che numerosi stati puniscano aspramente un delitto che la corte ritenga di scarsa gravità? io non posso vedere alcun principio limitativo nella decisione della Corte*”⁴⁸⁴.

In conseguenza di tale incertezza e soggettività – aggiunse Justice Burger – le corti chiamate ad esercitare il potere di *judicial review on excessive prison sentences* sarebbero state letteralmente inondate di questioni di proporzionalità, senza tuttavia disporre di alcun criterio oggettivo per valutarle⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Il parere difforme del Chief Justice Burger, al fine di stigmatizzare l'operato della Corte in *Solem*, citò in chiusura un passaggio della *dissenting opinion* di Justice Black in *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971), laddove il Giudice Supremo commentava negativamente l'attitudine dei giudici ad annullare l'azione legislativa attraverso una “libera” e “creativa” interpretazione costituzionale “*Such unbounded authority in any group of politically appointed or elected judges would unquestionably be sufficient to classify our Nation as a government of men, not the government of laws of which we boast. With a 'shock the conscience' test of constitutionality, citizens must guess what is the law, guess what a majority of nine judges will believe fair and reasonable. Such a test willfully throws away the certainty and security that lies in a written constitution, one that does not alter with a judge's health, belief, or his politics*”.

⁴⁸⁴ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, at 314 (1983)

⁴⁸⁵ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, at 315 (1983) “*There is a real risk that this holding will flood the appellate courts with case in which equally arbitrary lines must be drawn*”. Il tema relativo alla “inondazione”, alla potenziale impressionante mole quantitativa dei *prison term challenges on proportionality grounds* ha da sempre costituito uno dei motivi principali dell'atteggiamento cauto e deferente delle corti, soprattutto se paragonato con l'ambito della pena di morte, che naturalmente presenta numeri di gran lunga inferiori, rendendo in un certo qual modo più praticabile il compito delle corti. Sul punto si vedano le considerazioni di BENTLEY M.K., *Solem v. Helm: Proportionality Review*, cit., 174-175; sui c.d. *practical administrability concerns* come freno allo sviluppo della *proportionality review*, e su alcune possibili soluzioni, v. SHEKETOFF J.F., *State Innovations*, cit., in part. 2236-2238.

E' opportuno precisare già ora che uno degli aspetti di scarsa chiarezza denunciati dal *Chief Justice* nel parere difforme, ovverosia il rapporto e l'ordine di rilevanza tra i vari criteri da impiegare nella *proportionality review*⁴⁸⁶, sarebbe stato affrontato e modificato dalle pronunce susseguenti della Corte.

In particolare – come si vedrà – nel 1991, in *Harmelin v. Michigan*, la Corte Suprema (più precisamente la *concurring opinion* di *Justice Kennedy*, che poi assunse lo stato di legge) restrinse significativamente la portata del sindacato di proporzionalità elaborato in *Solem v. Helm*, in base al quale tutte e tre le analisi (*gravity of the offense-severity of the punishment; intra-jurisdictional analysis; inter-jurisdictional analysis*) dovevano essere condotte, riconoscendo solamente un “*narrow proportionality requirement*” derivante dall'Ottavo Emendamento e dando così vita al c.d. *gross disproportionality test*.

Nel nuovo *analytical framework* delineato in *Harmelin*, il primo step dello scrutinio, definibile come di “proporzionalità assoluta” tra reato commesso e sanzione inflitta, sarebbe divenuto un c.d. *threshold test* (*test iniziale*), fallito il quale (cioè se non fosse emersa una *inference of gross disproportionality between the offense and the penalty*) non sarebbe stato necessario procedere ai controlli successivi su scala relativa, dovendosi giudicare la pena inflitta non contraria al divieto della CUPC per eccessività.

Su tutti i gravi difetti di tale versione “limitata”, costruita sul *narrow proportionality principle*, si ritornerà nel corso della disamina del caso *Harmelin v. Michigan*.

Vale la pena rifocalizzarsi sulla pronuncia ora in esame, sviluppando alcune concise considerazioni conclusive, anche alla luce delle valutazioni espresse dai commentatori contemporanei e degli sviluppi successivi della giurisprudenza della Corte.

Si noti che la decisione *Solem v. Helm* è stata da più parti considerata condivisibile e soddisfacente sotto determinati aspetti, pur non essendosi mancato di evidenziare alcuni consistenti profili di contraddittorietà, relativi specialmente alla inconciliabilità con il precedente *holding* in *Rummel* ed agli incerti confini, contenuti e concrete modalità di impiego del test a tre fattori elaborato dalla Corte per stabilire l'eccessività incostituzionale della condanna.

Tali ultimi difetti si manifesteranno poi in tutta la loro dirompente portata nelle decisioni susseguenti, in cui il più alto corpo giudicante statunitense si sarebbe ritrovato profondamente diviso al suo interno e non in grado di dare contenuto preciso ed effettiva applicazione al principio costituzionale di proporzione della pena, sebbene i casi sottoposti alla sua attenzione, contrassegnati da condanne di spropositata severità, imponessero certamente un intervento a protezione del diritto a non subire pene manifestamente eccessive.

Anzitutto, un aspetto che deve essere ritenuto apprezzabile della presa di posizione in *Solem v. Helm* – specialmente se raffrontata con *Rummel* – è il suo corretto utilizzo dei molteplici precedenti in cui era stato elaborato il concetto di proporzione, seppur in contesti diversi e mai in riferimento alla mera

⁴⁸⁶ Su questo problematico aspetto v. le critiche di BENTLEY M.K., *Solem v. Helm: Proportionality Review*, cit., 161 e 164-166, che distingue all'interno dei tre fattori tra *absolute proportionality* (primo step) e *relative proportionality* (secondo e terzo step).

eccessività della sanzione rispetto al reato.

Accedendo ad una interpretazione *evolutiva, dinamica e flessibile* della clausola, la Corte si pone in linea di continuità con fondamentali decisioni come *Weems v. U.S.*, *Trop v. Dulles*, *Robinson v. California*, *Coker v. Georgia*, *Endmund v. Florida*, dove la protezione di cui all'Ottavo Emendamento era stata fondata su ideali di dignità umana, suscettibili di evoluzione nel tempo⁴⁸⁷, senza mai escludersi esplicitamente un'eventuale applicazione del divieto alle pene detentive eccessive.

In questo senso, la Corte, dopo avere abdicato al suo dovere istituzionale di tutelare tali valori fondamentali tre anni prima in *Rummel*⁴⁸⁸, si fa responsabilmente carico di applicare la proibizione costituzionale ad un caso riguardante la manifesta sproporzione della pena. In definitiva – come si è osservato – l'*holding* di *Solem v. Helm* è “*saldamente ancorato a considerazioni di giustizia*”⁴⁸⁹.

Ancora, la Corte ha avuto il merito di provare a mettere a punto un test triadico, quanto più possibile informato a criteri oggettivi, che, pur essendo inficiato da numerose incongruenze e ambiguità, rappresenta comunque un *progresso*, un “*salto di qualità*”, rispetto ad esempio allo “*shock of the conscience test*” che veniva impiegato in precedenza da molte corti in casi simili⁴⁹⁰.

Per quanto concerne gli aspetti critici, il primo che balza all'occhio è costituito dall'assoluta inconciliabilità con la presa di posizione di *Rummel*, unita alla volontà di non disporre l'*overruling*, ma di “*aggirarla*” attraverso un *distinguishing* fondato sulla indisponibilità della libertà condizionale nel caso di *Helm*. Tale “*forzatura*”⁴⁹¹ rende la decisione particolarmente complessa⁴⁹², ed influenzerà l'intero stato della legge, minandone la coerenza alle fondamenta.

⁴⁸⁷ LEGUM B.C., “*Down the Road Toward Human Decency*”, cit., 135-136

⁴⁸⁸ Come si è visto tale decisione è stata, giustamente, criticata da gran parte della letteratura, sia a causa del totale disimpegno rispetto al dovere di applicare il *dictat* costituzionale, sia per il suo utilizzo completamente erroneo dei precedenti della Corte. Si veda in questo senso, unanimemente, LEGUM B.C., “*Down the Road Toward Human Decency*”, cit., 134, secondo cui *Rummel* e *Davis* costituiscono una anomalia nella *line of proportionality cases*, sia per il contrasto con i precedenti che per il porsi in antitesi rispetto allo spirito sottostante all'Ottavo Emendamento; argomenti analoghi in KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 512-513, secondo la quale nessuna decisione a parte *Rummel* e *Davis* supporta la conclusione che i *prison terms* non devono essere sottoposti a *proportionality review*.

⁴⁸⁹ “*The decision is firmly rooted in equitable considerations*” KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 515; LEGUM B.C., “*Down the Road Toward Human Decency*”, cit., 136; BENTLEY M.K., *Solem v. Helm: Proportionality Review*, cit., 168-169, la quale, criticando l'eccessivo *judicial restraint* di *Rummel* e *Davis* e facendo leva sull'*evolving standards of decency*, sostiene che “*Se la società contemporanea considera la carcerazione di lunga durata una pena crudele ed inusuale per un reato minore, allora i parlamenti non sono liberi di autorizzare tali pene. Le decisioni di Rummel e Davis, pertanto, mostrano un inopportuno judicial restraint. Rifiutando questo atteggiamento, la Corte in Helm ha correttamente adottato un nuovo approccio alle questioni di costituzionalità delle condanne a pena detentiva in base all'Ottavo Emendamento*”.

⁴⁹⁰ BENTLEY M.K., *Solem v. Helm: Proportionality Review*, cit., 160. Si noti che nella *majority opinion* di *Rummel* non veniva invece fatto alcun progresso in tal senso, limitandosi l'operatività della proibizione di *excessiveness* solo ai casi estremi, come quello dell'*overtime parking* punito con l'ergastolo, che costituiscono, appunto, niente altro che uno “*shock of the conscience*”.

⁴⁹¹ KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review*, cit., 510, pur condividendo nella sostanza l'approdo della Corte in *Solem v. Helm*, mette in evidenza tutti profili contraddittori del *reasoning*, soprattutto in punto *parole*. Secondo l'A. “*La Corte in Helm ha cercato di perseguire un fine giusto attraverso una argomentazione forzata*”.

⁴⁹² Viene osservato da autorevole dottrina, relativamente alla correttezza della decisione della Corte in *Solem v. Helm* rispetto alla *stare decisis doctrine* che “*L'opinione dissenziente arrabbiata del Chief Justice Burger nella quale ha accusato la maggioranza di cinque membri della Corte di abbandonare la dottrina nel momento in cui si è distaccata dal recente precedente di Rummel v. Estelle è probabilmente giustificata. La smentita da parte della maggioranza della Corte in Solem che stava abbandonando è poco convincente e le argomentazioni che avanzò per fare distinguishing tra i due casi hanno gravemente indebolito il valore di Solem v. Helm come precedente*”. Cfr. VAN ZYL SMIT D.-ASHWORTH A., *Disproportionate Sentences*, cit., 553, nt. 50.

In secondo luogo – come si è sottolineato⁴⁹³ – l'analisi della Corte in *Solem v. Helm*, in maniera opposta rispetto a *Rummel*⁴⁹⁴, sembra trascurare del tutto le precedenti condanne ricevute dall'imputato, concentrandosi quasi esclusivamente sulla *principal felony*, quella che innesca l'automatismo sanzionatorio. Questo profilo, inerente all'esatto “peso” da attribuire allo *status* di recidivo nel sindacato costituzionale di proporzione sulla pena (e si potrebbe forse dire tutte le complesse questioni del finalismo della sanzione in relazione al *proportionality principle*), non è mai stato chiarito in maniera soddisfacente dalla Corte nei suoi arresti, come si avrà modo di appurare anche nel corso dell'esame dei “*three strikes laws cases*” *Ewing v. California* e *Lockyer v. Andrade*.

Infine è opportuno sottolineare le problematiche connesse al test triadico messo a punto per la prima volta in *Solem v. Helm*.

Si è già detto che non risultava chiaro dalla pronuncia se tutte le tre componenti dovessero essere implementate congiuntamente nell'analisi e in quale ordine⁴⁹⁵, e che la Corte avrebbe provveduto a modificare in senso *restrittivo* il test in *Harmelin*.

Ma la criticità più grande concerne ovviamente il primo passaggio, la valutazione “*in termini assoluti*”. Sul punto le indicazioni della Corte – si è detto – non sono state sufficientemente precise⁴⁹⁶.

I criteri di tipo sostanziale-contenutistico individuati (*the harm caused or threatened to the victim or society – the culpability of the offender*) per fornire una guida alle corti, con le loro varie declinazioni, si rivelano troppo ambigui ed incerti già in astratto, e le difficoltà aumentano in fase applicativa, come dimostra la valutazione dell'*harm* condotta sui fatti di *Helm*, ove si è utilizzato come unico parametro la violenza (*rectius*: l'assenza di violenza), che – è evidente – non sempre è un indice oggettivo in grado di stabilire la maggiore gravità tra diversi reati e la corrispondenza con la gradazione delle sanzioni nè – riportando le parole dei *dissenters* - “*influenza sempre l'interesse della società a dissuadere un determinato delitto o a punire uno specifico individuo*”, essendo in gioco una folta schiera di diversi fattori/interessi egualmente importanti.

Come si vedrà nella disamina della prossima presa di posizione della *Supreme Court*, le speranze di un'affermazione reale dei valori fondanti dell'Ottavo Em. nel settore delle pene carcerarie eccessive, attraverso un controllo strutturato secondo criteri quanto più possibili oggettivi, prevedibili e razionali – forse il contenuto più significativo e condivisibile veicolato da *Solem v. Helm* – non si rivelerà altro che

⁴⁹³ BENTLEY M.K., *Solem v. Helm: Proportionality Review*, cit., 162-164 e 170-171, la quale critica duramente la inconsistenza della decisione sul punto, arguendo che essa rivela un disaccordo tra i giudici o una confusione in relazione alla legittimità dei *recidivist statutes*. Inoltre, ad avviso dell'A., la Corte, nel valutare la colpevolezza dell'imputato all'interno del primo step del test (gravità del reato-severità sanzione), ha ingiustificatamente omesso di considerare lo status di recidivo. In definitiva la Corte non è stata in grado di trovare un compromesso tra l'interesse statale a punire più severamente i recidivi e il requisito di rango costituzionale della proporzionalità nel *sentencing*.

⁴⁹⁴ Laddove la *majority opinion* di Justice Rehnquist, muovendo da una prospettiva meramente utilitaristica, e dimentica dei valori fondanti della protezione costituzionale di cui all'Ottavo Em., aveva concesso incondizionata deferenza all'interesse statale nel punire e neutralizzare i delinquenti recidivi, rigettando inoltre il *claim* sulla base di una incomparabilità tra *recidivist statutes* previsti nei diversi stati.

⁴⁹⁵ BENTLEY M.K., *Solem v. Helm: Proportionality Review*, cit., 164.

⁴⁹⁶ BENTLEY M.K., *ibidem*, 161.

un'illusione⁴⁹⁷.

Una Corte divisa e confusa, infatti, arriverà persino a confermare la costituzionalità di una condanna all'ergastolo senza possibilità di *parole* inflitta ad un reo primario per un delitto in materia di stupefacenti, giungendo a “sterilizzare” di fatto il principio di proporzione.

Da notare infine che, tra il 1983, anno in cui fu deciso *Solem v. Helm*, ed il 1991, quando la Corte si pronunciò sulla vicenda di Harmelin, il sistema sanzionatorio statunitense, sia a livello federale che statale – per un insieme di ragioni che qui non possono essere approfondite⁴⁹⁸ – fu modificato profondamente, con un progressivo e spaventoso innalzamento della durata media delle pene detentive ed un massiccio utilizzo dei c.d. *mandatory minimum terms*, soprattutto per i reati in materia di stupefacenti (frutto della c.d. *War on Drugs*, dichiarata dal Presidente repubblicano Ronald Reagan nel 1982 e proseguita poi con grande impegno di mezzi e risorse a tutti i livelli dai successori Bush e Clinton).

Ci si trovava in realtà solo all'inizio di uno sconcertante processo, tuttora in atto, che avrebbe portato gli Stati Uniti ad infrangere ogni primato in materia di numero complessivo di popolazione carceraria e livello percentuale di detenuti su scala mondiale. Ma questo è un discorso ampio e complesso, che non può essere neanche cominciato in questa sede⁴⁹⁹.

Il *petitioner* del prossimo caso che si va ad analizzare, è proprio una “vittima”, una delle più “tristemente” famose, ma solo una delle tante, della *war on drugs*.

La Corte, tuttavia – venendo colpevolmente meno al suo dovere istituzionale di proteggere il diritto costituzionale a non subire pene eccessive rispetto alla gravità del reato dagli abusi del potere legislativo e sprecando l'opportunità di allargare la breccia che era stata aperta, tra mille difficoltà, dalla decisione in *Solem v. Helm* – non colse l'occasione per garantirgli adeguata protezione.

2.3.5 Il “passo indietro” in *Harmelin v. Michigan*: il c.d. *narrow proportionality principle* ed il *gross disproportionality test*

Otto anni dopo la decisione di *Solem v. Helm* la Corte Suprema si pronunciò nuovamente su una questione relativa alla *eccessività incostituzionale* di una pena detentiva, nel caso *Harmelin v. Michigan*⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Sottolineano autorevolmente il “potenziale inespresso” di tale metodologia comparativa di analisi di costituzionalità sulla misura della pena, soprattutto nella sua “*liberal version*” propugnata in *Solem v. Helm*, VAN ZYL SMIT D-ASHWORTH A., *Disproportionate Sentences*, cit., 555; nello stesso senso, mostra apprezzamento per il test ternario completo, GERTNER N., *Miller v. Alabama: What It Is, What It May Be, What It Is Not*, in *Mo. L. Rev.*, 2013, 1041 ss., 1046.

⁴⁹⁸ Per una penetrante indagine sul sistema sanzionatorio statunitense nella letteratura Italiana v. MANNOZZI G., *Razionalità e “giustizia”*, cit., *passim*; v. anche GRANDE E., *Il terzo strike*, cit., in part. 49-80, ove l'A. individua con grande precisione le “ragioni tecnico-giuridiche dell'ipertrofia carceraria americana”.

⁴⁹⁹ Si veda l'esauritivo approfondimento, con ampia esplicazione di aggiornati dati statistici sui tassi di carcerizzazione, anche negli U.S.A., in PAVARINI M., *Governare la pena. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, *Ius17@unibo.it*, 2013, 3, numero monografico, *passim*.

⁵⁰⁰ Commentano approfonditamente la importante decisione, con accenti in generale negativi GIBBS M.R., *Eighth Amendment* –

Ronald Harmelin, soggetto incensurato, venne condannato all'ergastolo senza possibilità di *parole* per possesso di 652 grammi di cocaina⁵⁰¹, condotta criminosa posta in essere nello Stato del Michigan nel 1986.

In virtù della legislazione statale in vigore all'epoca⁵⁰² – si era forse all'acme della *war on drugs* e la normativa del Michigan ne rappresentava la manifestazione più estrema nell'intera Nazione⁵⁰³ – il mero possesso di un quantitativo pari o maggiore a 650 grammi di cocaina era punito con una *life without parole mandatory sentence*, una condanna obbligatoria all'ergastolo senza possibilità di accedere alla libertà condizionale⁵⁰⁴.

Harmelin venne ritenuto colpevole e condannato in primo grado ad una *LWOP sentence*⁵⁰⁵.

La *Court of Appeals* capovolse tale esito, per vizi procedurali inerenti alla fase della perquisizione. Tuttavia, su iniziativa d'ufficio, la stessa corte di seconda istanza riconsiderò successivamente i fatti e ripristinò la condanna. Il ricorso inoltrato da Harmelin alla *Michigan Supreme Court* fu respinto. La Corte Suprema acconsentì infine a riesaminare la questione, limitandola al fatto se la condanna inflitta al *petitioner* costituisse una pena crudele ed inconsueta in violazione dell'Ottavo Em., in particolare sotto due distinti profili: 1) se la natura obbligatoria (*mandatory*) della pena dell'ergastolo prevista dalla “650-lifer law” del Michigan, tale da precludere categoricamente al giudicante la valutazione di ogni tipo di *mitigating factors*, costituisse violazione della CUPC; 2) se la sanzione in concreto irrogata a Ronald

Narrow Proportionality Requirement Preserves Deference to Legislative Judgment, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1992, 955 ss.; PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime: Harmelin v. Michigan and the Eighth Amendment*, in *Pepp. L. Rev.*, 1993, 747 ss.; SPETT P.M., *Confounding the Gradations of Iniquity: an Analysis of Eighth Amendment Jurisprudence Set Forth in Harmelin v. Michigan*, in *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1992/1993, 203 ss.; DREW K.A.-WEAVER R.K., *Disproportionate or Excessive Punishments*, cit., 15-19. Per riletture successive più recenti v. FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 581-584; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 137-139. Nella manualistica si vedano DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, cit., 61-63; LAFAVE W.R., *Criminal Law*, cit., 180. Si concentrano in particolare, con toni fortemente critici, sull'opinione dell'*originalist Justice* Antonin Scalia, tesa a negare la presenza di qualsivoglia principio di proporzionalità della pena nel divieto dell'Ottavo Em., STACEY T., *Cleaning Up the Eighth Amendment Mess*, cit., 507-531; FARRELL I.P., *Gilbert & Sullivan and Scalia*, cit., 330-335; SMITH E.C., *The Rehnquist Court and Criminal Punishment*, Hoboken, 2014, 95-105; MANNHEIMER M.J.Z., *Harmelin's Faulty Originalism*, in *Nev. L. J.*, 2014, 522 ss.

⁵⁰¹ La condotta commessa da Harmelin era punibile in forza delle seguenti disposizioni vigenti in Michigan al *tempus commissi delicti*: Michigan Compiled Laws Section 333.7403(2)(a)(i) provides a mandatory sentence of life in prison for possession of 650 grams or more of any mixture containing a schedule 1 or 2 controlled substance. MICH. COMP. LAWS ANN. § 333.7403(2)(a)(i) (West Supp. 1991). Section 333.7214(a)(iv) defines cocaine as a schedule 2 controlled substance. MICH. COMP. LAWS ANN. § 333.7214(a)(iv) (West Supp. 1991). Section 791.234(4) provides eligibility for parole after ten years in prison, except for those convicted of either first-degree murder or “a major controlled substance offense.” MICH. COMP. LAWS ANN. § 791.234(4) (West Supp. 1991). Section 791.233b(1)(b) defines “major controlled substance offense” as including a violation of § 333.7403. MICH. COMP. LAWS ANN § 791.233b(1)(b) (West Supp. 1991).

⁵⁰² La famigerata “650 lifer” law - “legge sull'ergastolo 650”, introdotta dal parlamento del Michigan nel 1973, e fortunatamente modificata, con l'attenuazione delle draconiane sanzioni, nel 1998. Per alcuni cenni in proposito v. Pizzi W.T., *Una tempesta perfetta*, cit., 562, e letteratura *ivi* citata.

⁵⁰³ Osservazioni sul *background* politico-sociale della vicenda di Harmelin in SPETT P.M., *Confounding the Gradations of Iniquity*, cit., 212-213.

⁵⁰⁴ Va osservato che nell'ordinamento del Michigan, che aveva abolito la pena capitale sin dal 1840, la *life sentence without possibility of parole* era la sanzione penale più severa in assoluto, e che come linea di tendenza persino gli autori di omicidi volontari venivano puniti con lunghe pene detentive o con *life sentence with the possibility of parole*, cfr. SMITH E.C., *The Rehnquist Court*, cit., 95.

⁵⁰⁵ Si noti che il giudice di prima istanza non aveva alcuna alternativa rispetto alla risposta sanzionatoria irrogata, essendogli preclusa dalla normativa la possibilità di valutare eventuali circostanze attenuanti, ad esempio che Harmelin fosse un *first offender*.

Harmelin, in forza di tale disposizione legislativa, fosse così manifestamente eccessiva rispetto alla gravità del crimine commesso da violare il principio costituzionale di proporzionalità della pena, implicitamente desumibile dall'Ottavo Em., così come interpretato dalla *Supreme Court* a partire da *Weems v. U.S.*⁵⁰⁶.

La struttura della decisione è caratterizzata da grande complessità⁵⁰⁷: ciò rispecchia l'instabile *trend* ermeneutico della Corte Suprema in punto CUPC, in particolare riguardo alla *proportionality doctrine*.

Il Giudice conservatore Scalia fu l'estensore della opinione della Corte, alla quale si unirono il *Chief Justice* Rehnquist, in riferimento a tutte e quattro le sue parti, e i *Justices* Kennedy, O'Connor e Souter, solamente alla parte IV, in cui si negò che la natura *mandatory* della pena dell'ergastolo, impedendo qualsivoglia *individualizzazione* della sentenza in accordo alle caratteristiche del fatto e del reo, si ponesse in contrasto con il divieto costituzionale di pene crudeli ed inconsuete.

Il Giudice Supremo Kennedy redasse una opinione concorrente, concordando in parte e condividendo il giudizio, alla quale si unirono i *Justices* O'Connor e Souter. Con essa si giunse alla stessa conclusione dell'opinione di Scalia, ovvero che la sentenza comminata all'imputato non fosse così sproporzionata da violare la CUPC, ma attraverso una parte motiva, un *reasoning*, diverso⁵⁰⁸.

Infatti, mentre *Justice* Scalia, coerentemente al suo approccio originalista alla interpretazione costituzionale, sviluppando ampie argomentazioni – soprattutto di carattere storico – nelle parti I, II, III della *majority opinion*, approdò alla conclusione che il *proportionality principle* non fosse *mai* applicabile nel *non-capital context* (essendo uno dei tanti aspetti della “*death is different jurisprudence*”), e dunque che *Solem v. Helm* fosse stata semplicemente decisa in modo sbagliato e dovesse essere *overruled*; *Justice* Kennedy, invece, nella *concurring opinion* si sforzò di fare coesistere i contraddittori precedenti della Corte in materia⁵⁰⁹, elaborò cinque principi fondamentali e riconobbe ancora l'esistenza di un *narrow proportionality principle*, procedendo poi a modificare in senso restrittivo il test ternario coniato in *Solem*, per dare vita al c.d. *gross disproportionality test*.

Si noti fin d'ora che la *concurring opinion* di *Justice* Kennedy assunse poi “*status of law*”, mantenendo in vita, almeno virtualmente, la protezione costituzionale⁵¹⁰.

Infine *Justice* White dissentì rispetto all'*holding* della Corte, insieme ai Giudici Blackmun, Stevens e

⁵⁰⁶ Analizzano brevemente i fatti ed il “*procedural background*” GIBBS M.R., *Eighth Amendment – Narrow Proportionality*, cit., 958-960; SPETT P.M., *op. loc. cit.*; PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime*, cit., 766-767.

⁵⁰⁷ SPETT P.M., *Confounding the Gradations of Iniquity*, cit., 217; PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime*, cit., 767.

⁵⁰⁸ PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime*, cit., 775.

⁵⁰⁹ Ad avviso di Kennedy la *stare decisis doctrine* consigliava alla Corte di aderire alla formulazione del “limitato principio di proporzionalità” che era esistito per ottanta anni nella giurisprudenza costituzionale sull'Ottavo Emendamento, GIBBS M.R., *Eighth Amendment – Narrow Proportionality*, cit., 965.

⁵¹⁰ V. LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 115, secondo cui “*There was no majority opinion, but the opinion that eventually came to assume the status of law was Justice Kennedy's concurring opinion, joined by justices O'Connor and Souter*”; cfr. MANNHEIMER M.J.Z., *Harmelin's Faulty Originalism*, cit., 524. Gli stessi precedenti della Corte *Ewing v. California* e *Graham v. Florida* confermano tale assunto, rispettivamente utilizzando l'*analytical framework* ivi forgiato e definendo l'opinione di Kennedy come “*controlling opinion*”.

Marshall. A loro volta Marshall e Stevens redassero due ulteriori pareri difformi di minore rilievo, con alcune aggiunte e precisazioni.

Qui si procederà pertanto all'esame dei tre "blocchi" principali della sentenza, *i.e.* la *plurality opinion* di Scalia, la *concurring* di Kennedy e la *dissenting* di White.

Accennerò inizialmente alla parte IV della opinione della Corte⁵¹¹, quella condivisa da tutti e cinque i giudici della maggioranza, la quale, pur non afferendo al tema della proporzionalità della pena *stricto sensu*, dal momento che tratta della natura *mandatory* della draconiana condanna subita da Harmelin e della sua eventuale incostituzionalità, si mostra comunque di interesse.

La difesa di Harmelin sosteneva l'illegittimità costituzionale della condanna, per violazione della CUPC, basandosi sul fatto che la sua natura *obbligatoria* precludesse in assoluto l'esame delle circostanze attenuanti, nel caso di specie individuabili nel numero di cinque: 1) l'assenza di violenza nella condotta delittuosa; 2) l'assenza di precedenti arresti o condanne e la conseguente prognosi positiva per la rieducazione dell'imputato; 3) la condotta consisteva nel mero possesso e non nella vendita o nella volontà di vendere lo stupefacente; 4) lo *status* di tossicodipendente di Harmelin; 5) l'assenza di prova relativamente al fatto che il reo fosse uno spacciatore o un soggetto che ricopriva un ruolo di rilievo nella attività di commercio dello stupefacente.

In particolare, la corposa linea di precedenti⁵¹² idonea a supportare tale prospettiva era stata sviluppata dalla *Supreme Court* nel contesto della pena di morte, la c.d. "*individualized capital sentencing doctrine*", conducendo a riscontrare una violazione della CUPC in ogni caso di *mandatory capital sentence* legislativamente imposta, che precludesse alla *sentencing authority* di valutare i *mitigating factors* del caso.

La Corte, tuttavia, non ritenne applicabile tale elaborazione giurisprudenziale all'ambito delle *LWOP sentences*.

La richiesta dell'imputato di estendere l'ambito d'applicazione della suddetta dottrina, creando una "*individualized mandatory life in prison without parole sentencing doctrine*", fu recisamente respinta da Scalia, facendo leva sulla "*death is different jurisprudence*"⁵¹³.

Pur riconoscendo l'estrema severità della pena subita da Harmelin, seconda sola alla pena capitale, si sostenne che essa non precludesse del tutto le possibilità di modifiche o riduzioni successive, facendosi riferimento ad una potenziale riduzione retroattiva della pena per via legislativa o ad un atto di clemenza dell'esecutivo.

Infine si rimarcò ancora una volta che le sentenze all'ergastolo senza *parole*, sebbene si differenzino dai semplici *prison terms* (e ciò non è sempre vero, aggiunse la Corte), tale diversità qualitativa non può

⁵¹¹ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 994-996 (1991)

⁵¹² *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976); *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978); *Eddings v. Oklahoma*, 445 U.S. 104 (1982); *Hitchcock v. Duggers*, 481 U.S. 393 (1987); *Sumner v. Shuman*, 483 U.S. 66 (1987)

⁵¹³ GIBBS M.R., *Eighth Amendment – Narrow Proportionality*, cit., 960-961; SPETT P.M., *Confounding the Gradations of Iniquity*, cit., 219.

essere minimamente accostata a quella che caratterizza la pena capitale rispetto alle altre sanzioni privative della libertà personale, giacché essa è “Unica nella sua totale irrevocabilità. Unica nel suo rifiuto della rieducazione del condannato come fondamentale scopo della giustizia penale. Ed essa è unica, infine nella sua rinuncia assoluta a tutto ciò che è rappresentato dalla nostra concezione di umanità”.

Sulla base di questi argomenti si concluse che “Come la nostra precedente discussione dovrebbe rendere chiaro, questa pretesa non trova supporto nel testo e nella storia dell'Ottavo Emendamento. Le pene severe e obbligatorie possono essere crudeli, ma non sono inconsuete nel senso costituzionale del termine, essendo state utilizzate in varie forme durante la storia della nostra Nazione. Come notato in precedenza, le condanne a morte obbligatorie abbondavano nel nostro primo Codice Penale. Erano diffuse anche in numerosi Stati – sia al tempo della fondazione che durante il diciannovesimo secolo. Non ci può essere una seria affermazione, allora, che una condanna che non è altrimenti crudele ed inusuale lo diventi solo perché essa è obbligatoria”⁵¹⁴.

Justice Kennedy, nella sua *concurring*, condivise il ragionamento di Scalia sulla necessaria distinzione la pena capitale e pene detentive, e sulla inestensibilità della “*individualized capital sentencing doctrine*” a tale ultimo ambito. Aggiunse inoltre che la Corte doveva essere particolarmente deferente nei confronti della *scelta politica* del legislatore del Michigan di contrastare con eccezionale durezza la piaga sociale costituita dalla diffusione del commercio e del consumo di stupefacenti, essendo sottoposta a scrutinio di legittimità non solo la condanna patita da Harmelin, ma la ragionevolezza collettiva del legislatore del Michigan e, di conseguenza, della sua cittadinanza⁵¹⁵.

Il *concurring Justice* sembrò tuttavia non pienamente convinto della affermata costituzionalità della pena obbligatoria.

Da un lato, osservò che poteva essere irragionevole impedire *in assoluto* l'apprezzamento delle circostanze concrete, soprattutto se esse facevano propendere a ritenere il fatto di una gravità non tale da meritare una pena così severa; dall'altro, tuttavia, notò che le pene obbligatorie legislativamente imposte presentavano il vantaggio di essere esattamente conoscibili ai rei prima della commissione dell'illecito. Infine, per suffragare ulteriormente la sua presa di posizione, evidenziò che era possibile dare rilievo alle *individual circumstances* in fase di esercizio dell'azione penale (*pre-sentence prosecutorial discretion*) o in fase di modifica legislativa successiva, ovvero per mezzo di un atto di clemenza dell'esecutivo.

Non ci si può dilungare in considerazioni critiche su questa componente dell'*holding* di *Harmelin v. Michigan*, sembrando più opportuno, alla luce del tema d'indagine, concentrarsi sulle argomentazioni sviluppate riguardo alla *proportionality doctrine*.

⁵¹⁴ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 994-995 (1991). V. anche *West Headnotes* 5 e 6.

⁵¹⁵ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 1006-1007 (1991) “To set aside the petitioner mandatory sentence would require rejection not of a judgement of a single jurist, as in *Solem*, but rather the collective wisdom of the Michigan Legislature and, as a consequence, the Michigan Citizenry”.

Basti osservare comunque che la decisione della Corte sul punto, benché trovi supporto in numerosi precedenti, e sia dunque solida sotto questo profilo⁵¹⁶, appare criticabile sotto altri punti di vista, primo fra tutti nel suo utilizzo dell'argomentazione “*death is different*” non al fine di intensificare il livello di tutela degli imputati nel contesto del *capital sentencing*, ma per privare i soggetti condannati ad altre sanzioni eccessive delle fondamentali garanzie costituzionali⁵¹⁷. Come s'è già sottolineato, questo costituisce un censurabile *leit-motive* della *line of cases* analizzata.

Deve essere notato conclusivamente che la “650-lifer law” del Michigan sarebbe stata poi dichiarata incostituzionale dalla *Michigan Supreme Court*⁵¹⁸, proprio a causa della natura *mandatory* della pena comminata, per violazione dell'art. 1, § 16 della Costituzione statale, che prevede “*Excessive bail shall not be required; excessive fines shall not be imposed; cruel or unusual punishment shall not be inflicted; nor shall witnesses be unreasonably detained*”.

La Corte, ponendosi all'interno di un trend consolidato in alcuni contesti statali (v. *infra*), interpretò la clausola della Carta fondamentale del Michigan in maniera più ampia e protettiva rispetto a quella della Costituzione federale, valorizzando la diversa, più ampia, *littera legis* (divieto di *cruel or unusual punishments* e non di *cruel and unusual punishments*), argomenti connessi all'*original intent* dei redattori della Costituzione del Michigan, adottata nel 1960, cinquanta anni dopo che la Corte Suprema affermò il principio di proporzione per la prima volta, ed infine un importante precedente statale che dichiarò un pena detentiva incostituzionale per eccessività⁵¹⁹.

Ma soffermiamoci sull'argomento che più da vicino interessa ai fini della ricerca – quello relativo alla *constitutional proportionality analysis* della pena inflitta ad Harmelin – partendo dalla disamina della opinione della Corte, parti I, II, III estesa dal giudice conservatore Scalia, cui si unì solo il *Chief Justice* Rehnquist.

Ad esito di una analisi *storica, testuale e giurisprudenziale*, Justice Scalia pervenne alla conclusione che *Solem v. Helm* fosse stato deciso in maniera sbagliata e dovesse pertanto procedersi al suo *overruling*⁵²⁰.

Secondo la ricostruzione dell'*original intent* effettuata dell'estensore, la clausola del *Bill of Rights* Inglese – predecessore immediato dell'Ottavo Em. – non intendeva vietare le pene eccessive rispetto alla gravità del delitto commesso, ma unicamente le pene *illegali*, ovvero sia le sanzioni arbitrarie non autorizzate né

⁵¹⁶ Condivide l'approdo della Corte in punto legittimità costituzionale delle *mandatory non-capital sentencing* GIBBS M.R., *Eighth Amendment – Narrow Proportionality*, cit., 969.

⁵¹⁷ Evidenzia questo profilo di criticità nella pronuncia SPETT.P.M., *Confounding the Gradations of Iniquity*, cit., 236.

⁵¹⁸ *People v. Bullock*, 485 N.W.2d 866 (Mich. 1992). In dottrina vedi PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime*, cit., 792-793.

⁵¹⁹ *People v. Lorentzen*, 194 N.W.2d 827 (Mich. 1972)

⁵²⁰ Prima di iniziare la sua analisi, Scalia precisò che la decisione di *Solem*, maturata per 5 voti a 4, recente, ed in contrasto evidente con altri precedenti, non costituiva espressione di “*clear and well accepted constitutional law*”. Il Giudice aggiunse anche che la *stare decisis doctrine* presenta carattere meno rigido nell'applicazione dei precedenti costituzionali. Vedi sul punto, in questo senso, SMITH E.C., *The Rehnquist Court*, cit., 96, il quale evidenzia – criticando l'*anti-proportionality analysis* di Scalia in *Harmelin* – che in *Solem* la Corte non era profondamente divisa sull'esistenza di un principio di proporzionalità, ma solo sulla sua applicabilità dello stesso al caso.

dal *common law* inglese né dalla *statutory law*, ossia oltre l'autorità concessa al giudice dalla legge⁵²¹.

Pur concordando con la maggior parte degli storici contemporanei (tra cui Granucci) sul fatto che la disposizione inglese fosse stata creata in risposta alla draconiana condanna subita da Titus Oates (e non alle atrocità perpetrate dalla *Bloody Assizes*), Scalia osservò che se i *framers* inglesi avessero voluto introdurre un divieto contro le pene sproporzionate o eccessive rispetto al delitto, lo avrebbero fatto esplicitamente, dal momento che tale proibizione era saldamente radicata nella *common law* inglese da svariati secoli.

Le pene sproporzionate possono essere crudeli, ma non sono necessariamente inusuali – proseguì l'analisi – e tale prospettiva viene confermata anche dall'utilizzo del termine *unusual*, che nell'Inghilterra del XVII secolo era sinonimo di *illegal*.

Scalia, dopo avere analizzato la storia inglese, si concentrò sul significato che la clausola venne ad assumere una volta trapiantata nell'ordinamento statunitense, ritenendo questa la domanda più importante, decisiva al fine di stabilire significato e portata della garanzia costituzionale.

Giacché varie costituzioni statali⁵²² adottate nello stesso periodo del *Bill of Rights* prevedevano *expressis verbis* un principio di proporzione delle pene, se si fosse inteso includere tale protezione, lo si sarebbe fatto espressamente.

Oltre alla diversa formulazione testuale delle disposizioni costituzionali statali, il Giudice Supremo trovò ulteriore sostegno argomentativo nelle convenzioni statali di ratifica del *Bill of Rights* e nelle più risalenti interpretazioni giudiziali della CUPC federale e dei suoi corrispettivi statali, che convergevano nel limitare la proibizione ai soli *cruel methods of punishment*.

Secondo l'analisi storica di Scalia, pertanto, contrariamente a quanto affermato in *Solem v. Helm*, “*the longstanding principle of English law that the punishment should not be, by reason of its excessive length or severity, greatly disproportionated to the offense charged*” non venne incorporato nell'Ottavo Emendamento del *Bill of Rights* alla Costituzione Federale, che fu *originariamente inteso* quale mero divieto di pene crudeli nelle loro modalità esecutive, senza nessuna *implicita* interdizione delle pene eccessive per durata o severità.

Conclusa l'analisi storico-testuale della previsione costituzionale, la *majority opinion* sposta l'attenzione sulle difficoltà insormontabili che caratterizzano l'analisi di proporzionalità costituzionale della pena da parte del giudiziario.

Al proposito, si nota che mentre è tutto sommato agevole stabilire, alla luce di criteri storici e pratiche diffuse, quali *metodi punitivi* sono crudeli ed inusuali, e perciò incostituzionali, altrettanto non può dirsi in relazione alle questioni di proporzionalità della pena⁵²³.

⁵²¹ SMITH E.C., *The Rehnquist Court*, cit., 98.

⁵²² Le Costituzioni della Pennsylvania (1776), del South Carolina (1778) e del New Hampshire (1784), contemplavano espressamente il principio di proporzione tra delitti e pene.

⁵²³ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 985 (1991) “*While there are relatively clear historical guidelines and accepted*

Essa si risolve in un'analisi quasi integralmente soggettiva (*i.e.* di discrezionalità politica) che è *istituzionalmente* doveroso lasciare ai legislatori, i quali sono nettamente meglio attrezzati e godono della legittimazione democratica.

Al fine di dimostrare l'impraticabilità di qualsivoglia *proportionality review of excessive penalties*, Scalia si impegna in una critica serrata del test triadico elaborato dalla Corte in *Solem*, cercando di “smontare” di fatto uno per uno i tre step, ritenendoli intrinsecamente soggettivi o comunque inadeguati a far pervenire a conclusioni certe.

Affrontando la questione della valutazione di gravità intrinseca del reato in relazione alla severità della risposta sanzionatoria inflitta (primo passaggio del *Solem* test), attraverso diverse esemplificazioni si constatò che non era possibile scorgere alcuna stabile logica nella calibratura quantitativa delle sanzioni rispetto al disvalore dei reati, e che la gravità di un illecito veniva in definitiva a dipendere da quanto esso fosse “*odioso e minaccioso per la società*” in un determinato luogo e momento storico.

Sul punto si osservò che il delitto per cui Harmelin fu condannato all'ergastolo era stato valutato dal parlamento del Michigan particolarmente grave e pericoloso, pertanto meritevole di una sanzione di estrema severità. Non sindacando tale scelta, si affermò icasticamente che “*il legislatore del Michigan, e non la Corte, conosce la situazione sulle strade di Detroit*”⁵²⁴.

Allo stesso modo venne rigettata la validità del secondo fattore applicato in *Solem*, l'*intra-jurisdictional analysis*, la comparazione tra la condanna irrogata e quelle inflitte per altri delitti nella stessa giurisdizione statale, argomentando che anch'essa è irrimediabilmente soggettiva, dal momento che, mancando uno standard oggettivo sulla gravità dei reati, i giudici paragoneranno i delitti che essi ritengono comparabili, sostituendo semplicemente il loro giudizio a quello dei legislatori democraticamente eletti.

Ed ancora, anche a volere ammettere che sia possibile stabilire con sufficiente oggettività quali sono i delitti di “simile gravità” (in base, ad esempio, ai criteri di *harm* e *culpability* ed i relativi corollari individuati in *Solem*), entrano in considerazione innumerevoli altre giustificazioni e motivi validi per sostenere la differenza del *quantum* sanzionatorio, sostanzialmente connessi a valutazioni utilitaristiche relative al peso che una data comunità concede alle diverse finalità della pena, in particolare *deterrence* e *rehabilitation*.

Sulla scorta di questi ragionamenti, Scalia giunge a formulare una affermazione significativa, che fa emergere uno dei principali profili di contrasto tra la sua eccentrica visione e quella espressa da Justice Kennedy nella *concurring opinion*.

Si ritiene in particolare che la *proporzionalità della pena come principio costituzionale* non abbia ragion d'essere né serie prospettive di attuazione, perché la nozione di proporzione è unicamente di natura retributiva.

practice that enable judges to determine which modes of punishment are 'cruel and unusual', proportionality does not lend itself to such analysis”.

⁵²⁴ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 988 (1991)

Nelle parole del Justice “ ... diventa persino difficile parlare con intelligenza di proporzionalità, una volta che sia attribuita significativa rilevanza alle teorie della pena preventive e rieducative. La proporzionalità è un concetto intrinsecamente retributivo, e la proporzionalità perfetta è la legge del Taglione”⁵²⁵. Come si vedrà di qui a breve, tale presa di posizione verrà respinta da Kennedy, il quale opererà per una ricostruzione del principio di proporzione dell'Ottavo Emendamento in un'ottica di c.d. *penological pluralism*.

Riguardo alla terza fase del test (*inter-jurisdictional analysis*), pur riconoscendone la maggiore oggettività ed attendibilità rispetto alle prime due, Scalia mise in dubbio la sua reale utilità e pertinenza rispetto ai valori tutelati dalla CUPC.

Si evidenziò al riguardo che sostanziali diversità quantitative e qualitative tra i *sentencing schemes* statali costituivano il naturale precipitato della struttura federale di una Unione, come quella Americana, in cui ad ogni stato (ed alla sottostante comunità) è consentito reagire alle specifiche condizioni politico-sociali come meglio ritiene, quindi anche comminando sanzioni significativamente più dure per lo stesso illecito rispetto ad un altro stato.

Da ultimo l'*opinion*, nel denegare la protezione costituzionale al *petitioner*, fece opera di *distinguishing* rispetto ai noti precedenti in cui la Corte Suprema aveva sviluppato in maniera più articolata la *proportionality doctrine*, in particolare *Weems v. U.S.* e i *death penalty cases*⁵²⁶.

Riguardo al primo, Scalia sottolineò l'ambiguità del linguaggio ivi utilizzato nel delineare significato ed estensione del divieto di cui all'Ottavo Em., che, da un lato, si prestava ad essere interpretato come mera interdizione di pene disumane e crudeli, ma dall'altro pareva richiedere un rapporto di proporzione tra disvalore dell'illecito e *quantum* della pena, quale fondamentale requisito di giustizia.

Con lo scopo di accedere alla prima ipotesi ermeneutica, il Giudice estensore si basò sul fatto che per ben sessant'anni⁵²⁷ nessuna corte aveva dichiarato incostituzionale una sentenza di condanna a pena detentiva eccessiva utilizzando il precedente di *Weems*.

In relazione ai *leading cases* di *sproporzione categorica incostituzionale* della pena di morte, *Enmund v. Florida* e *Coker v. Georgia*, si sostenne, citando *Rummel*, che quegli arresti costituivano solo un aspetto della giurisprudenza costituzionale sulla pena capitale, e non un aspetto generalizzabile a tutta la *eighth amendment litigation*⁵²⁸. Scalia concluse infatti affermando che “Il controllo di proporzionalità è uno dei numerosi aspetti in cui abbiamo ritenuto che 'la morte è differente', e abbiamo ordinato protezioni che la Costituzione non prevede in nessun altro settore”.

Si impongono alcune rapide osservazioni critiche sulla opinione appena analizzata, in cui due soli *Justices* esclusero del tutto l'operatività del principio di proporzione nel *non-capital context*.

⁵²⁵ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 989 (1991)

⁵²⁶ SMITH E.C., *The Rehnquist Court*, cit., 99-100.

⁵²⁷ Il lasso di tempo è quello trascorso tra *Weems v. U.S.* (1910) e *Hart v. Coiner* (1973), prima sentenza che riscontrò la violazione dell'Ottavo Em. per la mera *excessiveness* di una pena detentiva.

⁵²⁸ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 994 (1991)

Sulla sostanza delle argomentazioni e sulla metodologia interpretativa *originalista* di Scalia, non ci si può purtroppo dilungare, ma basti osservare che essa si pone in chiara antitesi con l'approccio dinamico-evolutivo portato avanti dalla Corte sin dal *seminal case Weems v. U.S.* e riaffermato con forza nell'*holding* di *Trop v. Dulles*, ove si elaborò il c.d. “*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*”.

E' d'uopo osservare, insieme ad attenti analisti⁵²⁹, che Scalia fu strategicamente abile a dare straordinaria visibilità mediatica⁵³⁰ e nella comunità accademica e legale al suo punto di vista, invero minoritario, riguardo all'inesistenza del principio di proporzione nell'alveo dell'Ottavo Em. (infatti gli altri sette Giudici riaffermarono l'esistenza del *proportionality principle*). Fu in grado di ottenere questo risultato grazie al fatto che alla sua opinione si unì il *Chief Justice* Rehnquist. Anche se un numero più ampio di Giudici della maggioranza concordò con i dissenzienti sulla esistenza di un requisito di proporzionalità nella CUPC, le loro opinioni furono meno visibili e apprezzate dai commentatori, perché furono espresse in una *concurring opinion*.

Per quanto concerne i contenuti della decisione, essa costituì di fatto una esplicita ed ingiustificabile abdicazione della *judicial review* sulla legislazione forse simbolo della *war on drugs*, iniziata prima a livello federale e poi statale, sintomatica dell'attitudine di una Corte conservatrice che, prestando meno attenzione al precedente e privilegiando l'interpretazione storica e basata sul *legislative intent*, limitò di fatto grandemente la protezione costituzionale federale delle libertà individuali prevista dal *Bill of Rights*⁵³¹.

E' ora opportuno dedicare spazio alla disamina della *concurring opinion* di *Justice* Kennedy, che, come si è già evidenziato, avrebbe poi acquisito *status of law*, in cui si delineò per la prima volta lo standard di controllo costituzionale di proporzione della pena, più limitato di quello fuoriuscito da *Solem*, che le corti avrebbero poi continuato ad utilizzare negli anni a venire (c.d. *narrow proportionality principle – gross disproportionality test*). In tale opinione vennero elaborati inoltre cinque principi fondamentali, nel tentativo di ristabilire un qualche ordine concettuale nella contraddittoria *case-law* precedentemente formatasi⁵³².

⁵²⁹ SMITH E.C., *The Rehnquist Court*, cit., 97-98.

⁵³⁰ Per alcune reazioni, comprensibilmente scioccate, all'ingiustizia della pronuncia in esame, nella stampa Italiana <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1991/06/28/ergastolo-al-venditore-di-morte.html>; nella stampa U.S.A. v. <http://www.nytimes.com/1991/06/28/us/the-supreme-court-mandatory-life-term-is-upheld-in-drug-cases.html>

⁵³¹ Parla di “*drug exception*” al *Bill of Rights*, come linea di tendenza della Corte in quel periodo, anche sul versante della erosione delle garanzie procedurali, PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime*, cit., 790 ss.; commenta con toni di severa critica l'opinione di Scalia, soprattutto nella parte in cui nega l'esistenza del principio di proporzionalità, ponendosi in contrasto con i precedenti della Corte, GIBBS M.R., *Eighth Amendment – Narrow Proportionality*, cit., 970-972; parla, con lungimiranza, di possibili conseguenze disastrose per i diritti umani SPETT P.M., *Confounding the Gradations of Iniquity*, cit., 233-237.

⁵³² In letteratura analizzano approfonditamente la *concurring opinion* FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 582-583; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 137-138; SPETT P.M., *Confounding the Gradations of Iniquity*, cit., 218-19, 221, 234-235; PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime*, cit., 775-780; GIBBS M.R., *Eighth Amendment – Narrow Proportionality*, cit., 964-966; DREW K.A.-WEAVER R.K., *Disproportionate or Excessive Punishments*, cit., 16-17.

Kennedy – mosso in particolare da preoccupazioni connesse al rispetto della *stare decisis doctrine* e riconosciuta la incoerenza dei precedenti in materia⁵³³ – rifiutò *in toto* la tesi *originalista* di Scalia, secondo cui il principio di proporzionalità della pena era applicabile nel limitato settore del *capital sentencing*. Ad avviso dell'estensore, infatti, ottanta anni di giurisprudenza costituzionale deponevano univocamente in senso contrario, riconoscendo un requisito costituzionale di equilibrio reato-sanzione anche al di fuori del *capital-context*.

Al fine di corroborare tale assunto di partenza, si fece riferimento, come al solito, a *Weems v. U.S.*, ma soprattutto ai due casi riguardanti la *sproporzione incostituzionale* della pena di morte, *Coker v. Georgia* e *Enmund v. Florida*⁵³⁴.

Vennero poi citate a sostegno le più recenti prese di posizioni in *Rummel v. Estelle* (si ricordi la nota 11 e l'esempio assurdo dell'ergastolo per l'*overtime parking*) e *Hutto v. Davis*, ove la maggioranza riconobbe pacificamente l'esistenza del principio sul piano generale, non ritenendolo però applicabile ai casi di specie. Infine si richiamò l'ultima decisione sul tema, *Solem v. Helm*, rimarcando il fatto che gli stessi *dissenters* ammisero la possibilità di dichiarare la violazione dell'Ottavo Em. per la mera eccessività della pena detentiva, seppur solamente in casi estremi e rarissimi.

Una volta appurato lo stato della legge ed accertato che i precedenti riconoscevano un “limitato principio di proporzionalità” (*narrow proportionality principle*), il *Justice* si impegnò ad individuare alcuni principi-guida, emersi nella *case-law*, che avrebbero dovuto essere seguiti dalle corti in futuro nella *proportionality review*.

In primo luogo – inserendosi nel trend consolidato di *judicial restraint* dei Giudici Supremi – si statui che il compito di stabilire il *quantum* delle pene detentive, implicando delicate considerazioni di natura politica e relative alle diverse finalità da attribuire alla pena, deve essere svolto in primo luogo dalle assemblee legislative statali e federali.

Secondariamente, la *cruel and unusual punishment clause* ed il suo corollario di proporzionalità non impongono l'adozione di nessuna specifica teoria della pena, né accordano preferenza o priorità ad alcuna di esse. Gli stati e il Congresso sono dunque liberi di esercitare la più piena discrezionalità nelle *sentencing policies*, attribuendo maggior peso, a seconda delle esigenze contingenti, alle quattro funzioni della pena riconosciute, *deterrence*, *retribution*, *incapacitation*, *rehabilitation* e determinando la natura *mandatory* ovvero *discretionary* dei *sentencing schemes*.

In terzo luogo, la struttura federale dell'Unione comporta inevitabilmente evidenti, e spesso benefiche, divergenze nella gerarchia tra le diverse funzione della pena e di conseguenza tra le quantificazioni sanzionatorie, derivanti dalle condizioni locali. Ciò rende palese la difficoltà (e la limitata utilità) di

⁵³³ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 996-997 (1991) “Although our proportionality decisions have not been clear or consistent in all respects, they can be reconciled, and they require us to uphold petitioner's sentence” e *id.*, at 998 “Though our decisions recognize a proportionality principle, its precise contours are unclear”.

⁵³⁴ PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime*, cit., 775.

procedere a qualsiasi *inter-jurisdictional analysis* nella *proportionality review*.

Ancora, il quarto principio va individuato nel fatto che il controllo di proporzionalità da parte delle corti federali deve basarsi su “*fattori il quanto più possibile oggettivi*”. Tuttavia, come emerge dall'insegnamento del precedente, se la distinzione più oggettiva che è possibile tracciare è quella fondata sulla differenza *qualitativa-tipologica* tra pena capitale e carcerazione per un periodo di tempo, la questione diviene molto più complessa nell'ambito dei *prison terms*, laddove mancano *clear objective standards*. Per questo motivo, le questioni inerenti alla incostituzionalità per sproporzione di condanne a pena detentiva sono estremamente rare, pur dovendosi ritenere che nessuna pena è presunta in modo assoluto costituzionalmente legittima, come statuito in *Solem*.

In virtù dei quattro principi appena espressi (il primato dei legislatori; la molteplicità delle teorie del *sentencing* tutte egualmente legittime; la natura federale dell'Unione; la necessità di essere guidati da fattori oggettivi nella *proportionality review*) – si conclude il ragionamento di Justice Kennedy – “*L'Ottavo Emendamento non impone rigorosa proporzionalità tra il reato e la condanna. Piuttosto, esso proibisce soltanto condanne estreme che sono evidentemente sproporzionate rispetto al delitto*”⁵³⁵.

Estrapolati tali principi di massima dalla elaborazione giurisprudenziale e delineato il volto del “*narrow proportionality principle*”, la nuova, meno penetrante, metodologia d'analisi venne applicata alla sanzione *in concreto* irrogata ad Harmelin⁵³⁶.

Kennedy osservò che la tipologia di condanna era la medesima inflitta a Helm (*LWOP sentence*); tuttavia distinse i due casi, sottolineando che mentre le *felonies* commesse dall'imputato nella prima vicenda erano di natura non violenta e passiva (sia la *principal felony* che quelle commesse precedentemente, che avevano innescato la condanna all'ergastolo), il delitto commesso da Harmelin era al contrario di estrema gravità.

Sul punto si confutò specificamente la tesi difensiva secondo cui il crimine di Harmelin era di natura non violenta e senza vittima (*victimless*), descrivendola come “*falsa fino al punto di essere assurda*”⁵³⁷.

Facendosi leva sul fatto che il consistente quantitativo di stupefacente rinvenuto (idoneo potenzialmente a fornire da 32,500 a 65,000 dosi sul mercato della droga), venne evidenziata la assoluta gravità dell'emergenza correlata alla diffusione del consumo e del traffico di stupefacenti. Kennedy – basandosi su numerose ricerche empiriche inerenti alla realtà del Michigan – notò che anche il mero possesso poteva avere devastanti effetti criminogeni sotto diversi profili.

In primo luogo – si rilevò – le mutazioni fisiologiche determinate dal consumo di droga spesso rendono i consumatori più propensi a delinquere; secondariamente, essi sono spinti a commettere reati contro il patrimonio per alimentare la loro dipendenza; infine gli illeciti connessi all'universo della droga sono il

⁵³⁵ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 1001 (1991)

⁵³⁶ Sull'applicazione del nuovo *analytical framework* alla *LWOP sentence* comminata ad Harmelin, v. PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime*, cit., 778-779; SPETT P.M., *Confounding the Gradations of Iniquity*, cit., 219; GIBBS M.R., *Eighth Amendment – Narrow Proportionality*, cit., 965-966.

⁵³⁷ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 1002 (1991)

più delle volte accompagnati da violenza.

Tutti queste emergenze fattuali – agli occhi dell'estensore – rendevano l'emergenza-droga una priorità assoluta nell'agenda politica dello stato, idonea persino a giustificare l'imposizione di sentenze apparentemente sproporzionate, come quella irrogata al *petitioner*.

Interessante notare che in questo frangente dell'analisi emerge l'applicazione di un *rational basis test*⁵³⁸, ossia il meno penetrante dei tre c.d. *tiers of review* impiegati dalla *Supreme Court* nel controllo di costituzionalità delle leggi, nell'ambito del quale l'azione legislativa gode di una presunzione di legittimità pressoché invincibile.

La *concurring opinion*, preso atto della eccezionale virulenza dell'attività criminosa correlata agli stupefacenti in Michigan, concede la più ampia deferenza, ritenendo non manifestamente irragionevole la scelta di prevedere una sanzione così dura, per di più di natura obbligatoria.

Tale utilizzo del *rational basis test* nel contesto dell'*eighth amendment proportionality litigation* dopo *Harmelin* – come si vedrà – è stato anche di recente aspramente criticato per l'inefficacia, soprattutto in riferimento alla sua applicazione da parte delle *lower courts* nella *judicial review*⁵³⁹.

La presa di posizione circa l'estremo disvalore espresso dall'illecito perpetrato da *Harmelin*, condusse poi il Giudice a ritenere non necessario procedere agli ulteriori passaggi del *Solem test*, *intra-jurisdictional* ed *inter-jurisdictional analysis*, restringendone significativamente la portata e l'efficacia.

Dunque, solo nel caso in cui ad esito di una iniziale ed indipendente valutazione sulla corrispondenza tra gravità del reato commesso e ammontare della sanzione comminata (c.d. *threshold test*), condotta “in termini assoluti” da parte dei Giudici, fosse emersa una inferenza di evidente sproporzione (c.d. *inference of gross disproportionality*), sarebbe stato necessario continuare con l'analisi comparativa, prima interna alla giurisdizione e poi sul piano nazionale tra i diversi sistemi penali statali. Kennedy, per giungere a questa conclusione, valorizzò soprattutto il dato linguistico di *Solem*, che, utilizzando il verbo *may* (potere), in riferimento alla seconda e terza fase dell'esame di proporzionalità, sembrava suggerire la non obbligatorietà degli ulteriori confronti, dopo la prima determinazione⁵⁴⁰.

Una siffatta strutturazione dell'*analytical framework* appartiene *ictu oculi* inidonea ad offrire la benchè minima protezione costituzionale a coloro che subiscono pene eccessive, rendendo il corollario di proporzione discendente dalla CUPC lettera morta.

⁵³⁸ PETERSEN S.K., *op. loc. cit.*; GIBBS M.R., *Eighth Amendment – Narrow Proportionality*, cit., 963; con grande chiarezza, SPETT P.M., *op. loc. cit.*, “*Kennedy's concurring opinion basically transformed the Solem analysis into a rational basis test. In other words, a court may not consider the constitutionality of the punishment under the Eighth Amendment unless it subjectively believes that the legislature was irrational in formulating the degree of the sentence to match the gravity of the crime*”.

⁵³⁹ DECLUE J., *Sugarcoating the Eighth Amendment*, cit., 533 ss. Per una ricognizione delle tendenze nell'utilizzo del c.d. *gross disproportionality test* generato dalla *concurring* in *Harmelin*, nel periodo di poco successivo alla pronuncia, da parte delle corti inferiori federali e statali v. DREW K.A.-WEAVER R.K., *Disproportionate or Excessive Punishments*, cit., 19-33; SPETT P.M., *Confounding the Gradations of Iniquity*, cit., 222-233.

⁵⁴⁰ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 1002 (1991), “*Solem is best understood as holding that comparative analysis within and between jurisdictions is not always relevant to proportionality review. The Court stated that 'it may be helpful to compare sentences imposed on other criminals in the same jurisdiction', and that 'courts may find it useful to compare the sentences imposed for commission of the same crime in other jurisdiction. It did not mandate such inquiries*”.

La completa soggettivizzazione del giudizio, limitato alla valutazione assoluta del primo step – dipendente in definitiva dall'orientamento politico dei Giudici Supremi ed al suo rapporto con la normativa scrutinata – costituisce un grande passo indietro rispetto a ciò che era stato conseguito in *Solem v. Helm*.

Sul punto è stato osservato che *Justice* Kennedy non fu in grado di offrire alcun criterio certo, nè quantitativo nè qualitativo, per effettuare il *threshold test* in maniera più oggettiva, contraddicendo di fatto uno dei principi “consolidati” da lui stesso individuati nei precedenti ove si era sviluppata la *proportionality doctrine*⁵⁴¹.

Nonostante tutte le evidenti criticità accennate, il *narrow proportionality principle* sarebbe poi stato recepito nella elaborazione giurisprudenziale successiva.

Tanto la *majority opinion* di Scalia quanto la *concurring* di Kennedy vennero sottoposte a severa critica da parte di *Justice* White, nella sua *dissenting opinion*, alla quale si unirono i *Justices* Blackmun e Stevens.

In riferimento alla posizione di Scalia, venne attaccata in primo luogo l'analisi storica e del dato testuale nell'interpretazione dell'Ottavo Em., sottolineando – con un argomento “classico” – che sarebbe anomalo prevedere una limitazione costituzionale al *quantum* delle ammende, ma non delle pene detentive.

Inoltre, al fine di sostenere la sussistenza del requisito “implicito” di proporzione nella CUPC, si fece notare che anche altre fondamentali clausole costituzionali – come la *due process clause* del Quinto Em. o la protezione contro *unreasonable searches and seizures* del Quarto Em. – hanno una portata non limitata al preciso significato delle loro parole, ma sono soggette ad interpretazioni dinamiche e flessibili, atte a garantire maggiore tutela dei diritti individuali.

In secondo luogo, si contestò il punto di vista espresso nella opinione di maggioranza, secondo cui le pene crudeli ed inconsuete non dovevano essere valutate rispetto al reato commesso, dal momento che mancava una “prassi punitiva” consolidata nella nuova nazione, ed ogni sanzione sarebbe dunque stata “inusuale”. White osservò che, pur essendo vero che non esistevano standard federali, gli stati disponevano di *sentencing schemes*, idonei a fungere da riferimento per determinare se una condanna fosse inconsueta. Infine concluse sul punto che la tesi di Scalia avrebbe privato la parola *unusual* di ogni significato nel contesto dell'Ottavo Em.

Le stesse conclusioni a cui era pervenuto Scalia sull'*original intent of the framers*, nel senso di non includere un divieto di sproporzione – si sostenne – non venivano supportate adeguatamente dai dati storici e legislativi; e *Justice* White evidenziò che se essi avessero voluto escludere la componente

⁵⁴¹ PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime*, cit., 779; per una critica diffusa al restringimento del test di proporzionalità effettuato nella *concurring* in *Harmelin*, specialmente per la sua inconciliabilità con il precedente di *Solem v. Helm*, v. GIBBS M.R., *Eighth Amendment – Narrow Proportionality*, cit., 969-978, secondo la quale non solo si dovrebbero utilizzare tutti e tre fattori di *Solem v. Helm*, ma le corti dovrebbero anche valutare un quarto fattore “ampio”, inclusivo delle condizioni locali di uno stato, le finalità che il legislatore intende perseguire tramite la sanzione, e se esiste una relazione razionale tra il legittimo obiettivo statale e la legislazione sul *sentencing*.

proporzionalistica, l'avrebbero fatto con liguaggio in tal senso univoco.

Anche dal punto di vista del precedente – prosegue la *dissenting* – la ricostruzione di Justice Scalia è destituita di ogni fondamento.

A partire da *Weems v. U.S.* l'esigenza di proporzione è assurta a componente essenziale della protezione costituzionale, è stata riaffermata con forza in casi relativi alla pena detentiva, come *Solem v. Helm*, e alla pena capitale, come *Gregg v. Georgia*, *Coker v. Georgia* e *Enmund v. Florida*. Anche in un caso come *Rummel v. Estelle* – sul quale Scalia fa affidamento – si è riconosciuta l'applicabilità del principio di proporzione alle pene privative della libertà personale, seppur in casi rarissimi ed estremi.

La tesi che intende la CUPC come mera proibizione di pene crudeli ed inusuali nel modo-metodo – propugnata nella *majority opinion* – non è poi conciliabile con il principio di proporzionalità sviluppato in riferimento alla pena capitale. White notò infatti che tali decisioni non ritengono la più estrema delle sanzioni illegittima per la sua *tipologia-qualità*, ma ne limitano l'applicabilità a causa della sua eccessività, rispetto al reato o rispetto a determinate categorie di *offenders*.

Il Giudice dissenziente compendì gran parte delle critiche rivolte all'analisi di Scalia affermando che “*In primo luogo non prevede alcun meccanismo per affrontare una situazione come quella proposta in Rummel, in cui un parlamento renda l'overtime parking un delitto punibile con l'ergastolo ... in secondo luogo, se viene ridotta l'importanza del concetto di proporzionalità nell'analisi condotta sulla base dell'Ottavo Emendamento, gran parte della giurisprudenza di questa Corte sulla pena capitale si poggerà sulle sabbie mobili*”⁵⁴².

Justice White non condivise poi la metodologia interpretativa puramente storica impiegata da Scalia, ritenendola inadeguata nel contesto dell'Ottavo Em., soprattutto in forza della natura dinamico-evolutiva della clausola, stabilita prima in *Weems* e compiutamente in *Trop v. Dulles*.

Ad avviso del *dissenter*, il test ternario coniato in *Solem* era proprio finalizzato a valutare, quanto più oggettivamente possibile, gli standard sociali nel settore del *sentencing*, e si era dimostrato applicabile con efficacia e relativa facilità sia dalle corti federali che dalle corti statali⁵⁴³.

Infine, a conclusione della articolata critica mossa all'opinione di Scalia, si stigmatizzò l'eccessiva deferenza concessa dalla Corte al legislatore del Michigan.

Il messaggio veicolato dall'opinione della Corte – ossia che una pena di natura *mandatory* legislativamente prevista sia da considerarsi sempre e comunque costituzionalmente legittima – svuoterebbe di ogni significato l'Ottavo Em. e costituirebbe di fatto l'antitesi dei principi statuiti nel *seminal case Marbury v. Madison*⁵⁴⁴. La deferenza incondizionata ai giudizi dei legislatori sulla ragionevolezza e proporzionalità delle pene è infatti una abdicazione della responsabilità istituzionale di

⁵⁴² *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, at 1018 (1991)

⁵⁴³ PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime*, cit., 784.

⁵⁴⁴ 5 U.S. 137 (1803)

*judicial review of legislation*⁵⁴⁵.

White in un secondo momento si dedicò alla contestazione del *narrow proportionality principle* e della “riduzione” al solo primo test di *Solem* operata da *Justice Kennedy* nella sua *concurring*. Osservò che tale versione si poneva in contrasto con quanto stabilito in *Solem*, secondo cui era infatti necessario utilizzare tutti e tre i fattori individuati e nessuno di essi aveva forza risolutiva nell'accertamento della sproporzione incostituzionale. Pertanto – si prosegue – rendere la prima valutazione tra gravità del reato e severità della pena “in termini assoluti” potenzialmente dirimente, priva i giudici di importanti indici oggettivi necessari a relativizzare il giudizio di proporzione, favorendo così la *judicial subjectivity*.

Riconosciuta la validità del *three-pronged test*, si procedette ad applicarlo alla condanna subita da Harmelin, per pervenire alla conclusione della eccessività incostituzionale.

Esaminando la gravità del reato commesso da Harmelin e la severità della risposta sanzionatoria, nel primo passaggio di *Solem*, si notò che, non essendo prevista la pena capitale nella legislazione del Michigan, la *mandatory life without parole sentence* costituiva la pena più grave in assoluto.

Nella valutazione sostanziale della gravità del delitto, *Justice White* applicò i criteri di natura oggettiva e soggettiva stabiliti in *Solem* (“*harm caused or threatened to the victim or society*”, “*degree of violence*”, “*the absolute magnitude of the crime*”, “*the culpability of the offender including the degree of requisite intent and the offenders motive in committing the crime*”), per confutare l'analisi di Kennedy.

Dopo avere riconosciuto l'estrema serietà del problema legato al consumo ed al traffico degli stupefacenti, si affermò che la condotta posta in essere dall'imputato, di mero possesso, non era di tale gravità da richiedere l'imposizione obbligatoria di una pena così grave.

E una sanzione del genere non poteva neppure essere giustificata facendo riferimento, come *Justice Kennedy*, ai “*collateral effects*”, le attività delinquenziali solitamente correlate all'universo della droga, dal momento che esse il più delle volte non derivano dal mero possesso della sostanza stupefacente, ma dal fatto di essere tossicodipendente. Si fece riferimento al noto precedente *Robinson v. California*, laddove si statuì che lo status di tossicodipendente, così come le malattie, non potevano essere criminalizzate.

Considerare i “*subsidiary effects*” si pone poi in contrasto con l'esigenza costituzionale a che la pena sia proporzionata alla colpevolezza individuale per il fatto, come stabilito in diversi precedenti della Corte.

La gravità o la diffusione di un determinato problema sociale e la necessità di affrontarlo in maniera particolarmente dura – si precisò – non possono mai risolversi nella violazione dei principi costituzionali. Focalizzandosi sempre sull'elemento soggettivo, venne notato che un altro *statute* del Michigan prevedeva la punibilità, con la stessa draconiana sanzione, di coloro che producessero, distribuissero o possedessero con la volontà di produrre o distribuire le medesime sostanze stupefacenti. All'evidenza ciò determinava la violazione del principio di proporzione, dal momento che delitti caratterizzati da una

⁵⁴⁵ PETERSEN S.K., *op. loc. cit.*

partecipazione soggettiva più intensa, dunque più gravi, venivano sanzionati con la stessa pena del mero possesso senza volontà di vendere. Per di più, le “conseguenze collaterali” della condotta di semplice possesso erano ovviamente meno gravi rispetto a quelle del traffico di stupefacenti. L'equiparazione sanzionatoria risultava dunque essere del tutto ingiustificata ed irrazionale.

Justice White concluse l'analisi sotto il primo step del test rimarcando che, a differenza dei due precedenti più noti in cui si era affrontata una questione di sproporzione incostituzionale di pene detentive (*Rummel* e *Solem*), Harmelin era un *first time offender*, e che pertanto tutte le problematiche inerenti al peso da attribuire ai precedenti nella valutazione di gravità del delitto ed alla “comparabilità” tra i diversi *recidivist schemes* non rilevavano nel caso di specie.

Passando all'esame del secondo fattore di *Solem*, l'*intra-jurisdictional analysis*, si appurò che la *LWOP sentence* nell'ordinamento statale era riservata solo a tre delitti: *first degree murder; manufacture, distribution, or possession with intent to manufacture or distribute 650 grams or more of narcotics; possession of 650 grams or more of narcotics*.

Gravi delitti contro la persona e contro il patrimonio, come l'omicidio volontario non aggravato, la violenza sessuale o la rapina a mano armata, non prevedevano una sanzione obbligatoria così severa, permettendo l'irrogazione dell'ergastolo in base alla discrezionalità giudiziale. Sulla scorta di queste evidenze, Harmelin era stato punito nella stessa maniera o più gravemente di rei che avevano commesso reati molto più gravi.

Infine, allargando la prospettiva al di fuori dei confini statali, ci si avvedeva che nessuna giurisdizione prevedesse una sanzione così dura per il mero possesso di un tale quantitativo di stupefacente. Degli altri quarantanove stati dell'Unione, unicamente l'Alabama comminava una *LWOP sentence* per un reo primario, ma solo nel caso in cui il quantitativo fosse pari o superiore a dieci chilogrammi; un quantitativo come quello detenuto da Harmelin sarebbe stato punito con una condanna a cinque anni. La stessa legislazione federale, in un caso come quello all'attenzione della Corte, avrebbe previsto l'irrogazione di una pena detentiva pari a dieci anni o poco più.

Tutte questi dati, sufficientemente omogenei su scala nazionale, convergevano nel segnalare che la condanna inflitta fosse così eccessiva da essere incostituzionale.

Justice Marshall redasse una breve *dissenting opinion*, in cui concordò con *Justice White* su tutta la linea, a parte il fatto che l'Ottavo Emendamento, a suo avviso, proibisse la pena capitale in ogni circostanza.

Di particolare interesse, infine, la *dissenting opinion* di *Justice Stevens*, ove si sottolinearono le forti somiglianze fra la pena dell'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale e la pena di morte, nella misura in cui entrambe precludono in assoluto la rimessione in libertà del reo. La scelta del Michigan di punire così duramente il mero possesso di 650 grammi di cocaina, implicava un totale rifiuto della finalità rieducativa della pena, e – ad avviso di Stevens – non poteva ritenersi razionalmente sostenibile che tutti i soggetti autori di siffatta condotta potessero presumersi in assoluto incorreggibili, e pertanto

meritevoli di una sanzione così estrema.

Come si è visto attraverso l'analisi di *Harmelin v. Michigan*, anche in questa occasione la Corte non fu in grado di definire in maniera coerente il principio di proporzione derivante dalla CUPC.

Per due *Justices*, infatti, la natura strettamente retributiva del concetto di proporzionalità rendeva impossibile un suo riconoscimento ed applicazione a livello costituzionale. Dal momento che è legittimo perseguire tutte le finalità della pena riconosciute tramite le politiche penali-sanzionatorie, la proibizione dell'Ottavo Em. deve riferirsi solo ai metodi punitivi crudeli ed inconsueti.

Ad avviso di tre *Justices*, invece, il principio costituzionale di proporzionalità doveva ritenersi pienamente applicabile riguardo alle pene detentive eccessive (seppur nei termini più limitati esaminati *supra*) e l'Ottavo Em. non accordava preferenza ad alcuna finalità della pena.

Infine, concordemente alla visione dei quattro *dissenters*, si sarebbe dovuto riconoscere un principio di proporzione più ampio, in contrapposizione al “*narrow proportionality principle*”, ed applicare l'*analytical framework* messo a punto in *Solem v. Helm* al caso di specie, al fine di dichiarare l'incostituzionalità della condanna.

Si è già ricordato che la versione elaborata nella *concurring opinion* sarebbe poi diventata la metodologia d'analisi comunemente impiegata dalle corti.

Deve essere notato che la formulazione di Justice Kennedy sarebbe stata poi sviluppata, in *Ewing v. California*, riducendone ancora di più la portata, nel senso di ritenere il divieto della CUPC violato solamente quando la condanna fosse sproporzionata in relazione a tutte le legittime finalità della pena perseguite dallo stato. Tale metodologia d'analisi, definita da autorevole dottrina “*Disjunctive Test*”⁵⁴⁶ e sottoposta a serrate critiche, essendo del tutto inidonea a garantire la protezione del diritto a non subire pene eccessive, limitando in maniera significativa il potere legislativo, verrà analizzata di seguito, durante la disamina dei due *three strikes law cases* del 2003.

2.3.6 Il sostanziale fallimento dello scrutinio di proporzionalità sulle leggi californiane contro i recidivi “*three strikes and you're out*”

2.3.6.1 Il caso della California

E' giunto il momento di esaminare due casi particolarmente significativi.

La loro importanza è certificata tanto dal clamore suscitato a livello mediatico e nella comunità accademica, su scala mondiale, a causa delle *patologie* del sistema sanzionatorio statunitense, emerse in

⁵⁴⁶ LEE Y., *Why Proportionality Matters*, cit., 1835 ss., in part. 1847-51. Individuano nella *concurring* di Kennedy la nascita della nuova metodologia d'analisi, poi applicata in *Ewing*, SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 138.

tutta la loro sconcertante gravità in queste occasioni (ma rimaste incensurate ad opera della Corte Suprema nei loro profili d'illegittimità costituzionale), quanto dalla posizione che tali decisioni ricoprono nello studio dello sviluppo della *constitutional proportionality doctrine*, che qui si sta portando avanti.

E' d'uopo premettere che in questa sede non è possibile impegnarsi in un'analisi minimamente approfondita della legislazione californiana – la *three strikes law* – la cui applicazione ha condotto alle pronunce della Corte Suprema.

Né potranno essere esaminati i fattori politico-sociali che hanno portato alla emanazione di tali normative in gran parte degli stati dell'Unione ed a livello federale durante gli anni novanta, le finalità che si sono intese perseguire attraverso le stesse, nonché gli eventuali risultati che sono stati conseguiti nel contrasto alla criminalità “violenta” – questa, infatti, insieme ai rei presunti “incorreggibili”, costituiva il target dichiarato della riforma – in termini di *incapacitation* (neutralizzazione) e soprattutto *deterrence* (intimidazione), dopo circa venti anni di applicazione⁵⁴⁷.

Ciò all'evidenza esula dall'oggetto specifico dell'indagine e richiederebbe una ampia ricerca interamente dedicata.

Ci si limiterà pertanto ad alcuni riferimenti essenziali, concentrandosi più da vicino sull'evoluzione (forse meglio dire involuzione, se non completo svuotamento) del test di proporzionalità costituzionale della pena applicato della Corte, valutandolo in linea di continuità con la precedente elaborazione e sviluppando alcune osservazioni critiche sul punto.

Deve essere infine notato che l'interesse scientifico intorno alla componente proporzionalistica della CUPC da parte della dottrina nordamericana si è notevolmente riaccessato a seguito delle due deludenti prese di posizione della Corte.

Ciò è dimostrato dal fatto che, a partire dal 2003, fino sostanzialmente ai giorni nostri, si è assistito ad una elaborazione teorica ininterrotta e di dimensioni ragguardevoli, la quale, animata dall'interrogativo di fondo se un principio costituzionale di proporzionalità della pena (detentiva) esista ancora e sia “vivo” nell'ordinamento statunitense – nonostante il “via libera” della Corte a sentenze draconiane irrogate per reati bagatellari – si è impegnata in diversi tentativi di ricostruzione, sotto molteplici angoli visuali, al fine di restituiregli significato, vitalità e concrete prospettive di “giustiziabilità” costituzionale.

Prima di entrare *in medias res* – nel merito della vicenda di Ewing e dell'analisi costituzionale di proporzionalità svolta dai Giudici Supremi sulla sua sentenza di condanna – pare opportuno svolgere alcune sintetiche considerazioni di carattere generale sulla storia e i tratti salienti della c.d. “*legge dei tre colpi*” Californiana⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ La letteratura Statunitense in materia di *three strikes laws* è sterminata. Senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano, in lingua inglese, ZIMRING F.E.-HAWKINS G.-KAMIN S., *Punishment and Democracy. Three Strikes and You're Out in California*, New York, 2001; VITIELLO M., *Three Strikes: Can We Return to Rationality*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1997, 395 ss. Nella letteratura italiana v. DELLA BELLA A., *Three Strikes and You're Out*, cit., 832 ss. e letteratura ivi citata, in part. alla nt. 5; GRANDE E., *Il terzo strike*, cit., 61-67; FEELEY M., *Le origini e le conseguenze del panico morale*, cit., 417 ss.

⁵⁴⁸ Le leggi c.d. *three strikes and you're out* (“tre sbagli e finisci fuori”) devono il loro nome ad una regola del baseball che

La prima legislazione di questo tipo venne introdotta in Washington nel 1993, la California seguì nel 1994⁵⁴⁹.

Del tutto peculiari – e talmente note che non occorre neanche riportarle per esteso – furono le circostanze e le modalità con cui la normativa venne adottata in tale ultimo stato.

La legge votata dal parlamento Californiano riprodusse esattamente⁵⁵⁰ il testo proposto da Mike Reynolds⁵⁵¹ (*Proposition 184*), padre di una giovane uccisa, durante una rapina, da un soggetto con numerosi precedenti penali alle spalle.

In un primo momento l'iniziativa di Reynolds non sembrò poter godere del consenso necessario, ma un fatto di cronaca nera, particolarmente efferato e di grandissimo impatto mediatico⁵⁵², invertì la rotta, consentendo al progetto di legge di essere approvato in tempi da record.

Si allude al rapimento ed all'uccisione della ragazzina dodicenne Polly Klass, commessa da Richard Allen Davis, soggetto già noto alla giustizia penale per aver commesso numerosi reati in passato, anche di natura violenta⁵⁵³.

Mike Reynolds, pochi giorni dopo l'annuncio del ritrovamento del cadavere della ragazzina, avvenuto due mesi dopo il rapimento, tenne una conferenza stampa con l'*Attorney General* della California, il quale si unì alla campagna contro i recidivi ed esortò tutti i californiani a supportarla senza remore.

Anche il governatore repubblicano, Pete Wilson, quasi al termine del suo mandato ed in piena campagna

impone al battitore di abbandonare il campo al terzo tentativo consecutivo fallito di colpire la palla lanciata dal *pitcher* della squadra avversaria, cfr. GRANDE E., *Il terzo strike*, cit., 61 e DELLA BELLA A., *Three Strikes and You're Out*, cit., 833-834.

⁵⁴⁹ Dopo questi due stati, in altri ventidue ordinamenti statali ed a livello federale vennero adottate nuove discipline che prevedevano consistenti aumenti di pena per *repeat felony offenders*. Come si vedrà, tuttavia, solo la legge californiana presentava determinate caratteristiche tali da renderla di severità unica.

⁵⁵⁰ La proposta di Reynolds, come sottolinea autorevole dottrina, divenne legge “*untouched by human hands*”, ZIMRING F.E.-HAWKINS G.-KAMIN S., *Punishment and Democracy*, cit., 12 nt. 5, i quali sottolineano come il mancato intervento di “esperti” sul testo normativo abbia costituito un *unicum* nella storia della California. Sottolinea il mancato intervento degli esperti e degli organi politici, a causa della pressione politico-mediatica, benché fossero ben consapevoli delle assurdità e degli oneri economico-fiscali eccessivi che la legge avrebbe comportato, BEALE S.S., *The Story of Ewing: Three Strikes Laws and the Limits of the Eighth Amendment Proportionality Review*, in COKER D.-WEISBERG R. (Editors), *Criminal Law Stories*, New York, 2013, 427 ss. ed in part. 433, ove evidenzia che persino il padre di Polly Klass, venuto a conoscenza delle caratteristiche della legge, ritirò il suo supporto, affermando icasticamente “*Ho subito danneggiamenti alla mia auto e mi hanno rubato l'autoradio e ho avuto mia figlia assassinata, e so qual'è la differenza*”.

⁵⁵¹ La legge fu frutto di una campagna referendaria (*initiative voters*), strumento di democrazia diretta previsto dalla *California Constitution*, art. II, sec. VIII, attraverso cui qualsiasi cittadino ha la possibilità di redigere un progetto di legge, per poi promuoverne la “qualificazione”, con circa 500.000 firme, e sottoporlo a voto popolare. Se l'esito della consultazione popolare è positivo, il testo diviene legge in tale versione, senza alcun intervento degli organi legislativi. Da notare che in realtà il costo dell'*initiative voters* è particolarmente elevato e non può essere sopportato da “qualsiasi cittadino”, essendo necessario il supporto di potenti gruppi di pressione, come accadde nel caso di Reynolds, che fu appoggiato dalla *National Rifle Association* (lobby dei detentori delle armi da fuoco) e dalla *California Corrections Peace Officers Association* (associazione della polizia penitenziaria). Sul punto si veda DELLA BELLA A., *Three Strikes and You're Out*, cit., 837, e riferimenti bibliografici ivi citati; BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 427 ss. ed in part., sull'iter di formazione della legge, 430-435.

⁵⁵² Sottolinea con forza la componente decisiva del “panico morale” e del “sentimento di insicurezza collettiva”, alimentata dai Mass-Media, che fece da decisivo sfondo all'approvazione della *three strikes law* Californiana, DELLA BELLA A., *Three Strikes and You're Out*, cit., 839 e letteratura ivi citata. Sul grande potere esercitato dai Media nelle politiche penali Statunitensi *tough on crime*, in generale, v. BEALE S.S., *The News Media's Influence on Criminal Justice Policy: How Market Driven News Promotes Punitiveness*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 2006, 397 ss., in part. 422-36.

⁵⁵³ Descrive in grande dettaglio il ruolo di primo piano ricoperto dalla vicenda di Polly Klass nell'iter di approvazione della legge, evidenziando la pressione mediatica (“*Polly was the first famous missing child of the Internet age*”) e la “*political firestorm*” che si provocò quando emerse che Allen era un soggetto plurirecidivo, BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 431-432.

elettorale, non esitò a cogliere l'opportunità di raccogliere consensi elettorali, assicurando la collettività che avrebbe strenuamente sostenuto l'approvazione di provvedimenti di estremo rigore contro i *repeat offenders*, resisi autori di reati gravi o violenti.

Sulla base di queste premesse, il progetto di legge più duro tra quelli che pendevano alle Camere (*Assembly Bill 971*), che ricalcava pedissequamente la versione proposta da Reynolds, dopo cinquantanove giorni dalla sua introduzione, passò agevolmente le votazioni di entrambe le Camere del parlamento californiano.

Inoltre, lo stesso Reynolds, dopo avere in un primo momento dichiarato che non avrebbe portato a termine l'iniziativa popolare, se un progetto di legge inclusivo della sua proposta fosse stato approvato, decise al contrario di proseguire la sua campagna e, sull'onda delle tragiche vicende sopra richiamate, e della conseguente pressione politico-mediatica, ottenne 800.000 firme, circa il doppio del necessario.

La originaria *Proposition 184* venne dunque approvata con il 72% dei voti popolari, facendo entrare in vigore una *three strikes law* identica a quella già emanata. La ratifica per via referendaria conferì alla normativa un'efficacia rafforzata: sarebbe stato possibile modificarla solo con una maggioranza di 2/3 delle Camere o con un nuovo voto degli elettori⁵⁵⁴.

Come è stato messo in evidenza da attenti commentatori⁵⁵⁵, già le peculiari modalità con cui la normativa venne adottata (in un tempo particolarmente rapido, dopo che una sorta di “psicosi collettiva” aveva preso il sopravvento, a causa della vicenda di Polly Klass), di per sé stesse, la rendono sospetta dal punto di vista della legittimità costituzionale. Infatti – si osserva – se la Costituzione, nel prevedere un *counter-majoritarian right* come quello dell'Ottavo Em., fa divieto al governo di servirsi della volontà della maggioranza come giustificazione per intromettersi (eccessivamente) nei diritti dell'individuo, questo sembra essere proprio il caso in cui si sia abusato di tale volontà, finendo per eccedere nell'azione legislativa⁵⁵⁶.

Tralasciando un attimo i profili inerenti alla compatibilità con il dettato costituzionale⁵⁵⁷, è necessario focalizzarsi sulle caratteristiche principali e sulle finalità della “legge dei tre colpi”, in forza della quale Ewing fu condannato.

L'obiettivo dichiarato della legge fu quello di assicurare pene detentive più lunghe e un trattamento più duro per coloro che commettono un delitto e sono stati in precedenza condannati per reati legislativamente qualificati come “gravi” o “violenti” (*serious or violent felonies*)⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ DELLA BELLA A., *Three Strikes and You're Out*, cit., 838-839; BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 433-434.

⁵⁵⁵ BRENNAN J.J., *The Supreme Court's Excessive Deference to Legislative Bodies under Eighth Amendment Sentencing Review*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2004, 551 ss, in part. 578 e nt. 287.

⁵⁵⁶ Anche accedendo alla *constitutional interpretation* della c.d. *Political process theory* (o *Representation reinforcement*) della *judicial review*, questo sarebbe proprio una di quelle situazioni in cui il grado di deferenza rispetto alle scelte politiche legislative nella *judicial review* potrebbe legittimamente abbassarsi, dato che, all'evidenza, il “gioco politico è alterato”.

⁵⁵⁷ Per una concisa disamina di tutti i potenziali profili di frizione della *three strikes law* con disposizioni costituzionali diverse dal principio di proporzione dell'Ottavo Em., che tuttavia non hanno mai portato ad una declaratoria d'illegittimità, v. KIESO D.W., *Unjust Sentencing and the California Three Strikes Law*, New York, 2005, 201-202.

⁵⁵⁸ Tali *serious or violent felonies* venivano individuate nei paragrafi 667.5 e 1192.7 del *California Penal Code*.

Duplici dunque la finalità perseguita dai promotori della riforma: da un lato, essi intendevano *neutralizzare, escludere definitivamente* dal consorzio civile, attraverso periodi di carcerazione lunghissimi, quei soggetti che, avendo commesso una pluralità di reati di una certa gravità, si erano dimostrati incapaci di mantenere una condotta conforme alla legge; dall'altro, si voleva mandare un forte messaggio di intimidazione/ammonimento (*deterrence*) nei confronti di coloro che avevano già subito condanne in precedenza.

Come è stato osservato da più parti, la *three strikes law* ha rappresentato il più chiaro abbandono dell'ideologia neo-retributiva (*just desert model*), che aveva costituito l'idea guida della riforma del *sentencing* statunitense a partire dagli anni ottanta, sotto l'egida della certezza e della rigida proporzione tra delitto e sanzione, per approdare ad incerti e difficilmente perseguibili obiettivi di prevenzione⁵⁵⁹.

Caratteristica unica della normativa californiana, nonché tratto differenziale rispetto a tutte le altre “leggi dei tre colpi” emanate negli U.S.A., è la definizione di delitti *gravi* o *violenti* – ossia i precedenti rilevanti, gli *strikes*. Essa è amplissima ed inclusiva di reati eterogenei (omicidi, violenze sessuali, sequestri, rapine, lesioni, ma anche di reati in materia di stupefacenti o contro la proprietà di scarsa gravità e commessi assai di frequente, come la *residential burglary*).

Inoltre, il secondo o terzo *strike*, che innescano l'automatismo sanzionatorio, non devono essere necessariamente costituiti da un reato *grave* o *violento* (come in tutti gli altri ordinamenti statali), potendosi trattare di qualsiasi *felony*, cioè un delitto punito con la reclusione di almeno un anno, da eseguirsi in un penitenziario statale⁵⁶⁰. Nel caso del secondo *strike* la pena è il doppio di quella prevista per il reato commesso, mentre il terzo *strike* prevede l'inflizione della pena detentiva indeterminata nel massimo e di venticinque anni nel minimo (*you're out*).

Per quanto concerne la possibilità di *parole*, i soggetti condannati per il terzo *strike* potevano essere *eligible* solo dopo venticinque anni di pena espiata.

⁵⁵⁹ DELLA BELLA A., *Three Strikes and You're Out*, cit., 847-51; GRANDE E., *Il terzo strike*, cit., 61 ss.; VITIELLO M., *Three Strikes*, cit., 422 ss.

⁵⁶⁰ Si noti che – anche a causa del gravissimo sovraffollamento nei penitenziari californiani, che ha spinto la *Supreme Court* ad esprimersi, riscontrando la violazione dell'Ottavo Emendamento, nella nota pronuncia *Brown v. Plata* del 2011 (No. 09-1233) – attraverso l'approvazione della *Proposition 36*, il 6 Novembre 2012, questa peculiarità della disciplina californiana, che tanto ha contribuito a rendere la sua applicazione massiccia ed i suoi effetti devastanti sotto tutti i punti di vista (costi umani ed economici elevatissimi, a fronte di benefici in termini di deterrenza tutt'altro che dimostrati), è stata modificata. Oggi, perché la normativa sia applicabile, il *third strike* deve essere una *serious or violent felony*, e tutti i soggetti condannati in precedenza hanno beneficiato della rideterminazione della pena (*re-sentencing*) alla luce della nuova legge più favorevole. Per una reazione favorevole alla modifica ed un desolante bilancio su tutte le “vittime” della *three strikes law* nei suoi 18 anni di vigenza, v. CHERMERINSKY E., *3 Strikes Reform in CA: “Victory for Common Sense”*, disponibile all'indirizzo <http://www.thecrimereport.org/viewpoints/2012-12-three-strikes-reform-in-california-a-victory-for-hum> (ultimo accesso 19 maggio 2015); v. anche, per un quadro d'insieme della riforma del 2012, il sito <http://www.fixthreestrikes.com/> (ultimo accesso 19 maggio 2015). Dev'essere accennato che, nel corso degli anni, a più riprese si era cercato di modificare la legge californiana, al fine di attenuarne lo spropositato rigore sanzionatorio, ma la particolare resistenza, di cui si è detto sopra, contribuì all'insuccesso delle più serie iniziative varate in questo senso, come la *Proposition 66 “Limitation on Three Strikes Laws”* del Novembre 2004, che si proponeva di limitare il secondo e terzo *strikes* alle sole *felonies gravi* o *violente*, o la *Three Strikes Reform Act* del Gennaio 2006, che non raggiunse nemmeno il *quorum* per la qualificazione dell'iniziativa. Una efficace sintesi su tutti i tentativi di riforma, le controverse analisi sull'efficacia della legge e sulla decisione della Corte Suprema, che ha ordinato alla California di ridurre il drammatico tasso di *prison overcrowding*, è offerto da BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 452-457

Ulteriori particolarità della disciplina californiana, tali da estenderne lo spettro di operatività ben oltre i confini delle altre *three strikes laws*, erano, ad esempio, la mancata previsione del c.d. *wash-out period*, il tempo intercorso tra la precedente condanna ed il reato commesso, di regola invece rilevante per la legge californiana della recidiva; la possibilità di qualificare come *strikes* i delitti commessi dai minorenni, purché dopo i sedici anni di età; la considerazione dei reati commessi in altre giurisdizioni, ed altre ancora⁵⁶¹.

Un ultimo profilo da evidenziare, prima di passare alla disamina del caso, è quello attinente alla “presunta” obbligatorietà degli aumenti di pena.

Se è vero che nell'intento originario del legislatore le pene avrebbero dovuto essere aumentate “automaticamente”, in base al solo accertamento dei precedenti rilevanti, riducendo così al minimo la discrezionalità dei vari soggetti coinvolti nel *sentencing* (*prosecutor*, giudice e *parole board*) e assicurando l'inflizione di pene rigide ai recidivi, la prassi applicativa, tuttavia, si è orientata fin da subito in direzione diametralmente opposta⁵⁶².

Residuano infatti ampi spazi di discrezionalità da parte del *prosecutor*, che ha il potere di qualificare, nei casi previsti dalla legge, un determinato reato come *felony* o come *misdemeanor*⁵⁶³, ed anche di non considerare come *strike* un determinato illecito se ciò risponda “all'interesse della giustizia” (*in furtherance of justice*).

Anche il *sentencing judge*, soggetto che più di tutti avrebbe dovuto essere ridimensionato nel suo potere discrezionale, ha invece continuato – in forza di una disposizione del codice penale statale non modificata dalla legge dei tre colpi – ad avere la possibilità di non considerare le imputazioni, se necessario “nell'interesse della giustizia”. La Corte Suprema Californiana intervenne con un'importante decisione⁵⁶⁴, affermando che la nuova disciplina sulla recidiva non aveva privato le corti statali del potere di ignorare i precedenti *strikes*, se necessario nell'interesse della giustizia; una successiva pronuncia⁵⁶⁵ chiarì cosa dovesse intendersi per “nell'interesse della giustizia”, ovverosia se la corte

⁵⁶¹ Descrivono nel dettaglio le caratteristiche che hanno reso unica per portata applicativa e severità la disciplina californiana, DELLA BELLAA., *Three Strikes and You're Out*, cit., 840-44; BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 432-33.

⁵⁶² La disomogeneità applicativa nelle varie Contee californiane emerse sin dai primi studi empirici condotti dopo l'entrata in vigore della legge, anche a causa dei diversi approcci, più o meno rigidi, dei *prosecutors*. Nella Contea di Los Angeles si applicava la legge molto più frequentemente, tanto che il 40% dei soggetti reclusi nello stato come *strikers* nel 1996 proveniva da tale area geografica, v. BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 434-435; KIESO D.W., *Unjust Sentencing*, cit., 82; CHEMERINSKY E., *Cruel and Unusual*, cit., 1 ss., in part. sul problema della “*geographic disparities in three strikes*”, 7-8 e letteratura *ivi* citata. L'A. afferma che Andrade fu particolarmente sfortunato a commettere i furti nella Contea di San Bernardino, *conservative* e molto dura nell'applicazione della legge dei tre colpi. Se avesse posto in essere la stessa condotta delittuosa nella Contea di San Francisco, Orange, o persino Los Angeles dopo il 2000, sarebbe stato punito con un anno di reclusione in un istituto penitenziario locale (*jail*) o, al massimo, tre anni in una prigione statale (*prison*), dal momento che i *district attorneys* di tali contee avevano smesso di applicare la *three strikes law* a reati minori. Inoltre, l'A. sottolinea un ulteriore fattore di rilievo, che contribuisce in maniera significativa alla scelta se applicare o meno la draconiana disciplina sulla recidiva, ovverosia la razza. Le minoranze, latina ed afro-americana – in base ad inequivocabili dati statistici – hanno una probabilità molto più alta che la legge dei tre colpi venga applicata ai loro casi.

⁵⁶³ Tale categoria di reati, definiti *wobblers*, è prevista dal *California Penal Code*, § 17 (b).

⁵⁶⁴ *People v. Romero* 917 P.2d at 628

⁵⁶⁵ *People v. Williams*, 948 P.2d 429,437 (Cal. 1998)

ritenga che l'imputato non rientri nello spirito della legge dei tre colpi alla luce della natura del reato e della sua condizione sociale e personalità.

Tutto ciò, all'evidenza, ha contribuito a caratterizzare l'applicazione della disciplina all'insegna della disegualianza ed irrazionalità.

2.3.6.2 *Ewing v. California*

Una volta tracciate le coordinate minime in relazione al dato normativo, è ora opportuno volgere lo sguardo alla decisione della Corte in *Ewing v. California*, ed al modo in cui essa ha riformulato il test di proporzionalità della pena detentiva sotto la *cruel and unusual punishment clause*.

In primis occorre riassumere i fatti di causa e l'iter processuale della vicenda.

Gary Ewing venne condannato a scontare un periodo di carcerazione da venticinque anni all'ergastolo (*prison term of 25 years to life*) per il reato di *grand theft*, avendo taccheggiato tre mazze da golf, per un valore complessivo di circa 1.200 \$, da un negozio sito nella località di El Segundo, in California⁵⁶⁶.

Precedentemente era stato condannato per otto *misdemeanors* e quattro *felonies*.

Tra il 1984 ed il 1993 fu condannato per *felony grand theft auto*, *petty theft with a prior theft conviction*, *battery*, *theft*, *burglary*, *possession of drug paraphernalia*, *appropriation of lost property*, *unlawful possession of a firearm* e *trespassing*.

Particolarmente rilevanti, ai fini dell'applicazione dell'automatismo sanzionatorio in forza della *three strikes law*, i tre delitti di *burglary* ed il reato di *robbery* commessi dall'imputato nel 1993, in un complesso residenziale di Long Beach, California.

Ad esito di un unico procedimento, Ewing venne ritenuto responsabile per i quattro delitti e gli fu comminato un *prison term* di nove anni e dieci mesi. Rilasciato *on parole* dopo circa cinque anni e mezzo di pena espiata, dieci mesi dopo commise il furto delle mazze da golf.

E' interessante notare come anche nel caso in esame emersero i profili di discrezionalità sopra richiamati nell'applicazione della normativa.

Per la condotta delittuosa da ultimo posta in essere, Ewing fu accusato di *felony burglary* e di *felony grand theft of personal property in excess of 400 \$*; conformemente al meccanismo della legge dei tre colpi, il *prosecutor* sostenne che l'imputato fosse stato già condannato per quattro *serious or violent*

⁵⁶⁶ Analizzano nel dettaglio i fatti, l'iter processuale della vicenda e la questione di costituzionalità della pena irrogata a Ewing, BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 427 ss.; ANDRUS R.H., *Which Crime Is It? The Role of Proportionality in Recidivist Sentencing After Ewing v. California*, in *BYU J. Pub. L.*, 2004, 279 ss.; PECK R.C., *Ewing v. California: Upholding California's Three Strikes Law*, in *Pepp. L. Rev.*, 2004, 191 ss.; BRENNAN J.J., *The Supreme Court's Excessive Deference*, cit., 551 ss.; KIESO D.W., *Unjust Sentencing*, cit., 187 ss., in part., sui profili di violazione della CUPC, 192-202; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 139-140; FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 584-87 e 642-44. Per un efficace quadro sintetico in lingua spagnola, finalizzato ad evidenziare specialmente la violazione del principio costituzionale di proporzione della pena, CASTINEIRA Y RAMÓN RAGUÉS M.T., *Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Los Estados Unidos*, in AA. VV., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, 2008, 189 ss.

felonies, quelle commesse nel 1993, sopra richiamate. Una giuria lo riconobbe responsabile di *grand theft* e il giudice ritenne che avesse precedentemente commesso quattro reati gravi o violenti.

Durante la *sentencing hearing* il difensore di Ewing avanzò una duplice richiesta alla corte. In primo luogo, di derubricare il reato di *grand theft*, un c.d. *wobbler*, in *misdemeanor*, in modo tale da non far “scattare” il terzo *strike* ed il conseguente inasprimento sanzionatorio; in secondo luogo, alternativamente, di ignorare tutti o alcuni dei precedenti *strikes* di Ewing. Infine, la difesa fece preghiera alla corte di tenere in considerazione l'età e le condizioni di salute precarie di Ewing (malato di AIDS e cieco da un occhio) quali circostanze attenuanti, sostenendo che l'imputato non avrebbe potuto costituire una minaccia per la società in futuro.

Nonostante le richieste difensive, il giudice rigettò ogni argomentazione, facendo leva sulla “*consistent criminal activity*” che caratterizzava la fedina penale dell'imputato e sul fatto che la *triggering offense* (*felony grand theft* di tre mazze da golf) fosse stata commessa mentre era in libertà condizionale⁵⁶⁷. Pertanto venne inflitta una pena da venticinque anni alla reclusione a vita, con possibilità di *parole* dopo venticinque anni di espiazione.

La condanna venne impugnata dinnanzi alla *California Court of Appeal*. I giudici respinsero le doglianze di Ewing in una “*unpublished opinion*”⁵⁶⁸. L'imputato lamentava in particolare che il giudice di prime cure avesse erroneamente ommesso di derubricare la *felony* in *misdemeanor* e di ignorare alcune delle sue precedenti condanne. Inoltre, la Corte di seconda istanza rigettò l'argomento difensivo che la condanna patita fosse così eccessiva da violare l'Ottavo Em. della Costituzione Federale⁵⁶⁹.

Dopo che la *California Supreme Court* rigettò sommariamente la *petition of review*, la Corte Suprema acconsentì ad esaminare il caso⁵⁷⁰.

Come già verificatosi in gran parte delle decisioni sopra analizzate, anche in questa occasione, nonostante il lungo periodo trascorso da *Harmelin v. Michigan* ed il cambio di ben tre *Justices*⁵⁷¹, la

⁵⁶⁷ Queste le testuali parole del Giudice Myers per giustificare il suo diniego, sulla base del fatto che Ewing non poteva essere considerato al di fuori dello spirito della legge dei tre colpi, alla luce della natura del reato e della sua condizione sociale e personalità: “*I think there is no way I could find, which is what I am required to find, you are outside the three strikes law's spirit and the intent. I do have to consider threats to the community and although there isn't a real pattern of violent crimes that you pose a threat, you are clearly posing a threat for theft offenses ... And it's for that reason that I cannot consider and will not strike any of the strikes*” v. BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 440; BRENNAN J.J., *The Supreme Court's Excessive Deference*, cit., 561.

⁵⁶⁸ *Ewing*, 2001 WL 1840666

⁵⁶⁹ La *California Court of Appeals*, nel rigettare l'impugnazione di Ewing, fece riferimento al precedente della Corte Suprema *Rummel v. Estelle*, sopra esaminato, ponendo l'accento sull'interesse statale, legittimamente perseguito tramite le *three strikes laws*, di intimidire (*deter*) i *repeat offenders* e di separare i delinquenti “incurabili” dal resto della società.

⁵⁷⁰ La *petition for a writ of certiorari* inoltrata dal legale di Ewing poneva il seguente quesito “*Does petitioner's twenty-five year to life prison sentence violate federal constitutional provisions against cruel and unusual punishment because his sentence is grossly disproportionate to the offense of “stealing golf clubs”?*”.

⁵⁷¹ Rispetto alla composizione del 1991, i Giudici Blackmun, Marshall e White si erano ritirati, sostituiti dai Giudici Ginsburg, Breyer (nominati da Bill Clinton) e Thomas (nominato da George W. Bush). Si noti che lo *swinging vote* (lett. l'ago della bilancia) che aveva modificato la maggioranza della Corte tra il caso *Rummel v. Estelle*, dove praticamente non si riconobbe alcun limite costituzionale alla discrezionalità politica nel determinare l'ammontare di pena, e *Solem v. Helm*, in cui si affermò con forza il principio di proporzionalità di cui all'Ottavo Em., fu quello del *Justice* Blackmun. Su questo mutamento di posizione e su alcuni possibili motivazioni, v. BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 444 nt. 67.

Corte si divise in tre “blocchi” e non vi fu una *majority opinion*.

Justice O'Connor scrisse la *plurality opinion*, alla quale si unirono Il *Chief Justice* Rehnquist e il Giudice Kennedy⁵⁷².

Venne in primo luogo confermata la correttezza dei cinque principi fondamentali in materia di *non-capital proportionality review*, formulati nella *concurring opinion* di Kennedy in *Harmelin v. Michigan*:

1) necessità che le corti concedano la più ampia deferenza alle scelte di politica criminale sanzionatoria effettuate dai legislatori; 2) l'Ottavo Em. permette l'adozione di diverse, legittime, *penological theories*, senza accordare preferenza a nessuna di esse; 3) la natura federale dell'Unione rende plausibili, e finanche incentiva, marcate differenze tra i sistemi sanzionatori statali; 4) il controllo di costituzionalità sulla misura della pena deve essere condotto in base a fattori oggettivi; 5) in forza di questi quattro principi, l'Ottavo Em. non richiede stretta proporzionalità tra reato e sanzione, ma vieta solamente le condanne gravemente eccessive, prevedendo un “*narrow proportionality principle*”.

Precisati i fattori rilevanti da tenere in considerazione in ogni analisi di proporzionalità, si procedette ad applicare l'*analytical framework* forgiato in *Harmelin*, effettuando il c.d. *threshold test*, la determinazione iniziale tesa a verificare se vi fosse una manifesta sproporzione tra delitto commesso e sanzione irrogata, necessaria per proseguire, eventualmente, con l'*intra-jurisdictional* e l'*inter-jurisdictional analysis*.

L'attenzione del Giudice O'Connor si concentrò in un primo momento sulla *ratio*, la storia e le finalità perseguite dalla legislazione Californiana, in virtù della quale l'imputato era stato condannato.

Il legislatore della California decise di approvare le *three strikes laws* per affrontare il grave problema dei delinquenti recidivi, “*avendo come obiettivo la categoria di rei che pone la minaccia più grande nei confronti della società: i criminali per professione*”. Così come le altre leggi dei tre colpi, emanate negli stessi anni, la disciplina in esame costituiva “*una scelta politica deliberata che gli individui che si sono dedicati ripetutamente ad una condotta delittuosa grave o violenta, e la cui condotta non è stata dissuasa da approcci più tradizionali alla pena, devono essere isolati dalla società al fine di proteggere la sicurezza pubblica*”.

Conformemente alla tradizionale deferenza rispetto alle politiche criminali statali ed al *penological pluralism* costituzionale, si affermò che scegliere tra le varie, legittime, *sentencing theories* (*incapacitation, deterrence, retribution, rehabilitation*) era un compito esclusivamente politico, da lasciare dunque alle determinazioni dei legislatori e non delle corti.

Seguendo l'orientamento costante della *Supreme Court*, che aveva sempre salvato da censure d'incostituzionalità numerosi *habitual offender statutes*, la *plurality opinion* precisò che “*gli stati hanno un interesse valido nel dissuadere e isolare i delinquenti abituali*”, e che nulla nel disposto dell'Ottavo Em. proibiva al parlamento californiano di uniformarsi a questa prospettiva.

⁵⁷² Un dettagliato esame della *plurality opinion* in BRENNAN J.J., *The Supreme Court's Excessive Deference*, cit., 562-64; PECK R.C., *Ewing v. California*, cit., 201-204; ANDRUS R.H., *Which Crime Is It?*, cit., 286-287; BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 448-50; KIESO D.W., *Unjust Sentencing*, cit., 200-01.

Venne poi evidenziata, facendo riferimento a numerose statistiche emergenti da studi empirici, la assoluta gravità del “fenomeno recidiva” nella realtà californiana e nazionale.

Sul punto si aggiunse che, dalla sua entrata in vigore, la legge aveva cominciato a produrre effetti benefici; ad esempio, dopo quattro anni di vigenza, il tasso di soggetti *on parole* tornati nel circuito penitenziario per la commissione di un nuovo reato era calato del 25%; ancora, numerosi *parolees*, a causa dell'irrigidimento della del trattamento sanzionatorio con la legge del 1994, avevano iniziato a lasciare lo stato.

Concludendo le osservazioni generali sulla normativa californiana, *Justice O'Connor* sottolineò la legittimità e la razionalità dell'interesse statale a proteggere la sicurezza pubblica, anche tramite *sentencing schemes* che, trascurando del tutto la funzione retributiva e rieducativa della pena, fossero finalizzati unicamente alla neutralizzazione dei rei ed all'intimidazione. Inoltre si enfatizzarono i limiti “istituzionali” che impediscono alla Corte Suprema di ingerire in tali valutazioni.

Sul punto si statui: “*Certamente, la legge dei tre colpi californiana ha suscitato numerose controversie. I detrattori hanno messo in dubbio la ragionevolezza, l'efficienza in relazione ai costi, e l'efficacia in relazione agli scopi da perseguire della legge. Questa critica è appropriatamente indirizzata al legislatore, che ha la responsabilità fondamentale per fare le complesse decisioni politiche che stanno alla base di qualunque sentencing scheme. Noi non sediamo qui come un “superlegislatore” che giudica con il senno di poi queste valutazioni politiche. E' sufficiente che lo Stato della California abbia una base ragionevole per ritenere che condanne marcatamente aumentate nei confronti dei recidivi perseguano gli obiettivi del suo sistema di giustizia penale in qualsiasi modo significativo*”⁵⁷³.

Questo passaggio è di particolare rilievo, in quanto presenta una esplicita rimodulazione del test di proporzionalità, in senso ancora più riduttivo, fino a renderlo sostanzialmente coincidente con un *rational basis test*.

Fin tanto che una pena, per quanto severa o sproporzionata rispetto al disvalore del reato commesso possa essere, sia idonea a perseguire in qualsiasi modo una delle finalità della sanzione riconosciute come costituzionalmente legittime – nell'ottica del *penological pluralism* propugnata da *Justice Kennedy* nella *concurring in Harmelin* – essa non viola il divieto di cui all'Ottavo Em (“*when reviewing the length of a sentence under the Eighth Amendment the court will uphold the sentence so long as it furthers a conceivable penological purpose*”⁵⁷⁴).

Una volta accordata ampia deferenza alla opzione sanzionatoria intrapresa dal legislatore californiano, si sviluppò l'analisi della condanna irrogata a *Ewing*⁵⁷⁵.

⁵⁷³ *Ewing v. California*, 538 U.S. 11, at 1189 (2003)

⁵⁷⁴ *DECLUE C.J.*, *Sugarcoating the Eighth Amendment*, cit., 534.

⁵⁷⁵ *BRENNAN J.J.*, *The Supreme Court's Excessive Deference*, cit., 585, critica con fermezza l'approccio del giudice *O'Connor* in questa fase dell'analisi. In particolare viene stigmatizzato il fatto che essa venga condotta interamente dal punto di vista dell'interesse statale, e non da quello dell'individuo, del soggetto condannato, benché il diritto protetto dall'Ottavo Em. sia esclusivamente di natura individuale.

Nell'ambito del primo step, volto a verificare se potesse essere sollevata una inferenza di manifesta sproporzione, si confutò l'assunto difensivo secondo cui la severità della pena dovesse essere raffrontata solo con il delitto di furto di tre mazze da golf.

Ewing – si puntualizzò infatti – era stato condannato per aver commesso un furto di rilevante gravità, dopo che precedentemente era stato riconosciuto responsabile di almeno due reati gravi o violenti.

Si osservò che anche preso singolarmente il *grand theft*, la *triggering offense* commessa dall'imputato, era di una certa rilevanza e non poteva essere assimilato, ad esempio, al delitto commesso da Helm, che si caratterizzava invece per essere “*one of the most passive felonies a person could commit*”.

Nè il fatto che tale reato fosse un c.d. *wobbler*, ossia una *felony* che può essere derubricata a *misdemeanor* a discrezione della corte, lo rende di minore gravità, dal momento che nel caso di specie non si riscontrarono i presupposti in questo senso.

Justice O'Connor – conformandosi al *reasoning* che era stato sviluppato in *Rummel* e discostandosi da quello di *Solem*, in cui la Corte si era focalizzata soprattutto sulla *current offense* – sostenne che nel valutare la gravità del delitto dovesse essere considerata anche la lunga storia di *felony recidivism* di Ewing.

Ogni metodologia d'analisi di proporzionalità costituzionale dimentica di questo dato fondamentale, non sarebbe infatti riuscita ad assicurare il dovuto grado di deferenza alle decisioni politiche, che trovavano espressione nella scelta del legislatore in punto *quantum* di pena.

La *plurality opinion* terminò con un ulteriore riferimento alla razionalità della decisione legislativa, meritevole di rispetto da parte della Corte Suprema, laddove si affermò: “*Certamente, la condanna inflitta a Ewing è di lunga durata. Ma essa riflette una valutazione legislativa razionale, meritevole di deferenza, che i criminali che hanno commesso reati gravi o violenti e che continuano a commettere reati debbono essere neutralizzati*”⁵⁷⁶.

Sulla scorta di tutti questi argomenti – seguendo la metodologia del *gross disproportionality test* – i tre Giudici ritennero che il caso oggetto di giudizio non rientrasse nella ristretta cerchia di situazioni in cui il confronto iniziale tra l'illecito commesso e la sentenza irrogata potesse condurre ad una deduzione di evidente eccessività della pena, da confermare poi con i successivi passaggi dell'analisi comparativa.

Il giudice conservatore Antonin Scalia – nella sua *concurring opinion*, concordando solo nel giudizio e non nel *reasoning* della *plurality opinion* – replicò sostanzialmente le argomentazioni sviluppate dodici anni prima in *Harmelin v. Michigan*⁵⁷⁷.

Aderendo ad una interpretazione “originalista” dell'Ottavo Em., il giudice ripeté che la proibizione costituzionale era riferita ai soli *metodi* di punizione crudeli ed inconsueti, non potendosi desumere

⁵⁷⁶ *Ewing v. California*, 538 U.S. 11, at 1190 (2003)

⁵⁷⁷ Per una disamina delle *concurring opinions* di Scalia e Thomas, si vedano BRENNAN J.J., *The Supreme Court's Excessive Deference*, cit., 564-65; PECK R.C., *Ewing v. California*, cit., 205-206; ANDRUS R.H., *Which Crime Is It?*, cit., 287; BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 450; KIESO D.W., *Unjust Sentencing*, cit., 201.

implicitamente dal dato testuale alcuna protezione contro le condanne eccessive a pena detentiva⁵⁷⁸.

Nonostante il precedente *Solem v. Helm*, nella versione modificata successivamente, avesse elaborato un *narrow proportionality principle*, esso – ad avviso di Scalia – si dimostra inapplicabile nella *judicial review of legislation* da parte delle corti. Il principio di proporzionalità è infatti intrinsecamente legato ad una concezione retributiva della sanzione penale, e perde ogni significato in uno scenario di *penological pluralism*, come quello delineato da Kennedy nella *concurring opinion* di *Harmelin v. Michigan*, in cui le altre teorie della pena possono essere liberamente poste a fondamento delle normative sanzionatorie statali.

La stessa determinazione iniziale di proporzione⁵⁷⁹, il confronto tra gravità del reato e sanzione comminata, non aiuta a risolvere il quesito se il *quantum* di pena irrogata sia giustificato dall'interesse statale alla protezione della sicurezza pubblica, da perseguire tramite la neutralizzazione e l'intimidazione dei delinquenti recidivi. Ciò presupporrebbe – all'interno dell'analisi di proporzionalità – una valutazione circa la ragionevolezza della pena inflitta rispetto al perseguimento delle finalità della legge (in questo caso *incapacitation-deterrence*). E qui emerge l'inapplicabilità di un principio così formulato, che richiederebbe alle corti di impegnarsi in complesse valutazioni di politica criminale, da lasciare interamente alla discrezionalità politica delle assemblee legislative⁵⁸⁰.

Anche l'altro giudice conservatore Thomas, in una breve *concurring opinion*, concordando solo con il giudizio, si allineò alla posizione espressa da Scalia, nella parte in cui si era esclusa categoricamente l'esistenza di un principio di proporzione della pena implicito nella CUPC.

Particolarmente interessanti le opinioni dissenzienti redatte dal giudice Stevens⁵⁸¹ – cui si unirono i giudici Souter, Ginsburg e Breyer – e, soprattutto, dal giudice Breyer⁵⁸² – cui si unirono i giudici Stevens,

⁵⁷⁸ Ricordiamo invece che Scalia riconosce l'applicabilità del *proportionality principle* di cui alla CUPC nei casi riguardanti la pena capitale, facendo leva sulla “*death is different jurisprudence*”.

⁵⁷⁹ Scalia si mostra particolarmente critico del primo step di analisi condotto dalla *plurality opinion*, in cui si afferma, tenuto conto dell'interesse statale perseguito tramite la *three strikes law* e dei numerosi e significativi precedenti dell'imputato, che una pena di venticinque anni di reclusione è proporzionata per il reato di furto di tre mazze da golf.

⁵⁸⁰ Sul punto il giudice italoamericano è in palese disaccordo con la *plurality opinion*. Egli infatti sostiene che i giudici, sviluppando una analisi di proporzionalità sul presupposto che tutte le teorie della pena sono costituzionalmente legittime, dovrebbero cambiare terminologia. Essi dovrebbero dedurre in via interpretativa dall'Ottavo Em. non che tutte le pene devono essere ragionevolmente proporzionate rispetto alla gravità del delitto, ma piuttosto che tutte le pene devono ragionevolmente perseguire i molteplici scopi della pena. E proprio questo profilo renderebbe il compito delle corti impossibile, perché esse si troverebbero non a valutare la legittimità costituzionale di una pena, ma a fare valutazioni di natura politica. Nelle parole di Scalia “*Forse la plurality dovrebbe correggere la sua terminologia, così che quello che legge nell'Ottavo Emendamento non sia la affermazione implicita che tutte le pene dovrebbero essere ragionevolmente proporzionate alla gravità del reato, ma piuttosto l'affermazione inespressa che tutte le sanzioni penali dovrebbero perseguire ragionevolmente i molteplici scopi del diritto penale. Tale formulazione renderebbe più che mai chiaro che la plurality non sta applicando il disposto costituzionale ma facendo valutazioni di natura politica*”. Tali affermazioni si pongono d'altra parte in linea di continuità con l'opinione già espressa dal giudice conservatore dodici anni prima in *Harmelin v. Michigan*, laddove affermò che “*La vera funzione di un principio costituzionale di proporzionalità, se esso esiste, è permettere ai giudici di valutare una pena che un certo insieme di uomini e donne ha ritenuto proporzionata – e dire che essa non lo è. Per quest'impresa nel mondo reale, i criteri sembrano così inadeguati che il principio di proporzionalità diventa un invito all'imposizione di valori soggettivi*”.

⁵⁸¹ Commentano le argomentazioni del giudice Stevens BRENNAN J.J., *The Supreme Court's Excessive Deference*, cit., 565-67; PECK R.C., *Ewing v. California*, cit., 208-12, il quale critica aspramente il *reasoning* della *concurring opinion*; BEALE S.S., *The Story of Ewing*, 450-51.

⁵⁸² Sulla articolata *dissenting opinion* di Breyer si dilungano soprattutto BRENNAN J.J., *The Supreme Court's Excessive*

Souter e Ginsburg.

La *dissenting* di Stevens fu specificamente indirizzata a confutare le argomentazioni delle *concurring opinions* di Scalia e Thomas, ribadendo che il controllo di costituzionalità sulla misura della pena non solo era pienamente applicabile da parte del giudiziario, ma che anzi esso era imposto dalla CUPC.

Riprendendo un argomento che si è visto essere ricorrente, e valorizzando il fresco precedente della Corte Suprema *United States v. Bajakajian*⁵⁸³, ove per la prima volta venne dichiarata incostituzionale una confisca penale (*in personam criminal forfeiture*), per eccessività in violazione dell'*excessive fines clause*, Stevens fece notare che, essendo tutte le tipologie sanzionatorie previste nell'ordinamento statunitense (*death penalty, bail, fines*) sottoposte a *proportionality review*, sarebbe strano escludere da tale controllo la pena detentiva, in assenza di una disposizione costituzionale esplicita in questa direzione. Nè l'assenza di un principio dai contorni precisamente delineati – prosegue l'opinione – impedisce ai giudici di esercitare la loro discrezionalità nel dedurre i limiti esterni che l'Ottavo Em. impone sul *sentencing*⁵⁸⁴.

Prima di terminare, al fine di dimostrare una volta di più l'effettiva praticabilità del controllo di proporzionalità da parte del giudiziario, si fece riferimento all'ampia discrezionalità di cui avevano sempre goduto i giudici statunitensi, almeno fino al momento della diffusione delle *sentencing guidelines* a livello federale e statale, evidenziando come in tale scenario essi avessero fatto ragionevole uso del principio di proporzionalità, inclusivo di tutte le funzioni della pena comunemente accettate.

In conclusione, Stevens, contrapponendosi alle posizioni di Scalia e Thomas, affermò “*Penso che sia chiaro che la proibizione di pene crudeli ed inusuali dell'Ottavo Emendamento esprima un ampio e fondamentale principio di proporzionalità che tiene in conto tutte le giustificazioni per le sanzioni penali. E' questo ampio principio di proporzionalità che vieterebbe di fare affidamento su alcuna delle giustificazioni della pena per supportare, ad esempio, una condanna all'ergastolo per overtime parking*”⁵⁸⁵.

Ma l'opinione dissenziente più articolata, meritevole di essere analizzata approfonditamente, è quella redatta da Justice Breyer, giudice *liberal*, secondo il quale, anche applicando il “ristretto” metodo d'analisi impiegato nella *plurality opinion*⁵⁸⁶ (*gross disproportionality test*), la pena irrogata a Ewing

Deference, cit., 567-68; PECK R.C., *Ewing v. California*, cit., 206-208; BEALE SS., *The Story of Ewing*, cit., 450.

⁵⁸³ 524 U.S. 321 (1998). In dottrina si veda il commento di LEE Y., *Excessive Fines Clause, Proportionality in Sentencing, United States v. Bajakajian*, in *Harv. L. Rev.*, 1998, 112 ss.; v. FRASE R.S.-SULLIVAN E.T., *Proportionality principles*, cit., 150-51.

⁵⁸⁴ Per dare supporto al suo argomentare, Stevens fa riferimento al controllo di proporzionalità *case by case* svolto dalla Corte Suprema in base alla *due process clause* sui risarcimenti per danni punitivi eccessivi e nel contesto del *right to a speedy trial* previsto dal Sesto Em.

⁵⁸⁵ *Ewing v. California*, 538 U.S. 11, at 1193 (2003)

⁵⁸⁶ Interessanti sul punto le considerazioni nella nota 1 alla *dissenting opinion* del giudice Stevens, il quale, pur condividendo con il giudice Breyer la conclusione circa la sproporzione incostituzionale della condanna di Ewing anche sotto il *gross disproportionality test* della *concurring opinion* in *Harmelin v. Michigan*, si domanda se non sia più opportuno impiegare la metodologia d'analisi originariamente messa a punto in *Solem v. Helm*, che riguardava un *habitual offenders statute*, come il caso di Ewing.

sarebbe stata da ritenere costituzionalmente illegittima, in quanto evidentemente eccessiva⁵⁸⁷.

In primo luogo venne considerato il c.d. *threshold test*, raffrontando la gravità del delitto con la severità della sanzione comminata.

In questa fase, Breyer tenne in considerazione principalmente tre fattori.

Paragonando i fatti di causa con quelli delle *non-capital proportionality landmark decisions* inerenti a recidivi, *Rummel v. Estelle* e *Solem v. Helm*, vennero messi a fuoco i profili rilevanti da valutare: 1) la “durata reale” della pena detentiva, ossia la pena che con ogni probabilità sarebbe stata espiata dal reo; 2) la *triggering offense* che innescava l'inasprimento sanzionatorio; 3) i precedenti penali del reo. Il primo fattore era stato determinante nel condurre la Corte ad esiti antitetici nei due casi sopracitati⁵⁸⁸.

Relativamente alla vicenda di Ewing, il delitto attuale ed i precedenti penali non si mostravano particolarmente differenti rispetto a quelli dei due casi degli anni ottanta, mentre “*the length of prison term in real time*”, il primo profilo, si collocava in una sorta di “zona grigia” tra i due.

Nell'analisi contenutistico-sostanziale della gravità del delitto, Breyer, a differenza del giudice O'Connor, si focalizzò soprattutto sul reato di *shoplifting*. Alla luce dei criteri identificati in *Solem* (lesione dell'interesse pubblico protetto/*harm*; danno cagionato/*magnitude of the crime*; colpevolezza/*culpability*) – ad avviso dei *dissenters* – la *triggering offense* doveva essere collocata “ben verso il fondo della scala delle condotte delittuose” (*well toward the bottom of the criminal conduct scale*). Né poteva attribuirsi un ruolo decisivo al lungo *criminal record* dell'imputato, dato che l'analisi deve indirizzarsi “*on the offense that triggers the life sentence*”.

Breyer, al fine di sostenere tale assunto, fece riferimento ad alcuni precedenti, tra cui *Solem*, in cui si affermava che lo *status* di recidivo aveva sì un ruolo rilevante, ma non necessariamente determinate per l'esito della *proportionality review*.

L'ultimo tassello, per completare il *puzzle* necessario a dedurre una manifesta sproporzione tra delitto e sanzione, e così superare lo step iniziale, venne rinvenuto nelle *United States Sentencing Commission Guidelines*, delle quali proprio il giudice Breyer fu uno dei principali ideatori. Sul punto si osservò che, non prevedendo le linee guida alcun innalzamento sanzionatorio di tale entità per *recidivist offenders* per reati contro il patrimonio, ma solo per delitti violenti o in materia di stupefacenti, gran parte dei giudici

⁵⁸⁷ Da notare che il giudice Breyer, per attirare l'attenzione e rimarcare il suo fermo disaccordo rispetto al giudizio della Corte, lesse – in maniera insolita – parte della sua opinione dissenziente a voce alta dal banco dei giudici. Cfr. BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 450; GREENBURG J.C., *Court upholds 3-strikes sentencing*, disponibile all'indirizzo http://articles.chicagotribune.com/2003-03-06/news/0303060255_1_three-strikes-law-sentences-unusual-punishment (ultimo accesso 28 maggio 2015). Interessanti considerazioni in riferimento a tale peculiare forma di dissenso, c.d. “*dissent from the bench*”, vengono sviluppate da CASSESE S., *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, 3 del dattiloscritto, disponibile all'indirizzo http://www.cortecostituzionale.it/-documenti/convegni_seminari/Opinione_dissenziente_Cassese.pdf (ultimo accesso 20 giugno 2015). L'Illustre A. evidenzia come questa tipologia di dissenso costituisca un vero e proprio “atto di teatro”, utilizzato dai giudici supremi raramente per fare capire che la maggioranza non solo ha fatto un errore, ma ha sbagliato profondamente. Come è stato precisato dalla dottrina statunitense, un vero e proprio atto di “*demosprudence*”, ovvero un modo con il quale i giudici intendono influenzare fortemente l'opinione pubblica.

⁵⁸⁸ Si ricordi che mentre Rummel sarebbe divenuto *eligible for parole* in un lasso di tempo tra i dieci ed i dodici anni, la condanna all'ergastolo inflitta a Helm era effettiva, data la particolare rigidità del sistema penitenziario del South Dakota.

avrebbero con buona probabilità ritenuto la pena del caso di specie eccessiva.

In forza di tali argomentazioni, si ritenne che la condanna inflitta a Ewing fosse *grossly disproportionate* rispetto al reato ed in grado di superare il *threshold test*, e che pertanto dovesse procedersi all'analisi su "scala relativa", al fine di confermare tale esito.

Concentrandosi *in primis* sull'*intra-jurisdictional analysis*, Breyer esaminò il sistema sanzionatorio californiano, notando che, a partire da dopo la seconda guerra mondiale fino a prima dell'entrata in vigore della legge dei tre colpi nel 1994, un delinquente recidivo nella medesima posizione di Ewing non avrebbe mai potuto subire una condanna più lunga di dieci anni di reclusione.

Ancora, un *quantum* afflittivo così elevato veniva riservato solamente agli autori dei delitti più gravi, come i *first degree murderers*, e questi, nel 90% dei casi, pativano sanzioni di durata inferiore a vent'anni di detenzione.

Volgendo poi lo sguardo a livello federale, in base alle *Federal Sentencing Guidelines*, un *repeat felon* identico a Ewing sarebbe stato punito al massimo con una sanzione detentiva di diciotto mesi.

In trentatré giurisdizioni statali un imputato recidivo analogo al *petitioner* poteva essere punito con un massimo di dieci anni, e solo in nove stati erano irrogabili pene eguali o superiori a venticinque anni.

Ad avviso di Breyer, le emergenze della analisi comparativa non facevano che confermare in maniera chiara la *unconstitutional gross disproportionality* della pena sofferta da Ewing.

Ma il giudice supremo, nonostante l'esito della *proportionality review* fosse già evidente ai suoi occhi, ritenne necessario impegnarsi in un ultimo sforzo, teso a valutare se il fondamento razionale, in riferimento alle finalità di deterrenza e neutralizzazione perseguite dalla normativa californiana, fosse in grado di giustificare in qualche modo l'estrema durezza della condanna dell'imputato, come aveva ritenuto la *plurality opinion*.

Breyer pervenne ad una risposta negativa.

In primo luogo, non erano tali da giustificare una pena così severa i c.d. *administrative grounds* su cui si fondava la disciplina californiana sulla recidiva⁵⁸⁹.

La stessa distinzione tra *felonies* e *misdemeanors*, all'apparenza netta, veniva messa in discussione da una serie di anomalie e profili di irragionevolezza che caratterizzavano la prassi applicativa.

La presenza della succitata categoria di reati, c.d. *wobblers* (lett. oscillanti), veniva a fare dipendere la qualificazione di un dato reato come *felony* o come *misdemeanor* non dalla gravità del delitto, ma dalle caratteristiche del reo, come la prognosi positiva sulle prospettive di rieducazione, che poteva essere compromessa dalla reclusione in una prigione statale come *felon*.

Il più grave profilo di anomalia della legge riguardava l'ordine nella commissione dei vari reati. Breyer fece infatti notare che la pena poteva variare enormemente, senza alcuna ragione logica, innescandosi o

⁵⁸⁹ *Ewing v. California*, 538 U.S. 11, at 1200 (2003) "The statute's administrative objective would seem to be one of separating more serious, from less serious, triggering criminal conduct. Yet the statute does not do that job particularly well".

meno il terzo *strike*, a seconda dell'ordine con cui venivano commessi i diversi delitti.

Mentre il soggetto che compiva come primo reato un *wobbler* (si fa l'esempio del furto di pollame del valore superiore a 100 \$) e susseguentemente due delitti gravi o violenti, non sarebbe mai stato punito con la pena da venticinque anni all'ergastolo, dal momento che il suo primo delitto sarebbe stato qualificato certamente come *misdemeanor*, al contrario, il soggetto che avesse commesso gli stessi delitti in un ordine diverso (prima i due delitti gravi o violenti e poi, per terzo, il furto di pollame) sarebbe stato colpito dalla scure del terzo colpo⁵⁹⁰.

Un ulteriore aspetto d'irrazionalità della disciplina, sottolineato da Breyer, atteneva al c.d. *petty theft with a prior statute*⁵⁹¹. Se infatti il reo avesse commesso un *petty theft*, e nel suo *criminal record* fossero state presenti *property offenses*, esso poteva essere qualificato come *felony*, innescando il terzo *strike*. Al contrario, se vi fossero state precedenti condanne per delitti gravi o violenti, ma non contro il patrimonio, il suo *petty theft* sarebbe rimasto un *misdemeanor*.

Infine, dopo avere illustrato alcuni dei difetti e delle incongruenze della normativa, venne messo in luce come lo stesso scopo della riforma, ossia neutralizzare i criminali recidivi autori di reati gravi o violenti, non avesse nulla a che vedere con i delitti contro il patrimonio; né la sanzione sofferta dall'imputato si poteva giustificare in chiave di retribuzione, *deterrence* o *rehabilitation*.

Sulla scorta di tutte queste argomentazioni, Breyer concluse che lo Stato della California non poteva individuare nessuno “*speciale bisogno*”, correlato al sistema di giustizia penale, sufficiente a salvare una condanna, come quella di Ewing, che una lunga serie di altri indici rivelavano essere costituzionalmente illegittima, perché gravemente sproporzionata rispetto al reato.

Ancora una volta, sette dei nove giudici supremi riconobbero dunque che l'Ottavo Em. imponesse un qualche vincolo di proporzionalità (quantomeno un divieto di grave sproporzione) ai legislatori, senza tuttavia essere in grado di definirne con precisione portata e limiti, e finendo – almeno per quanto riguarda la *plurality opinion* del giudice O'Connor⁵⁹² – per lasciare il potere statale di determinare il *quantum* della risposta sanzionatoria sostanzialmente incontrollato e libero da ogni restrizione, in spregio al dettato costituzionale.

⁵⁹⁰ Nella letteratura italiana evidenzia questo profilo di irragionevolezza, che viola ogni tipo di principio di proporzionalità della pena in relazione alla colpevolezza, distribuendo le sanzioni in maniera del tutto casuale, DELLA BELLA A., *Three Strikes and You're Out*, cit., 848-849.

⁵⁹¹ *California Penal Code* § 666. Tale disposizione consente di considerare un *petty theft* come *felony* qualora il reo abbia già commesso precedentemente altre *property offenses*.

⁵⁹² Esprime un giudizio negativo sulla *plurality opinion*, in base a considerazioni svolte in ottica comparatistica, GERTNER N., *Miller v. Alabama: What It Is*, cit., 1046, ad avviso della quale “*L'approccio interpretativo della plurality in Ewing, su un piano generale, è in contraddizione con quello delle corti di common law in tutto il mondo. L'analisi di proporzionalità è una tipica metodologia giudiziale, fondamentale nell'affrontare questioni relative alla sanzione penale. Sebbene il suo significato muti nei differenti contesti, essa costituisce l'attualità dell'analisi costituzionale per le alte corti dei paesi di common law, e anche la lingua franca nel sentencing ordinario*”.

2.3.6.3 *Lockyer v. Andrade*

Per comodità espositiva, si procederà ora a dar conto brevemente del “*companion case*” *Lockyer v. Andrade*, deciso dalla Corte Suprema lo stesso giorno di *Ewing v. California* (5 Marzo 2003), sempre relativo ad un'applicazione della legge dei tre colpi, anche in questo caso ritenuta conforme a costituzione⁵⁹³.

In chiusura si discuterà il significato che questi due arresti hanno avuto nel contesto generale della *non-capital proportionality litigation*, come sono stati recepiti negli sviluppi successivi nei giudizi delle *lower courts* ed infine, collegandosi alla sezione successiva del lavoro, dedicata alle elaborazioni dottrinali, le reazioni degli studiosi – in genere fortemente negative – a queste prese di posizione della Corte.

Del tutto peculiare il contesto procedurale del caso in esame⁵⁹⁴, riguardante i limiti della *Federal Habeas Corpus Relief*⁵⁹⁵, in conformità all'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, Pub. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214* (c.d. AEDPA)⁵⁹⁶.

In forza di tale normativa federale, in particolare al 28 U.S.C.A. § 2254 (d)(1), che ebbe un impatto devastante sul sistema di protezione dell'*Habeas Corpus* statunitense, restringendolo significativamente⁵⁹⁷, una corte federale poteva concedere il rimedio solo nel caso in cui l'applicazione della legge al caso nella decisione della corte statale fosse stata “contraria a, o avesse coinvolto una applicazione irragionevole di, Legge Federale chiaramente stabilita” (“*contrary to, or involved an unreasonable application of, clearly established Federal Law*”).

In *Lockyer v. Andrade*, una Corte Suprema nuovamente spaccata 5-4, statui che la sentenza della corte d'appello statale californiana, che confermava la legittimità costituzionale di una pena di minimo cinquanta anni di reclusione (*two consecutive prison terms of 25 years to life*), inflitta a Leandro Andrade per avere commesso due *petty thefts* di nove videocassette, per un valore complessivo di 150 \$ circa, qualificate come *felonies* in forza della *three strikes law*, non costituisse violazione, o applicazione irragionevole, di Legge Federale chiaramente stabilita dalla Corte Suprema⁵⁹⁸⁵⁹⁹.

⁵⁹³ Diffusamente, sulla decisione in esame, v. la nota fortemente critica di CHEMERINSKY E., *Cruel and Unusual*, cit., 1 ss.; nello stesso senso DONHAM J.M., *Third Strike or Merely a Foul Tip: the Gross Disproportionality of Lockyer v. Andrade*, in *Akron L. Rev.*, 2005, 369 ss.; in senso adesivo, invece, v. HORND., *Lockyer v. Andrade: California Three Strikes Law Survives Challenge Based on Federal Law That Is Anything but Clearly Established*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2004, 687 ss.

⁵⁹⁴ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 141, evidenziano come la decisione relativa all'eccessività della condanna in forza dell'Ottavo Em. sia stata “confusa” dal contesto procedurale peculiare.

⁵⁹⁵ U.S. Const. art. I, § 9, cl. 2 “*the Privilege of Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the Public Safety may require it*”.

⁵⁹⁶ Per approfondimenti sul punto, ed in particolare sulla riforma del 1996, si rinvia a HORND., *Lockyer v. Andrade*, cit., 697-702, 720-21 e letteratura ivi citata; per profili storici sull'origine dell'importante istituto e sull'impatto della riforma del 1996, v. anche l'esauriente quadro di sintesi di DOYLE C., *Federal Habeas Corpus: a Brief Legal Overview*, in *CRS Report for Congress*, April 26, 2006, 1 ss., disponibile all'indirizzo <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33391.pdf> (ultimo accesso 2 giugno 2015).

⁵⁹⁷ CHEMERINSKY E., *Cruel and Unusual*, cit., 22

⁵⁹⁸ Si noti che il caso giunse alla *Supreme Court* poiché, dopo che la *Federal District Court* confermò la decisione della corte d'appello statale, non riscontrando i succitati requisiti per concedere il *Federal Habeas Corpus Relief* (contrasto con, o irragionevole applicazione di, Legge Federale chiaramente stabilita), la *Court of Appeals* del nono circuito ribaltò tale sentenza, ritenendo che vi fosse stata una irragionevole applicazione della legge federale, in particolare dei principi stabiliti in *Rummel*,

Occorre in primo luogo ricordare il contesto fattuale della vicenda ed il quadro normativo di riferimento, per poi passare all'analisi della *majority opinion* e della *dissenting opinion*.

Leandro Andrade – reduce che aveva servito l'Esercito per nove anni e padre di tre figli – il quattro Novembre del 1995 rubò cinque videocassette per bambini dal *K-Mart Store* di Ontario, California, per un valore complessivo di 84.70 \$. Fu arrestato ed incriminato per *shoplifting*.

Due settimane dopo, il diciotto Novembre 1995, Andrade si recò in un altro *K-Mart Store*, sito a Montclair, California. Fu nuovamente colto in flagranza di reato, mentre si impossessava di quattro videocassette, del valore di 68.84 \$.

Entrambi gli illeciti commessi erano qualificabili, sotto la normativa californiana, come *petty theft*⁶⁰⁰, *misdemeanor* punibile, alternativamente o congiuntamente, con una ammenda e una pena detentiva di sei mesi o inferiore, da eseguirsi in un penitenziario locale (*jail*)⁶⁰¹.

Tuttavia – come osservato in precedenza – la legislazione prevedeva la figura del c.d. *petty theft with a prior*. Un furto di scarsa gravità (*petty*), se commesso da un soggetto resosi già autore di *property offenses*, doveva automaticamente essere qualificato come *felony*⁶⁰². Andrade, a partire dal 1982, anche a causa della sua grave tossicodipendenza, si era reso responsabile di numerosi reati bagatellari⁶⁰³, per i quali era stato condannato a vari *prison/jail terms* (*misdemeanor theft* nel 1982; tre delitti di *first degree residential burglary* nel 1982; *transportation of marijuana* nel 1988; *misdemeanor theft* nel 1990; nuovamente *transportation of marijuana* nel 1990 ed infine *state-parole violation escape from federal prison* nel 1991).

I due *petty thefts* commessi nel 1995 vennero dunque qualificati dal *prosecutor* come *felonies*⁶⁰⁴, in virtù del precedente *misdemeanor theft* del 1990, e la *trial court* non ritenne di derubricarli a *misdemeanors*, sebbene ciò rientrasse nelle sue facoltà discrezionali.

La giuria ritenne Andrade responsabile di due *petty theft with a prior conviction*, individuando poi nel *criminal record* dell'imputato i due precedenti delitti gravi o violenti (*strikes*), per rendere applicabile l'automatismo sanzionatorio della *three strikes law*.

In particolare, conformemente alla disciplina della legge dei tre colpi, la *first degree residential burglary* costituiva un delitto grave (*serious*); Andrade era stato condannato per questo illecito, sotto tre diversi

Solem e Harmelin, e che la *California Court of Appeals* avesse errato nell'ignorare l'*holding* di *Solem*, applicando in maniera irragionevole “*clearly established Supreme Court Law*”.

⁵⁹⁹ La *California Court of Appeal*, nel confermare la condanna patita da Andrade, affermò che l'analisi di proporzionalità della pena così come formulata in *Solem* era discutibile alla luce della pronuncia in *Harmelin*. In seguito, applicando i principi sanciti in *Rummel*, ove una condanna all'ergastolo con possibilità di *parole* dopo 10-12 anni era stata ritenuta costituzionalmente legittima e non “gravemente eccessiva” in relazione ai tre reati (*triggering offense* e due reati precedenti) che l'avevano innescata, e confrontando i fatti delle due cause, pervenne alla conclusione che la pena da cinquanta anni all'ergastolo comminata non fosse così sproporzionata da costituire una pena crudele ed inconsueta. Cfr. HORN D., *Lockyer v. Andrade*, cit., 705.

⁶⁰⁰ *California Penal Code* § 488

⁶⁰¹ *Id.* § 490

⁶⁰² *Id.* § 666

⁶⁰³ *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63, at 1170-71

⁶⁰⁴ *California Penal Code* § 666

capi d'accusa, nel 1983, dodici anni prima⁶⁰⁵. Conseguentemente, le due condanne per furto innescarono due applicazioni separate della *three strikes law*, e Andrade fu condannato a due *consecutive terms of 25 years to life in prison*.

Dunque si trattò tecnicamente di una “*indeterminate life sentence with no possibility of parole for fifty years*”⁶⁰⁶. Considerata l'età, l'imputato, trentaseienne al momento della condanna nel 1996, sarebbe stato teoricamente idoneo ad essere rilasciato *on parole* solo nel 2046, ad ottantasette anni⁶⁰⁷.

Ciò rendeva all'evidenza la sentenza in esame virtualmente assimilabile ad una *LWOP sentence*⁶⁰⁸, aprendo più di uno spiraglio riguardo alla possibilità di riscontrare una eccessività incostituzionale in violazione della CUPC, soprattutto in virtù dell'importante precedente *Solem v. Helm*, laddove proprio l'assenza di *parole* era stata ritenuta particolarmente rilevante e tale da distinguere il caso rispetto a *Rummel*, determinandone di fatto l'esito opposto.

Anche paragonando i fatti della vicenda di Andrade, con quelli sopra descritti di *Ewing v. California* – si osserva in letteratura⁶⁰⁹ – il margine per accertare la grave sproporzione della sanzione irrogata era molto più ampio nel caso in esame.

Infatti, in primo luogo, la condanna a cinquant'anni minimo di reclusione era il doppio di quella inflitta a Ewing; secondariamente i reati commessi erano di minore disvalore (furto di nove videocassette dal valore di 150 \$ ca. – qualificate come *felonies* solo in forza delle precedenti *property offenses* vs. furto di tre mazze da golf dal valore di 1.200 \$ ca., *grand theft*); ancora, il *criminal record* di Bill Andrade era nettamente meno grave, non contenendo, a differenza di quello di Ewing, alcuna condanna per delitti di natura violenta o che comunque avessero implicato l'uso di un'arma; infine, tanto la *triggering offense* quanto i precedenti delitti contro il patrimonio, erano stati perpetrati da Andrade per comprare eroina, a causa della sua tossicodipendenza.

Nonostante queste significative caratteristiche, che sembravano potere orientare la decisione della Corte verso una declaratoria di illegittimità costituzionale, ancora una volta non si pervenne a tale auspicabile esito, anche a causa della complessa cornice procedurale.

L'opinione della Corte venne redatta dal giudice O'Connor, cui si unirono il *Chief Justice* Rehnquist ed i giudici Scalia, Kennedy e Thomas.

La Corte, più che focalizzarsi sul merito “sostanziale” dell'*eighth amendment proportionality claim* del

⁶⁰⁵ Evidenzia questo aspetto nel caso di Andrade, in relazione alla particolare durezza della normativa californiana, che non prevede il c.d. *washout period*, CHEMERINSKY E., *Cruel and Unusual*, cit., 6.

⁶⁰⁶ Per un chiarimento sul concetto di “*effective life sentences*”, cfr. da ultimo l'indagine di SHEKETTOFF J.F., *State Innovations*, cit., 2228-30.

⁶⁰⁷ CHEMERINSKY E., *Cruel and Unusual*, cit., 3, il quale opportunamente sottolinea che il caso di Andrade, da lui assistito e rappresentato dinnanzi alla *Supreme Court*, non era isolato nel sistema californiano, dal momento che, a far data 2003, ben 344 individui stavano scontando condanne a venticinque anni o più per “*petty theft with a prior*” in forza della disciplina sulla recidiva entrata in vigore nel 1994.

⁶⁰⁸ CHEMERINSKY E., *Cruel and Unusual*, cit., 24, secondo cui “*Realistically, an indeterminate life sentence with no possibility of parole for fifty years is the same as a life sentence with no chance of parole*”.

⁶⁰⁹ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 141.

ricorrente, ritenne opportuno indirizzare la sua attenzione alla decisione della *Court of Appeals* del 9th *Circuit*, la quale aveva ritenuto che la decisione della *California Court of Appeal*, negando il *writ of Habeas Corpus* ad Andrade, fosse stata “contraria a, o avesse coinvolto una applicazione irragionevole di, Legge Federale chiaramente stabilita”, in conformità al 28 U.S.C.A. § 2254 (d)(1).

In sostanza, il giudice O'Connor si dedicò a valutare la decisione della corte statale, alla luce del nuovo *standard of review* previsto dall'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* in materia di *Federal Habeas Corpus Relief*, concludendo che tale decisione non avesse costituito una applicazione contraria o irragionevole di Legge Federale chiaramente stabilita, e che quindi la sentenza di segno contrario della *Court of Appeals* del 9th *Circuit* dovesse essere *overruled*.

A tale scopo, la Corte si sforzò di individuare i precedenti rilevanti nella giurisprudenza della Corte Suprema (la “*clearly established Federal law, as determined by the Supreme Court of the United States*”), ove fosse stata elaborata la legge da applicare ai c.d. *prison duration cases*, come quello di Andrade.

Questo passaggio della *majority opinion* può forse essere ritenuto – in assoluto, considerando l'intera giurisprudenza sulla *proportionality doctrine* – quello da cui emerge con maggiore chiarezza l'imbarazzo avvertito dalla stessa Corte Suprema nel descrivere lo stato – quantomeno contraddittorio, per non dire del tutto impossibile da riportare a coerenza – della sua elaborazione in materia di proporzionalità costituzionale delle pene detentive.

Dopo avere precisato che la “*clearly established law*” dovesse essere riferita agli *holdings*, e non ai *dicta* delle decisioni della Corte Suprema, Justice O'Connor passò ad esaminare i principi elaborati *in subiecta materia*.

L'opinione riconosce *in primis* che “*our precedents in this area have not been a model of clarity. Indeed, in determining whether a particular sentence for a term of years can violate the Eighth Amendment, we have not established a clear or consistent path for courts to follow*”⁶¹⁰.

Benché lo sviluppo dell'*eighth amendment law* in questo settore sia stato a dire poco tormentato – prosegue l'opinione della Corte – un principio giuridico emerge come “*clearly established*”, conformemente al 28 U.S.C.A. § 2254 (d)(1): un principio di “grave sproporzione” è applicabile alle condanne a pena detentiva.

Alla luce di tutte le indecisioni, i contrasti e i mutamenti di posizione della Corte riguardo a tale *gross disproportionality principle* ed alla metodologia d'analisi impiegata per applicarlo, gli unici corollari, che possono essergli affiancati, nello stabilire lo standard “*contrary to*” o “*unreasonable application of*”, sono che esso è applicabile solo in casi “estremamente rari” (*exceedingly rare*) ed “estremi” (*extreme*).

Una volta definita la “*clearly established Federal Law*”, rilevante per il caso di specie, l'attenzione si spostò sulla definizione della “applicazione contraria” ad essa da parte della corte d'appello statale

⁶¹⁰ *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63, at 1173

californiana.

Il giudice O'Connor precisò che la decisione della corte statale dovesse ritenersi “contraria al *precedent* federale” – e dunque tale da legittimare la *Federal Habeas Corpus Relief* – solo qualora fosse stata applicata una “*legal rule*” confliggente con quella stabilita nel “*governing precedent*” della *Supreme Court*, o nel caso in cui la corte statale fosse pervenuta ad una decisione diversa rispetto a quella della Corte Suprema, in presenza di “*indistinguishable facts*”. Questi requisiti, ad avviso della maggioranza dei giudici supremi, non erano stati integrati dalla decisione della corte d'appello californiana che non aveva ritenuto *cruel and unusual*, per la sua eccessività rispetto al reato, la condanna a cinquanta anni minimo di reclusione patita da Andrade.

I fatti della vicenda Andrade, pur presentando tratti di somiglianza sia con *Rummel* che con *Solem*, erano *distinguishable* da entrambi.

Dal momento che entrambi gli *holdings* dei due casi continuavano ad essere “*good law*” (si ricordi che *Solem* non dispose l'*overruling* di *Rummel*), la corte statale poteva legittimamente scegliere quale fosse il *controlling precedent* rispetto al caso oggetto di giudizio, senza incorrere in una violazione di “*clearly established Federal Law*”.

Pertanto, la scelta di applicare il precedente di *Rummel* della corte statale, al fine di negare che la sentenza irrogata ad Andrade fosse incostituzionalmente sproporzionata in violazione dell'Ottavo Em. – agli occhi della maggioranza – non costituiva una decisione contraria alla legge federale chiaramente stabilita dalla Corte Suprema.

Per quanto attiene al secondo profilo, relativo alla “*unreasonable application of a precedential rule to a new factual situation*”, esso era stato male interpretato dalla *Court of Appeals* del 9th *Circuit*, che, nel concedere l'*Habeas Corpus Relief* ad Andrade, aveva ritenuto che la corte d'appello statale avesse “errato chiaramente” (*clear error standard*). Lo standard di giudizio corretto, in base alla disposizione dell'AEDPA, che aveva riformato la disciplina del *Federal Habeas Corpus*, era – ad avviso della Corte Suprema – quello che valutava l'applicazione della legge da parte della corte statale come “*objectively unreasonable*” (“oggettivamente irragionevole”) rispetto alla *Federal Law*, così come interpretata dalla Corte Suprema.

Solo lo standard di giudizio dell'applicazione “oggettivamente irragionevole” – e non quello del “*clear error*”, erroneamente applicato dalla *Court of Appeals* del 9th *Circuit* – riesce ad accordare la dovuta deferenza alla decisione della corte statale, in accordo con lo spirito della riforma del 1996, la quale ha riconosciuto alle corti statali il ruolo di co-interpreti paritari del diritto costituzionale federale ed ha inteso impedire che le corti federali venissero letteralmente inondate di *Habeas Corpus Petitions* provenienti dagli stati.

Alla luce di tutte queste considerazioni, precipuamente inerenti alla interpretazione dello *standard of review* che le corti federali devono adottare per decidere se concedere la *Federal Habeas Corpus Relief*

sotto la disciplina dell'AEDPA, la Corte Suprema concluse che la decisione della corte d'appello californiana, nel negare che la condanna di Andrade fosse *unconstitutionally grossly disproportionate*, non avesse soddisfatto tali stringenti requisiti (contrarietà a/irragionevole applicazione di *clearly established Federal Law*), e che quindi la sentenza del Nono Circuito, avendo ritenuto il contrario e concesso il *Writ of Habeas Corpus*, dovesse essere *overruled*.

Per approdare a tale esito, in particolare, *Justice O'Connor* mise in luce che il “*governing legal principle*”, emergente dai precedenti della Corte Suprema in materia di *non-capital proportionality review*, avesse i contorni poco definiti, e che la “costante” fosse comunque quella di concedere ai legislatori statali un vastissimo potere discrezionale nello stabilire pene all'interno dei limiti di legittimità, segnati dal principio di proporzione di cui alla CUPC.

Sulla scorta di queste premesse, la Corte Suprema ebbe buon gioco a terminare statuendo che la pronuncia della corte d'appello californiana, con cui venne confermata la costituzionalità della sanzione sofferta dall'imputato, non costituisse una violazione secondo i parametri dettati dal 28 U.S.C.A. § 2254 (d)(1), e che, di conseguenza, la decisione del Nono Circuito, di segno contrario, dovesse essere capovolta⁶¹¹.

Una veemente *dissenting opinion* fu redatta dal giudice Souter, alla quale si unirono i giudici Breyer, Ginsburg e Stevens⁶¹².

Due furono le principali argomentazioni sviluppate dai *dissenters* per sostenere l'irragionevolezza della pronuncia della corte statale, in modo tale da giustificare l'*habeas relief* per Andrade, riscontrando poi la grave sproporzione (incostituzionale) della pena patita dal *petitioner*.

In primo luogo, si evidenziò come la corte statale avesse errato nel non considerare *Solem* – ultimo *proportionality case* deciso dalla Corte Suprema in relazione ad un *recidivist statutes* – come *controlling case*.

La corte californiana avrebbe dovuto orientarsi in questa direzione – ad avviso dei dissenzienti – per molteplici ed evidenti ragioni.

Innanzitutto, in *Solem* (a differenza che in *Rummel*) venne coniato per la prima volta uno standard, il quanto più possibile oggettivo, per applicare il *proportionality principle* di cui alla CUPC.

In secondo luogo, i fatti della vicenda di Andrade presentavano grande affinità con quelli di *Solem*, dal momento che, in entrambi casi, nessuna delle *felonies*, né la *triggering offense*, né alcuno dei delitti che costituivano il *criminal record* degli imputati, era caratterizzata da *violent nature*.

Infine – e ciò costituisce forse l'aspetto di maggiore rilievo nell'analisi di *Justice Souter*, fulcro del disaccordo con la maggioranza – la condanna ad una pena detentiva minima di cinquanta anni comminata ad Andrade, con possibilità di *parole* dal 2046, quando l'imputato avrebbe avuto ottantasette

⁶¹¹ *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63, at 1175-76

⁶¹² Analizzano dettagliatamente il parere difforme HORN D., *Lockyer v. Andrade*, cit., 709-10; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 141.

anni di età, era molto più simile alla *mandatory life without parole sentence* “effettiva” inflitta a Jerry Helm, che precludeva del tutto ogni speranza di rimesione in libertà (se non tramite un atto di *executive clemence* del Governatore statale), rispetto alla condanna sofferta da William Rummel, il quale, in virtù delle caratteristiche del sistema penitenziario Texano, avrebbe potuto usufruire della libertà condizionale dopo 10-12 anni di espiazione.

Agli occhi dei dissenzienti – logicamente – non poteva essere condivisa la prospettiva della *majority opinion*, secondo cui la mera “teorica possibilità” di *parole* per Bill Andrade, una volta scontati i cinquanta anni di pena, faceva diventare più accostabile il suo caso a *Rummel* che non a *Solem*, rendendo inapplicabile il divieto costituzionale di pene gravemente eccessive.

Il giudice Souter trovò poi il modo di sostenere anche da un'ulteriore e diversa prospettiva che la decisione statale avesse implicato un'irragionevole applicazione di “*clearly established Federal Law*” e che la sanzione irrogata ad Andrade fosse costituzionalmente illegittima in quanto gravemente eccessiva. A tal fine, Souter pose in primo piano il principale interesse perseguito dal legislatore californiano tramite l'emanazione della legge dei tre colpi, ossia l'eliminazione del pericolo provocato alla società civile dai *career criminals*, attraverso lunghissimi periodi di carcerazione (*25 years to life*), e la *sentencing theory* fondante tale prospettiva, l'*incapacitation* (neutralizzazione).

Partendo da questa duplice premessa, si passò ad esaminare la sanzione del caso oggetto di giudizio, che era costituita da due *consecutive prison terms*. Souter precisò che avrebbe considerato il *constitutional challenge* come riferito soltanto al secondo *prison term*.

Si proseguì ad argomentare che, pur tenendo nella dovuta considerazione la funzione di neutralizzazione della pena, quale fondamento della disciplina sulla recidiva californiana, ed accordando la giusta deferenza al legittimo interesse statale di proteggere il consorzio civile dalla grave minaccia costituita dai soggetti plurirecidivi, la seconda condanna *25 years to life* subita da Andrade non poteva essere in alcun modo giustificata dal secondo *petty theft* posto in essere dal reo, a distanza di due settimane dal primo episodio.

Justice Souter, sviluppando concetti attinenti alla proporzionalità dei mezzi (*means-proportionality*)⁶¹³, che noi forse definiremmo *necessarietà*, rimarcò il fatto che il parlamento californiano avesse optato per una pena da venticinque anni all'ergastolo (minimo venticinque anni di reclusione prima di divenire *eligible for parole*), al fine di perseguire il suo obiettivo di neutralizzare i *repeat felons*, e che una pena raddoppiata a causa di un secondo reato lieve si palesava come manifestamente irragionevole ed eccessiva.

Nell'opinione dei *dissenters* era del tutto irrazionale ritenere che il reo potesse “*diventare in qualche modo doppiamente pericoloso nei confronti della società quando rubò la seconda manciata di*

⁶¹³ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, *op. loc. cit.*, secondo i quali una condanna a cinquanta anni è molto più severa di quanto necessario per reagire al pericolo aggiuntivo che può essere dedotto da un secondo episodio di furto lieve; in senso analogo v. FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, *cit.*, 644-45.

videocassette”.

In pratica, la condanna inflitta ad Andrade si poneva in contrasto, a causa della sua manifesta sproporzione, tanto con lo stesso “giudizio a monte” effettuato dal legislatore californiano, il quale aveva considerato sufficiente un'entità di pena inferiore della metà per perseguire efficacemente gli scopi prefissatisi, quanto con la *sentencing theory (incapacitation)* posta a fondamento della riforma della recidiva.

Inoltre – si fa notare – la corte d'appello statale, nel rigettare il *gross disproportionality claim* di Andrade, non era stata minimamente in grado di addurre valide ragioni o giustificazioni, in grado di dimostrare la necessità, o la razionalità rispetto agli scopi della legge, del “raddoppio” di pena patito dall'imputato.

In base al ragionamento condotto, approfondendo in particolare due argomenti (*Solem* doveva essere il *controlling case* rispetto ad Andrade; il secondo *prison term* inflitto ad Andrade non era in alcun modo ragionevolmente giustificabile, anche tenendo nella dovuta considerazione l'interesse statale e la teoria della pena sulla quale la legge si fonda), al fine di dimostrare l'erroneità e l'irragionevolezza della sentenza della corte statale, i dissenzienti conclusero in questi termini “*Questa è la rara condanna della quale può essere dimostrata la grave sproporzione, come il parlamento californiano può ben avere riconosciuto quando ha previsto specificamente che il prosecutor possa ignorare una precedente condanna per una felony “nell'interesse della giustizia”*”.

In questo caso, la salvaguardia statutaria ha fallito, ed era stato lasciato alla corte statale il compito di assicurare che la proibizione dell'Ottavo Emendamento di condanne gravemente sproporzionate fosse stata violata. Se la condanna di Andrade non è gravemente sproporzionata, il principio non ha alcun significato. La decisione della corte della California è stata un'irragionevole applicazione di precedente chiaramente stabilito”⁶¹⁴.

2.3.7 L'impatto delle pronunce sulla legge dei tre colpi in alcune decisioni delle *lower courts*: la sterilizzazione della protezione costituzionale

Al fine di tracciare un conciso bilancio sull'impatto che le due decisioni appena analizzate hanno avuto nel percorso evolutivo della *proportionality review of excessive sentencing*, è forse opportuno ripartire dalle significative parole del giudice Souter, secondo cui “*Se la condanna di Andrade non è gravemente sproporzionata, il principio non ha alcun significato*”⁶¹⁵.

Questa affermazione rispecchia indubbiamente l'idea che ognuno potrebbe farsi, dopo avere passato in rassegna la giurisprudenza costituzionale della *Supreme Court* sulla misura della pena carceraria.

⁶¹⁴ *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63, at 1178-79

⁶¹⁵ In letteratura, sostengono con decisione l'eccessività incostituzionale della pena sofferta da Andrade, CHEMERINSKY E., *Cruel and Unusual*, cit., 4; DONHAM J.M., *Third Strike or Merely a Foul Tip*, cit., 392-411.

Lo standard di giudizio impiegato nella *majority opinion* di *Ewing*, il c.d. *Disjunctive Test* – versione ulteriormente “ristretta” del suo diretto antecedente, il *narrow proportionality principle/gross disproportionality test* strutturato nella *concurring opinion* di Justice Kennedy in *Harmelin v. Michigan* – si accontenta, perché sia superato con successo il vaglio di costituzionalità sotto la CUPC, che la sanzione, seppur particolarmente severa, persegua in qualsiasi modo significativo una delle *sentencing theories* legittime, comunemente accettate e poste a fondamento dei sistemi sanzionatori statali.

Tale formulazione fallisce sotto molteplici angoli visuali, rendendo, come dimostra la giurisprudenza delle *lower courts* susseguente agli arresti del 2003, pressoché impossibile che venga riscontrata una violazione dell'Ottavo Em. “*on proportionality grounds*”.

Inoltre – come è stato notato da un attento commentatore – la presa di posizione del giudice O'Connor nella *majority opinion* di *Ewing* pare di fatto aver travisato una delle premesse su cui era stato ridefinito il principio in *Harmelin v. Michigan*.

Sul punto si osserva infatti che “... *there is a difference between the principle that the Constitution does not mandate the legislature to adopt any one penological theory in determining how to set appropriate sentences, and the principle that the Constitution does not mandate the judiciary to adopt any one penological theory in determining how to set limits on sentences devised by legislatures. The two ideas should not be equated, but that is precisely what the Court did in Ewing v. California, in which it held that a prison term of twenty-five years to life under California's three-strikes law was not excessive for the crime of stealing three golf clubs by a repeat offender*”⁶¹⁶.

Tramite l'erronea equiparazione dei due concetti da parte della Corte in *Ewing*, il *gross disproportionality test* è stato trasformato in un “*rational basis test*”, sotto il quale l'opzione normativa sanzionatoria sottoposta a scrutinio (sempre “come applicata ai fatti di causa”/“*as applied to the case*”), gode di una presunzione di legittimità costituzionale sostanzialmente invincibile, al di fuori dei casi di *manifesta irrazionalità ed arbitrio*⁶¹⁷. Di conseguenza, la componente proporzionalistica della protezione della CUPC è stata quasi del tutto sterilizzata nel contesto delle pene detentive eccessive.

Questo dato – il *trend* di assoluta deferenza nella *judicial review of excessive penalties* – è d'altra parte confermato dalle pronunce delle corti inferiori, federali e statali, emesse nel corso degli anni successivi ai casi relativi alla legge dei tre colpi californiana decisi dalla Corte Suprema, testé analizzati.

Benché, per evidenti ragioni, in questa sede non sia possibile procedere ad una rassegna esauriente dei *proportionality challenges* più recenti affrontati (e quasi sempre rigettati) dalle *lower courts*, si mostra ad

⁶¹⁶ LEE Y., *Why Proportionality Matters*, cit., 1848; cfr. efficacemente anche VAN ZYL SMIT D.-ASHWORTH A., *Disproportionate Sentences*, cit., 556, secondo i quali “è distruttivo per il test di costituzionalità l'assunto per cui le differenziate finalità della pena debbono essere considerate come parte del test stesso. Il pericolo è che riconoscendo come parte del test di costituzionalità una finalità della pena che non dà alcuna rilevanza alla giusta proporzione tra reato e sanzione si possa indebolire la salvaguardia costituzionale che esiste precisamente per occuparsi di quei casi dove tale finalità della pena può condurre ad una manifesta sproporzione”.

⁶¹⁷ Questa prospettiva verrà approfondita *infra*, all'interno della sezione dedicata alle proposte ricostruttive dottrinali

ogni modo d'interesse richiamarne alcuni – principalmente concernenti *mandatory minimum terms*⁶¹⁸ – soprattutto al fine di rendere chiaro il fatto che le vicende di Ewing ed Andrade, piuttosto che rappresentare l'eccezione, costituiscono purtroppo la regola nel contesto della “*macchina punitiva*” statunitense⁶¹⁹.

Vale dunque la pena ricordare la tristemente nota vicenda di Weldon Angelos⁶²⁰.

Condannato nel 2004, all'età di ventiquattro anni, per tre episodi di vendita di un modesto quantitativo di marijuana ad un agente federale sotto copertura, avrebbe dovuto essere punito, per tali illeciti, con una sanzione detentiva da sei a otto anni.

Tuttavia, durante le trattative, in due circostanze, Angelos portava su di sé armi da fuoco, e nella perquisizione domiciliare vennero rinvenute numerose altre pistole.

In forza della draconiana normativa sanzionatoria federale in materia di *firearms and drug offenses*⁶²¹, la pubblica accusa chiese, ed ottenne⁶²², una condanna a sessantuno anni e mezzo di reclusione: sei anni e mezzo circa per il reato in materia di stupefacenti, più cinquantacinque anni in relazione a tre capi d'imputazione per il mero possesso di un'arma da fuoco in concomitanza alla commissione di una *drug offense*⁶²³.

La difesa di Angelos sostenne che la pena aggiuntiva di cinquantacinque anni, comminata per il possesso di armi da fuoco durante la vendita di marijuana, fosse gravemente eccessiva e pertanto incostituzionale, in violazione della CUPC.

Il giudice distrettuale si impegnò nella *gross disproportionality analysis*, seguendo la metodologia della *concurring in Harmelin*.

Riconoscendo la scarsa gravità della condotta delittuosa e la particolare durezza della pena inflitta⁶²⁴, si ritenne soddisfatto il *threshold test*, con la conseguente deduzione di grave sproporzione, anche alla luce delle *Federal Sentencing Guidelines*, le quali, in riferimento ai reati in materia di possesso di armi da fuoco, prevedevano una pena massima di due anni⁶²⁵.

⁶¹⁸ Per una chiara descrizione di tale tipologia sanzionatoria (*mandatory minimum prison sentencing*, MMPS) si veda, nella letteratura italiana, MANNOZZI G., *Razionalità e “giustizia”*, cit., 178-183.

⁶¹⁹ GRANDE E., *Il terzo strike*, cit., 65 le definisce “*storie di ordinaria amministrazione della giustizia*”.

⁶²⁰ GRANDE E., *ibidem*, 65; v. anche, per una analisi della pronuncia, in prospettiva comparatistica con l'esperienza di controllo di costituzionalità delle pene nell'ordinamento tedesco, v. DUBBER M.-HÖRNLE T., *Criminal Law. A Comparative Approach*, cit., 56-58.

⁶²¹ 18 U.S.C. § 924

⁶²² *United States v. Angelos*. U.S. District Court for the District of Utah 345 F. Supp. 2D 1227 (D. Utah 2004). La pronuncia fu confermata in appello, *United States v. Angelos*, 433 F.3d 738 (10th Cir. 2006)

⁶²³ In forza del 18 U.S.C. § 924 il primo delitto di possesso di un'arma da fuoco in relazione alla vendita di stupefacente doveva essere punito con cinque anni di reclusione, ogni delitto analogo successivamente commesso dallo stesso soggetto, con una sanzione di venticinque anni di reclusione.

⁶²⁴ In questa fase si fece riferimento in particolare agli usuali criteri, “*the harm caused or threatened to the victim or society, and the culpability of the offender*”, osservando che Angelos era un reo primario, il quantitativo di stupefacente era esiguo, la condotta era di mero possesso di armi da fuoco, non essendo state queste ultime né brandite né utilizzate dal reo. Inoltre, non vi era stato alcun atto di violenza o minaccia di violenza in connessione con i delitti contestati, che non avevano implicato nessuna lesione o minaccia di lesione alla persona.

⁶²⁵ Per le *drug offenses* e le *firearms offenses*, considerate congiuntamente, l'imputato, conformemente alle *Federal Sentencing Guidelines*, sarebbe stato punibile al massimo con circa dieci anni di reclusione.

Venne dunque sviluppata l'analisi comparativa, in relazione al sistema sanzionatorio federale⁶²⁶. La condanna a cinquantacinque anni risultava nettamente superiore a quella prevista per reati di estrema gravità (*aircraft hijacking, second degree murder, racial beating inflicting life threatening injuries, kidnapping, rape*), ed anche il secondo passaggio deponeva chiaramente per l'eccessività incostituzionale. Infine, riguardo alle pene comminate nelle altre giurisdizioni, il giudice Cassell appurò che in nessuno dei cinquanta ordinamenti penali statali, Angelos avrebbe patito una sanzione così estrema, per una condotta criminosa analoga. In Washington – ad esempio – la pena irrogabile era di circa nove anni, mentre in Utah grosso modo dai cinque ai sette anni.

Pertanto, senza alcun dubbio, ci si trovava di fronte ad una condanna costituzionalmente illegittima, in quanto manifestamente sproporzionata.

Ma in questo frangente entrò in gioco un fattore, “*one last obstacle to overcome*” – di particolare interesse ai fini della ricerca – che impedì al giudicante di andare fino in fondo nelle sue argomentazioni, concludendo per la violazione dell'Ottavo Em.

Il giudice, alla luce delle somiglianze dei fatti nelle due vicende, dovette ritenersi vincolato al precedente della Corte Suprema, *Hutto v. Davis*, esaminato *supra*, in cui si confermò la legittimità costituzionale di una condanna complessiva a quaranta anni di reclusione (*two consecutive twenty years terms*), per il mero possesso di nove onces di marijuana.

Il *reasoning* fece leva sul fatto che, se una condanna come quella sofferta da Davis, per il possesso di un quantitativo sensibilmente inferiore di stupefacente, non era stata ritenuta così eccessiva da essere incostituzionale, quella irrogata a Angelos, seppur di ventuno anni più lunga, in un caso che però coinvolgeva un ammontare di droga superiore ed anche altri delitti, non potesse allo stesso modo porsi in contrasto con il divieto della CUPC.

Pur riconoscendo che la giurisprudenza della *Supreme Court* avesse mutato decisamente indirizzo dopo *Hutto v. Davis*, disponendo un suo implicito *overruling* ed ampliando la portata della protezione costituzionale, in *Solem v. Helm*, il giudice distrettuale si sentì vincolato dal precedente, citando un significativo passaggio della pronuncia *Hutto v. Davis*, “*unless we wish anarchy to prevail within the federal judicial system, a precedent of this Court must be followed by the lower federal courts*”.

Vale la pena spendere alcune concise riflessioni, congiuntamente a sensibile dottrina⁶²⁷, sul profilo inerente al ruolo della “*Stare Decisis Doctrine*”, e più in generale del *fatto*, nel giudizio di costituzionalità sulla misura delle pene nell'ordinamento statunitense.

Come bene illustra il caso di Weldon Angelos, anche in situazioni, invero piuttosto rare, nelle quali viene soddisfatto il difficile test di “*grave sproporzione*”, possono entrare in considerazione variabili, connesse

⁶²⁶ Si noti che la vicenda in esame, a differenza di tutte le altre fino ad ora analizzate, è un *federal case*.

⁶²⁷ DUBBER M.-HÖRNLE T., *Criminal Law. A Comparative Approach*, cit., 57.

al sistema del precedente vincolante⁶²⁸, tali da precludere l'operatività della salvaguardia costituzionale, che altrimenti sarebbe stata senza dubbio riconosciuta nel caso di specie.

Una volta che il giudice decide che i fatti sono simili e che un dato precedente della corte superiore (in questo caso *Hutto v. Davis*, deciso dalla *Supreme Court*) è ancora “good law” (si badi, entrambe scelte tutt'altro che obbligate, soprattutto in uno scenario confuso e contraddittorio come quello delle decisioni della Corte Suprema sulla *non-capital proportionality*), non ha di fatto alcuna alternativa, se non quella di uniformarsi al precedente vincolante.

All'evidenza, questa ulteriore “limitazione” alla incisività del sindacato sulla misura della sanzione, è sconosciuta nei sistemi di *Civil Law*, ove non vige il sistema del precedente vincolante.

Su questi ed altri aspetti, in particolare sul ruolo prominente del *fatto* nella *judicial review of legislation of excessive penalties* negli U.S.A., in contrapposizione alle caratteristiche del sistema di controllo di costituzionalità italiano e allo specifico significato che esse vengono ad assumere nel settore di ricerca, si ritornerà nel capitolo conclusivo.

Per concludere riguardo al caso di Angelos, va osservato che il giudice Cassell si trovò impossibilitato a decidere diversamente sotto due distinti profili: in primo luogo, al momento di applicare la normativa sanzionatoria federale, non disponendo di alcun margine di discrezionalità, stante il carattere rigidamente obbligatorio delle *mandatory minimum sentences*; secondariamente, nella valutazione di legittimità costituzionale della condanna inflitta all'imputato, stante il precedente vincolante *Hutto v. Davis*.

Come affermato dallo stesso giudicante nella parte conclusiva della sentenza “*La condanna a 55 anni imposta dal § 924(c) in questo caso sembra ingiusta, crudele ed irrazionale. Ma il nostro sistema costituzionale di governo impone alla corte di uniformarsi alla legge, e non alle sue opinioni personali su ciò che la legge dovrebbe essere*”.

Alla luce di tale radicata consapevolezza, Cassell chiuse il giudizio, in maniera del tutto insolita, raccomandando espressamente all'allora Presidente degli U.S.A. (George W. Bush) di commutare la condanna ed al Congresso di riformare la legislazione, la cui applicazione aveva dato vita alla condanna.

A distanza di undici anni, oggi, Weldon Angelos si trova ancora ristretto in una prigione federale. A nulla sono valse le molteplici iniziative promosse per ottenere la grazia dal Presidente Obama⁶²⁹. Di recente, lo stesso giudice Paul G. Cassell ha rilasciato un'intervista all'*ABC*⁶³⁰, in cui esprime tutto il suo dispiacere

⁶²⁸ D'altra parte, a conferma dell'importanza che riveste il sistema del precedente vincolante nella materia oggetto d'indagine, si è già dato ampiamente conto del fatto che tutta la tumultuosa evoluzione dei precedenti della Corte Suprema, nel settore della *non-capital proportionality doctrine*, sia stata fortemente influenzata dalle caratteristiche peculiari del *seminal case* *Weems v. U.S.*, che agevolarono non poco la Corte nel dichiarare ed applicare un principio, che poi si sarebbe invece rivelato, quantomeno, di problematica giustiziabilità.

⁶²⁹ V. Editorial, *Salt Lake Tribune*, November 15, 2013, disponibile all'indirizzo <http://www.sltrib.com/sltrib/opinion/57134523-82/angelos-former-letter-president.html.csp> (ultimo accesso 4 Giugno 2015). Sulle ultime tendenze del Presidente Barack Obama nella concessione della grazia (*pardon*) e della commutazione delle pene (*commutation*) nei confronti dei soggetti che affollano le prigioni federali, v. TOOBIN J., *It's Time for Obama to go Big on Pardons*, 22 dicembre 2015, disponibile all'indirizzo <http://www.newyorker.com/news/daily-comment/its-time-for-obama-to-go-big-on-pardons> (ultimo accesso 27 dicembre 2015).

⁶³⁰ *Former Federal Judge Regrets 55-Year Marijuana Sentence*, February 18 2015, disponibile all'indirizzo

per la sentenza che si è trovato “costretto” ad irrogare.

Angelos è uno dei circa 210.000 soggetti, autori di reati non violenti, che stanno espiando pene inflitte in forza delle *mandatory minimum sentences* federali introdotte negli anni ottanta e novanta, in piena *War on Drugs*⁶³¹.

A conferma del fatto che i casi riguardanti le *mandatory minimum sentencing laws* continuano forse a costituire il nodo più complesso, per quanto concerne la possibilità di riscontrare una violazione dell'Ottavo Em., può essere citato un altro caso notorio⁶³², sempre riguardante “*consecutive mandatory minimum sentences for federal gun offenses*”.

La vicenda⁶³³ vedeva coinvolto un soggetto mentalmente disturbato, che aveva agito, ricoprendo un ruolo invero del tutto passivo, da complice in diverse rapine, non esitate in alcuna lesione personale, punito con una condanna a centocinquantanove anni di reclusione, in forza della normativa federale.

Il giudice, pur consapevole della immensa crudeltà e barbarie costituita dall'applicazione dei *mandatory minimum terms* al caso di specie, si sentì nondimeno vincolato dagli *holdings* di *Harmelin* e *Ewing*, e non ritenne la pena inflitta gravemente eccessiva.

Solo in alcune, rare situazioni – concernenti *mandatory minimum sentences* – le *reviewing courts* hanno riscontrato la violazione della CUPC a causa della eccessività della sanzione comminata.

E' opportuno segnalare al proposito il caso di Genarlow Wilson⁶³⁴, diciassettenne condannato a dieci anni di reclusione, in virtù della legislazione della Georgia, per avere consumato un rapporto sessuale orale con una quindicenne.

Tale condotta era al tempo qualificata come *felony* punibile con minimo dieci anni di reclusione dalla legge georgiana. Dopo la condanna, anche sull'onda della reazione sdegnata dell'opinione pubblica, il parlamento derubricò la condotta punibile a *misdemeanor*, riducendo sensibilmente la risposta sanzionatoria. Tuttavia, poiché tale modifica non fu dotata di effetto retroattivo, Wilson non ne trasse alcun beneficio.

Dopo avere scontato due anni, la *Georgia Supreme Court*, prendendo atto del mutamento radicale nella

<http://abcnews.go.com/US/federal-judge-regrets-55-year-marijuana-sentence/story?id=28869467> (ultimo accesso 4 Giugno 2015).

⁶³¹ Dà dettagliatamente conto degli effetti devastanti delle *mandatory minimum sentences* sul sistema carcerario nordamericano, sulle vite dei soggetti condannati e degli assurdi costi umani e finanziari che l'intero sistema deve sostenere il sito www.famm.org.

⁶³² Ne dà conto BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 459, la quale sottolinea come la tendenza generale delle corti, dopo i casi *Harmelin* e *Ewing*, sia quella di confermare la costituzionalità di condanne particolarmente severe, pur nella consapevolezza della loro profonda ingiustizia. Per una ricca rassegna, aggiornata al 2012, di decisioni delle *Courts of Appeals* degli undici circuiti federali, della *Court of Appeals del District of Columbia Circuit*, delle *United States District Courts* e di alcune *State Supreme Courts*, che hanno ritenuto sentenze di condanna costituzionalmente legittime applicando il c.d. *gross disproportionality test*, v. l'appendice all'elaborato di DECLUE C.J., *Sugarcoating the Eighth Amendment*, cit., 572-579. Si veda inoltre la ricca rassegna di casi di ALPERIN H.J., *Length of sentence as violation of constitutional provisions prohibiting cruel and unusual punishment*, 33 A.L.R.3d 335 (Originally published in 1970) (aggiornato al marzo 2015), disponibile sulla banca dati WestLaw.

⁶³³ *United States v. Hungerford*, 465 F.3d 1113, 1120 (9th Cir. 2006)

⁶³⁴ La vicenda ha ricevuto ampia copertura mediatica su scala nazionale, v. ad es. THOMPSON W., *Outrageous Injustice*, E-Ticket ESPN.com: The Magazine, disponibile all'indirizzo <http://sports.espn.go.com/espn/eticket/story?page=wilson> (ultimo accesso 8 giugno 2015).

coscienza sociale, manifestato dalla modifica legislativa, ritenne la pena irrogata evidentemente eccessiva, trovando conferma anche nell'analisi intra-giurisdizionale ed inter-giurisdizionale⁶³⁵.

Per quanto invece attiene alle *three strikes laws*, è d'uopo richiamare in particolare due casi⁶³⁶, in cui si è ritenuto che le condanne inflitte si ponessero in contrasto con il disposto dell'Ottavo Em.

Nella prima decisione⁶³⁷, l'imputato era stato condannato ad una *25 years to life sentence*, in forza della legge dei tre colpi, per avere omesso di aggiornare la sua registrazione come "*sex offender*". La *California Court of Appeal* giudicò la pena comminata gravemente eccessiva ed incostituzionale, rispetto al disvalore espresso dalla condotta delittuosa, consistita nel non avere aggiornato la registrazione come "*sex offender*", entro il termine prefissato per legge, di cinque giorni dalla data di nascita.

Si fece leva sul trascurabile contenuto offensivo dell'illecito, definito "*a passive, nonviolent, regulatory offense that posed no direct or immediate danger to society*" e "*the most technical and harmless violation of the registration law we have ever seen*". Inoltre – non essendoci stato alcun cambio di residenza – emerse che l'imputato non aveva mai avuto alcuna intenzione di ingannare il sistema di *law enforcement*. Oltre alla scarsa partecipazione psicologica, venne valorizzata l'analisi comparativa, appurando che solo in California era irrogabile una sanzione così dura, per un delitto di tale esiguità.

Questa decisione statale ha costituito il fondamento di un importante caso federale⁶³⁸, in cui si è ritenuta incostituzionalmente sproporzionata una sanzione da ventotto anni all'ergastolo, irrogata, in forza della legge dei tre colpi, per una violazione "tecnica" della "*sex offenders registration law*", simile a quella di Carmony.

Come si è fatto notare⁶³⁹, la vicenda si mostra di grande interesse⁶⁴⁰, dal momento che l'imputato riuscì in un primo momento fare accertare la grave sproporzione della pena, impresa già di per sé non semplice, e poi, in un secondo momento, a farsi riconoscere la protezione dell'*Habeas Corpus*, in conformità ai requisiti stabiliti in *Lockyer v. Andrade*.

Appare evidente che le pronunce da ultimo citate hanno costituito rare eccezioni nell'ambito dell'applicazione del *gross disproportionality test*, tanto che la maggior parte dei soggetti condannati a pene detentive draconiane – principalmente in forza della *three strikes law* e delle *mandatory minimum sentences* – è stata costretta a battere strade alternative, in cerca della protezione denegata⁶⁴¹.

⁶³⁵ *Humphrey v. Wilson*, 652 S.E.2d 501 (Ga. 2007)

⁶³⁶ Riportati in BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 460. Cita il caso *Gonzalez v. Duncan*, come eccezione rispetto all'usuale atteggiamento di chiusura delle corti, anche DECLUE C.J., *Sugarcoating the Eighth Amendment*, cit., 533.

⁶³⁷ *People v. Carmony*, 127 Cal. Rptr. 3D 365 (2005)

⁶³⁸ *Gonzalez v. Duncan*, 551 F.3d 875 (9th Cir. 2008)

⁶³⁹ BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 460, nt. 113.

⁶⁴⁰ Il caso ebbe una grande risonanza mediatica, v. WILLIAMS C.J., *Court says 3-strikes sentence is cruel*, disponibile all'indirizzo <http://articles.latimes.com/print/2008/dec/31/local/me-threestrikes31> (ultimo accesso 19 maggio 2015).

⁶⁴¹ In letteratura si fa riferimento, in proposito, al "*Three Strikes Project*" varato e portato avanti dalla *Stanford Law School*, v. la pagina web <https://www.law.stanford.edu/organizations/programs-and-centers/stanford-three-strikes-project>, grazie al quale numerosi soggetti, condannati in base alla legge dei tre colpi, sono stati ricondannati a pene inferiori sulla base di elementi nuovi

Le più recenti pronunzie della Corte Suprema⁶⁴², seppur in materia di *juvenile criminal justice*, potrebbero avere costituito un significativo cambio di rotta nella metodologia d'analisi impiegata nel sindacato di costituzionalità sulla misura della pena, nel senso di ampliarne la portata, “categorizzando” l'esito del giudizio, anche nel *non-capital context* per *adult offenders*⁶⁴³. Sul punto si tornerà brevemente nelle conclusioni.

E' ora invece opportuno individuare sinteticamente le problematiche principali che hanno impedito al massimo organo giudiziario statunitense di sviluppare una giurisprudenza costituzionale coerente nel settore di studio, per poi passare alla disamina delle critiche, ipotesi ricostruttive e risposte formulate in letteratura.

Conformemente alla complessità della tematica oggetto di ricerca, vero e proprio crocevia tra delicate questioni inerenti alla protezione di diritti individuali fondamentali previsti dal *Bill of Rights* – come è quello salvaguardato dall'Ottavo Em. – ampio (se non illimitato) margine di discrezionalità politica riservato alle assemblee legislative, statali e federali, nella configurazione delle tipologie e dei limiti quantitativi delle sanzioni penali, e difficile equilibrio tra le diverse *sentencing theories*, tutte “politicalmente” percorribili e costituzionalmente legittime, la Corte si è trovata a dovere affrontare vari ostacoli.

In primo luogo, le c.d. “*institutional concerns*”, dovute alla separazione dei poteri e, soprattutto, al federalismo, che, per sua stessa essenza, non solo consente ai singoli stati di essere padroni ed arbitri ultimi delle scelte politiche in materia penale-sanzionatoria, ma finanche incentiva la differenziazione tra ordinamenti e l'adozione di nuove strategie di contrasto al crimine (gli stati – è noto – nel modello federale statunitense sono intesi quali “*laboratories of democracy*”), a seconda delle esigenze delle diverse comunità, le quali, all'evidenza, possono implicare lampanti disomogeneità nella “*scala penale*” complessivamente intesa.

Si è statuito con chiarezza in *Rummel v. Estelle*, il solo fatto che uno stato preveda una pena sensibilmente più elevata di tutti gli altri per un determinato crimine, da solo non legittima un intervento

sopravvenuti, che non erano stati tenuti in considerazione al momento del *sentencing*. V. anche TAIBBI M., *Cruel and Unusual Punishment: The Shame of Three Strikes Laws*, 27 marzo 2013, disponibile all'indirizzo <http://www.rollingstone.com/politics/news/cruel-and-unusual-punishment-the-shame-of-three-strikes-laws-20130327> (ultimo accesso 15 giugno 2015). Un ulteriore binario, percorribile da parte dei soggetti condannati, al fine di ottenere una tutela più ampia del loro diritto a non subire pene eccessive, è quello costituito dalle previsioni costituzionali statali, sulle quali v. *infra*.

⁶⁴² *Graham v. Florida* del 2010 (*LWOP sentences* categoricamente incostituzionali per rei minorenni in caso di *non-homicide crime*) e *Miller v. Alabama* del 2012 (*mandatory LWOP sentences* categoricamente incostituzionali per rei minorenni per il delitto di *murder*, argomentando che l'irrogazione della pena più severa in assoluto, prevista per *juvenile offenders*, richiede una *individualized sentencing determination*, così come imposto nell'applicazione della pena capitale a rei adulti).

⁶⁴³ Tra gli altri, sottolineano la volontà manifestata recentemente dalla Corte Suprema di garantire maggiori limiti costituzionali all'entità della pena, quantomeno nei casi riguardanti minorenni, DUBBER M.-HÖRNLE T., *Criminal Law. A Comparative Approach*, cit., 58; v. anche l'ampio studio di JACKSON V.C., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in *Yale L.J.*, 2015, 3094 ss., 3188 e 3194, la quale, pur esprimendo incertezza sul fatto che le due importanti decisioni emesse nel 2010 e nel 2012 lascino presagire un effettivo maggiore impegno della Corte, anche nel distinto settore della *non-capital proportionality review* di condanne comminate a soggetti adulti, si schiera comunque in maniera convinta per un impiego più abbondante ed intenso della *proportionality review of excessive sentencing*, affermando che “*expanding existing proportionality review of criminal sentences would bring more justice to the criminal justice system*”.

della Corte Suprema Federale, essendo i parlamenti statali in una posizione di gran lunga migliore, rispetto ai giudici supremi, per stabilire quale sia la risposta sanzionatoria più congrua, e pertanto meritevoli della più ampia deferenza.

A ciò deve aggiungersi che – a differenza che nella materia delle garanzie e dei diritti dell'accusato in ambito processuale penale, riformata in profondità da plurimi e fondamentali interventi della Corte Warren negli anni cinquanta e sessanta – il diritto penale sostanziale, e dunque anche l'universo della pena, è rimasto sostanzialmente immune all'attivismo della Corte Suprema.

Sul punto, si è di recente osservato⁶⁴⁴ che la potestà normativa in materia penale, nell'ordinamento statunitense, appartiene e sarà sempre riconducibile al c.d. *Police Power*, quell'ampia sfera di autonomia di cui godono gli stati nel disciplinare le materie escluse dal novero di quelle espressamente attribuite dalla Costituzione al governo federale⁶⁴⁵.

I cambiamenti, dunque, anche a livello di principi generali, possono verificarsi solo in maniera lenta, sporadica e disorganica⁶⁴⁶.

Va quindi sempre tenuto in considerazione, nello sviluppare una indagine sul controllo di costituzionalità sulla misura della pena negli U.S.A. in chiave comparatistica (ed anche nel dare conto della incommensurabilmente maggiore severità degli arsenali sanzionatori penali statunitensi, se raffrontati con quelli delle altre democrazie occidentali), che, differentemente rispetto a gran parte dei sistemi penali europei e non solo (si pensi ad Italia, Germania e Spagna, ma anche al Canada), “*la penalità statunitense non è mai stata sottoposta ad una riforma radicale alla luce dei principi costituzionali*” (“*the U.S. penalty never underwent a radical reform in light of constitutional principles*”)⁶⁴⁷.

D'altra parte, anche valutando la problematica da un distinto, seppur collegato, angolo visuale – questa volta inerente al ruolo ed al peso delle varie *sentencing theories* nel controllo di costituzionalità – si nota, quale “costante” nell'atteggiamento della Corte, una neanche troppo velata volontà di disimpegnarsi del tutto da complesse valutazioni di tipo filosofico-morale in tale ambito, lasciando incontrollata la discrezionalità politica dei legislatori.

Questo trend, “disimpegnato” fino alla *judicial abdication*, salvo alcune rare occasioni – denunciato già dai primi, più autorevoli commenti alla presa di posizione della *Supreme Court* in *Rummel v. Estelle*⁶⁴⁸ – si è di fatto protratto fino all'alba del ventunesimo secolo, quando il giudice O'Connor, nella *plurality*

⁶⁴⁴ DUBBER M.-HÖRNLE T., *op. loc. cit.*

⁶⁴⁵ Si veda il Decimo Em. alla Costituzione Federale “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*”.

⁶⁴⁶ Questa caratteristica di frammentarietà e disorganicità – si è visto – in realtà permea l'intera giurisprudenza costituzionale U.S.A. in materia di entità della pena, essendo tutti i casi affrontati nello studio “*as applied to the case*”.

⁶⁴⁷ DUBBER M.-HÖRNLE T., *Criminal Law. A Comparative Approach*, cit., 58-59.

⁶⁴⁸ Il riferimento è soprattutto alla densa nota critica di DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 1063 ss. Sembra quasi che la Corte, sebbene i tempi e soprattutto le politiche criminali-sanzionatorie fossero cambiate, generalmente in senso di maggiore rigore e severità, negli anni ottanta e novanta, sia progressivamente venuta meno al suo dovere istituzionale di proteggere i diritti costituzionali degli individui, nel momento in cui era chiamata ad intensificare il suo scrutinio.

opinion di *Ewing v. California*, ha affermato la Corte non “*siede in qualità di super-legislatore per giudicare col senno di poi*” le valutazioni politiche statali in punto quantificazione della pena.

Il giudice O'Connor, forse, era dimentica del fatto che la Corte aveva assunto il compito di controllare della costituzionalità delle leggi da quasi duecentocinquanta anni, svolgendolo con continuità, e, soprattutto, che lo scrutinio di proporzionalità costituzionale, veniva sviluppato dalle corti in maniera incisiva in settori affini a quello del *non-capital sentencing*, come la pena di morte, le pene pecuniarie ed i danni punitivi.

L'intervento dei giudici supremi – a protezione di un *counter-majoritarian right* per eccellenza, come quello tutelato dalla CUPC – era imposto, a maggior ragione, in un fase storica, partita negli anni settanta e tutt'oggi non ancora esauritasi, caratterizzata da una politica penale federale e statale improntata ad una sempre maggiore severità e dall'abuso dello strumento sanzionatorio penale, a soli fini di neutralizzazione ed esclusione sociale.

La prossima sezione del lavoro sarà dunque dedicata ad un conciso inquadramento e descrizione delle più significative elaborazioni dottrinali che si sono occupate di ricostruire il concetto di “*constitutional proportionality of punishment*” nell'alveo dell'Ottavo Em., muovendo proprio dalle incoerenze della giurisprudenza della Corte Suprema.

Sezione II

2.4 Sintetica disamina delle proposte di inquadramento teorico formulate nell'elaborazione scientifica statunitense

2.4.1 Le diverse posizioni

Per analizzare, sia pure sinteticamente, alcune delle diverse ipotesi ricostruttive sviluppate da numerosi autori nordamericani, nel tentativo di restituire significato e vitalità al divieto costituzionale di pene detentive *grossly excessive* di cui all'Ottavo Emendamento e di ripristinare un qualche *ordine concettuale*, in uno scenario minato alle sue stesse fondamenta da anni ed anni di statuizioni contrastanti e difficilmente riconducibili a coerenza, pare opportuno – seguendo un'attenta dottrina⁶⁴⁹ – impegnarsi in uno sforzo preliminare, necessario a precisare le variegate angolazioni da cui gli studiosi hanno ritenuto di prendere in considerazione il problema⁶⁵⁰.

Si noti fin d'ora che la generale classificazione dei punti di vista espressi dalla *American scholarship* in procinto di essere esposta è solamente una delle tante potenzialmente prospettabili.

Come si potrà apprezzare in seguito, la stessa selezione ed analisi di lavori presentata in questa ricerca non si appiattisce completamente sulle “*categorie*” individuate dalla Prof.ssa Lee, ma mira a soffermarsi

⁶⁴⁹ LEE D.H., *Resuscitating Proportionality*, cit., 544-553, la quale procede preliminarmente – con un lavoro di grande utilità per chiunque voglia indagare il tema della *proportionality doctrine* – a distinguere i diversi approcci della letteratura all'esame del problema della *constitutional excessiveness of sentencing*, per poi però strutturare una Sua *pars construens*, peraltro caratterizzata da grande originalità, dal momento che si sviluppa cercando di rielaborare i principi e fattori emersi dalla giurisprudenza costituzionale ed utilizzarli nel contesto del primo *prong*, il c.d. “*threshold*” test elaborato nella *concurring opinion* di Justice Kennedy in *Harmelin v. Michigan*. Per una breve descrizione e categorizzazione del grande quantitativo di contributi scientifici concentratisi sulla proporzionalità della pena nella dimensione costituzionale della *judicial review*, si veda anche DECLUE C.J., *Sugarcoating the Eighth Amendment*, cit., 535, il quale lamenta il fatto che né i commentatori né le corti sono stati in grado di elaborare un test di costituzionalità praticabile e prevedibile per dare mordente ed efficacia al *gross disproportionality test*, così come elaborato in *Harmelin v. Michigan*, almeno in riferimento ad un *rational-basis-type language* (qui l'A. fa riferimento al meno penetrante dei *tiers of review* sviluppati nella giurisprudenza della Corte Suprema – paragonandolo al *gross disproportionality test* – un test che può essere accostato ad un sindacato di “non manifesta irragionevolezza”, estremamente deferente e che, presumendo quasi invincibilmente la legittimità costituzionale della normativa scrutinata, non impone alcun onere in positivo al legislatore, essendo sufficiente verificare che la legislazione sottoposta a controllo persegua un “*legitimate government interest*”). L'A., nella sua disamina preliminare della grande mole di letteratura sugli *excessive prison terms*, individua quattro principali macro-questioni sovente illustrate ed approfondite: 1) l'approccio diversificato della Corte alle condanne a pene detentive di lunga durata rispetto alle condanne alla pena di morte; 2) quale teoria della pena dovrebbe controllare (o comunque ricoprire un ruolo preponderante) nell'analisi costituzionale di proporzione della sanzione; 3) il livello di deferenza che le corti offrono ai legislatori e soprattutto 4) il totale caos che circonda la giurisprudenza relativa all'Ottavo Emendamento.

⁶⁵⁰ Non guasta mai rammentare che la letteratura sull'Ottavo Emendamento alla Costituzione Americana è sterminata e presenta innumerevoli differenziate angolazioni dalle quali sono state esaminate le varie questioni. Si possono rinvenire elaborati di tipo storico, filosofico, fondati sull'analisi di dati empirici e sull'Analisi Economica del Diritto, approcci di tipo criminologico, sociologico, psicologico. Un ulteriore settore di particolare interesse ed altamente problematico attiene al c.d. *constitutional comparativism* ed all'utilizzo della normativa e della giurisprudenza straniera da parte dei Giudici Supremi nel giudizio di costituzionalità sulla *excessiveness* della pena di morte in riferimento a determinate categorie di *offenders* o di reati. Tale prassi ha avuto un ruolo importante ad esempio nella *landmark decision Roper v. Simmons* del 2005, in cui, fondandosi anche sui dati relativi alla comunità internazionale, è stata considerata categoricamente illegittima la pena di morte per tutti i minori di diciotto anni (in molti stati in precedenza era prevista legislativamente la pena capitale a partire da sedici anni). Cfr. *amplius* sul punto, da ultimo, BREYER S., *The Court and The World. American Law and The New Global Realities*, New York, 2015, in part. 236-46; v. altresì GREENHOUSE L., *The U.S. Supreme Court: a Very Short Introduction*, New York, 2012, 83-88.

con maggiore attenzione su quei modelli ricostruttivi più idonei ad alimentare spunti di riflessione nell'ambito della comparazione con l'esperienza italiana di controllo di costituzionalità sulla misura della sanzione penale.

La *ratio* della scelta di dare conto – introduttivamente e in via di estrema sintesi – di tale ampia diversità di prospettive, è dunque da identificarsi nella necessità di rendere edotto chi legge, con un inquadramento generale minimo di partenza, riguardo alla ricchezza, complessità e vastità della produzione scientifica sulla *eighth amendment litigation* in generale, ma soprattutto sulla stessa *sotto-categoria* di precedenti che si è occupata degli *excessive prison terms cases*.

Come è stato osservato⁶⁵¹, le opere che hanno svolto una approfondita disamina critica della *proportionality doctrine* nel *non-capital context*⁶⁵², sebbene convergano unanimemente nel constatare una mancanza di coerenza sia nella elaborazione teorica che nell'applicazione pratica della proibizione di cui all'Ottavo Emendamento alle pene detentive eccessive e abbiano come obiettivo principale quello di *razionalizzare* questo malconcio settore della giurisprudenza costituzionale, possono essere suddivise grosso modo in tre principali “*filoni*”.

In primo luogo si può individuare una significativa produzione scientifica⁶⁵³, riguardante la *proportionality doctrine*, che pone al centro della sua riflessione i precedenti della Corte Suprema (c.d. *Court-Focused Approaches*)⁶⁵⁴, rilevando in particolare le incongruenze e contraddittorietà delle affermazioni dei Giudici Supremi, nel raffronto tra settore del *sentencing* ed altri ambiti sanzionatori o *lato sensu* punitivi (*death penalty, fines, punitive damages*), scrutinati dalla Corte nel corso degli anni in relazione alla loro eccessività rispetto all'illecito. Tale orientamento dottrinale si propone precipuamente di elaborare *rimedi* che possano invertire l'insoddisfacente trend dei *precedents*, e non a caso viene sostenuto anche da Professori con grande esperienza pratica come *Supreme Court Litigators*⁶⁵⁵.

Secondariamente è dato rinvenire una consistente elaborazione che si sviluppa seguendo un “*Interdisciplinary Approach*”. Tali autori, basandosi sulla metodologia e su una molteplicità di concetti desumibili da altre branche del sapere, come la psicologia, la sociologia, la filosofia, nonché sui diritti umani protetti dalla comunità internazionale (*international human rights*), allargano gli orizzonti, distaccandosi da un approfondimento analitico della *case-law* in materia, per concentrarsi in maniera più generale su problematiche *lato sensu* politiche connesse alle questioni di proporzionalità costituzionale del *sentencing*⁶⁵⁶.

⁶⁵¹ LEE D.H., *ibidem*, 544.

⁶⁵² Tale propensione fortemente critica nei confronti dell'operato dei giudici statunitensi da parte della letteratura è stata efficacemente definito “*Distance Between Commentators and Courts*” da LEE D.H., *op. loc. cit.*

⁶⁵³ Si vedano in particolare, tra gli altri, per quest'approccio KARLAN P.S., “*Pricking the Lines*”, cit., 880 ss.; CHEMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, cit., 1049 ss.; VAN CLEAVE R., “*Death is Different, is Money Different?*”, cit., 217 ss. GERSHOWITZ A.M., *The Supreme Court's Backwards Proportionality Jurisprudence*, cit., 1249 ss.

⁶⁵⁴ LEE D.H., *op. loc. cit.*

⁶⁵⁵ Quali il Prof. E. CHEMERINSKY e la Prof.ssa P.S. KARLAN.

⁶⁵⁶ In questo senso si vedano ad esempio studiosi come Paul Robinson, il quale, attraverso l'indagine empirica e gli strumenti di indagine offerti dalle scienze sociali mira a determinare le opinioni della comunità sulla pena, che dovrebbero guidare le politiche

Infine un buon numero di studiosi statunitensi opta per un c.d. “*Theoretical Approach*” nell'affrontare le spinose problematiche sollevate dai *prison duration cases*, tentando di razionalizzare e segnare con esattezza i limiti della *constitutional proportionality review*.

Nello specifico, in opposizione al costante disimpegno da parte dei *Justices* dall'accordare preferenza ad una specifica funzione della pena a livello costituzionale (c.d. *penological pluralism*), queste ricostruzioni⁶⁵⁷ aspirano ad assicurare ad una *sentencing theory* una posizione preminente o comunque privilegiata rispetto alle altre, al momento di determinare contenuti, portata e metodologia dell'analisi costituzionale sulle pene eccessive in base alla *cruel and unusual punishment clause*. In sostanza si prova a *costituzionalizzare* una o più teorie della pena⁶⁵⁸.

Giova ribadire che queste distinzioni sono puramente indicative e la complessità dei vari problemi, nonché le intersezioni tra gli stessi, impediscono di tracciare linee così nette.

Va puntualizzato, prima di cominciare la cursoria rassegna delle posizioni dottrinali, che si è preferito selezionare e approfondire alcuni sviluppi teorici piuttosto che altri, in funzione degli obiettivi e della natura comparatistica della ricerca, e non seguire in maniera rigida la distinzione sopra prospettata, mantenendo dunque i confini più mobili.

Così, riceveranno particolare attenzione i sopracitati “*Theoretical Approaches*” allo studio della giurisprudenza sulla *excessiveness* delle pene detentive.

e le dinamiche del *sentencing*. Si veda anche DUBBER M.D., *Toward a Constitutional Law*, cit., 1 ss., il quale, facendo riferimento al supremo valore della dignità umana ed ai diritti umani tutelati dalla comunità internazionale, sostiene che “*la stessa natura dei Governi come garanti dei diritti fondamentali fonda e limita, il potere di punire dello Stato ... essa impone allo Stato un generale requisito di proporzionalità tra reato e pena*”. Nell'ambito degli “*Interdisciplinary Approaches*” potrebbe essere collocata anche la proposta di RISTOPHA., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 263 ss.

⁶⁵⁷ Per un impiego della *teoria retributiva*, nella sua peculiare declinazione di “*limiting retributivism as a side constraint*”, a livello di “*proporzionalità costituzionale*”, v. LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 101 ss. Auspicano una valorizzazione di istanze retributive nel sindacato di proporzionalità sulle pene detentive eccessive, ad es., STINNEFORD J.F., *Rethinking Proportionality*, cit., 899 ss.; PARR S.T., *Symmetric Proportionality*, cit., 41 ss.; LEE D.H., *Resuscitating Proportionality*; cit., 527 ss. Altri autori sostengono – in una prospettiva più ampia e multidisciplinare, inclusiva di diversi settori del diritto costituzionale statunitense e della *judicial review of legislation* – che la *proportionality review* sugli *excessive prison terms* nell'ordinamento statunitense debba essere sviluppata in maniera più ampia, razionale ed organica, “inglobando” teorie della pena sia retributive che utilitaristiche. In tal senso v. FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 571 ss.; FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences Under Federal and State Constitutions*, in *U. Pa. J. Const. L.*, 2008, 39 ss.; FRASE R.S., *Excessive Relative to What? Defining Constitutional Proportionality Principles*, in AA.VV., TONRY M.H. (edited by), *Why Punish? How Much?: a Reader on Punishment*, Oxford, 2011, 263 ss.; FRASE R.S., *What's “Different” (Enough) in Eighth Amendment Law?*, cit., 9 ss.

⁶⁵⁸ Su questo approccio si vedano le interessanti considerazioni di DU BOIS-PEDAIN A., *The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State*, in SIMESTER A.P.- NEUMANN U.- DU BOIS PEDAIN A. (edited by), *Essays for Andreas von Hirsch*, in part. 306-307 “*Yet even after the independent significance of penal theory has thus been reasserted, we are left with the question of the normative force of its insights and claims. What kind of normativity pertains to the criteria for justified penal sanctions identified by criminal law theorists within an existing constitutional order? How are, and how can, penal theory's normative claims be related to the norms and functions of constitutional law? Some penal theorists respond to this query by opting for a form of constitutional incorporation of the insights of penal theory. These scholars either recast their theoretical insights of existing constitutional standards, or they put them forward as propositions regarding the possible and desirable content of ideal liberal constitutions. What penal theorists who employ these modes of argument share is an (explicit or implicit) preference for a strategy of constitutional recognition of penal theory's specific normative claims and solutions – a preference that is likely to be based on an (open or tacit) assumption that, without such constitutional recognition, penal theory cannot claim to offer legitimacy conditions for penal practice. But not every penal theorist accepts that constitutional incorporation of the insights of penal theory is a desirable, or even a possible, avenue to pursue. More sceptical theorists believe that the relationship between constitutional law and penal theory must be structured differently, offering both political-pragmatic and theoretical reasons*”.

In primo luogo, quello che fa propria una concezione retributiva del requisito di proporzionalità costituzionale imposto dall'Ottavo Emendamento, sia perché esso sembra essere ancora particolarmente importante e considerato nella realtà statunitense (si ricordi che alcuni Giudici Supremi ritengono anche la proporzionalità costituzionale della pena “*un concetto intrinsecamente retributivo*”, negando che essa possa essere efficacemente ed *oggettivamente* attuata nel sindacato della Corte, stante la molteplicità delle legittime finalità della pena perseguibili dai legislatori), sebbene il retribuzionismo si sia dimostrato incapace di arginare l'irrefrenabile espansione delle “*getting tough on crime policies*” e delle folli derive del diritto penale della deterrenza e della neutralizzazione; sia perché la *costituzionalizzazione* della retribuzione sostenuta dagli studiosi nordamericani pare distante anni luce dalla nostra coniugazione del principio di proporzione della pena con la finalità rieducativa della stessa, di cui all'art. 27, c. 3, Cost⁶⁵⁹.

Questo evidente profilo di contrasto, comprensibile solo se si guarda alla evoluzione storica dei due sistemi costituzionali e penali (sanzionatori nello specifico), rimane un dato di fondo con il quale è necessario confrontarsi e che offre stimolanti spunti di riflessione, soprattutto se si volge lo sguardo alla dimensione costituzionale del principio di colpevolezza, che potrebbe, forse, far riavvicinare le due evoluzioni, apparentemente opposte.

Si esaminerà poi una posizione teorica che potremmo forse definire *eclettica, ibrida*, o comunque di *compromesso* fra le varie teorie della pena⁶⁶⁰.

Essa – pur non essendo andata esente da critiche⁶⁶¹ e presentando numerosi profili di problematicità già sul piano *terminologico*⁶⁶² – ha il grande merito di avere tentato di rivitalizzare il sindacato di

⁶⁵⁹ Si vedano però le acute riflessioni sul principio di proporzione in prospettiva retributivo-garantista ad es. in PALAZZO F.C., *Introduzione ai principi*, cit., 71-72.

⁶⁶⁰ Sebbene tale elaborazione si ponga come obiettivo quello di riformulare e dare maggiore legittimazione alla *proportionality review* attraverso una molteplicità di evidenze tratte dal sistema costituzionale e di *judicial review of legislation* U.S.A. nel suo complesso, oltretutto da un'indagine penologica, storica e comparatistica, è tutto sommato corretto ritenere che essa debba essere ricondotta nell'alveo delle dottrine di quegli studiosi che “... *Optano per una forma di incorporazione costituzionale delle loro idee di teoria penale. Questi studiosi o rielaborano le loro posizioni teoriche sulle norme costituzionali esistenti, o le propongono come affermazioni riguardo al contenuto possibile e desiderabile di costituzioni liberali ideali. Ciò che condividono gli studiosi del diritto penale che utilizzano questi modi argomentativi è una (implicita od esplicita) preferenza per una strategia di riconoscimento costituzionale delle specifiche affermazioni e soluzioni di una determinata dottrina penale – una preferenza che probabilmente è fondata sul presupposto (espresso o tacito) che, senza tale riconoscimento costituzionale, la teoria penale non può pretendere di offrire condizioni di legittimazione alla pratica penale*”, v. DU BOIS PEDAINA., cit. nt. precedente.

⁶⁶¹ Una recensione critica particolarmente interessante di tale proposta è quella di SINGER R.G., *Proportionate Thoughts*, cit., 217 ss., il quale evidenzia con lucidità alcuni difetti ed aporie nello sviluppo della articolata tesi di SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., *passim*. Anche LEE D.H., *Resuscitating Proportionality*, cit., 552-553, sostiene che l'impostazione degli AA. sia troppo sofisticata e “stratificata” perché le corti possano efficacemente adottarla nella prassi di controllo sull'*excessive sentencing*.

⁶⁶² Pare che coloro che hanno formulato questa teoria intendano in un certo senso *importare* nel sistema statunitense alcuni elementi e il *linguaggio uniforme* del *test di proporzionalità*, impiegato comunemente da molte Corti Costituzionali e Supreme del mondo, anche al di fuori del contesto punitivo, per vagliare la legittimità di misure adottate dai pubblici poteri limitative dei diritti individuali (idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto), specialmente al fine di ovviare ai difetti di contraddittorietà e incoerenza della *proportionality review* delle sanzioni penali emersi nella giurisprudenza della Corte Suprema. A tale scopo si cerca inoltre di potenziare l'analisi costituzionale di proporzionalità sulle sanzioni detentive eccessive, includendo in essa diverse finalità della pena (fondamentalmente concezioni retributiva, nella variante del *limiting retributivism*, ed utilitaristiche). Tuttavia si ignora forse un importante profilo di ambiguità, che emerge già sul piano terminologico, consistente nel fatto che quello che gli europei solitamente intendono con il sindacato di proporzionalità “in senso ampio” è da identificarsi nel *balancing* nell'alveo del *substantive due process* nel sistema di giustizia costituzionale degli U.S.A. Questa problematica di inquadramento e definizione – che in un certo qual modo conosciamo anche nel nostro ordinamento, rispetto al *principio di*

costituzionalità sulla misura del *sentencing* in U.S.A., attraverso una ricca ed ambiziosa indagine, caratterizzata da un approccio multidisciplinare (indagine storica, giurisprudenziale, comparatistica, costituzionale in senso ampio, penologica)⁶⁶³, ma comunque sempre ben ancorata alla controversa *case-law* della *Supreme Court* sviluppatasi in materia e finalizzata ad apportare un miglioramento, un effettivo rinnovamento dello strumentario concettuale ed argomentativo a disposizione delle corti quando affrontano questioni relative al tema oggetto d'indagine.

Tale prospettiva si mostra di particolare interesse in quanto, partendo dalla constatazione delle insufficienze e del “*limbo concettuale*” in cui si trova la *proportionality doctrine*, soprattutto nell'ambito del sindacato sull'eccessività del *sentencing*, amplia lo spettro dell'indagine all'intero sistema costituzionale statunitense, mostrando come le corti abitualmente facciano uso, *implicitamente* o *esplicitamente*, di parametri di *proporzionalità* nella *constitutional review* delle varie *excessive governmental actions*, al fine di denunciare l'ingiustificato abbandono della *judicial review* in tale settore.

Un ulteriore fondamentale obiettivo dell'ambiziosa indagine – come si è sottolineato⁶⁶⁴ – è stato quello

ragionevolezza ed alla sua non perfetta sovrapposibilità con il principio di proporzionalità in senso ampio – è presente anche negli Stati Uniti, e si ritiene che sia particolarmente viva in riferimento al sindacato sulla misura della pena. Se si domanda ad un professore nordamericano che si occupa di *proportionality review of excessive punishment under the eighth amendment* quali sono le relazioni tra *proportionality principle* inteso in senso ampio e *proportionality principle* in riferimento alla dimensione costituzionale statunitense della sanzione penale e del suo rapporto con la gravità del reato, risponderà quai sempre che il primo è del tutto distinto dal secondo e che quest'ultimo coincide con il *balancing of constitutional rights*. Tuttavia numerose problematiche sembrano in definitiva accomunare le due sfere (ad es., come si è visto, considerazioni di *rational basis*, di *least restrictive mean*, di *equal protection of laws*). Ancora una volta si notino le differenze terminologiche: in Italia, così come negli U.S.A. – a differenza che in altre realtà (ad es. Canada, Germania, Sud Africa, Israele) – l'utilizzo del termine “principio di proporzionalità”, quantomeno nel diritto penale (o meglio nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritto penale sostanziale), è stato per lo più confinato al settore di scrutinio costituzionale del *quantum* della reazione sanzionatoria rispetto al disvalore dell'illecito, e non al vaglio della legittimità costituzionale dell'*an* della criminalizzazione o del contenuto offensivo di fattispecie. Non è ovviamente possibile in questa sede – ove si intende solamente dare conto degli sviluppi della giurisprudenza costituzionale sul *quantum* della sanzione penale nei due ordinamenti – approfondire minimamente il dibattito intorno al tema della “*proportionality and global constitutionalism*”, meglio dunque limitarsi ad alcuni riferimenti bibliografici essenziali. Sulla diffusione del *proportionality test* su scala globale v. gli approfonditi studi di BEATTY D.M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, 2004, *passim*; BARAK A., *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, 2012, *passim*; BARAK A., *Proportionality* (2), in ROSENFELD M.-SAJO A. (edited by), *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*, Oxford, 2012, 738 ss.; SCHLINK B., *Proportionality* (1), in ROSENFELD M.-SAJO A. (edited by), *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*, Oxford, 2012, 718 ss.; STONE SWEET A., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Colum. J. Transnat'l. L.*, 2008, 72 ss.; SCHLINK B., *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, in *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 2012, 291 ss.; JACKSON V.C., *Constitutional Law*, cit., 3094 ss. Nella dottrina costituzionalistica più recente, per una affascinante indagine comparatistica sui principi di ragionevolezza e proporzionalità in numerosi ordinamenti, si veda, da ultimo, PENNICINO S., *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Roma, 2012, *passim*, si indaga la giurisprudenza della Corte Suprema, durante l'era *Lochner*, quando si elaborò il principio di ragionevolezza nell'alveo del *substantive due process* in part. 65-121. Un'interessante collegamento tra la tematica oggetto di studio ed il più vasto problema di legittimazione del giudiziario a svolgere il sindacato di proporzionalità *in senso ampio* sulle *azioni eccessive* dei pubblici poteri, sviluppato dal punto di vista di un giudice nordamericano, si trova in GERTNER N., *On Competence, Legitimacy, and Proportionality*, cit., 1585-1586.

⁶⁶³ Potrebbe pertanto essere messa in discussione la classificazione della Prof.ssa Lee di tale ipotesi ricostruttiva come “*Theoretical Approach*”, dal momento che essa non fa leva solamente sulla costituzionalizzazione di una o più teorie della pena, ma di fatto attinge ad un insieme di elementi diversificati.

⁶⁶⁴ SINGER R.S., *Proportionate Thoughts*, cit., 217, secondo il quale “*Richard Frase e Thomas Sullivan vogliono 'unirci' e farci parlare tutti lo stesso linguaggio, con lo stesso significato. E' un libro molto pensoso e ampio, loro sostengono che gli Americani dovrebbero seguire la guida dei giuristi Europei (e di altri paesi) che hanno già adottato la nozione di proporzionalità come approccio generale al giudizio di costituzionalità. Questo, loro sostengono fermamente, si risolverà in giudizi più chiari, più ponderati e più coerenti, che proteggeranno più efficacemente le libertà civili e i diritti civili di quanto non faccia oggi il miscuglio di linguaggio costituzionale*”.

di creare un *approccio uniforme*, sul modello dell'esperienza europea e globale, alla proporzionalità nella *constitutional adjudication* nordamericana.

Un paragrafo verrà dedicato alla concisa disamina di quelli che sopra sono stati definiti “*Court-Focused Approaches*”, approfondendo in particolare l'aspetto di palese contraddittorietà che è dato riscontrare nella giurisprudenza della *Supreme Court* tra il sindacato di eccessività costituzionale dei *punitive damages awards*, condotto in maniera penetrante, e la *judicial abdication* che ha al contrario contraddistinto l'attitudine dei *Justices* nei confronti delle pene detentive eccessive. Questo angolo visuale consentirà di valutare la sostanziale infondatezza ed insostenibilità storica, politica e costituzionale di una “*backwards jurisprudence*” (evoluzione giurisprudenziale “al rovescio”), che senza valide ragioni offre maggiore protezione costituzionale alle imprese condannate ad ingenti risarcimenti per danni punitivi, rispetto a soggetti condannati a pene detentive inverosimilmente sproporzionate rispetto al delitto commesso.

Si analizzeranno poi alcuni tra quelli che si sono – molto genericamente – qualificati come “*Interdisciplinary Approaches*”, ovverosia elaborazioni dottrinali che si sono proposte di ricostruire e rendere più intelligibile il significato del *proportionality principle* – con particolare riferimento alla controversa *line of cases* sopra illustrata – attingendo principalmente da dottrine *filosofiche* e *politiche*, oltreché da altri settori della giurisprudenza costituzionale statunitense e del diritto internazionale⁶⁶⁵. In questo ambito – a differenza che nei c.d. *Theoretical Approaches* – tendenzialmente non si assiste al tentativo di accordare preferenza ad una particolare teoria della pena nel contesto della *constitutional review*, ma si prova piuttosto a rinvenire il fondamento e legittimazione di un maggiore impegno del *judiciary* nel controllo della legittimità dell'azione legislativa in un più ampio contesto filosofico e politico, anche partendo dal presupposto che le *sentencing theories* si sono dimostrate incapaci di contribuire all'elaborazione di principi coerenti ed attuabili.

Infine si esaminerà la proposta dottrinale che ravvisa una forte analogia tra *gross disproportionality test* sulle condanne a pene detentive eccessive (così come emerso dallo sviluppo della giurisprudenza della Corte Suprema nei *non capital cases*, ma soprattutto nelle modalità con cui esso viene applicato dalle *lower courts*) e *rational basis test*, evidenziando in modo particolare l'elevatissimo grado di *deference* accordata dalle corti ai legislatori in entrambi i settori. Questo confronto si rivelerà assai utile al fine di sviluppare una disamina comparatistica a proposito di quella che sembra essere una caratteristica in comune tra le due esperienze, ovverosia il *judicial self-restraint* e la deferenza quasi incondizionata (e talvolta ingiustificata) accordata dalle corti ai legislatori, quando entrano in considerazione profili di incostituzionalità delle quantificazioni sanzionatorie.

Occorre infine precisare che – nella selezione e nello studio dei contributi – si è cercato sempre di

⁶⁶⁵ V. principalmente in questo filone RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 263 ss.; v. anche, in una prospettiva però più ampia ed onnicomprensiva relativa al rapporto tra *constitutional principles* e *substantive criminal law* (non focalizzandosi solo sul problema della *pena eccessiva*), DUBBER M.D., *Toward a Constitutional Law*, cit., 1 ss.

privilegiare ed approfondire le prospettive che si sono maggiormente focalizzate sui problematici sviluppi della *case-law* eletta ad oggetto principale della ricerca⁶⁶⁶.

Tali indagini paiono in definitiva essersi poste un obiettivo duplice.

Da un lato, su un piano “*pratico*”, quello di fornire alle corti un *analytical framework* più intellegibile, stabile ed attuabile per determinare quando una condanna a pena detentiva è così sproporzionata rispetto al reato da essere costituzionalmente illegittima per violazione della *cruel and unusual punishment clause*.

Dall'altro, in relazione al versante più “*teorico*” della questione, esse hanno inteso provare a *reformulare, rifondare, ridare un minimo di coerenza e significato* ad un *principio* che, pur essendo sempre esistito nella cultura giuridica e nella tradizione costituzionale statunitense, per derivazione dalla *common law* inglese, è stato di fatto del tutto dimenticato da parte dei legislatori (federale e statali) al momento di rispondere alle emergenze criminali, con *politiche criminali-sanzionatorie* di estrema severità, tali da raggiungere picchi repressivi sconosciuti in quasi tutte le altre democrazie occidentali. Di fronte a tale scenario, la Corte Suprema e le corti inferiori, tuttavia, a causa di tutti i problemi individuati e descritti, hanno quasi completamente *abdicato* al loro ruolo *istituzionale* di garanti del diritto individuale a non subire pene manifestamente eccessive.

Questo è un profilo sul quale è importante riflettere. L'origine e la natura di tutte le problematiche della *constitutional adjudication of excessive penalties* sono di matrice squisitamente *politica e legislativa*.

Possono essere messe a punto metodologie di analisi costituzionale sull'eccessività delle sanzioni estremamente efficaci, coerenti e prevedibili nei loro esiti, ma fin tanto che gli arsenali sanzionatori prodotti dai legislatori saranno caratterizzati da irrazionalità ed eccessi, le corti si troveranno a lottare e ad impegnarsi – all'evidenza per nobili e *normativamente* fondate ragioni – in un compito che *istituzionalmente* non gli spetta, e che quindi presenta aspetti di complessità sostanzialmente irrisolvibili⁶⁶⁷.

Una precisazione conclusiva.

Le tesi dottrinali di seguito riportate potranno soltanto essere sinteticamente enunciate, con il limitato scopo di offrire spunti di riflessione e dare conto dei termini attuali del dibattito statunitense, non essendo in alcun modo possibile procedere ad un approfondimento analitico, che richiederebbe invero una trattazione integralmente dedicata.

⁶⁶⁶ I pluricitati c.d. *modern prison duration cases* (*Rummel v. Estelle*; *Hutto v. Davis*; *Solem v. Helm*; *Harmelin v. Michigan*; *Ewing v. California*; *Lockyer v. Andrade*).

⁶⁶⁷ Si vedano in questo senso, già nel 1981, le illuminanti (ma del tutto inascoltate dai legislatori americani) parole del Professore Dressler, il quale, commentando la deludente pronuncia *Rummel v. Estelle*, sottolineava questo profilo “*L'effetto di Rummel deve essere quello di aumentare la pressione su coscienziosi legislatori per assicurare tale proporzionalità. La 'fonte e la forza' della proporzionalità deve risiedere nel potere legislativo. La legislatura non può più agire con la fiducia che la judicial review sarà in grado di impedire eccessi sanzionatori?*”, in DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 118.

2.4.2 Il *proportionality principle* desunto dall'Ottavo Emendamento essenzialmente fondato su valori di "giustizia retributiva"

Non è certamente questa la sede opportuna per analizzare compiutamente le numerose e diversificate teorie neoretributive del *sentencing* fondate sul modello del c.d. *Just Desert* ("Giusto Merito").

E' noto che esse, fondandosi su istanze di certezza, prevedibilità, proporzionalità ed eguaglianza del trattamento sanzionatorio, hanno avuto un ruolo assolutamente centrale nella riforma del sistema sanzionatorio penale statunitense, a partire dagli anni ottanta, e continuano, pur non essendo andate esenti da critiche, a godere della massima considerazione nella dottrina d'oltreoceano⁶⁶⁸.

La ben più circoscritta prospettiva d'indagine che qui interessa – coerentemente al fulcro della analisi, incentrato sulla elaborazione giurisprudenziale e sui profili di legittimità costituzionale – riguarda quelle ipotesi ricostruttive *variamente* tese ad interpretare la protezione costituzionale della CUPC contro le pene eccessive quale baluardo di tipo essenzialmente *retributivo*, anche al fine di dotare la Corte Suprema di parametri più stabili e certi (di un c.d. *analytical framework*), quando si cimenta nell'analisi costituzionale di proporzionalità della pena detentiva.

Questo tentativo di "recupero" delle istanze proporzionalistiche proprie delle teorie retributive nella dimensione costituzionale e della *judicial review*, all'evidenza, è stato innescato dal c.d. *penological pluralism*, enucleato da Justice Kennedy nella *concurring opinion* in *Harmelin*, e dal successivo completo svuotamento del c.d. *gross disproportionality test* nei due casi relativi alle *three strikes laws*.

Va precisato comunque che, sin da tempi più risalenti⁶⁶⁹, si è persuasivamente sostenuto che la CUPC, alla luce della sua stessa genesi storico-politica, sia diretta precipuamente a proteggere valori (e.g. dignità

⁶⁶⁸ Per un quadro di sintesi, sui presupposti filosofici e teorici del *just desert model*, v. nella letteratura italiana MANNOZZI G., *Razionalità e "giustizia"*, cit., in part. 135-75; ID., *Sentencing*, cit., e riferimenti bibliografici *ivi* riportati, nella letteratura in lingua inglese, senza alcuna pretesa di esaustività, v. VON HIRSCH A., *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, in *Crime and Justice*, 1992, Vol. 16, 55 ss. e, da ultimo, VON HIRSCH A.-ASHWORTH A., *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*, Oxford, 2005, *passim*.

⁶⁶⁹ Cfr. e.g. già GILCHRIST B.W., *Disproportionality in Sentences*, cit., 1121 ss. e 1167, secondo il quale la proporzionalità si configura come "una limitazione costituzionale al perseguimento degli scopi utilitaristici della pena" fondata sui concetti di colpevolezza soggettiva, danno sociale causato dal reato e dignità individuale (*just desert*) e "L'Ottavo Em. e le corrispondenti clausole costituzionali statali, come le altre salvaguardie che circondano il processo penale, furono adottate per proteggere dagli sporadici eccessi di zelo della maggioranza politica e dal perseguimento troppo forte di benefici sociali a danno della non meritata sofferenza individuale"; in tal senso v. l'eccellente discussione di DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., in part. 1073-1088, il quale, individuando il *background* filosofico del principio di proporzione, pone opportunamente in collegamento sistematico le garanzie costituzionali operanti nel campo del diritto penale processuale e sostanziale con i principi della *common law of crimes* (umanità; dignità; giustizia distributiva; colpevolezza-*mens rea*), per concludere che il principio di proporzionalità costituzionale della pena è fondato precipuamente su valori retributivi, come certifica il fatto che la Corte "parla sempre di dignità umana e di giustizia umana e decoro. Non si esprime nel contesto della razionalità propria della filosofia utilitaristica. L'Ottavo Em. è concepito per assicurare il rispetto del decoro – il principio di umanità – non la razionalità."; con toni sostanzialmente analoghi, valorizzando la *ratio* delle garanzie costituzionali operanti nell'ambito della giustizia penale, più recentemente, ritiene di potere identificare un solido fondamento retributivo al divieto di pene crudeli, inusuali o manifestamente eccessive rispetto alla gravità del delitto STINNEFORD J.F., *Rethinking Proportionality*, cit., in part. 962-968, laddove l'A. conclude che "La Corte Suprema dovrebbe riconoscere che l'eccessività alla stregua della CUPC è un concetto retributivo e non dovrebbe consentire ai legislatori di perseguire obiettivi utilitaristici a discapito della giustizia individuale. Quest'approccio sarebbe coerente con il significato originario della clausola e renderebbe l'approccio della Corte alla proporzionalità più coerente e protettivo dei diritti individuali".

umana; divieto di strumentalizzazione dell'essere umano per scopi di utilità sociale attraverso deliberazioni della maggioranza; necessità di proporzione tra colpevolezza soggettiva, danno sociale cagionato dal reato e misura della pena etc.), in definitiva coincidenti con quelli fondanti le teorie retributive della pena.

Più di recente, anche sulla scorta delle argomentazioni esplicitamente o implicitamente sviluppate in numerose decisioni della Corte Suprema, si è cercato di suggerire, per rafforzare l'analisi costituzionale sulla misura della sanzione, l'utilizzazione di una specifica versione della teoria retributiva, il c.d. *limiting retributivism*⁶⁷⁰.

Questo orientamento di c.d. "retributivismo moderato", che era già stato denominato "*modified desert model*" – recepito tra l'altro come schema teorico di *sentencing* nel *Model Penal Code* § 1.02 (2) (*tentative draft 2007*) – non richiede, in maniera rigida ed inderogabile, che le istanze di proporzionalità, eguaglianza e parità di trattamento vengano soddisfatte attraverso limiti fissati unicamente dal "giusto merito", che pure continua ad essere la finalità dominante nella determinazione della sanzione. La misura della pena "giusta", segnata dal grado di colpevolezza del reo e dalla gravità del danno sociale cagionato dal reato, costituisce i *limiti significativi* entro cui possono comunque essere perseguite finalità di prevenzione speciale positiva e deterrenza. La parità di trattamento risulta dunque essere un obiettivo soltanto "tendenziale", che lascia spazio agli altri scopi legittimamente perseguibili attraverso la previsione e l'irrogazione delle pene⁶⁷¹.

Come è stato definito da Norval Morris, studioso che ha ideato questo modello teorico, "*Il desert non è un principio che definisce positivamente, è un principio che limita. Il concetto di 'giusto merito' segna il limite massimo e minimo della pena che può essere inflitta per ogni delitto e contribuisce a definire i rapporti tra le pene previste tra i reati; esso non dà alcuna messa a punto in più al quantitativo di pena appropriato che questo. Le ulteriori variazioni debbono essere fatte in base a principi utilitaristici*"⁶⁷².

Questo approccio consente a tutte le tradizionali finalità della pena di ricoprire un ruolo, ma pone limiti esterni sia su coloro che possono essere puniti (solamente coloro che sono colpevoli) e quanto severamente essi possono essere puniti (all'interno di una gamma di pene che potrebbero essere considerate non ingiustamente severe né eccessivamente miti).

⁶⁷⁰ Su questo orientamento, nella letteratura italiana, cfr. MANNOZZI G., *Razionalità e "giustizia"*, cit., 42-44 e riferimenti bibliografici *ivi* effettuati. Negli U.S.A., da ultimo, ed in particolare nella direzione di attribuire valore normativo costituzionale a tale impostazione, SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 162; LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 125 ss.; GROSSMAN S., *Proportionality in Non-capital sentencing: The Supreme Court's Tortured Approach to Cruel and Unusual Punishment*, in *Ky. L.J.*, 1996, 107 ss. ed in part., sull'opportunità di impiegare nella *proportionality review* un approccio informato al *limiting retributivism*, 168 ss.

⁶⁷¹ LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 125 enfatizza che le uniche "versioni" della teoria del *Just Desert* che possono essere proficuamente impiegate nella dimensione costituzionale, per ridare significato allo scrutinio di legittimità sulla misura della pena da parte del giudiziario, sono quelle c.d. deboli (*weak*); negative (*negative*); limitanti (*limiting*), in quanto la teoria retributiva "innestata" nel tessuto costituzionale opera solo in termini negativi, come limite alla "socialmente opportuna" pratica del punire.

⁶⁷² Passo citato da GROSSMAN S., *Proportionality in Non-capital sentencing*, cit., 168. L'A. sostiene che l'approccio del *limiting retributivism*, concretamente declinato in termini "assoluti" e relazionali, è l'unico in grado di contemperare importanti considerazioni costituzionali, quali il primato legislativo ed il federalismo, con il dovere di salvaguardare il fondamentale ruolo esercitato dalla magistratura nella protezione dei diritti individuali.

Altri autori hanno proposto limiti flessibili di natura retributiva su basi differenti, enfatizzando in particolare l'importanza di evitare pene ingiustamente severe. Per esempio, il filosofo K.G. Amstronng afferma che la giustizia concede “*il diritto a punire gli autori di reati fino ad un certo limite, ma uno non è necessariamente ed inevitabilmente obbligato a punire fino al limite massimo consentito dalla giustizia ... per un insieme di ragioni (tra le quali il desiderio di correggere il criminale) la autorità appropriata potrebbe scegliere di punire un uomo meno di quanto è autorizzata a fare, ma non è mai giusto punire un uomo più di quanto merita*”⁶⁷³.

Tale modello, caratterizzato pertanto da maggiore flessibilità rispetto alle *Just Desert Theories* più radicali, ben si presta ad essere impiegato in sede di scrutinio di costituzionalità sull'entità della sanzione, conciliandosi meglio con l'esigenza di salvaguardare quel margine di discrezionalità politica particolarmente ampio del quale debbono disporre i legislatori nel perseguimento degli scopi di difesa sociale.

Si è rilevato, inoltre, che esso consente di elaborare *schemi operativi* di giudizio in grado di conferire più incisività al controllo. In quest'ottica, viene ad assumere valore preminente il concetto di c.d. *comparative desert*⁶⁷⁴, le cui declinazioni sono d'altra parte già abbondantemente rinvenibili nelle trame argomentative delle decisioni della Corte Suprema sulla proporzionalità della pena, sia capitale (in maggiore misura), che detentiva (si pensi alla *intra-jurisdictional analysis* ed alla *inter-jurisdictional analysis*)⁶⁷⁵.

Secondo certe posizioni dottrinali⁶⁷⁶, la “costituzionalizzazione” del *limiting retributivism* potrebbe in

⁶⁷³ Citazione tratta da SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 162

⁶⁷⁴ LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 134 ss.

⁶⁷⁵ LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 146 ss., il quale sostiene che il *comparative desert* abbia giocato un ruolo decisivo nella giurisprudenza sulla proporzionalità della pena, sia nel *capital* che nel *noncapital context*. Ad esempio, nei casi decisi in *Weems*, *Bajakajian* ed in *Solem v. Helm*. In quest'ultimo importante caso, in particolare, vi è una discussione esplicita sviluppata in termini di *comparative desert*. Come si legge nella sentenza “*Le corti sono competenti a giudicare la gravità di un reato, almeno su scala relativa*”, poi vengono enucleati alcuni principi ampiamente condivisi: “*i delitti non violenti sono meno gravi dei reati caratterizzati da violenza o da minaccia di violenza*”; “*rubare un milione di dollari è più grave di rubare cento dollari*”; “*un reato semplice non dovrebbe essere punito più severamente del reato complesso che lo include*”; “*un'aggressione con intenzione di uccidere è più grave di una semplice aggressione*”; “*il tentativo è meno grave del delitto consumato*”; “*le conseguenze accessorie del delitto non debbono essere sottoposte ad una pena maggiore del delitto principale*”; “*la condotta colposa è meno grave di quella dolosa*”. Per ulteriori approfondimenti sul concetto di *comparative desert* nella giurisprudenza costituzionale v. anche LEE Y., *Judicial Regulation of Excessive Punishments through the Eighth Amendment*, in *Fed. Sent'g Rep.*, 2006, 234 ss., laddove l'autore, pur non negando l'intrinseca vaghezza del concetto di proporzionalità e le sue ben note difficoltà “operative”, evidenzia la imprescindibilità dei criteri comparativi razionalizzanti, affinché il giudiziario federale eserciti un controllo effettivo sulle pene eccessive, impedendo che l'Ottavo Em. divenga lettera morta; v. altresì, più di recente, LEE Y., *Why Proportionality Matters*, cit., 1835 ss.; cfr. STEIKER C.S., *Proportionality as a Limit on Preventive Justice*, in AA. VV., ASHWORTH A. - ZENDLER L. - TOMLIN P. (edited by), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2013, 194 ss., in part. 200-201, laddove si mettono opportunamente in evidenza le diverse dimensioni della proporzionalità, “assoluta” (*cardinal*) e “comparativa” (*ordinal*). Si spiega inoltre come esse giochino un ruolo importante, ma diverso, nell'ambito del controllo di costituzionalità delle pene, più limitato riguardo alle sanzioni detentive manifestamente eccessive (solo eventuale, dopo la valutazione di proporzionalità assoluta, tramite l'*intra-jurisdictional* e l'*inter-jurisdictional analysis*), centrale ed imprescindibile per stabilire se la pena capitale sia sproporzionata rispetto a una specifica figura delittuosa o ad una categoria di *offenders*, tramite il sempre imposto accertamento dei c.d. *objective indicia of national consensus*. La valutazione comparativa in entrambi i contesti è tuttavia “servente” rispetto a quella di tipo assoluto.

⁶⁷⁶ LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 101 ss.

particolare costituire un efficace “*side constraint*”⁶⁷⁷, ossia un *limite invalicabile* dal ventaglio di scopi, tutti politicamente legittimi e socialmente desiderabili, che il legislatore intende perseguire attraverso la previsione e l’inflizione delle pene.

Si osserva, a supporto di questa prospettiva, che le corti in generale sono in una posizione istituzionale migliore e dispongono di strumenti più adatti per effettuare valutazioni relative alla colpevolezza soggettiva del reo ed al danno sociale causato dal reato, specialmente in termini comparativi ed intra-sistematici, di quanto non siano rispetto a considerazioni di tipo strumentale o orientate allo scopo (*consequentialist*), fondate su presupposti fattuali, che è opportuno lasciare integralmente alle determinazioni maturate in sede legislativa, ad esito del processo democratico.

In tal senso, censurando il completo “*disimpegno filosofico e penologico*” della Corte Suprema nel settore d’indagine, si rileva come un conto sia affermare, correttamente, che il disposto costituzionale di cui all’Ottavo Em. non impone ai legislatori di adottare nessuna specifica teoria della pena nello stabilire misure di pena che essi ritengano congrue e proporzionate, ben altra cosa è ritenere che la Costituzione non richieda al potere giudiziario di seguire una particolare teoria della pena nel decidere come fissare un qualche significativo limite (costituzionale) sulle entità di pena determinate dai legislatori⁶⁷⁸.

Le due idee non dovrebbero essere equiparate, ma la Corte si è espressa esattamente in questi termini, decidendo le questioni sulle leggi sulla recidiva californiane.

Ora, benché l’impostazione brevemente tratteggiata si riveli tutto sommato condivisibile nei presupposti teorici e filosofici di fondo, nonché coerente con il substrato valoriale dell’Ottavo Em.⁶⁷⁹, in base ad un’interpretazione rispettosa dell’*original meaning* della clausola⁶⁸⁰, e trovi riscontro in diversi passaggi argomentativi delle decisioni della Corte Suprema, si potrebbe dire che essa è stata di fatto ritenuta troppo *limitata* (*rectius*: inconciliabile con l’ampia gamma di finalità perseguibili attraverso la previsione

⁶⁷⁷ LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 105-06 e 128. L’A., mutuando le nozioni di *goal* (finalità) e *constraint* (limite) dall’elaborazione filosofica di Robert Nozick, argomenta in questo senso “*La nota distinzione tra ‘finalità’ da un lato e ‘limite’ dall’altro è molto istruttiva. Secondo il Professore Nozick, una finalità di una società semplicemente esprime un risultato finale che la società ambisce ad ottenere, mentre un limite pone regole di base che la società deve seguire nel perseguimento di questi scopi. Se uno scopo del governo americano è quello di minimizzare il numero di azioni terroristiche commesse nel paese, esso potrebbe essere perseguito in presenza di vari limiti, come ‘nessuna tortura’, ‘nessuna intercettazione telefonica o ambientale senza autorizzazione giudiziale’, ‘nessuna discriminazione razziale’, e così via. Un siffatto quadro scopi-limiti è appropriato per comprendere l’Ottavo Em. Questo significa anche che il retributivismo come ‘limite collaterale’ opera soltanto come ‘principio di limitazione’, e non come affermazione di una finalità che dev’essere perseguita. Cioè il retributivismo, inteso come limite collaterale, non esige che sia punito il colpevole; esso semplicemente afferma che le molteplici finalità della pena possono essere perseguite fin tanto che non è inflitta una pena che è immeritabilmente severa*”.

⁶⁷⁸ LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 161 ss.

⁶⁷⁹ Come è stato lucidamente evidenziato, “*il limiting retributivism pare essere l’approccio che la Corte Suprema ha applicato quando essa ha invocato principi retributivi. Questo approccio, che evidenzia i limiti sulle misure eccessive, è coerente sia con il testo dell’Ottavo Em. che con il ruolo delle garanzie costituzionali come protezioni dei diritti umani e baluardi contro l’ingiustizia e l’abuso del potere governativo*”, cfr. SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 162.

⁶⁸⁰ Per un’esplicita ricostruzione dell’Ottavo Em. quale *limite* all’istituzione della pena, cfr. ad es. la *dissenting opinion* del giudice Burger nel noto caso *Furman v. Georgia*, laddove si è argomentato “*Il tema principale dei dibattiti relativi all’Ottavo Em. riguardava il fatto che i fini delle leggi penali non possono mai giustificare l’utilizzo di misure di estrema crudeltà per essere ottenuti*”.

di determinati livelli di pena)⁶⁸¹ e pertanto rigettata dalla giurisprudenza costituzionale statunitense.

Altri autori hanno cercato di ricostruire una teoria della proporzionalità costituzionale della pena ispirata ad istanze retributive, ora modellandola specificamente sui precisi passaggi analitici del c.d. *gross disproportionality test*, fuoriuscito da *Harmelin v. Michigan*, per tentare di restituirgli un qualche mordente⁶⁸², ora attraverso complesse letture “originaliste” del testo della CUPC, coniugate con istanze retributive⁶⁸³.

In conclusione, pur dovendosi condividere l’aspirazione di fondo comune a tali inquadramenti, ovverosia quella di “costituzionalizzare” le istanze di giustizia derivanti dalle teorie del “giusto merito”, al fine di “resuscitare” la salvaguardia costituzionale, precisando meglio i criteri di giudizio e i metodi di analisi sulle pene eccessive, essi debbono scontrarsi con due criticità di fondo difficilmente superabili.

Anzitutto, come s’è rilevato, il controllo di costituzionalità sulla misura delle pene, per come svolto dalle corti nella prassi, ben difficilmente si presta a seguire un’unica, specifica e piuttosto sofisticata elaborazione teorica, come il c.d. *limiting retributivism*.

Secondariamente, oltre alla confusione che regna sovrana nei percorsi della giurisprudenza della

⁶⁸¹ Va osservato invero che la Corte non si è mai specificamente confrontata con la questione di un eventuale utilizzo della sofisticata versione del *limiting retributivism* nell’analisi di proporzionalità, coerentemente al disimpegno filosofico ed alla più ampia deferenza accordata alle opzioni politiche sul *quantum* di pena. Quando i giudici supremi fanno riferimento, anche in via implicita, a nozioni di tipo retributivo, sembrano più che altro ragionare in termini d’intuizione o di “senso comune”.

⁶⁸² LEE D.H., *Resuscitating Proportionality*, cit., 527 ss., la quale, partendo dal insoddisfacente stato dell’elaborazione giurisprudenziale della Corte Suprema (in particolare, dai cinque principi fondamentali nella *non capital proportionality review* enucleati dal giudice Kennedy in *Harmelin*: utilizzo di fattori di natura oggettiva; primato dei legislatori; pluralismo penologico; necessità di rispettare la struttura federale; risultante “limitato” principio di proporzionalità, meglio definibile come di “evidente sproporzione”) e dalla abbondante produzione scientifica, propone di rimodulare i principi che governano la materia, con lo scopo in particolare di conferire una qualche certezza ed oggettività alla valutazione iniziale (c.d. *threshold test*), ossia il raffronto “in termini assoluti” tra gravità del reato ed entità della pena inflitta, che precede, e il più delle volte preclude, gli ulteriori raffronti comparativi intrastatali ed interstatali. Più specificamente, l’A., interpretando il disposto dell’Ottavo Em. sulla scorta di istanze retributive, formula tre ulteriori principi, per meglio specificare quelli già individuati da Kennedy. Rispetto alla necessità di informare il giudizio a fattori oggettivi, è fondamentale il concetto di trasparenza (*transparency*), ovverosia lo sviluppo da parte delle corti di standard oggettivi intellegibili in base ai quali viene svolta la valutazione iniziale, con riferimento ai fatti concreti che vengono vagliati. In secondo luogo, riguardo al primato legislativo, la limitata deferenza (*limited deference*), sempre uniformandosi ad un approccio caso per caso, che impedisca di abdicare completamente rispetto alle scelte legislative. Infine, in relazione al pluralismo penologico, viene posta in evidenza la esigenza di uniformarsi ad un condiviso senso di giustizia (*felt sense of justice*), ispirato ad ideali retributivi, non dissimili da quelli che si sono brevemente descritti, che in sede giudiziaria possono trovare una soddisfacente applicazione. Oltre a questa “rivisitazione” dei principi desumibili dalla *case-law* costituzionale, l’A. elabora sei ulteriori fattori per l’analisi, da applicare in seno alla prima fase del test, quattro riferiti alla stima della gravità del reato oggetto di controllo: danno (*harm*); colpevolezza (*culpability*); violenza (*violence*); gravità complessiva del delitto calcolata in base ai tre fattori precedenti (*magnitude of the crime*) ed altri due riferiti alla sentenza irrogata: la “reale” entità di pena inflitta che verrà probabilmente scontata (*the actual sentence likely to be served rather than the imposed sentence*) e l’età e le reali opportunità di vita del reo al tempo della sua probabile liberazione (*the offender’s age and life opportunities at the time of his or her likely release*). Come si può evincere, dunque, una prospettiva di particolare interesse, che si distacca dalle elaborazioni più squisitamente teoriche, proponendosi come strumento pratico, ad uso concreto delle corti.

⁶⁸³ V. ad es. la proposta di PARR S.T., *Symmetric Proportionality*, cit., 41 ss., in part. 59-69, il quale, sulla scorta di valutazioni connesse alla teoria retributiva della pena, congiunte ad una lettura critica della CUPC, secondo cui il principio di proporzionalità non era stato originariamente contemplato dai *framers*, ma si è successivamente sviluppato nella c.d. Era della Ricostruzione, in cui il *Bill of Rights* ha assunto i connotati di protezione dei diritti individuali rispetto alle determinazioni della maggioranza, critica gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale federale e avanza una nuova (e asseritamente più coerente con la storia) versione di c.d. *symmetric proportionality*. Il divieto di pene eccessive di cui all’Ottavo Em. dovrebbe infatti essere applicato anche alle sanzioni eccessivamente miti rispetto al disvalore del fatto reato (*in malam partem*). Si nota al proposito che in tutte le decisioni che hanno affrontato il tema della misura della pena non si fa mai riferimento a sanzioni sproporzionate in eccesso, e dunque anche il linguaggio ed i precedenti costituzionali sarebbero compatibili con la versione della “proporzionalità simmetrica”.

Supreme Court in punto di finalità della sanzione, occorre ricordare che ad avviso di alcuni giudici supremi conservatori (Scalia, Thomas) la proporzionalità è un concetto intrinsecamente ed unicamente retributivo, tanto che una volta che si riconosce spazio alle altre finalità della pena (c.d. *penological pluralism*), risulta impossibile persino parlare di proporzionalità, al di fuori del contesto della pena capitale.

Queste difficoltà suggeriscono dunque di allargare lo sguardo, esaminando brevemente un orientamento che non si muove su un terreno *esclusivamente* “penologico”, ma cerca di elaborare un concetto di proporzionalità costituzionale più ampio, che attinge anche da altri settori della *judicial review* e dall’elaborazione maturata in ordinamenti stranieri.

2.4.3 Il *proportionality principle* desunto dall’Ottavo Emendamento come “*broad constitutional review analytical framework on excessive government actions*”

Autorevoli esponenti della dottrina statunitense⁶⁸⁴, spinti tanto dall’intento di aprire un *vero e proficuo dialogo* con la comunità internazionale⁶⁸⁵, quanto dall’insoddisfacente stato dell’elaborazione

⁶⁸⁴ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 1 ss., sull’operatività dei principi di proporzionalità costituzionale, seppur in via implicita, nella materia processuale penale, v. 95-114; per la responsabilità penale (*proportionality limitations on criminal liability*), v. 115-28; per le sanzioni criminali e quasi criminali v. 129-68. Tale approccio teorico era stato precedentemente sviluppato in particolare nei contributi di FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 571 ss.; FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences*, cit., 39 ss.

⁶⁸⁵ Particolarmente interessante, sotto questo profilo, la trattazione sintetica delle applicazioni del principio di proporzionalità in “senso ampio” nella giurisprudenza costituzionale di numerosi paesi stranieri, quali il Canada, la Germania, la Francia, la Polonia e l’Ucraina, e nelle pronunce della CGUE, scenari in cui si rivengono numerose forme di principi di proporzionalità esplicitamente declinati in termini di scopi-benefici e mezzi-alternativi, e che dovrebbero, ad avviso degli AA., “ispirare” anche le corti americane, cfr. SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 9-11 e 26-35; v. altresì FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 623-627. Per quanto più specificamente concerne la materia investigata, l’*unconstitutionally excessive sentencing*, vi sono altri preziosi riferimenti rispetto alle esperienze maturate in ordinamenti di *common law*, dove viene attuato un più o meno pervasivo scrutinio delle pene eccessive, in particolare il Canada, l’Inghilterra ed il Sud Africa. In riferimento al primo paese, al fine di segnalare il diverso approccio rispetto agli U.S.A., si richiama il precedente fondamentale in materia *Smith v. The Queen*, [1987] 40 D.L.R. (4th) 435, allorché la *Supreme Court* canadese dichiarò costituzionalmente illegittima per violazione della *Section 12* della *Canadian Charter of Rights and Freedom*, che fa divieto di “*cruel and unusual treatment or punishment*”, una pena minima obbligatoria di sette anni di reclusione per l’importazione di un quantitativo esiguo di narcotici. In quell’occasione, nel controllo di costituzionalità, interagirono standard di tipo sostanzialmente retributivo con parametri di razionalità. La pena minima di sette anni si mostrava infatti eccessiva rispetto alla colpevolezza del reo ed alla lesione dell’interesse protetto dal reato, e l’automatismo provocava una sperequazione evidente nei casi di minore gravità. L’analisi di proporzionalità fu sviluppata anche con riferimento alla disposizione di cui all’art. 1, la c.d. *limitations clause*, che prevede che ogni diritto stabilito dalla Carta (dunque anche quello a non subire pene o trattamenti crudeli ed inusuali di cui alla Sez. 12), può essere sottoposto a “limiti ragionevoli così come possono essere chiaramente giustificati in una società libera e democratica”. In questo senso, venne rilevato che lo scopo perseguito dalla norma (disincentivare l’importazione di droga) fosse di per sé abbastanza importante per giustificare un superamento dei limiti retributivi segnati dalla Sez. 12, ma si appurò nondimeno che il mezzo utilizzato per perseguire lo scopo legittimo era stato eccessivo e non strettamente necessario, rispetto ad altri disponibili, meno invasivi ed egualmente efficaci. La Corte concluse che “*Non è necessario condannare i piccoli corrieri ad una pena di sette anni di reclusione al fine di dissuadere coloro che commettono reati più gravi*”. L’esperienza canadese, che meriterebbe ben altro spazio per una compiuta analisi e si mostra in costante e dinamica evoluzione, è stata oggetto di disamina da parte della dottrina italiana, v. ad es. SCERBO A., *La protezione contro pene crudeli ed inusitate nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, in ROLLA G. (a cura di) *L’apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell’ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, 475 ss.; SCERBO A., *Culture e discipline costituzionali in tema di pena: Italia, Stati Uniti e Canada a confronto*, in *Questione giustizia*, 2010, 5, 152 ss.; cfr. altresì VAGLIASINDI G.M., *Introduzione allo studio del diritto penale canadese. I principi*, Padova, 2012, 99-108; nella letteratura in lingua inglese, in termini generali sulla proporzionalità costituzionale della pena in Canada, cfr. BERGER B.L., *Constitutional*

giurisprudenziale della Corte Suprema in materia di controllo di proporzionalità delle pene, hanno tentato di “*ristrutturare*” il test di costituzionalità, ridefinendone i contorni in base a principi più chiaramente definiti, mutuati sia dalle esperienze maturate nella *judicial review* in riferimento ad altri settori normativi nel diritto nordamericano (penale e non)⁶⁸⁶⁶⁸⁷, che dall’elaborazione teorico-filosofica in punto specifico di teorie della pena (c.d. *subconstitutional sentencing theory*).

La proposta concreta avanzata da questi studiosi – in estrema sintesi – è quella di adottare (analogamente a quanto avviene in numerosi ordinamenti stranieri) *espressamente* il linguaggio dell’analisi di proporzionalità, tramite l’applicazione di un test trifasico con passaggi analitici indipendenti ed autonomi (in esito ad ognuno dei quali si potrebbe dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’atto scrutinato), uniforme per tutte le c.d. *azioni governative eccessive che vanno ad incidere sui diritti individuali*, composto da tre sotto-principi (in tal senso si parla infatti di una *pluralità di proportionality principles* nel contesto statunitense), che paiono già ben radicati in diversi contesti normativi, statunitensi ed internazionali⁶⁸⁸.

Il primo di essi, c.d. *retributive proportionality principle* (principio di proporzionalità retributiva), dovrebbe essere informato a quel sottotipo di teoria retribuzionistica flessibile che è il c.d. *limiting retributivism*, le cui caratteristiche si sono sopra concisamente tratteggiate⁶⁸⁹.

Principles in Substantive Criminal Law, in *Osgoode Legal Studies Research Paper No. 19/2014*, 1 ss.; FISH M. J., *An eye for an eye: proportionality as a moral principle of punishment*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, 2008, 1, 57 ss. Per un’interessante comparazione, che enfatizza la differente attitudine, “attivista” da una parte, di completa abdicazione dall’altra, tra le esperienze di sindacato di costituzionalità delle pene eccessive in Canada e negli U.S.A., v. BAKER R.B., *Proportionality in the Criminal Law: The Differing American versus Canadian Approaches to Punishment*, in *Inter. Am. L.Rev.*, 2008, 483 ss.; cfr. altresì sul punto JACKSON V.C., *Constitutional Law*, cit., 3186-3187.

⁶⁸⁶ Molteplici sono i settori normativi passati in rassegna ed approfonditi da questa dottrina, al fine di rinvenire principi di proporzionalità, implicitamente o esplicitamente utilizzati nel sindacato di costituzionalità svolto dalle corti nordamericane. Ci si limita pertanto a richiamare soltanto i più significativi. Per quanto concerne la materia processuale penale, si sostiene ad esempio che la giurisprudenza costituzionale sul divieto di perquisizioni e sequestri ingiustificati di cui al Quarto Em. alla Costituzione Federale (*unreasonable search and seizures*) ed il correlato standard di *reasonableness balancing*, contenga numerosi esempi di applicazione implicita di principi di proporzionalità fini-benefici e mezzi-alternativi, volti a tutelare il sospettato rispetto all’intervento della polizia. Relativamente alla materia della *criminal liability* si individuano limiti di proporzionalità, prevalentemente fondati su considerazioni correlate alla colpevolezza soggettiva, conoscibilità del precetto e prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni, nei c.d. *fair notice requirements* (divieto di leggi retroattive; *void for vagueness rule*). Analogamente, hanno natura di *limiting retributive proportionality* la sopra esaminata giurisprudenza in materia di c.d. *status crimes* (*Robinson v. California*) e lo standard probatorio dell’oltre ogni ragionevole dubbio. Per quanto concerne le misure sanzionatorie penali e quasi penali, si esaminano a fondo gli standard di proporzionalità elaborati nel controllo di costituzionalità sulla pena di morte, sui metodi di esecuzione, sul trattamento dei detenuti, sulle cauzioni eccessive, sui danni punitivi eccessivi, sulle confische penali.

⁶⁸⁷ Riguardo alla materia extra-penale, vengono individuati principi di proporzionalità impliciti nella *common law of damages*, nei tre c.d. *tiers of review* adottati nel controllo di eguaglianza delle leggi e sui c.d. *fundamental rights* (*rational basis test*; *intermediate scrutiny*; *strict scrutiny*). Vengono poi esaminati principi di proporzionalità esplicita in singole aree dell’elaborazione giurisprudenziale americana (v. ad es. *the rough proportionality of land-use permit conducts*; *proportionality of attorney’s fees awards in civil rights cases*).

⁶⁸⁸ Sono quattro in particolare le tesi enunciate in apertura dagli AA.: 1) che il controllo di proporzionalità sta emergendo nella *judicial review of legislation* degli Stati Uniti, ma non è ancora una teoria unificata; 2) che la proporzionalità, anche quando invocata esplicitamente (come nel settore delle sanzioni penali eccessive), non è stata applicata in modo coerente; 3) che gli standard di proporzionalità dovrebbero essere definiti più chiaramente in base alle linee suggerite; 4) che ogni pubblica intrusione governativa che limita o minaccia i diritti e l’autonomia individuale dovrebbe essere sottoposta a una qualche forma di controllo di proporzionalità. Così SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 6.

⁶⁸⁹ Cfr. SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 6-7 e 161-62; FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 590-92; FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences*, cit., 40-43.

Come precisano gli Autori sul punto “*Le corti ed i legislatori utilizzano parecchi principi di proporzionalità di matrice retributiva ed utilitaristica come criteri nel decidere se una determinata misura è eccessiva. La proporzionalità retributiva ambisce ad assicurare una relazione proporzionata tra la pena o l’importo del risarcimento del danno e la colpevolezza dell’agente, misurata in base al danno cagionato ed all’elemento psicologico, ai motivi, alla capacità mentale, ed allo specifico contributo prestato nella condotta comune. Mentre un approccio retributivo puro riconosce nella colpevolezza il solo criterio valutativo, il limiting retributivism, o modified just desert, utilizza la proporzionalità per definire una gamma di sanzioni appropriate stabilendo limiti massimi e minimi. Così, l’approccio del limiting retributivism controlla sia chi può essere ritenuto responsabile che quanto severamente tale soggetto può essere punito. In questo libro ci riferiamo a questi due principi di matrice retributiva, se applicabili, rispettivamente, come principi retributivi che limitano la responsabilità e principi retributivi che limitano la severità*”.

Tale impostazione – si argomenta – è infatti l’unica che può essere innestata in maniera fruttuosa nella *dimensione costituzionale federale*, non invadendo le prerogative legislative e la sovranità dei singoli stati federati, al contempo fissando livelli massimi di pena, oltre i quali le finalità perseguite in sede politica non possono spingersi, al fine di assicurare un livello adeguato di protezione ai ben noti *core values* posti alla base dell’Ottavo Em.

Gli altri due sotto-principi di c.d. *nonretributive proportionality*, riconducibili ad una matrice di c.d. *utilitarian proportionality*⁶⁹⁰, sono tratti dalla filosofia elaborata da Cesare Beccaria e Jeremy Bentham sui profili attinenti al principio di proporzione delle sanzioni penali, nonché dalla copiosa produzione scientifica successiva in materia di teorie relative della pena⁶⁹¹.

Essi, più che a salvaguardare l’individuo rispetto agli eccessi ed agli abusi dei pubblici poteri, mirano, in ambito penale-sanzionatorio, a fungere da limiti ulteriori rispetto alla gamma di opzioni razionalmente percorribili dal legislatore.

Il primo viene denominato *ends-benefits proportionality principle* (principio di proporzionalità relativo agli scopi-benefici). In virtù dell’applicazione di questo sottoprincipio, la pena irrogata potrà essere giudicata sproporzionata/eccessiva (ed incostituzionale) qualora i costi e i pesi della condanna (o i costi e pesi aggiunti rispetto ad una condanna meno severa) risultino preponderanti rispetto ai probabili benefici (o ai benefici aggiunti) prodotti dalla condanna.

Il secondo è definito *alternative-means propoportionality principle* (principio di proporzionalità relativo ai mezzi-alternativi, anche definibile come principio di necessità – *parsimony principle*).

⁶⁹⁰ Gli AA. tengono infatti a precisare che la loro elaborazione, tesa a fornire un quadro normativo preciso di riferimento (c.d. *normative framework*) per sviluppare l’analisi di costituzionalità sulla misura della pena, si propone di superare l’*impasse* di quelle posizioni che ritengono che il concetto di proporzione sia intrinsecamente retributivo, e perda dunque ogni significato in un contesto di c.d. *penological pluralism*, come quello costituzionale. Cfr. FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences*, cit., 40.

⁶⁹¹ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 6-7 e 162-65; FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 592-97; FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences*, cit., 43-49.

Alla stregua di tale corollario, la pena inflitta potrebbe essere ritenuta sproporzionata (cioè, non necessaria e perciò eccessiva) se confrontata con altri mezzi, meno costosi o gravosi, ma comunque idonei ad ottenere gli stessi obiettivi.

Il proposito dello studio, di per sé molto apprezzabile, nella sua intenzione di fare chiarezza nel magmatico e contraddittorio coacervo di argomentazioni delle decisioni della Corte Suprema, attraverso una più chiara formulazione dei metodi d'analisi, con lo scopo di dare forma ad un test di proporzionalità "in senso ampio", idoneo a garantire una maggiore protezione dei diritti fondamentali, sconta tuttavia notevoli difficoltà⁶⁹².

Se infatti è vero che in numerose *opinions*, che si sono analizzate, è dato riscontrare, quantomeno in forma implicita, ragionamenti modellati su questi *sottoprincipi*⁶⁹³, purtuttavia si rivela particolarmente

⁶⁹² Per una critica ben articolata, tesa a mettere in dubbio l'assunto secondo cui il "trapianto" di un test di proporzionalità omogeneo per scrutinare tutte le azioni dei pubblici poteri che sacrificano eccessivamente i diritti individuali garantirebbe un effettivo innalzamento della protezione accordata in base all'Ottavo Em. ai soggetti sottoposti a pene manifestamente eccessive, v. SINGER R.G., *Proportionate Thoughts*, cit., 217 ss. ed in part. sulle sanzioni penali, 229-244. D'altro canto sono gli stessi AA. a rendersi conto delle forse insormontabili difficoltà insite in una tipologia d'analisi siffatta, condotta in un'ottica strumentale di costi-benefici e mezzi alternativi. Le corti impegnate nella *judicial review of excessive penalties*, infatti, sarebbero sempre sul punto di travalicare nell'area di discrezionalità politica dei legislatori, con valutazioni connesse a presupposti empirici e fattuali, meglio apprezzabili e ponderabili attraverso il processo democratico. Questa consapevolezza emerge anche dal fatto che viene dedicato un apposito paragrafo alle "differenze tra l'analisi di politica pubblica e di proporzionalità costituzionale" (*differences between public policy and constitutional proportionality analysis*), ove si precisa che "Un'altra differenza tra l'analisi di proporzionalità svolta in sede legislativa e quella costituzionale è correlata ai limiti intrinseci dello stabilire limitazioni costituzionali. La politica pubblica può aspirare ad un rapporto il più preciso possibile tra costi e benefici ed alla scelta più efficiente possibile tra mezzi alternativi. Tuttavia, quando le corti cercano di applicare limiti di proporzionalità costituzionali alle pene, esse dovrebbero intervenire solo se i pesi sull'imputato sono chiaramente eccessivi rispetto ai benefici o se sanzioni egualmente efficaci o altre misure sono evidentemente meno gravose. Questi limiti intrinseci delle decisioni nel controllo di costituzionalità si rispecchiano (ma in una misura eccessiva) nei requisiti dettati dalla Corte Suprema di "evidente sproporzione" in forza dell'Ottavo Em.", SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 165-66.

⁶⁹³ In questo senso, la dottrina in esame individua alcune specifiche decisioni e *dissenting opinions* in cui sono stati applicati implicitamente tali sottoprincipi, cfr. FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences*, cit., 57-59. La decisione in cui viene sviluppata una teoria della proporzionalità della pena più soddisfacente è forse *Solem v. Helm*. In quella sede – si rileva – la *majority opinion* estesa dal giudice Powell adottò anzitutto implicitamente principi di proporzionalità di natura retributiva, affermando che la gravità del delitto, a fini costituzionali, deve essere valutata alla stregua di due fattori: il danno causato o minacciato alla vittima ed alla società e la colpevolezza del reo, includendo l'elemento psicologico ed il movente. Nella stessa decisione fu accennata anche un'analisi di proporzionalità di tipo utilitaristico (*ends-benefits proportionality/alternative-means proportionality*), allorché Powell affermò che nella storia criminale dell'imputato non vi era traccia di alcun episodio di violenza, che una condanna all'ergastolo precludeva ogni incentivo ad affrontare il chiaro bisogno di cure per l'alcolismo, e che pertanto pareva improbabile che la pena irrogata contribuisse in alcun modo significativo al perseguimento degli obiettivi del sistema di giustizia penale. Anche in diverse opinioni dissenzienti vi è un riferimento più o meno chiaro a principi di proporzionalità di matrice retributiva e/o utilitaristica. Il giudice White, in *Harmelin v. Michigan*, espresse disaccordo in base ad un principio di *limiting retributivism*, sottolineando il fatto che l'opinione di maggioranza si era indebitamente concentrata solo sul profilo del "danno potenziale" derivante dallo stupefacente, trascurando la colpevolezza individuale di Harmelin. Nello stesso caso il giudice Stevens criticò la natura obbligatoria della pena dell'ergastolo, ritenendo tale presunzione generale di incorreggibilità di tutti i rei infondata ed irrazionale, perché di natura troppo ampia e dunque non necessaria, così implicitamente riconoscendo una violazione del principio di proporzionalità dei mezzi-alternativi. Ancora, nel caso *Ewing v. California*, il giudice *liberal* Breyer dissentì fermamente, criticando la portata applicativa troppo ampia della "legge dei tre colpi californiana", in relazione allo scopo che si intendeva perseguire. In particolare, l'obiettivo dichiarato era quello di impedire la commissione di reati gravi o violenti tramite la deterrenza e la neutralizzazione, ma in realtà tutti i reati potevano costituire il "terzo strike", compresi molti reati contro il patrimonio di scarsa gravità. Breyer concluse, così ragionando, che "La condanna di 25 anni inflitta a Ewing equivale ad un'esagerazione in relazione agli scopi del legislatore". Infine, anche Justice Souter, nel veemente parere difforme in *Lockyer v. Andrade*, seguì un *reasoning* informato al principio di proporzionalità mezzi-alternativi. Andrade era stato condannato a una pena da 50 anni all'ergastolo (due termini consecutivi da 25 anni). La *ratio* posta a fondamento della disciplina californiana era dettata dalla asserita pericolosità dei delinquenti incorreggibili, tale da giustificare una sanzione da 25 anni all'ergastolo. Souter sostenne che era del tutto irrazionale condividere l'assunto secondo cui Andrade, commettendo il secondo furto che innescò la comminazione di una secondo termine di detenzione, si fosse dimostrato in qualche modo

difficoltoso conciliarli con il test elaborato nel *noncapital context*, così come sviluppatosi nella successione di pronunce *Solem-Harmelin-Ewing*, e valutare conseguentemente se i casi avrebbero potuto avere un esito diverso, nello specifico più favorevole agli imputati.

In esito alla discussione relativa all'eventuale "innesto" della metodologia d'analisi proposta⁶⁹⁴ (test trifasico: 1) *limiting retributive proportionality*; 2) *ends-benefits proportionality*; 3) *alternative-means proportionality*) negli standard di giudizio già elaborati dalla Corte, gli Autori concludono in maniera ottimistica "Riassumendo, in tutti i sei casi moderni sulla durata della pena detentiva affrontati dalla Corte, un'applicazione più precisa dei principi di proporzionalità di natura retributiva-limitante e utilitaristica relativa agli scopi ed ai mezzi fornirebbe solidi argomenti a favore di una conclusione per l'evidente sproporzione, almeno come questione iniziale (c.d. threshold matter), così consentendo l'applicazione degli standard di *Solem nn. 2 e 3*, più oggettivi e maggiormente protettivi per l'imputato"⁶⁹⁵.

Sotto un profilo più ampio, l'orientamento in parola si propone di omogeneizzare sotto un'unica metodologia d'analisi (il c.d. test di proporzionalità) la molteplicità di linguaggi, strumenti e livelli di sindacato che contraddistinguono il disintegrato scenario del controllo di costituzionalità delle leggi negli U.S.A., che si presenta così per il ben noto "*ad hoc approach to decision making*", apprezzabile anche in riferimento ai c.d. *prison duration cases*.

A tale proposito, limitandoci al tema di indagine, deve essere evidenziato un particolare aspetto problematico, che parrebbe poter accomunare l'esperienza statunitense e quella italiana.

Come si è visto, nel contesto italiano, per vagliare gli eccessi e le sperequazioni sanzionatorie emergenti dal dato normativo, sono principalmente utilizzati il canone ed il linguaggio della ragionevolezza, ed essi si mostrano non completamente coincidenti, quanto a forma e contenuti, ai controlli di proporzionalità "a tre gradini" diffusi nello scenario sovranazionale. Allo stesso modo gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale nordamericana in materia rivelano come, nonostante vi sia un utilizzo della locuzione "controllo di proporzionalità delle pene eccessive", al di là del mero dato linguistico, coesistono in realtà una pluralità disorganica di criteri contenutistici ed argomentativi, il più delle volte espressi in maniera confusa, senza la necessaria chiarezza e consequenzialità nelle motivazioni.

Alla luce di questa caratteristica condivisa, occorre domandarsi, riguardo ad entrambi gli ordinamenti, e, più specificamente, rispetto al circoscritto ambito delle sanzioni penali così sproporzionate da essere incostituzionali, se l'impiego di una nuova, diversa e più solidamente strutturata tipologia di controllo garantirebbe maggiore protezione e prevedibilità applicativa.

"doppiamente pericoloso". Detta altrimenti, lo stato non era in grado di dimostrare che una pena di 25 anni, o, comunque, una pena molto inferiore a cinquant'anni, sarebbe stata inadeguata a perseguire gli scopi di neutralizzazione affermati dalla California.
⁶⁹⁴ Una discussione particolarmente dettagliata, caso per caso, riguardo alla prospettiva di applicare il nuovo *theoretical framework* ai casi già affrontati dalla Corte Suprema, e su come essi sarebbero stati ipoteticamente risolti in maniera diversa, si trova in FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 627-46; cfr. altresì SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 141-46.

⁶⁹⁵ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 146.

Questo è forse lo spunto più interessante – anche dalla prospettiva italiana – offerto dall’indagine ad ampio spettro dei Professori Frase e Sullivan, che può essere tradotto in un interrogativo finale: se le corti americane, ed in particolare la *Supreme Court*, adottassero una metodologia d’analisi di proporzionalità stabile ed uniforme nei vari settori normativi scrutinati, sarebbe effettivamente assicurato un livello di protezione più alto del diritto costituzionale a non subire pene manifestamente eccessive, rispetto a quello, invero meno che minimo, attualmente garantito?

Ora, ben potendosi tendenzialmente rispondere in maniera affermativa a tale quesito (anche perché si fatica davvero ad immaginare un’elaborazione giurisprudenziale più contraddittoria e debole di quella oggetto d’analisi), in conclusione è nondimeno opportuno rilevare, in chiave critica, che la proposta in esame, pur volgendo lo sguardo, in modo apprezzabile, oltre i confini nazionali e ad altre branche normative sottoposte a controllo di costituzionalità, rimane sempre ancorata ad un tentativo di “costituzionalizzare” determinate teorie della pena (*limiting retributivism* e teorie miste di stampo utilitaristico), al fine di intensificare il controllo sulla misura della sanzione.

Va rilevato che proprio questo tratto potrebbe condannare la suggestiva ipotesi avanzata a non avere ulteriori sviluppi nella prassi giurisprudenziale nordamericana.

Proprio i c.d. *substantive penological judgments*, sottostanti ad ogni quantificazione sanzionatoria, sono infatti, secondo le note e ripetute prese di posizione della Corte Suprema, sempre integralmente da lasciare alle determinazioni politiche della maggioranza, con esercizio della più ampia *deference* nella *judicial review*.

Il fatto di avere dunque “*associato inscindibilmente*” l’elaborazione di una teoria della proporzionalità costituzionale della pena a determinate finalità della stessa, seppur in uno rinnovato scenario, più ampio, con preziosi riferimenti comparatistici ed interdisciplinari⁶⁹⁶, potrebbe costituire il dato più criticabile di questa posizione, tale da precludere in definitiva un effettivo superamento dell’attuale contraddittorio panorama⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ Molto apprezzabile la metodologia ampia e multidisciplinare utilizzata nello studio, illustrata in questi termini “*I descritti valori vantaggiosi della proporzionalità possono essere meglio compresi attraverso un esame della esperienza domestica, straniera e internazionale, così come della storia. La disamina della proporzionalità in un’ampia prospettiva storica e comparatistica dimostra l’universalità di questi principi nello spazio e nel tempo – questi sono concetti fondamentali, di lunga data e diffusi nella elaborazione giurisprudenziale Europea e Statunitense. Ovviamente, quando si fanno confronti, anche nell’ambito della legislazione interna, lo specifico contesto dottrinale delle regole è importante. Nondimeno, c’è un grande valore nel comparare le regole o i sottostanti principi in contesti dottrinali differenti – una sorta di diritto comparato interdottrinale. Analogamente agli usi più tradizionali del diritto comparato, l’esame delle affinità e differenze tra le dottrine giuridiche apre i nostri occhi verso nuovi modi di pensare regole note. Ci aiuta inoltre a rendere le regole più coerenti o comunque coerenti per quanto possano esserlo, considerando le differenze nel contesto*”. Così SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 9-10.

⁶⁹⁷ In questo senso v. la penetrante critica di RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 268, 307, 314 nt. 226, la quale ritiene che alcuni autori (FRASE R.S.; LEE Y.) abbiano “danneggiato” la loro proposta di rafforzamento del requisito costituzionale di proporzionalità, collegandolo a specifiche teorie della pena e che gran parte della confusione nella *case-law* e della mancata realizzazione dell’istanza di proporzionalità della pena nella dimensione costituzionale statunitense sia dovuta all’erronea associazione tra principio di proporzionalità e fini della pena, verificatasi per la prima volta in *Coker v. Georgia* nel 1977 e poi accentuata nel *noncapital context* dalla *concurring opinion* di Kennedy in *Harmelin v. Michigan*. L’A. afferma perentoriamente sul punto “*L’equazione tra sproporzione e incapacità di soddisfare uno scopo della pena potrebbe essere considerata una delle cause più importanti dell’accresciuta riluttanza della Corte a svolgere un controllo di*

2.4.4 Il *proportionality principle* desunto dall'Ottavo Emendamento come “*rational basis test in disguise*”

Resta ancora da porsi un quesito di fondo.

Quali sarebbero il linguaggio, la forma, ed i criteri di giudizio della *eighth amendment litigation* sulle pene detentive eccessive, qualora essa si fosse originariamente sviluppata non come corollario del divieto di pene crudeli ed inconsuete, esprimendosi dunque principalmente in termini di oltraggio alla decenza (*shock of the conscience*; contrasto con gli *evolving standards of decency*) ed ai valori condivisi dalla coscienza sociale, ma, diversamente, in seno all'elaborazione giurisprudenziale costituzionale sviluppatasi riguardo all'*Equal Protection Clause* del Quattordicesimo Em. o alla *Due Process Clause* del Quinto e Quattordicesimo Em. ?

In altre parole, come sarebbe inquadrabile, alla stregua di canoni generali d'eguaglianza e razionalità, il tipo di sindacato che svolge la Corte Suprema, il test di “manifesta sproporzione” sull'*excessive noncapital punishment* ?

Tale domanda pare potere assumere un qualche rilievo in relazione agli scopi della ricerca, soprattutto nella prospettiva di instaurare un dialogo tra i due ordinamenti, essendo potenzialmente in grado di “*decodificare*” l'esperienza statunitense in un linguaggio più simile al nostro, più vicino a considerazioni di razionalità.

Questo, chiaramente, sempre tenendo a mente che l'esigenza di fondo nello scenario degli U.S.A. non è tanto quella di preservare la coerenza e la razionalità del sistema, quanto quella di offrire una adeguata protezione ai diritti individuali.

Numerosi autori⁶⁹⁸ hanno, implicitamente o esplicitamente, individuato nel c.d. *gross disproportionality test*, nella sua versione meno “*liberal*” fuoriuscita dalla *concurring* di Kennedy in *Harmelin v. Michigan*, tratti di affinità con il c.d. *rational basis test*, il meno penetrante tra i “livelli di controllo” (c.d. *tiers of review*), elaborati nell'ambito dei giudizi d'eguaglianza sulle leggi nella giurisprudenza costituzionale

proporzionalità delle sanzioni penali. La finalità della pena è ampiamente considerata una materia devoluta alla discrezionalità legislativa, e vi è grande repulsione per ogni controllo giudiziario che richieda alle corti di sorvegliare o giudicare con il senno di poi gli scopi che i legislatori hanno voluto perseguire tramite la previsione delle pene. Le corti sono leggermente meno deferenti nei casi riguardanti la pena di morte, in virtù del presupposto condiviso che la severità unica della pena di morte richiede un controllo più incisivo. Ma l'approccio alla proporzionalità incentrato sui fini della pena ha indubbiamente prodotto una ritrattazione dall'idea che l'Ottavo Emendamento proibisca pene detentive sproporzionatamente severe”.

⁶⁹⁸ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 5, secondo i quali “Un controllo molto limitato, forse non superiore per intensità al *rational basis test*, viene impiegato in riferimento all'interesse alla libertà degli autori di reati condannati, quando questi impugnano pene detentive di lunga durata previste da leggi ed irrogate dalle corti. Vige una forte presunzione di costituzionalità dell'azione governativa che coinvolge questi diritti ed interessi alla libertà, con la Corte che concede una grande quantità di deferenza al governo”; LEE Y. *The Constitutional Right*, cit., 159-60, secondo cui il test di proporzionalità della pena applicato in *Ewing v. California* è, in punto di deferenza, praticamente equivalente ad un *rational basis test*; GINWALLA A., *Proportionality and the Eighth Amendment: And Their Object Not Sublime, to Make the Punishment Fit the Crime*, in *Mo. L. Rev.*, 1992, 607 ss. ed in part. 622-625; PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime*, cit., 778-779; SPETT P.M., *Confounding the Gradations of Iniquity*, cit., 219; GIBBS M.R., *Eighth Amendment – Narrow Proportionality*, cit., 965-966; DECLUE C.J., *Sugarcoating the Eighth Amendment*, 533 ss. ed in part. 553 ss.

statunitense.

Questo blando controllo di ragionevolezza viene di regola impiegato per valutare la legittimità della legislazione economico-sociale, ambito in cui non sono coinvolti i diritti fondamentali previsti dal *Bill of Rights* (o considerati tali perché “profondamente radicati nella storia e nella tradizione statunitense” o “impliciti nel concetto di libertà ordinata”) e le leggi che non utilizzano le c.d. *suspect classifications*⁶⁹⁹.

Gli aspetti di analogia tra i due metodi di controllo, messi in luce dai suddetti commentatori, si identificherebbero in particolare nella incondizionata *deference* accordata all’opzione legislativa, insieme alla presunzione di legittimità assoluta, quasi invincibile, che supporta la normativa scrutinata.

Com’è noto, sono tre i livelli di controllo (c.d. *tiers of review*) attraverso cui vengono vagliate le leggi nel sistema di giustizia costituzionale statunitense, in materia di diritti individuali e principio d’eguaglianza⁷⁰⁰.

Il c.d. *rational basis test* rappresenta il livello minimo di scrutinio, nonché quello che vanta una tradizione più antica⁷⁰¹.

Tutte le leggi sottoposte alla *judicial review* debbono essere in grado di soddisfare tale tipologia di sindacato. Sotto questo test un atto normativo viene ritenuto costituzionalmente legittimo se è “razionalmente collegato ad un legittimo obiettivo governativo”.

Detta altrimenti, l’obiettivo del governo deve essere soltanto uno scopo che il governo può legittimamente perseguire. Infatti, lo scopo non deve necessariamente essere quello reale ed effettivo oggetto della controversia (*actual purpose*), ma, piuttosto, *ogni legittimo scopo concepibile/plausibile è sufficiente (conceivable purpose)*. I mezzi prescelti debbono costituire soltanto un *modo ragionevole* per raggiungere l’obiettivo.

In questo contesto, colui che lamenta l’incostituzionalità della norma è gravato dell’onere della prova. Cioè, la validità della legge verrà confermata, a meno che il ricorrente non sia in grado di dimostrare che la norma non persegue in alcun modo nessuno scopo legittimo o che non è un modo ragionevole per raggiungere la finalità statuale.

Il test minimale di razionalità è estremamente limitato rispetto alle determinazioni legislative, e la Corte Suprema soltanto raramente ha invalidato norme per non essere riuscite a soddisfare il requisito minimo

⁶⁹⁹ Per un’attenta ricostruzione dello spregiudicato utilizzo delle “tecniche della ragionevolezza” nel controllo sulla legislazione economico-sociale, condotto in forza del c.d. *substantive due process*, che avevano consentito alla Corte Suprema U.S.A., durante l’era *Lochner*, di imporre la sua ideologia liberale, dichiarando incostituzionali numerose leggi statali sulle limitazioni alle ore lavorative, sui salari minimi e sulle relazioni sindacali, e del successivo declino di tale forma di controllo, a vantaggio del progressivo affermarsi dei c.d. *levels of scrutiny*, a partire dalla nota decisione *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. (1938), cfr. PENNICINO S., *Contributo allo studio della ragionevolezza*, cit., 78-121.

⁷⁰⁰ Per una discussione più approfondita sui c.d. *tiers of review/levels of scrutiny* cfr. SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 53-66; CHERMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 551-555 e 684-694; DORF M.C.-MORRISON T.W., *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, cit., 142 ss.

⁷⁰¹ Cfr. in questo senso, con chiarezza, PENNICINO S., *Contributo allo studio della ragionevolezza*, cit., 120-121, la quale sottolinea come “il tipo di controllo operato attraverso il *rational basis test* è decisamente quello più antico e radicato nell’esperienza giurisprudenziale della Corte suprema, e che il modello a tre velocità viene definito erodendo lo spazio da questo occupato a favore dello *strict* e dell’*intermediate* scrutiny, quando questi vengono introdotti per via giurisprudenziale”.

imposto dal *rational basis test*.

Gli altri due *tiers of review*, comunemente utilizzati dalla Corte Suprema, sono il c.d. *intermediate scrutiny* ed il c.d. *strict scrutiny*⁷⁰².

Quello che in questa sede interessa analizzare più da vicino è il *rational basis test*, osservandone brevemente le caratteristiche e struttura, e mettendo in evidenza quelle rare occasioni in cui siffatto controllo di costituzionalità si è risolto in una declaratoria d'illegittimità costituzionale, a causa della manifesta arbitrarietà/irrazionalità della legislazione economico-sociale sottoposta al vaglio della Corte⁷⁰³.

In tal senso, può essere utile dare conto di alcuni importanti casi decisi dalla *Supreme Court* facendo applicazione di questo *standard of review*.

Il primo, di seguito riportato, costituisce un'applicazione tradizionale ed ortodossa, in cui la Corte concede un margine amplissimo alla scelta legislativa.

Il secondo, invece, rappresenta una variazione (c.d. *rational basis test with a bite* – con un qualche “mordente”), in cui l'analisi di costituzionalità diviene più incisiva, giungendo a ritenere l'atto illegittimo per violazione dell'*Equal Protection Clause*⁷⁰⁴.

⁷⁰² Il tipo di controllo denominato *intermediate scrutiny*, per considerare la legge costituzionale, richiede che essa sia “sostanzialmente correlata ad un importante obiettivo del governo”. In altre parole, l'obiettivo dello stato deve essere più che uno scopo solo legittimo da perseguire; la corte deve ritenere tale obiettivo “importante”. I mezzi prescelti debbono essere qualcosa di più che un modo ragionevole di raggiungere la finalità; la corte deve credere che l'atto normativo sia sostanzialmente connesso all'ottenimento dell'obiettivo. Tale forma di sindacato è impiegata nei casi di discriminazione di genere, di discriminazione nei confronti di bambini nati fuori dal matrimonio, di discriminazione di bambini stranieri privi di documenti nel campo del diritto all'educazione, di regolamentazione del *commercial speech*, della libertà di parola nei luoghi pubblici. In questo contesto il governo ha l'onere di dimostrare che la legge è giustificata in riferimento allo scopo governativo perseguito. Si è affermato ad esempio, in un caso relativo alla discriminazione di genere, che “*le parti che cercano di difendere un'azione governativa sostenuta da ragioni di discriminazione in base al genere debbono dimostrare una giustificazione estremamente persuasiva per quell'azione*”; egualmente, in materia di *commercial speech*, si è statuito che “*la parte che tenta di confermare la costituzionalità di una restrizione alla libertà di commercial speech ha l'onere di giustificarla*”. Nel settore dell'*intermediate scrutiny* è dibattuto se l'analisi di costituzionalità debba includere la c.d. *less restrictive alternative analysis* (verifica della sussistenza di una misura meno invasiva, ma egualmente efficace rispetto allo scopo). Relativamente allo *strict scrutiny*, esso costituisce senza ombra di dubbio la forma più pervasiva di controllo di costituzionalità. Per resistere a tale vaglio una legge deve essere necessaria per ottenere uno stringente obiettivo governativo (*necessary to achieve a compelling government purpose*). L'obiettivo che si intende perseguire dev'essere dunque fondamentale. Dovrà anche dimostrarsi che la legge sia effettivamente necessaria per raggiungere il fine prefissato; essa deve costituire l'alternativa meno restrittiva e meno discriminatoria (c.d. *narrow tailoring*). L'onere della prova grava ovviamente sul governo. L'ambito dove viene applicata tale metodologia di analisi è quello delle discriminazioni basate sulla razza, sulla nazionalità, delle discriminazioni contro gli stranieri, ed ovviamente quando la azione dei pubblici poteri va ad incidere sui c.d. *fundamental rights*, come ad esempio il diritto di voto, il diritto di circolazione, il diritto alla riservatezza e la libertà di parola e molti altri. Per ulteriori approfondimenti sui c.d. *tiers of review* cfr. per tutti CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 683 ss.

⁷⁰³ Si veda, ad esempio, il caso *Hodel v. Indiana* 452 U.S. 314 (1981), laddove s'afferma “*La legislazione economica e sociale che non utilizza classificazioni sospette né incide sui diritti fondamentali deve essere confermata nella sua validità quando si lamenta una violazione del principio d'eguaglianza se i mezzi legislativi sono razionalmente correlati ad un obiettivo governativo legittimo. Inoltre, tale legislazione è supportata da una presunzione di razionalità che può essere superata soltanto tramite una chiara dimostrazione di arbitrarietà ed irrazionalità*”. Oltre alla legislazione in materia economico-sociale, anche le leggi fondate sulla base di differenziazioni riguardanti l'età, la disabilità, la capacità reddituale e l'orientamento sessuale vengono tendenzialmente sottoposte al meno esigente tra i livelli di controllo, v. CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 802-809.

⁷⁰⁴ Per una puntuale descrizione delle differenze tra *rational basis test* “tradizionale” e *rational basis test with a bite*, v. diffusamente CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 696 ss.; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 63-66.

Nella nota decisione *Williams v. Lee Optical Co.*⁷⁰⁵ veniva sottoposta a *judicial review*, per asserita violazione dell'*Equal Protection Clause*, una legge dell'Oklahoma che regolava l'industria dell'ottica.

Tale normativa imponeva a tutti gli ottici di essere muniti di una prescrizione per essere autorizzati a graduare o a duplicare le lenti degli occhiali. Altri professionisti del settore, tuttavia, come oculisti e oftalmologi, non erano assoggettati alla stessa disciplina.

Il ricorrente lamentò la palese arbitrarietà e la natura discriminatoria della legge, che vietava agli ottici di graduare nuove lenti su vecchie montature o sostituirle, senza la ricetta di uno specialista. Essa, tuttavia, fu ritenuta legittima dalla Corte.

La maggioranza argomentò facendo leva sul fatto che spettasse unicamente al legislatore statale trovare un giusto equilibrio tra vantaggi e svantaggi determinati dai requisiti previsti dalla normativa. Venne posto l'accento sulla legittimità dello scopo perseguito dal legislatore, identificato nella tutela della salute pubblica, e sulla relazione tra questo e la disciplina adottata.

La Corte suppose quali potessero essere gli scopi connessi alla legge, ragionando che “*il legislatore può avere concluso che le visite agli occhi siano così fondamentali, non solo per valutare la correttezza della vista, ma anche per il rilevamento di potenziali malattie o disturbi, che ogni cambiamento delle montature ed ogni duplicazione delle lenti dovrebbe essere accompagnato da una prescrizione di un medico*”, ancora si rilevò che è “*sufficiente che vi sia un male in questione da rimediare, e che possa ritenersi che la specifica misura legislativa sia un modo razionale per correggerlo*”.

Emerge qui la caratteristica fondamentale del *rational basis test*, che determina l'esito della conferma di validità della legge in quasi tutte le occasioni: la corte impegnata nel controllo può immaginare *ogni scopo concepibile* (e non quello reale ed effettivo), e ritenerlo perseguito dalla normativa oggetto di controllo in maniera non manifestamente irrazionale.

Una delle rare pronunce in cui si è dichiarata invece l'incostituzionalità del provvedimento scrutinato per violazione del principio d'eguaglianza, sotto il *rational basis test*, a causa della sua manifesta arbitrarietà ed irragionevolezza, è stata *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*⁷⁰⁶.

In quell'occasione la Corte vagliò la legittimità costituzionale di un'ordinanza in materia di urbanistica, con la quale la municipalità di Cleburne denegò ai proprietari di un fondo l'autorizzazione a costruire un centro residenziale destinato a persone portatrici di *handicap*. Si stabilì che il *rational basis test* fosse lo standard appropriato per valutare le azioni pubbliche discriminatorie nei confronti dei disabili mentali.

⁷⁰⁵ 348 U.S. 483 (1955)

⁷⁰⁶ 473 U.S. 432 (1985). Ulteriori note pronunce, che hanno visto un'applicazione più incisiva dello standard di “minimo fondamento razionale”, sono ad esempio *United States Department of Agriculture v. Moreno* 413 U.S. 528 (1973), allorché venne dichiarata invalida una legge federale, che impediva ad un nucleo familiare di ricevere i buoni pasto, nel caso in cui questo includesse individui non imparentati gli uni con gli altri, con il chiaro scopo di discriminare le comuni di *Hippies*, senza alcuna giustificazione razionale, oppure il fondamentale arresto *Romer v. Evans* 517 U.S. 620 (1996), con cui la Corte invalidò un emendamento alla costituzione del Colorado, adottato per iniziativa popolare, che abrogava la legislazione che vietava la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e disponeva la proibizione per il legislativo statale di introdurre nuove norme indirizzate a tale scopo.

I giudici supremi negarono ogni fondamento razionale a tutte le finalità avanzate dall'ente territoriale per giustificare il diniego del permesso, ritenendo quest'ultimo apertamente arbitrario e discriminatorio, dettato da un irrazionale pregiudizio ed ostilità nei confronti dei soggetti mentalmente disabili, e pertanto incostituzionale.

Tra le ragioni addotte dalla municipalità a sostegno del provvedimento vi era ad esempio la circostanza che gli abitanti della zona adiacente a quella destinata alla costruzione del centro si fossero opposti fermamente; che la vicinanza di una *high school* determinasse il concreto pericolo che i disabili fossero molestati dagli studenti; che l'edificazione del centro avrebbe provocato significativi problemi di traffico ed ingorghi di persone nella zona.

La Corte tuttavia replicò ad ognuna di queste, ritenendole prive di qualsiasi fondamento razionale, e pertanto invalidò l'ordinanza, in quanto manifestamente arbitraria e non in grado di soddisfare alcun legittimo interesse statale, dettata unicamente dalla volontà illegittima di danneggiare un gruppo di persone in viso.

Come si può notare, in questa decisione lo scrutinio è stato leggermente più penetrante, portando la Corte a ritenere assente qualsivoglia legittimo interesse pubblico, diverso dal pregiudizio nei confronti di una determinata categoria di soggetti.

Una volta appurati, in via estremamente sommaria, gli elementi caratterizzanti di tale tipologia di controllo, attraverso la concisa disamina di alcuni *landmark cases*, occorre raffrontarli con le caratteristiche del *gross disproportionality test*, così come riformulato dopo i casi delle "leggi dei tre colpi" ed applicato in seguito dalle *lower courts*.

Si è rilevato infatti che in quell'occasione, nella decisione *Ewing v. California*, la Corte ha espresso il principio secondo cui un determinato ammontare di pena deve essere ritenuto costituzionalmente legittimo fin tanto che esista una *qualsivoglia base razionale per ritenere che esso possa perseguire in qualsiasi modo significativo una delle finalità della pena comunemente accettate e poste a fondamento della normativa sindacata (deterrence; rehabilitation; retribution; incapacitation)*.

Si noti tuttavia che, come nel tradizionale test minimale di razionalità delle leggi, anche nel contesto del sindacato sulla entità della pena, non è necessario che lo scopo della normativa sanzionatoria penale (*legislative purpose*, in questo specifico ambito, *penological purpose*) sia "*actual*", ossia *reale ed effettivo*, così come desumibile in base ai lavori parlamentari e/o all'intenzione espressa dal legislatore.

Le *reviewing courts* usano infatti ricostruirlo, in maniera sostanzialmente illimitata, in termini di "*conceivable purpose*", attraverso un ragionamento di tipo congetturale/ipotetico, che finisce sempre per riconoscere uno *scopo della pena* vagamente plausibile ed efficacemente perseguibile dalla quantificazione sottoposta al vaglio di costituzionalità⁷⁰⁷.

⁷⁰⁷ Per un approfondimento su questa problematica, in seno al *rational basis test*, solitamente applicato per valutare la costituzionalità della legislazione economico-sociale, che *non* incide sui diritti fondamentali, cfr. CHEMERINSKY E.,

Così, il sindacato sulla misura delle pene si risolve in un non-controllo, in una totale abdicazione rispetto al doveroso scrutinio sulle scelte discrezionali dei legislatori.

Allora, sarebbe decisamente più opportuna un'applicazione del *rational basis test* un poco più stringente (*with a bite*), che richieda un qualche sforzo alle corti nell'esame delle effettive *rationes legis* (come ad es. nella citata decisione *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*).

Un'analisi in grado, perlomeno in alcune circostanze (attraverso una penetrante analisi dei fatti di causa, nonché degli elementi strutturali e della *ratio legis* della normativa applicata), di portare le corti a ritenere che nel caso di specie *nessuna finalità della pena astrattamente concepibile possa essere perseguita tramite il quantum di pena irrogato*.

Una tipologia di controllo siffatta è stata in realtà già impiegata, seppur assai di rado. Ad esempio nell'importante caso federale, citato anche in precedenza, *Gonzalez v. Duncan*⁷⁰⁸.

Non mancano poi *dissenting opinions* di alcuni giudici supremi nelle quali si argomenta fondatamente che l'entità della sanzione *sub iudice* sia incostituzionalmente eccessiva, in quanto non in grado di perseguire efficacemente alcuna finalità della pena comunemente accettata⁷⁰⁹.

Tale controllo, leggermente più incisivo, si renderebbe forse più in linea con alcune posizioni dottrinali, autorevolmente sostenute⁷¹⁰, secondo cui il “diritto a non essere punito” richiederebbe necessariamente

Constitutional Law, cit., 700-702, il quale si domanda retoricamente “*Deve essere lo scopo reale ed effettivo della legge, o uno scopo astrattamente concepibile è sufficiente?*”. Riguardo alla specifica materia penale-sanzionatoria ed al vaglio di costituzionalità sull'entità delle pene, critica lo standard dell’ “*any conceivable penological purpose*” applicato attualmente, che vede le corti trovare sempre, anche ragionando in termini “astratti/ipotetici”, senza considerare *adeguatamente* i fatti di causa e le norme vagliate, una plausibile finalità della pena potenzialmente perseguibile dalla condanna irrogata, v. DECLUE C.J., *Sugarcoating the Eighth Amendment*, cit., 569.

⁷⁰⁸ DECLUE C.J., *Sugarcoating the Eighth Amendment*, cit., 567-69. In questa decisione il Nono Circuito ha ritenuto incostituzionale per manifesta sproporzione una condanna alla pena da 28 anni all'ergastolo, comminata in forza della *three strike law* Californiana ad un soggetto plurirecidivo, per avere questi omesso di aggiornare la propria registrazione annuale come *sex offender*. Pur riconoscendo la legittima finalità di deterrenza e neutralizzazione perseguita dalla disposizione, in virtù della natura di delitto omissivo, sostanzialmente inoffensivo e “di pura creazione legislativa”, la corte si è detta “*incapace di discernere alcuna relazione razionale tra l'omesso aggiornamento annuale da parte del reo e la probabilità che egli si ripeterà come criminale violento o autore di reati a sfondo sessuale*”. In altre parole i giudici, alla luce della relazione solo secondaria tra il requisito della registrazione e l'interesse statale, hanno ritenuto che lo scopo posto a fondamento della legge, ossia la deterrenza e la neutralizzazione dei recidivi, non potesse giustificare in alcun modo l'asprezza spropositata della sanzione inflitta.

⁷⁰⁹ Il riferimento è alla opinione dissenziente del giudice Souter nel caso *Lockyer v. Andrade* o a quella del giudice Breyer in *Ewing v. California*.

⁷¹⁰ HUSAK D., *Overcriminalization*, cit., 120-132, il quale, pur concentrandosi principalmente sul distinto versante della criminalizzazione e proponendo una ampia “teoria generale dei limiti alla criminalizzazione”, indirizzata soprattutto ai legislatori, in maniera condivisibile, fa notare come l'intera legislazione penale statunitense, statale e federale, sia sostanzialmente priva di significativi “limiti esterni” (c.d. *external constraints on criminalization*), in particolare di rango costituzionale (limiti, si potrebbe dire, di ragionevolezza, proporzionalità, offensività, sussidiarietà etc.). Per quel che qui più interessa, l'A. mette in evidenza come le libertà ed i diritti fondamentali, nel sistema nordamericano, siano sottoposte ad un penetrante vaglio di costituzionalità con lo *strict scrutiny*. Tutta la restante legislazione, che non incide sui “*fundamental rights*” (per es. le normative in materia economico-sociale), è di regola sindacata con il test minimale di razionalità, che, come si è visto, concede amplissima deferenza ai legislatori e si accontenta di una “*relazione razionale della legge con ogni scopo legislativo concepibile*”, invalidando solo le leggi manifestamente irrazionali o arbitrarie. Si osserva che la gran parte della legislazione penale, a meno che non vengano criminalizzate condotte che costituiscono l'esercizio di fondamentali diritti e libertà costituzionali (libertà d'espressione; di movimento; di preghiera etc.), viene scrutinata con il *rational basis test*, nonostante la vita e la libertà fisica siano certamente tutelati dalla *due process clause* ed il “diritto a non essere punito” imporrebbe un “onere di giustificazione” ben maggiore sul legislatore. Non può certamente approfondirsi in questa sede, data la complessità degli argomenti, l'ampia ed interessante proposta dell'A., ma debbono essere condivise le sue critiche, che ovviamente conservano significato pure se si passa dal versante della criminalizzazione a quello della commisurazione della punizione (anche se, come noto, con ulteriori

un sindacato di costituzionalità ben più pervasivo rispetto a quello attualmente impiegato.

Se non uno *strict scrutiny*, da riservare alla cerchia ristretta dei diritti fondamentali e delle c.d. categorie sospette, quantomeno una forma simile ad un *intermediate scrutiny*, da implementare in riferimento a tutte le norme penali, siano esse di criminalizzazione o *stricto sensu* sanzionatorie.

Ciò sarebbe invero imprescindibile per garantire effettivi “limiti esterni” (c.d. *external constraints*) alla criminalizzazione ed alla punibilità, disposte in sede legislativa.

In definitiva, l’opinione secondo cui il controllo di *proporzionalità* svolto in base alla CUPC si identifichi sostanzialmente un “*rational basis test* camuffato” (*in disguise*) – quantomeno in punto di eccessiva ed ingiustificata *deference* rispetto alle scelte legislative – e pertanto non garantisca in alcun modo un livello adeguato di protezione dei diritti dei rei, risulta essere difficilmente controvertibile.

Preso atto di questa innegabile convergenza sul piano “sostanziale”, ciò che si mostra particolarmente difficoltoso è invero tradurre concretamente le *metodologie d’analisi* ed il *linguaggio* elaborati dalla Corte Suprema nell’ambito del *rational basis test* nel contesto dell’Ottavo Em.; chiedersi cioè se il requisito minimo, sufficiente per confermare la costituzionalità di un atto normativo, della “*relazione razionale con un legittimo interesse statale*” (*rectius*: di qualsiasi interesse statale ipoteticamente concepibile) vada a coincidere con quella “*base razionale per potere ritenere che la quantificazione sanzionatoria scrutinata contribuisca in qualsiasi modo significativo al perseguimento di una delle finalità della pena concepibili*”, bastevole per ritenere una sanzione penale non così manifestamente eccessiva da porsi in contrasto con la costituzione.

In conclusione, non potendosi certamente rispondere in maniera definitiva a tale complesso interrogativo, resta da sottolineare una volta di più come la sovrapposibilità del controllo sulle pene sproporzionate a quello di mera non arbitrarietà/irragionevolezza delle leggi in materia economico-sociale denunci l’assoluta inadeguatezza dello standard costituzionale di tutela.

Come è stato autorevolmente affermato, la *rational basis review* è “*Equivalente a non esercitare alcun*

problematicità peculiari dell’universo sanzionatorio, caratterizzato da un “tasso di politicità” ancora più elevato, si potrebbe dire pieno). L’A. afferma: “*Dato che il diritto a non essere punito è importante, nessuna legge che vada ad incidere su tale diritto è giustificata semplicemente perché ha una base razionale. Uno standard di giustificazione più alto dovrebbe essere applicato nell’ambito del diritto penale*”. Viene inoltre stigmatizzato dall’A. l’abbandono del principio di proporzionalità della pena di cui s’è dato conto, in correlazione alle conseguenze nefaste del grado minimo di razionalità che si richiede alle assemblee legislative per legiferare in materia penale, v. HUSAK D., *Overcriminalization*, cit., 124 nt. 13 e 14, e 125 nt. 21 (citando la famosa *footnote* 11 di *Rummel v. Estelle*, l’ipotesi assurda della pena dell’ergastolo per il divieto di sosta, unico scenario in cui potrebbe operare il principio di proporzione); cfr. altresì RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 328-31, nonché letteratura e casistica giurisprudenziale *ivi* citata, la quale si interroga problematicamente sul fatto che lo *status* costituzionale della libertà come “diritto fondamentale” (intesa come libertà individuale rispetto al potere coercitivo statale) sia stato colpevolmente dimenticato o trascurato. Che cosa differenzia il diritto ad essere liberi dall’incarcerazione rispetto agli altri *fundamental rights*? Perché il primo non viene protetto con la stessa intensità di controllo giudiziale dei secondi? “*Un interesse individuale ad essere libero dalla reclusione fisica è un diritto fondamentale ... questo diritto fondamentale è stato trattato diversamente da tutti gli altri diritti fondamentali nella elaborazione giurisprudenziale della Corte Suprema*”. L’A. osserva, analogamente ad Husak, che sebbene la carcerazione sia evidentemente una privazione del diritto ad essere liberi da restrizioni fisiche, lo stato non deve soddisfare i vari test dell’“interesse persuasivo” o del “mezzo minimamente restrittivo” per giustificare la sua scelta di incarcerare soggetti che intraprendono determinate attività.

*tipo di controllo*⁷¹¹.

L'importanza dei beni in gioco (vita, libertà, dignità, patrimonio etc. degli imputati) meriterebbe ben altro onere, di tipo positivo, in capo ai legislatori, e un livello minimo di razionalità non può essere ritenuto sufficiente per giustificare quantificazioni e meccanismi sanzionatori improntati a spropositata severità, anche se si riconosce la giusta importanza alle fondamentali esigenze di difesa sociale.

Si ritiene, in prospettiva comparatistica, che il vaglio di non manifesta irragionevolezza/sproporzione condotto sulle pene edittali dalla Consulta, *mutatis mutandis*, possa in parte prestare il fianco a fondate critiche, di segno sostanzialmente analogo.

Senza dimenticare le profonde differenze tra i sistemi sanzionatori e i presupposti storici, politici e normativi sottostanti, e considerando pure che l'evoluzione italiana del sindacato sulle pene si è progressivamente aperta anche a considerazioni sostanzialistiche/assiologiche, che hanno determinato un significativo distacco dall'originario mero limite negativo della manifesta irrazionalità della scelta legislativa, rendendo il controllo più incisivo, il *trend* più recente sembra ritornare a spingere in questa direzione.

Si potrebbe conclusivamente dire, semplificando all'estremo la questione, che il vaglio di proporzionalità costituzionale della pena negli Stati Uniti si risolve in un controllo di non manifesta irragionevolezza, ma l'aggettivo "manifesta" viene interpretato in maniera ancora più lasca⁷¹², conducendo le corti ad appiattirsi di fatto su ogni determinazione presa in sede legislativa (*immaginando* sempre uno scopo della pena plausibile, tale da essere ipoteticamente perseguito dal *quantum* sanzionatorio oggetto di controllo), anche quella da considerare più assurda ed ingiustificabile, ragionando in ottica mezzi-fini.

2.4.5 Il *proportionality principle* desunto dall'Ottavo Emendamento come "principle of limited government"

La posizione di seguito sintenticamente richiamata⁷¹³ presenta il suo tratto identificativo e differenziale – soprattutto se posta a raffronto con i c.d. *theoretical approaches*⁷¹⁴ (§ 2.4.2 e 2.4.3) – nel fatto di prescindere *in toto* dalla valorizzazione di una o più teorie della pena, nell'opera di inquadramento e

⁷¹¹ Cfr. la *concurring opinion* di Justice Stevens nella decisione *FCC v. Beach Communications, Inc.*, 508 U.S. 307, 323 n. 3 (1993).

⁷¹² E' evidente infatti – come emerso nel corso dell'indagine – che nello scenario nordamericano si innestano una serie di caratteristiche peculiari che limitano ulteriormente l'incisività del controllo costituzionale sulla misura della pena, in particolare: la severità media molto maggiore dei trattamenti sanzionatori e la presenza della pena di morte (con il concetto fondamentale "*death is different*" nella giurisprudenza costituzionale); il sistema del precedente vincolante; le note preoccupazioni dovute al federalismo; il peso dell'approccio interpretativo "originalista" di alcuni giudici supremi, che negano *in toto* che il principio di proporzione nel *noncapital context*.

⁷¹³ L'elaborazione della teoria è sviluppata in RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 263 ss.; cfr. altresì ID, *How (Not) to Think Like a Punisher*, in *Fla. L. Rev.*, 2009, 727 ss., in part. 743-746.

⁷¹⁴ Si noti infatti che la posizione dei Professori Frase e Sullivan, pur aspirando ad ampliare l'utilizzo della "metodologia di controllo" ben oltre all'ambito delle sanzioni penali manifestamente eccessive, non rinuncia a trovare fondamento e legittimazione nelle c.d. *subconstitutional sentencing theories*.

definizione del principio costituzionale di proporzionalità desunto dalla CUPC.

Detta altrimenti, il postulato di fondo da cui si muove è costituito dal c.d. *penological skepticism*, in base al quale si accetta la pena come componente ineliminabile di ogni sistema politico, pur non prendendosi alcuna posizione specifica circa la giustificazione teorica per l'esercizio di questo potere statale⁷¹⁵.

Il fallimento dell'utilizzo di una o più *sentencing theories* nel sindacato costituzionale sulla misura della sanzione criminale, certificato dalle ondegianti e confuse traiettorie della giurisprudenza del Supremo collegio federale, implica la necessità di trovare altrove, prescindendo dalla prospettiva "penologica", la fonte di legittimazione del potere di controllo da parte del giudiziario⁷¹⁶.

Si cerca così di edificare la struttura del principio, oltreché sulla base di altri settori normativi extrapenalistici che vengono scrutinati tramite parametri affini a quello della proporzionalità, in forza di diverse disposizioni della Costituzione federale⁷¹⁷, alla stregua di concetti filosofici e politici, tanto che esso viene qualificato espressamente come "*political proportionality principle*" (per differenziarlo dall'elaborazione di un "*penological proportionality principle*")⁷¹⁸.

In particolare, la proporzionalità dovrebbe configurarsi come "*limitazione esterna al potere penale*", idonea a garantire – nel linguaggio dell'A. – la protezione delle tre forme di *liberty-interest proportionality*, *equality-interest proportionality* e *property-interest proportionality*⁷¹⁹, tutte indipendenti rispetto a qualsivoglia considerazione sui fini della pena.

Si sottolinea come nelle stesse decisioni della Corte Suprema sull'Ottavo Em., soprattutto precedenti al 1978, vi siano indicazioni chiare, che potrebbero contribuire alla ridefinizione in questi termini della nozione di proporzionalità, senza influenze relative al controverso (ed irrisolvibile, perché interamente

⁷¹⁵ Per un chiarimento su questo approccio e sulla sua utilità nella definizione di un principio di proporzionalità costituzionale "penologicamente neutro", più idoneo a garantire un effettivo controllo costituzionale del *quantum* delle sanzioni penali, v. RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 317-19.

⁷¹⁶ Dopo avere esaminato a fondo i "limiti della teoria della pena" (c.d. *limits of penological theory*), in relazione alla componente proporzionalistica insita sia nelle teorie fondate sul c.d. *just desert* (vengono mosse in particolare obiezioni al c.d. *limiting retributivism*, impostazione dominante nello scenario nordamericano) che nelle teorie utilitaristiche, nella prospettiva di contribuire ad un aumento della giustiziabilità del principio di proporzionalità di cui alla CUPC, come è dimostrato dalla confusione delle pronunce, l'A. perviene infatti alla conclusione che "*La teoria della pena produce così il seguente problema: sebbene tutte o quasi tutte le teorie richiedano una qualche forma di proporzionalità, queste teorie non sono in grado di per sé stesse di fornire uno standard costituzionale significativo per il controllo di proporzionalità*", RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 271-284, 317.

⁷¹⁷ Con metodo ricostruttivo in parte affine a quello dei Professori Frase e Sullivan, nell'esaminare la c.d. *proportionality in constitutional doctrine*, si fa riferimento ad esempio alla giurisprudenza costituzionale in materia di espropri per pubblica utilità, dove viene impiegato un test di "*rough proportionality*" in forza della c.d. *Takings Clause* del Quinto Em., che recita "*nessuna proprietà potrà essere destinata ad uso pubblico, senza equo indennizzo*". Un altro test di bilanciamento particolarmente controverso è il c.d. "*congruence and proportionality test*", attraverso cui viene scrutinata l'azione legislativa del Congresso in attuazione delle varie clausole previste dal Quattordicesimo Em. (*due process clause*, *equal protection clause*, *privilege and immunities clause*) in forza della Sezione V che dispone "*Il Congresso ha facoltà di porre in essere la legislazione opportuna per dare esecuzione alle diverse clausole di questo Articolo*". Ovviamente si trae spunto anche dalle decisioni in materia di *excessive punitive damages awards* e di *excessive fine clause*, osservando come "*Non sembra esserci gran dubbio che quando il danaro è in gioco, la proporzionalità è importante*", v. RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 292-97.

⁷¹⁸ È importante qui rimarcare che l'A. utilizza il termine "politico" non in senso di *majoritarian*, ma nel senso comunemente utilizzato, come riferito ad un determinato sistema di governo ed alla distribuzione tra i poteri interna ad esso.

⁷¹⁹ Per una precisa definizione delle diverse declinazioni della proporzionalità in relazione alla libertà, all'eguaglianza ed al diritto di proprietà nella dimensione costituzionale Americana v. RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 268-70.

politico) discorso sugli scopi della pena.

Ad esempio – spiega l’A. – nel *seminal case* *Weems v. U.S.* non vi fu alcun riferimento ai fini della pena ed il *reasoning* si incentrò unicamente sulla necessità di proteggere la libertà individuale, essendosi argomentato che il requisito di proporzionalità costituzionale discendeva dalla *ratio* fondante della garanzia, ossia la sfiducia (*distrust*) nei confronti del potere governativo e il timore di un suo possibile abuso, che si traducesse nella previsione e nell’inflizione di sanzioni eccessive rispetto alla gravità della condotta criminosa.

Analogamente, in *Robinson v. California*⁷²⁰ del 1962, il ragionamento posto a fondamento dell’*holding* che dichiarò incostituzionali le c.d. *status offenses* perché crudeli ed eccessive ruotava tutto intorno alla esigenza di proteggere la libertà individuale, prescindendo completamente dalla finalità assegnata alla pena e ponendo l’accento solo sulla condotta incriminata (o, meglio, sullo *status* di tossicodipendenza).

Entrambe le pronunce sarebbero dunque esemplificative della c.d. *liberty-interest proportionality*.

Le sentenze degli anni ’70 *Furman v. Georgia* e *Gregg v. Georgia* brevemente accennate *supra* (c.d. *super due process of death cases*, attinenti alla procedura d’applicazione discriminatoria e non alla proporzionalità sostanziale), con le quali si è dapprima dichiarata illegittima la pena capitale per come allora applicata in Georgia, in maniera discriminatoria ed arbitraria nei confronti della minoranza afroamericana, e poi reintrodotta e ritenuta costituzionale, dopo la modifica degli *statutes* intesa a garantire una applicazione uniforme e non arbitraria, sottointendono invece una forte *equality-interest proportionality*.

Un interesse cioè all’eguale trattamento dinanzi alla legge, che si sostanzia nella esigenza che imputati di delitti simili siano puniti con pene tendenzialmente simili (c.d. *uniformity principle*). Un principio di proporzionalità della pena intimamente correlato alla necessità di eguale trattamento, disancorato da valutazioni teleologiche sulla pena, è incarnato anche nel test comparativo di *Solem v. Helm*, nella sua versione liberale “completa”, in particolare nei fattori 2 e 3 (c.d. *intra-jurisdictional* ed *inter-jurisdictional analysis*).

Infine, i casi nei quali si sono invalidati risarcimenti per danni punitivi gravemente eccessivi e confisci penali eccessive (caso *Bajakajian v. U.S.*), suggeriscono un supporto solido per quello che può essere definito *property-interest proportionality*. In alcune circostanze, un danno, una lesione o un reato concedono allo stato il potere di incidere sui c.d. *private property rights*, ma l’intrusione deve essere commisurata alla gravità della condotta che l’innesca, a prescindere da una specifica finalità sanzionatoria che s’intende perseguire.

⁷²⁰ L’A. enfatizza giustamente l’importanza di questo precedente, ponendo in luce come, diversamente rispetto ad alcuni approcci teorici che differenziano le sfere della “*substantive criminal law*”, della “*criminal procedure*” e della “*law of criminal sentencing*”, venga opportunamente considerata la intima correlazione tra definizione del precetto e previsione della sanzione. “*But a penalty is a necessary (though perhaps not sufficient) condition of any criminal law, and thus sentences are as much the ‘substance’ of criminal law as the categories of prohibited behavior*”, v. RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 297, 303.

Tutte queste forme di proporzionalità – chiosa l’A. – non sono collegate ad alcuna funzione della pena. Esse debbono essere meglio intese quali proiezioni del medesimo unitario principio costituzionale, corrispondente all’esigenza di un governo liberale, conseguenza diretta degli interessi individuali supremi alla vita, alla libertà, all’eguaglianza ed alla proprietà. Il giudiziario gioca un ruolo decisivo nel valutare e proteggere tali interessi.

“Le decisioni sulla proporzionalità costituzionale non devono essere (o non dovrebbero essere) decisioni sulla teoria della pena. Né Willian James Rummel, né Jerry Buckley Helm, né Gary Albert Ewing rivendicavano il diritto ad essere puniti retributivamente o in virtù di un quadro di riferimento ispirato alla filosofia di Bentham. Al contrario, ognuno sosteneva che il potere su di lui esercitato costituisse una violazione del proprio interesse alla libertà che non poteva essere giustificato dalla gravità del reato commesso. Lo sforzo relativo alle teorie della pena nelle recenti decisioni della Corte sulla proporzionalità è una distrazione rispetto alle pretese che fondano ogni caso: cioè che una specifica sanzione eccede il legittimo potere statale, dato il reato che è presupposto per l’esercizio del potere”⁷²¹.

Un bacino specifico, dal quale si cerca di attingere per la *pars construens* di un *proportionality principle* “penologicamente laico”, è poi costituito dalla ampia *constitutional doctrine* federale formatasi sulle garanzie procedurali in materia penale, enfatizzando come essa prescindere completamente da qualsivoglia presa di posizione su quale teoria della pena sia preferibile nella dimensione costituzionale⁷²².

In particolare, il requisito sostanziale di proporzionalità della pena dell’Ottavo Em. – ad avviso dell’Autrice – potrebbe trarre nuova linfa, in termini di operatività concreta (giustiziabilità), da una importante *line of cases* relativa alla c.d. *sentencing procedure*, sviluppatesi a cavallo tra gli anni ’90 e 2000⁷²³.

Con questa serie di arresti si è significativamente rafforzata la garanzia del diritto dell’imputato ad essere giudicato da una giuria (e non da un singolo giudice), con lo standard probatorio più garantista dell’oltre ogni ragionevole dubbio (e non della c.d. *preponderance of evidence* – “più probabile che non”), di cui agli Emendamenti Quinto e Sesto alla Costituzione federale⁷²⁴, in relazione ad *ogni elemento che possa innalzare l’entità della risposta sanzionatoria oltre i limiti edittali legalmente previsti*, sia esso un c.d.

⁷²¹ RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 313-14.

⁷²² L’A. fa riferimento ad esempio alle salvaguardie costituzionali del divieto di perquisizioni e sequestri irragionevoli; del *privilege against self incrimination*; della prova di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio; del diritto ad essere giudicato da una giuria; di confrontarsi con chi formula gli addebiti; di essere assistito da un legale. Si fa notare che tutte queste disposizioni prescrivono di non punire, a meno che non siano soddisfatti determinati requisiti procedurali, senza nessun collegamento a prese di posizione circa la teoria della pena preferibile. Qui si nota una divergenza di vedute con alcuni autori che invece ritengono il concetto di *personhood* e *human dignity* fondante rispetto a queste garanzie, accordando preferenza alla teoria retributiva anche sul versante processuale, cfr. nt. 666 *supra*.

⁷²³ RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 319, “*one might find ways to ‘operationalize’ the political proportionality principle in the constitutional law of sentencing procedure*”.

⁷²⁴ Il VI Emendamento alla Costituzione federale, applicabile agli stati dell’Unione tramite il XIV Em., dispone: “*In ogni procedimento penale, l’accusato avrà diritto ad un sollecito e pubblico processo da parte di una giuria imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato è stato commesso e la cui competenza giurisdizionale sarà preventivamente stabilita con legge; e avrà diritto a essere informato della natura e del motivo dell’accusa, a essere messo a confronto con i testimoni a carico, a ottenere di far comparire i testimoni a suo favore, e a farsi assistere da un avvocato per la sua difesa*”.

sentencing factor o un c.d. *substantive element of the offense* (tranne il fatto costituito da una precedente condanna penale)⁷²⁵.

L'ipotesi che coglie nella linea di precedenti sopracitata un possibile embrione, funzionale allo sviluppo di un più incisivo scrutinio di proporzionalità sostanziale in virtù della CUPC, che identifichi la “*condotta delittuosa complessivamente intesa*” (comprensiva di tutti gli elementi, oggettivi e soggettivi) come parametro di riferimento, pare tuttavia essere rimasta tale, senza trovare accoglimento nella prevalente elaborazione dottrinarie e nella giurisprudenza della Corte.

Non risulta infatti che sia stata di fatto posta in sinergica connessione la giurisprudenza sulla *noncapital proportionality* con quella sull'ampliamento del ruolo della giuria e delle garanzie nella *sentencing procedure*⁷²⁶.

Su un piano più generale, l'aspetto particolarmente interessante che vi si può cogliere, e che mantiene una sua vitalità, è costituito dal tentativo di elaborare – in controtendenza rispetto alla maggior parte degli autori statunitensi, che cercano più o meno velatamente di “costituzionalizzare” una o più teorie della pena – una nozione di proporzionalità più ampia, fondata su principi democratici e liberali di “*limited government*”.

Coerentemente alla tradizione liberale statunitense, ed all'assunto in base al quale deve esserci un saldo equilibrio nella distribuzione dei poteri tra le diverse istituzioni governative (c.d. *checks and balances*), il punto nodale nella definizione del principio di proporzionalità dev'essere identificato nello stretto rapporto con il principio di separazione dei poteri e nella evidenza che nessuno dei c.d. *government bodies* può essere in grado di autolimitarsi efficacemente da sé.

⁷²⁵ I casi più importanti di questa linea di precedenti sono *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000); *Harris v. United States*, 536 U.S. 545 (2002); *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584 (2002); *Blakely v. Washington*, 124 S. Ct. 2531 (2004); *United States v. Booker*, 125 S. Ct. 738 (2005). In *Apprendi v. New Jersey*, dove venne elaborata la *doctrine* per la prima volta, in particolare, la Corte si trovava a dovere giudicare un soggetto, Charles Apprendi appunto, che aveva aperto il fuoco contro una famiglia afroamericana. Egli in primo grado si era dichiarato colpevole (*guilty plea*) del reato di “*second-degree possession of a firearm for an unlawful purpose*” (oltre ad altri reati non rilevanti per la questione di costituzionalità), punito con una cornice edittale da cinque a dieci anni di reclusione, in base alla normativa statale. Il *trial judge* (giudice di prime cure) appurò tuttavia che vi era prova che il delitto di Apprendi era stato motivato da odio razziale (applicando lo standard di prova meno esigente della *preponderance of evidence*, del “più probabile che non”). In applicazione di una “*hate crime law*” statale del New Jersey il *trial judge* applicò un aumento del carico sanzionatorio di due anni (*enhanced sentence*), condannando l'imputato a dodici anni di reclusione per il reato di possesso da arma da fuoco, aggravato dalla motivazione di odio razziale. La *Supreme Court* invalidò la condanna, ritenendola in violazione del diritto alla determinazione di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio tramite l'accertamento di una giuria, di cui alla *due process clause* del V Em. ed al VI Em., applicato agli stati tramite la del XIV Em. Si statui il principio di diritto secondo cui ogni fatto (tranne le precedenti condanne penali) che determina un aumento di pena oltre il massimo edittale previsto dalla legge deve essere sottoposto ad una giuria, e provato oltre ogni ragionevole dubbio. Ora, è evidente che questa decisione non parla il linguaggio tradizionale della proporzionalità sostanziale dell'VIII Em., ma si esprime in termini processuali. Tuttavia, secondo la dottrina in commento, essa potrebbe suggerire una “*modalità d'analisi costituzionale che misura la gravità dei delitti, e la loro significatività costituzionale, senza alcun riferimento agli scopi della pena. Più specificamente, questi casi elaborano una nozione costituzionale di colpevolezza che non è basata sulla retribuzione (o su qualunque altra teoria della pena) ma sulla reale condotta e sull'elemento psicologico*”. Per approfondimenti su questa lettura e sulla possibile interazione con la giurisprudenza sulla proporzionalità “sostanziale” della pena, cfr. RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 319-26.

⁷²⁶ Si vedano però gli interessanti cenni, trattando i due temi contestualmente (*eighth amendment noncapital proportionality* e “*Apprendi line of cases*”), in CHERMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, cit., 1067-69, 1078-79; FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 651; KARLAN P.S., “*Pricking the Lines*”, cit., 881, 915-21, la quale nota una certa tensione tra le linee di precedenti sviluppatasi nei due ambiti.

Come è stato precisato a margine da autorevole dottrina⁷²⁷ “La ragione per cui la proporzionalità è un limite all’azione statale così ampiamente accettato, sia nel settore penale che nel settore extrapenale, sta nel fatto che essa costituisce una dei fondamentali mezzi per delimitare il potere statale. Come Alice Ristroph ha esattamente spiegato, la proporzionalità si comprende meglio come ‘principle of limited government’ che stabilisce limiti esterni allo stato nel legittimo perseguimento dei propri scopi, penali o di altro tipo. In quanto tale, la Ristroph sostiene, il principio è connesso in modo cruciale al concetto di separazione dei poteri. La Ristroph afferma che la judicial review, in particolare, è il mezzo costituzionale attraverso cui la proporzionalità può operare come principio limitante sia in ambito penale che extrapenale, alla luce della ragionevole presunzione che le varie istituzioni governative sono inadatte a giudicare il peso proporzionale delle loro stesse finalità, o di valutare l’adeguatezza del rapporto di congruenza tra i loro fini ed i loro mezzi”.

Un ulteriore profilo di interesse, derivante da tale “modo di intendere” la struttura del principio quale limite al “potere statale di punire”, e che può forse avvicinarlo ad una concezione più simile a quella europea (ed italiana), è da identificarsi nel fatto che esso sarebbe suscettibile d’applicazione già a livello normativo astratto, e non, come emerge dalla gran parte delle decisioni e dei contributi scientifici passati in rassegna, solo in relazione alla specifica sanzione irrogata ed alle circostanze del caso concreto (“as applied to the case”).

Come viene precisato con chiarezza dall’Autrice stessa⁷²⁸: “Dovrebbe essere rimesso in evidenza che la proporzionalità politica si concentrerebbe sui limiti al potere di punire – non sulla precisa severità della pena più appropriata per uno specifico imputato. Una conseguenza importante di questa messa a fuoco, ed una importante limitazione alle questioni di proporzionalità, è costituita dal fatto che i singoli imputati dovrebbero dimostrare che le loro pene eccedono il potere statale in relazione alla gravità della loro condotta. In altre parole, questioni di proporzionalità accolte sarebbero probabilmente limitate ai casi in cui gli imputati siano in grado di persuadere la corte che il limite massimo della cornice edittale (upper limit of a statutory penalty range) sia invalido in astratto (facially). Un principio di proporzionalità politico rappresenta uno sforzo per limitare il potere penale fondato sulla condotta che è stata criminalizzata – non basato sulle caratteristiche particolari di ogni singolo imputato. O, posta altrimenti, se la proporzionalità non è una questione di desert individuale, allora un imputato non potrebbe riuscire a denunciare l’incostituzionalità della sua condanna argomentando ‘Date le mie particolari circostanze, io non merito questa pena’”.

Queste considerazioni sulla “proporzionalità in astratto” sono di estrema importanza, specialmente se calate nel contesto degli U.S.A., anche se potrebbero sembrare scontate ragionando da una prospettiva europea. Rimane tuttavia la problematicità in relazione al fatto che, come già osservato, i c.d. *facial*

⁷²⁷ STEIKER C.S., *Proportionality as a Limit*, cit., 204-205; cita adesivamente la posizione di RISTROPH A. anche JACKSON V.C., *Constitutional Law*, cit., 3108 nt. 63.

⁷²⁸ RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 327, cfr. anche 285-86.

challenges sono particolarmente rari e “sfavoriti” nel sistema di *judicial review of legislation* nordamericano.

Infine, nel suo intento di limitare l’incontrollato potere di criminalizzazione e di previsione di sanzioni assai severe da parte del legislativo, la proposta si colloca certamente nell’alveo di quelle condivisibili posizioni teoriche che, in ottica più generale e non limitandosi al solo problema della misura della pena, lamentano l’insufficiente grado di “*constitutionalization of substantive criminal law*” nel sistema nordamericano e nella giurisprudenza della Corte Suprema federale⁷²⁹.

2.4.6 Il *proportionality principle* desunto dall’Ottavo Emendamento e l’incoerenza della Corte. Il diverso approccio allo scrutinio di costituzionalità tra le pene detentive eccessive e i danni punitivi eccessivi. Brevi critiche

2.4.6.1 Cenni introduttivi

E’ ampiamente emerso nel corso della ricerca che una delle obiezioni ricorrenti mosse dalla dottrina all’operato della Corte Suprema è quella relativa ai diversi “livelli d’intensità” della “*substantive proportionality review*” sviluppata sulle differenti tipologie sanzionatorie (*capital punishment; imprisonment; fines; punitive damages*), che non troverebbero giustificazione adeguata né nel testo, né nella storia costituzionale o dei *precedents*, né in specifiche ragioni di natura normativa o latamente “politica” (di c.d. *social policy*)⁷³⁰.

A ben vedere, si argomenta, sarebbero applicazioni del medesimo, unitario principio costituzionale (*proportionality principle*/divieto di *gross disproportionality*), seppur desunto da clausole diverse ed applicato in contesti differenti⁷³¹.

Così come non si ritiene persuasiva la giurisprudenza fondata sul concetto di “*death is different*”⁷³², analogamente privo di ragioni plausibili pare il significativo sviluppo del controllo di proporzionalità costituzionale sui c.d. *grossly excessive punitive damages awards*, soprattutto se posto a raffronto con la totale abdicazione nei confronti delle pene detentive manifestamente eccessive, serbata nel medesimo periodo storico dalla Corte Suprema (indicativamente, primi anni del XXI secolo, Corte presieduta dal

⁷²⁹ Un filone, questo, che si fa convenzionalmente risalire al noto saggio di HART H.M., JR. *The Aims of Criminal Law* pubblicato nel 1958, ed è stato portato avanti, tra gli altri, da autori molto influenti, come ad es. STUNTZ W.J. e altri. Per un efficace quadro d’insieme sulla assai limitata “costituzionalizzazione” del diritto penale nordamericano, con ampi riferimenti comparatistici, cfr. DUBBER M.D., *Toward a Constitutional Law*, cit., 1 ss., in part. sulle questioni costituzionali sulla misura della pena ed il principio di proporzione, 66-70.

⁷³⁰ Per argomentazioni di questo tipo v. soprattutto CHERMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, cit., 1052-1067.

⁷³¹ Vedi ad esempio la trattazione unitaria di JACKSON V.C., *Constitutional Law*, cit., 3104-3105; sembra considerare unitariamente il principio di proporzione, anche se il limite viene desunto da clausole costituzionali diverse a seconda della misura sanzionatoria scrutinata, anche CHERMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, cit., 1057.

⁷³² Sul punto, tra i tanti, v. ad esempio LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 119, il quale sostiene che “*la mera invocazione del pigro slogan “death is different” difficilmente corrisponde ad una distinzione di principio o ad una soddisfacente spiegazione delle specifiche differenze tra le due tipologie di casi*”.

Chief Justice William Rehnquist).

Questo paragrafo è dedicato proprio alla sintetica rassegna dell'elaborazione di quella nutrita ed autorevole schiera di studiosi⁷³³ (c.d. *Court-focused approaches*) che, in base a diversi e convincenti argomenti, ritengono difficilmente giustificabile l'attitudine "attivista" della Corte nel controllo dei risarcimenti a danni punitivi eccessivi deliberati dalle giurie, a fronte della sostanziale rinuncia a esercitare il proprio c.d. *countermajoritarian weight* sulle sanzioni penali detentive manifestamente eccessive stabilite dai legislatori.

Esulando dall'oggetto specifico dell'indagine un approfondimento della storia, dell'evoluzione e delle caratteristiche del controverso istituto dei danni punitivi negli U.S.A. – peraltro già da tempo oggetto di ampie riflessioni nella dottrina privatistica e comparatistica italiana⁷³⁴ – ci si limiterà a lumeggiarne i tratti essenziali, con particolare riferimento alle numerose pronunce d'incostituzionalità⁷³⁵, che hanno invalidato le quantificazioni risarcitorie punitive palesemente eccessive tra la fine del secolo scorso ed il primo decennio di quello attuale.

⁷³³ Molti studiosi hanno evidenziato la differente applicazione e livello di incisività del principio di proporzionalità desunto dall'VIII Em. nella giurisprudenza costituzionale sviluppatasi in materia di *grossly excessive noncapital punishment* con quello desunto dalla *due process clause* del V e XIV Em. nei casi riguardanti i risarcimenti per danni punitivi eccessivi, il più delle volte con accenti fortemente critici. Si vedano *ex plurimis* CHEMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, cit., 1062; KARLAN P.S., "Pricking the Lines", cit., 882; VAN CLEAVE R.A., "Death is different", is Money Different?, cit., 200; GERSHOWITZ A.M., *The Supreme Court's Backwards Proportionality Jurisprudence*, cit., 1252; LEE D.H., *Resuscitating Proportionality*, cit., 561-562; ROMERO L.M., *Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality: the Importance of Legislative Limits*, in *Conn. L. Rev.*, 2008, 111 ss.; JAN PILLAI K.G., *Incongruent Disproportionality*, cit., 646 ss. ed in part. 658-680. Altri autori, nel contesto di studi non specificamente incentrati su tale raffronto tra *proportionality review* di diverse "misure sanzionatorie", hanno comunque notato delle incongruenze, sottolineando come nella *judicial review* la libertà personale sia protetta meno intensamente della proprietà/patrimonio, e.g. FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 607-609, secondo cui "la Corte sembra essere molto più protettiva verso i conti in banca dei convenuti nei processi civili di quanto non sia stata nei confronti della libertà personale degli imputati"; LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 120 nt. 98; RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 297-300 nt. 136; SINGER R.G., *Proportionate Thoughts*, cit., 223-227; GERINER N., *On Competence, Legitimacy, and Proportionality*, cit., 1589 nt. 18.

⁷³⁴ Per un quadro di sintesi aggiornato ed esaustivo, sulle origini nella *common law* inglese e sulla problematica natura "ibrida" dell'istituto, sugli sviluppi e sulle molteplici questioni di costituzionalità portate all'attenzione della *Supreme Court* Statunitense nel corso degli ultimi anni, v. PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, 19 ss., v. spec. riferimenti bibliografici ai contributi della dottrina italiana 20-21 nt. 2, sull'ordinamento degli U.S.A. v. 35 ss., sui diversi profili d'incostituzionalità cfr. 40-51.

⁷³⁵ Per gli scopi di questa ricerca, verranno esaminate concisamente soltanto le sentenze che hanno dichiarato l'incostituzionalità dei *punitive damages awards* manifestamente eccessivi per violazione della *due process clause* del V e XIV Em., nelle quali è stato coniato un test comparativo, per molti versi simile a quello elaborato in *Solem v. Helm* per le pene detentive sproporzionate. Su tale evoluzione della giurisprudenza costituzionale v. i chiari quadri tracciati da CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 609-614; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 68-74. E' opportuno però richiamare alcune decisioni nelle quali è stata vagliata la compatibilità con altre previsioni costituzionali. Una prima questione di costituzionalità è stata posta in relazione alla clausola della c.d. *double jeopardy* di cui al V Em. (*ne bis in idem* sostanziale). Essendo la garanzia applicabile sono in ambito penale, si è affermato che qualora vi sia una richiesta di risarcimento per danni punitivi da parte di un privato in riferimento allo stesso fatto (*same offence*) per cui un soggetto è già stato condannato in sede penale, la clausola non si ritiene violata. Viceversa, se in riferimento allo stesso fatto, lo Stato promuove prima l'azione penale e poi avanzi pretese civili, la previsione del V Em. potrà dirsi violata. Un'ulteriore questione di rilievo è quella concernente l'applicabilità dell'*excessive fines clause* dell'VIII Em. ai danni punitivi, risolta negativamente dalla Corte Suprema nel celebre caso *Browning-Ferries Industries of Vermont Inc. v. Disposal Inc.*, 492 U.S. 257 (1989), allorché i giudici supremi, aderendo ad una visione "formalistica" della nozione di pena e tramite un'interpretazione storico-letterale (originalista) dell'VIII Em., ritennero che la clausola fosse inapplicabile alle condanne risarcitorie per danni punitivi, argomentando che il divieto di ammende eccessive riguarda soltanto le sanzioni "formalmente" penali e le azioni direttamente promosse dalla pubblica autorità per infliggere la pena, dunque l'intenzione della previsione costituzionale era quella di limitare l'abuso di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale e nell'esercizio del potere legislativo, e non quella di limitare la facoltà degli stati di tutelare interessi pubblicistici attraverso la concessione di risarcimenti con finalità punitiva e deterrente.

Ciò che interessa in questa sede è dunque soltanto segnalare l'incoerenza e l'insostenibilità degli opposti approcci della Corte (c.d. *backwards proportionality jurisprudence*) – anche alla luce della reciproca significatività dei beni in gioco: libertà personale, da un lato (*excessive sentencing*), proprietà/patrimonio, dall'altro (*excessive punitive damages awards*) – pur non dovendosi trascurare le peculiarità proprie di ogni istituto e le significative differenze tra sanzioni criminali e risarcimenti per danni punitivi, che legittimano modalità/livelli di controllo costituzionale parzialmente differenziate (ma non *fino a tal punto*)⁷³⁶.

E' noto come i *punitive damages* (detti anche *exemplary damages*) si differenzino dai c.d. *compensatory* o *nominal damages* perché nel primo caso il risarcimento, sempre ad esito del processo civile⁷³⁷, viene disposto non a scopi compensativi o riparatori, ma unicamente al fine di punire il convenuto per la sua condotta illecita, caratterizzata da un elemento psicologico particolarmente grave e riprovevole (*reprehensible*), e di dissuadere lo stesso convenuto o altri soggetti dal porre in essere condotte analoghe in futuro. Funzioni dunque puramente di *punishment* (punitivo/sanzionatoria) e *deterrence* (preventivo/deterrente), tese a tutelare interessi di natura sostanzialmente pubblicistica.

Primo tratto caratterizzante di detto rimedio risarcitorio è pertanto l'elemento soggettivo, che si connota sempre per particolare gravità: la condotta dev'essere caratterizzata da *malice* (posizione soggettiva volutamente lesiva dei diritti altrui), una "*outrageous conduct*". Solo successivamente l'applicabilità, nell'esperienza statunitense, è stata estesa alla colpa grave (c.d. *gross negligence*) e ad azioni illecite sorrette da coefficienti soggettivi assimilabili (*evil motive, fraudulent purpose, recklessness*, tali da determinare grave inosservanza e deliberato disprezzo dei diritti altrui).

Tale profilo è inscindibilmente connesso al secondo elemento proprio dell'istituto: la giuria.

Ad essa spetta infatti la parola decisiva su concessione e relativo ammontare, esprimendosi così l'essenza

⁷³⁶ A tale proposito va rilevato come non manchino attenti studiosi che mettono in evidenza le profonde differenze tra i due ambiti di *litigation* (*sentencing* e *punitive damages*), al fine di offrire una spiegazione plausibile ai diversi livelli d'intensità nella *judicial review*. In tale direzione v. ad esempio KARLAN P.S., "*Pricking the Lines*", cit., 913-920, la quale pone opportunamente in evidenza una serie di fattori che sembrano potere giustificare un sindacato più stringente sui danni punitivi eccessivi che sulle pene eccessive, in sintesi: la presenza di indici di eccessività più oggettivi per i *punitive damages*, in particolare l'ammontare dei *compensatory damages*, nei cui confronti deve sussistere sempre una ragionevole proporzione (*ratio*); le preoccupazioni connesse al federalismo, che si manifestano in maniera opposta nel contesto civile, laddove la Corte è chiamata a limitare il proliferare di richieste risarcitorie per condotte poste in essere al di fuori della giurisdizione statale dove è stato commesso l'illecito ed avanzata la pretesa risarcitoria; la maggiore disponibilità di mezzi di impugnazione per le condanne penali rispetto a quanto non sia per le condanne risarcitorie a danni punitivi; ma soprattutto il controllo politico che viene esercitato in ambito penale, attraverso la previsione legislativa di massimi edittali di pena, ed anche da parte dell'esecutivo attraverso l'esercizio dell'azione penale (*prosecutor's charging decision*), invero del tutto assente nel contesto civile, dove la discrezionalità della giuria è sostanzialmente illimitata ed incontrollabile. Sottolinea che la carenza di un "denominatore" certo ed oggettivo come l'importo dei *compensatory damages* potrebbe essere la ragione principale del diverso approccio giudiziale anche STEIKER C.S., *Proportionality as a Limit*, cit., 209; ROMERO L.M., *Punitive Damages, Criminal Punishment*, cit., 161-162, spiega l'attivismo della *Supreme Court* nel controllo sui risarcimenti punitivi eccessivi enfatizzando principalmente l'assenza di limiti massimi legislativamente imposti, tali da giustificare la massima deferenza in materia di pene, e la discrezionalità virtualmente illimitata delle giurie civili, auspicandosi l'introduzione di *legislative caps* in tutti gli Stati dell'Unione; v. anche FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 609.

⁷³⁷ Pur essendo la *tort liability* (responsabilità extra-contrattuale) l'ambito d'origine dei *punitive damages*, essi hanno avuto grande sviluppo anche in altri settori, come quello della responsabilità contrattuale, *product liability*, controversie assicurative, la circolazione automobilistica, la violazione della *privacy* ed il *tort of defamation*, solo per citare i principali.

del rimedio risarcitorio nella realtà degli U.S.A., che si configura “*come forma di rivincita del corpo sociale unitariamente considerato nei confronti di una violazione del suo ordine particolarmente grave*”. Da questa radicata esigenza di una giustizia amministrata in conformità al sentire della società civile nordamericana, che si manifesta tramite la discrezionalità delle giurie nel processo civile, si è assistito alla progressiva emersione di un’attitudine esasperatamente *pro-plaintiff* (favorevole alle ragioni dell’attore), con speculare ostilità nei confronti dei convenuti, sovente *corporations* potenti e ricche, tale da tradursi in quantificazioni risarcitorie imprevedibili e/o sproporzionate rispetto alla gravità dell’illecito, dettate più da fattori emotivi e di pregiudizio che non da ragioni giuridiche. Nello scenario sommariamente tratteggiato, di “*incontrollata crescita del rimedio e di deformazione evolutiva della sua identità storica*”⁷³⁸, debbono essere collocate le pronunce d’incostituzionalità per manifesta eccessività che si vanno ad analizzare in breve.

2.4.6.2 Gli importanti casi *BMW v. North America, Inc. v. Gore* del 1996 e *State Farm Mutual Insurance Co. v. Campbell* del 2003: l’elaborazione di criteri comparativi per stabilire la “manifesta eccessività” in violazione del “*substantive due process*”

La violazione della clausola del *due process of law* (di cui alla *section 1* del Quattordicesimo Em.⁷³⁹), per evidente eccessività delle condanne risarcitorie inflitte a scopi punitivi, considerate “*arbitrarie deprivazioni di proprietà*”, è stata riconosciuta solo in tempi relativamente recenti⁷⁴⁰.

In particolare, è nel caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*⁷⁴¹ del 1996 che il Supremo Collegio federale dichiara per la prima volta illegittima una condanna in violazione del c.d. *substantive due process*, elaborando i criteri di valutazione che avrebbero dovuto essere utilizzati per verificare la conformità a Costituzione nei casi successivi.

La vicenda vedeva coinvolto un medico dell’Alabama, il quale aveva acquistato un’autovettura tedesca *BMW* nuova, per poi rendersi conto che questa era stata riverniciata dal concessionario per occultare i danni causati dalla pioggia acida durante il trasporto per mare negli U.S.A. Tenuto all’oscuro di questa circostanza, il medico citava in giudizio il rivenditore per truffa (che si rivelò essere una pratica diffusa,

⁷³⁸ PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali*, cit., 41.

⁷³⁹ La quale dispone che “*Nessuno Stato dell’Unione emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini statunitensi, ossia priverà alcune persone della vita, della libertà o della proprietà se non in seguito ad un regolare procedimento legale (without due process of law), né rifiuterà a chicchessia – nei limiti della sua giurisdizione – l’eguale protezione delle leggi*”.

⁷⁴⁰ Occorre invero segnalare che, a partire dai primi anni novanta, la Corte aveva confermato la costituzionalità di ingenti somme concesse a titolo di risarcimento punitivo, anche di gran lunga superiori all’importo dei *compensatory damages*, soffermandosi però sui profili di “*garanzia procedurale*” (*procedural due process*), verificando in particolare che nei casi *sub iudice* le giurie fossero state adeguatamente fornite di istruzioni dal giudice e che fossero stati resi disponibili i mezzi di impugnazione per lamentare l’eccessività dei *punitive damages*. Cfr. i casi *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haislip*, 499 U.S. 1 (1991); *TXO Production Corp v. Alliance Resources Corp*, 509 U.S. 443 (1993); *Honda Motor Corp v. Oberg* (1994).

⁷⁴¹ 517 U.S. 559 (1996). Sulla pronuncia v. nella letteratura Italiana PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali*, cit., 47-48; nella letteratura statunitense CHERMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 610-611; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 69-74.

commessa a danno di moltissimi acquirenti anche in altri stati), chiedendo anche la concessione del risarcimento punitivo. La giuria riconobbe all'attore un risarcimento di 4.000 \$ per il deprezzamento dell'auto e di ben 4.000.000 \$ per danni punitivi, ridotti poi a 2.000.000 \$ dall'Alabama *Supreme Court*. La Corte Suprema, chiamata a pronunciarsi in merito, censurò la spropositata quantificazione, tale da ledere “l'implicita nozione di giustizia inclusa nella clausola del due process”, per poi articolare i tre criteri generali tesi a stabilire la c.d. *gross excessiveness*. Le corti dovranno valutare: 1) il grado di reprobabilità/rimproverabilità della condotta del convenuto; 2) il rapporto quantitativo tra danni punitivi e danni patrimoniali in senso stretto (pur non esistendo una formula esatta, deve sussistere una “ragionevole relazione” tra *compensatory* e *punitive damages*); 3) il raffronto con le sanzioni civili e penali previste dalla legge per condotte comparabili, nello stato o in altri stati.

Una decisione dunque di particolare importanza, in quanto dichiara per la prima volta l'incostituzionalità di un risarcimento punitivo per manifesta eccessività, dopo averne stabilito i parametri di valutazione, oltre ad avere statuito l'importante principio per cui nella quantificazione dei danni punitivi non possono essere considerate le condotte illecite perpetrate dal convenuto in stati diversi da quello in cui è stato commesso il fatto oggetto di giudizio, se tali condotte sono lecite in quelle giurisdizioni.

L'indirizzo espresso dalla Corte trovò conferma di lì a poco, nel noto caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Inez Preece Campbell*⁷⁴². I giudici supremi, riproponendo le argomentazioni di sette anni prima in *BMW v. Gore*, invalidarono *punitive damages* di importo assolutamente spropositato concessi dalla Corte Suprema dello Utah ad una coppia di assicurati per la condotta di malafede tenuta nei loro confronti dalla compagnia assicurativa⁷⁴³.

Per quel che qui più interessa, venne confermato ed ulteriormente precisato il contenuto ed il significato dei tre criteri fissati in *BMW v. Gore* per verificare, su una base “*case by case*” (come in materia di pene), l'*unconstitutional gross disproportionality* dei risarcimenti punitivi ed inibitori.

In relazione al primo criterio, quello del grado di riprovevolezza della condotta, si stabilì che non potevano essere prese in considerazione condotte poste in essere al di fuori dello stato dove si è verificato l'evento dannoso che ha dato origine alla richiesta risarcitoria, a meno che non fossero causalmente

⁷⁴² 538 U.S. 408 (2003). Sulla pronuncia v. nella letteratura italiana PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali*, cit., 48-50; nella letteratura Statunitense v. CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 611-612; ID., *The Constitution and Punishment*, cit., 1056-1057; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 69-74.

⁷⁴³ Questi brevemente i fatti di causa: i coniugi Campbell avevano citato la propria compagnia assicurativa in giudizio, per essersi quest'ultima rifiutata in mala fede di accettare le richieste risarcitorie avanzate dai familiari delle vittime di un grave incidente stradale, causato dagli stessi coniugi. La richiesta risarcitoria ammontava a 50.000 \$ (limite massimo coperto dalla polizza). L'assicurazione *State Farm* aveva in particolare sostenuto la non colpevolezza dei suoi assicurati, rifiutandosi di pagare qualunque forma di risarcimento, portando il caso in tribunale al fine di dimostrare di non dovere alcun indennizzo. Tuttavia, la giuria giudicò i signori Campbell responsabili, riconoscendo ai danneggiati un risarcimento di 185.849 \$, che l'assicurazione accettò di liquidare. I coniugi decisero allora di citare in giudizio la compagnia assicurativa per essersi rifiutata con frode ed in malafede di accettare la richiesta risarcitoria, condotta che poi si dimostrò essere stata una precisa *policy* adottata su scala generale dalla compagnia assicurativa per massimizzare i profitti. In primo grado i coniugi ottennero un risarcimento pari a 2,6 milioni di \$ in danni patrimoniali e di 145 milioni di \$ in danni punitivi, ridotti in secondo grado rispettivamente a 1 milione di \$ e a 25 milioni di \$, per poi essere fissati dalla Corte Suprema dello Utah in una somma pari a 1 milione di danni patrimoniali a fronte di 145 milioni di risarcimenti punitivi, dichiarata sproporzionata e invalidata dalla Corte Suprema federale.

connesse allo stesso.

Per quanto concerne la “ragionevole proporzione” (*reasonable ratio*) tra risarcimenti strettamente patrimoniali e risarcimenti punitivi, si affermò, con linguaggio ambiguo, che *punitive damages* di un importo superiore di dieci volte rispetto a quello dei danni strettamente risarcitori avrebbero verosimilmente vulnerato la clausola del *due process*.

Infine, in relazione al raffronto con le altre sanzioni civili e penali previste per condotte comparabili (terzo criterio di *BMW v. Gore*), si ribadì l’importante concetto che i danni punitivi non possono essere considerati un surrogato delle sanzioni “formalmente” penali, essendo queste ultime comminabili solo in presenza delle ben note *procedural safeguards* del processo penale.

La Corte Suprema è invero ritornata, anche più di recente, ad occuparsi di questioni relative alla misura evidentemente sproporzionata dei risarcimenti punitivi, applicando il test coniato per la prima volta in *BMW v. Gore* e procedendo ad alcune modifiche e puntualizzazioni dello stesso, dovute anche alle peculiarità dei casi⁷⁴⁴, che in questa sede non si ritiene opportuno approfondire.

Ciò che invece preme mettere in evidenza – unitamente alla dottrina⁷⁴⁵ – e che rileva nell’ambito dell’indagine, sono gli elementi di forte affinità tra i criteri adottati nel giudizio di costituzionalità sulla misura delle sanzioni penali e dei danni punitivi, che tuttavia sono stati applicati in maniera antitetica dalla Corte⁷⁴⁶ – “iperdeferente” in materia di pene, “entusiastica” in materia di *punitive damages* –

⁷⁴⁴ Sono i noti casi *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 306, 2007, laddove si è dichiarato costituzionalmente illegittimo un risarcimento punitivo di 79,5 milioni di \$, a fronte di danni patrimoniali di 800.000 \$, concessi alla vedova di un fumatore, sulla base del fatto che la nota multinazionale del tabacco aveva omesso intenzionalmente per anni di rendere noti i danni mortali cagionati dal fumo di sigarette. La Corte, confermando i criteri noti, aggiunse che nella valutazione di “eccessività incostituzionale” non potevano essere considerati i danni cagionati a parti terze rispetto all’attore, precisando però che tali danni avrebbero potuto rilevare in seno al primo criterio, quello relativo alla riprovevolezza (*reprehensibility*) della condotta illecita e *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008), nel quale la Corte, giudicando nel diverso contesto della *maritime law* il risarcimento riconosciuto in seguito ad un disastro ambientale con effetti devastanti, ha posto l’accento sul problema della estrema imprevedibilità dei risarcimenti punitivi (“*stark unpredictability*”). Per approfondimenti sulle due decisioni v. CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 612-614.

⁷⁴⁵ Vengono rimarcate significative affinità tra i due test elaborati per valutare la manifesta sproporzione incostituzionale di pene detentive e danni punitivi. Soprattutto, prendendosi a riferimento la versione “completa” e più garantista dello standard ternario di *Solem v. Helm*, si argomenta come il primo passaggio dell’analisi (gravità del reato-severità della condanna penale, ora divenuto c.d. test iniziale, dopo *Harmelin v. Michigan*) sia accostabile, anche se più ampio, a quello della riprovevolezza della condotta illecita in materia di *punitive damages*. Anche l’*intra-jurisdictional* e l’*inter-jurisdictional analysis* (fattori 2 e 3 di *Solem*), elementi comparativi razionalizzanti e tesi a rendere oggettivo il controllo, sono riprodotti nel terzo criterio stabilito in *BMW v. Gore* per verificare la sproporzione dei danni punitivi, quello che prevede il confronto con sanzioni penali e civili previste per condotte comparabili a quella del *tortfeasor*. Illustra nel dettaglio tali affinità KARLAN P.S., “*Pricking the Lines*”, cit., 903-914; pone l’accento sugli elementi di somiglianza tra i test anche LEE D.H., *Resuscitating Proportionality*, cit., 561.

⁷⁴⁶ Lo studioso che denuncia più lucidamente queste incoerenze applicative – che in questa sede non possono essere enunciate esaustivamente, ma si riportano sinteticamente a titolo di esempio – è forse CHEMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, cit., 1062-63. L’illustre A. fa notare ad esempio quattro incongruenze principali: 1) mentre nei casi *BMW* e *State Farm* la Corte ha ritenuto le condotte illecite scarsamente riprovevoli, al contrario in *Ewing* e *Andrade*, sebbene le condotte delittuose che innescavano l’automatismo sanzionatorio delle *three strikes laws* presentassero un grado di colpevolezza irrisorio (taccheggio di beni dal valore molto basso), la maggioranza dei giudici supremi si concentrò principalmente sul dato della recidiva e sull’interesse statale a neutralizzare i criminali violenti e pericolosi; 2) nei casi *BMW* e *State Farm* è stata inibita alle giurie di concedere risarcimenti punitivi per condotte illecite poste in essere in un altro stato dal convenuto. Diversamente, nei casi sulle “leggi dei tre colpi” (ed in generale nel settore del *criminal sentencing* un tale limite non esiste), tutte le precedenti condanne per *felonies*, anche commesse in altri stati, possono determinare l’abbattersi della scure sanzionatoria della legge sulla recidiva; 3) alla base delle decisioni in *Ewing* e *Andrade*, come s’è visto, vi è soprattutto la ferma volontà espressa dalla Corte di deferire all’interesse statale di punire più severamente i recidivi rispetto ai rei primari. Tuttavia la Corte, in *BMW* e *State Farm*, non ha

garantendo un livello di protezione incommensurabilmente più alto al patrimonio delle *corporations* condannate in sede civile rispetto alla libertà personale dei rei, quand'anche essi abbiano subito pene evidentemente spropositate rispetto alla gravità del reato commesso.

Di seguito si procede alla concisa disamina di alcune argomentazioni tese a segnalare l'insostenibilità di detto approccio "biforcuto", che spesso si traduce in un inaccettabile diniego di giustizia nei confronti degli innumerevoli soggetti vittime degli eccessi e degli arbitri del sistema di giustizia penale statunitense.

2.4.6.3 Alcuni buoni motivi per ritenere ingiustificato il diverso grado d'incisività del controllo. Conclusioni: la necessità di un approccio più coerente ed uniforme nel sindacato di costituzionalità di tutte le tipologie sanzionatorie

La letteratura ha mosso condivisibili obiezioni all'approccio differenziato della Corte nei due contesti⁷⁴⁷ sostanzialmente in base ad un triplice ordine di ragioni.

Anzitutto, valorizzando il dato storico, testuale e "di precedente" delle clausole costituzionali applicate. Sul punto, infatti, si osserva⁷⁴⁸ che, mentre i limiti costituzionali alla misura dei danni punitivi vengono desunti dalla *due process clause* e sono stati stabiliti per la prima volta soltanto nel 1996, il principio di proporzionalità in materia penale – come si è visto – vanta una tradizione normativa di *common law* ed una "line of precedents" (a partire da *Weems v. U.S.*), che, seppur assai controversa, è certamente più solida e radicata.

Dunque le emergenze storiche sembrerebbero semmai richiedere un vaglio più incisivo sulle pene detentive eccessive, e non un rifiuto totale, come sostengono alcuni giudici supremi, propensi a fare rientrare nello spettro della proibizione solo i *metodi* crudeli di punizione.

La stessa formulazione letterale della CUPC (e, in misura maggiore, quella dell'*excessive fines clause*) pare offrire un supporto più saldo all'analisi di proporzionalità rispetto a quello della *due process clause*. Ma questo dato – la stessa dottrina lo riconosce – non può essere dirimente per decidere quale settore meriti un controllo di costituzionalità più penetrante, stante l'intrinseca ambiguità insita in ogni

mostrato alcuna volontà di accordare deferenza alla scelta legislativa degli Stati dell'Alabama e dello Utah di non prevedere "tetti massimi" alla somma risarcibile a scopo punitivo; 4) nei casi sui *punitive damages* è stato ritenuto importante il secondo criterio, quello del ragionevole rapporto tra le somme riconosciute a titolo di danni patrimoniali e quelle concesse a titolo di danni punitivi. Nel caso *Andrade*, invece, la Corte non ha rivolto attenzione a questo aspetto, ossia alla pena che sarebbe stata inflitta per il delitto, senza l'aggravio per la recidiva, che sarebbe stata di tre anni invece che di cinquanta (prima di diventare ammesso alla valutazione discrezionale per la libertà condizionale). *Contra v.* però ROMERO L.M., *Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality*, cit., 154, il quale critica la posizione di CHEMERINSKY E., soprattutto nel punto in cui (*supra* 3) si equipara la volontà legislativa statale di punire più severamente i recidivi con la non-scelta di adottare legislativamente limiti massimi ai danni punitivi, censurando la deferenza della Corte Suprema nei confronti del primo ma non della seconda.

⁷⁴⁷ I contesti ai quali si fa riferimento sono indicativamente quelli dell'*excessive non capital sentencing* e degli *excessive punitive damages awards*, ma il riferimento può valere anche riguardo al diverso approccio in materia di ammende incostituzionalmente eccessive (*excessive fines*, questione affrontata, riscontrando una violazione del principio di proporzione, nel noto e già citato caso *United States v. Bajakajian* del 1998).

⁷⁴⁸ CHEMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, cit., 1063-1065; GERSHOWITZ A.M., *The Supreme Court's Backwards Proportionality Jurisprudence*, cit., 1297-98.

argomento testuale in seno all'interpretazione costituzionale nordamericana.

Secondariamente – con un argomentare piuttosto semplice, ma non scontato nella prospettiva teorica statunitense – si è fatto riferimento alla diversa “significatività costituzionale” dei beni incisi dalle misure sanzionatorie⁷⁴⁹.

Viene sottolineato in particolare come la Costituzione federale faccia riferimento (nella *due process caluse* del V e XIV Em.) ai sommi diritti alla vita, alla libertà ed alla proprietà (“*Nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law*”). In base ad una mera interpretazione letterale, pur sembrando plausibile che vi sia una gerarchia discendente tra valori, con la libertà sovraordinata alla proprietà, ciò non può essere dimostrato con assoluta certezza.

Indicazioni decisive ed univoche, nel senso di attestare una maggiore gravità delle privazioni di libertà rispetto alle privazioni di proprietà, confermando così come le prime richiedano una più intensa *judicial review* rispetto alle seconde – si osserva – provengono invece dall'elaborazione giurisprudenziale del Supremo Collegio in materia di pena capitale e di garanzie in ambito processuale penale.

Il fondamentale concetto “*death is different*”, utilizzato dalla Corte per limitare l'utilizzo della pena capitale e per decretare l'inammissibilità categorica dell'estrema sanzione per determinate categorie di reati e di rei, presuppone infatti che esista un preciso ordine gerarchico tra i diritti contemplati, che vede al vertice la vita, in seguito la libertà ed infine la proprietà.

Inoltre, le *procedural safeguards*, applicabili soltanto nel processo penale, come il diritto ad essere giudicato da una giuria di cui al VI Em. (esteso anche alle controversie statali nel solo ambito penale), o lo standard di prova dell'oltre ogni ragionevole dubbio, indicano egualmente come una gerarchia dei diritti, che pone la libertà al di sopra della proprietà, sia scolpita in Costituzione.

Tali considerazioni – si sostiene – sembrano essere contraddette in pieno dall'evoluzione giurisprudenziale “al rovescio” sulla proporzionalità delle pene e dei danni punitivi⁷⁵⁰.

Infine, muovendo da una particolare teoria della *judicial review* e di interpretazione costituzionale, c.d. *political process theory* (anche detta *representation reinforcement theory*)⁷⁵¹ – che qui può essere solo accennata, ma che è stata particolarmente influente nel contesto statunitense e nello sviluppo della giurisprudenza costituzionale in materia di principio d'eguaglianza e di protezione dei diritti individuali, portato avanti soprattutto dalla Corte presieduta dal *Chief Justice Warren* (1953-1969)⁷⁵² – si è segnalato come l'esigenza di un controllo più stringente sull'entità delle sanzioni da parte del giudiziario sia

⁷⁴⁹ GERSHOWITZ A.M., *The Supreme Court's Backwards Proportionality Jurisprudence*, cit., 1288-1291; adesivamente v. VAN CLEAVE R.A., “*Death is different*”, *is Money Different?*, cit., 274-275.

⁷⁵⁰ Vedi anche STUNTZ W.J., *Substance, Process, and the Civil-Criminal Line*, in *J. Contemp. Legal Issues*, 1996, 7 ss., in part. 25.

⁷⁵¹ ELY J.H., *Democracy and Distrust*, cit., 101-104; v. anche DORF M.C.-MORRISON T.W., *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, cit., 58-61; GERSHOWITZ A.M., *The Supreme Court's Backwards Proportionality Jurisprudence*, cit., 1253-55 e 1291-302; un interessante collegamento tra “fallimenti del processo politico-democratico che meritano uno scrutinio di costituzionalità rafforzato” (*process failures warranting heightened judicial scrutiny*), in quanto verosimilmente tali da produrre interventi legislativi sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti, cfr. da ultimo JACKSON V.C., *Constitutional Law*, cit., 3151-3153.

⁷⁵² DORF M.C.-MORRISON T.W., *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, cit., 58.

particolarmente forte in ragione delle caratteristiche del “processo politico” che porta all’emanazione delle leggi penali, laddove la voce e gli interessi di una categoria come i *felons* sono il più delle volte del tutto estromesse, prevalendo sempre e comunque le necessità di difesa sociale, le ragioni del “*getting tough on crime*”.

Altrettanto non può dirsi riguardo alle *corporations*, tipici soggetti incisi dalle condanne a risarcimenti punitivi, le quali hanno maggiore possibilità di esercitare, attraverso varie *lobbies*, significative pressioni sui *policymakers*, rappresentando i propri interessi e tutelando così adeguatamente i propri diritti già in sede legislativa.

Sul punto occorre svolgere alcune ulteriori considerazioni, dato che questa prospettiva sembra essere allo stesso tempo la più complessa, ma anche la più convincente, per ritenere inaccettabile il completo disimpegno della Corte nel sindacato sui *prison terms*.

Il presupposto storico e teorico della *political process theory* è costituito dalla celebre *footnote 4* del caso *United States v. Carolene Products Co.*⁷⁵³ del 1938.

Tale nota in calce è posta alla base del lavoro del Prof. Ely, il quale, attraverso una lettura di “democrazia procedurale” della Costituzione, ritenendo che essa protegga in primo luogo i valori democratici, sostiene che il giudiziario debba tenersi fuori dalle decisioni politiche relative a scelte di valore o di carattere sostanziale, spettanti al legislativo, per concentrarsi soprattutto sul controllo del corretto svolgimento del processo decisionale politico-democratico che porta a quelle determinazioni.

In altre parole, la *judicial review of legislation* dovrà generalmente autolimitarsi nei confronti delle scelte politiche della maggioranza, specialmente in materia di legislazione economica, mentre l’intervento del giudiziario dovrebbe essere limitato ai casi riguardanti leggi che incidono su diritti fondamentali o che discriminano “minoranze separate ed isolate” (“*discrete and insular minorities*”)⁷⁵⁴, ed in particolare ad alcune specifiche situazioni: 1) quando la legge oggetto di controllo contrasta in maniera non equivoca con il dettato testuale costituzionale; 2) quando l’accesso e la partecipazione al processo politico-democratico sono stati preclusi, per svariate ragioni, ad un determinato gruppo; 3) quando le leggi, pur essendo state emanate in esito ad un processo che ha visto la partecipazione anche dei “gruppi deboli”, si indirizzino nondimeno a detrimento di “minoranze separate ed isolate”.

⁷⁵³ “*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restrict those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry*”.

⁷⁵⁴ Questo fondamentale concetto sta alla base del successivo progressivo affermarsi delle c.d. *suspect classifications*, dei diversi tipi di *scrutiny* e dei numerosi interventi della Corte Suprema rivolti a garantire l’eguaglianza giuridica di tutti i cittadini dinanzi alla legge, un’ampia libertà d’espressione, una giustizia penale più garantista ed altri succedutisi nel secolo scorso, cfr. in particolare PENNICINO S., *Contributo allo studio della ragionevolezza*, cit., 110 ss.; cfr. CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 552 ss.

Non è certo questa la sede per analizzare a fondo detta teoria, peraltro oggetto di numerosi rilievi critici nella dottrina costituzionalistica d'oltreoceano⁷⁵⁵, ma è nondimeno opportuno osservare come essa, concentrandosi su profili di democrazia procedurale, ben si presti a sostenere la necessità che il giudiziario eserciti un effettivo controllo sulle quantificazioni sanzionatorie deliberate in sede legislativa. Relativamente al primo requisito, quello che impone un controllo di costituzionalità più approfondito quando la norma oggetto di controllo contrasta chiaramente con il disposto testuale della Costituzione, si è ampiamente illustrato come il tenore letterale della CUPC sia estremamente ambiguo, ed allo stato, pur reputandosi in prevalenza che l'inibizione ricomprenda anche le pene manifestamente eccessive, tale acquisizione non può dirsi del tutto pacifica.

In riferimento alla seconda situazione prevista dalla c.d. *political process theory*, in seno alla quale si prevede un vaglio più esigente quando il "gioco politico" sia alterato, ossia quando viene meno la partecipazione al processo democratico di un determinato gruppo (ad es. tramite restrizioni al diritto di voto, alla libertà d'espressione, all'associazionismo), è possibile sostenere che in determinate circostanze i soggetti condannati a pene detentive eccessive siano di fatto tagliati fuori⁷⁵⁶.

Caso paradigmatico quello del c.d. *felony disenfranchisement*, la perdita del diritto di voto in seguito a condanna per un *felony*, previsto in buona parte degli stati dell'Unione, vera e propria piaga della società statunitense⁷⁵⁷.

Soprattutto in caso di legislazione in materia di recidiva o "leggi dei tre colpi" non è inverosimile ipotizzare di soggetti, privati del diritto di voto, che si vedono poi condannati a pene draconiane (spesso ergastoli), comminate in applicazione di normative adottate senza la loro partecipazione elettorale.

Ma non tutte le condanne a pene manifestamente sproporzionate sono frutto di *recidivist statutes* (v. ad es. il noto caso *Harmelin v. Michigan*), e pertanto un argomento del genere pare superabile, quantomeno su un piano generale.

La base più solida offerta dalla c.d. *representation reinforcement theory* per sostenere che le corti dovrebbero impegnarsi maggiormente nel sindacato delle pene eccessive (sia rispetto al settore dei risarcimenti punitivi, sia in termini generali) è offerta allora dalla terza situazione contemplata.

E' infatti evidente che la categoria dei *criminal defendants* ben può costituire una "minoranza separata ed isolata", non in grado di proteggersi adeguatamente attraverso il "processo politico", scenario in cui i c.d. *elected officials* non hanno alcun interesse ad assicurare che le sanzioni corrispondano a logiche di ragionevolezza e proporzione, ma anzi hanno quale unico obiettivo quello di apparire duri ed inflessibili nella risposta alle emergenze criminali, al fine di accaparrarsi il consenso degli elettori. Ciò risulta viepiù

⁷⁵⁵ In sintesi, DORF M.C.-MORRISON T.W., *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, cit., 59-60.

⁷⁵⁶ GERSHOWITZ A.M., *The Supreme Court's Backwards Proportionality Jurisprudence*, cit., 1298-1299.

⁷⁵⁷ Per avere un'idea delle dimensioni del fenomeno basti considerare che circa sei milioni di cittadini americani sono privati del diritto di voto a causa di una precedente condanna penale. Se si considerano poi i profili di discriminazione razziale nell'amministrazione della giustizia penale, risulta che un afroamericano su tredici in età idonea all'elettorato attivo non può votare. Per approfondimenti si può consultare l'indirizzo web <http://www.sentencingproject.org/template/page.cfm?id=133> (ultimo accesso 3 dicembre 2015).

innegabile allorché la legislazione penale segue principalmente gli impulsi emotivi ed irrazionali della comunità, come ad esempio nel noto caso delle *three strikes laws* Californiane.

E' acquisizione pressoché unanime nella letteratura nordamericana di settore che specialmente in queste circostanze il potere giudiziario dovrebbe – contrariamente a quanto è stato fatto – sindacare più attentamente la legittimità costituzionale delle scelte della maggioranza, non potendosi confidare pienamente nel corretto e regolare svolgimento del procedimento legislativo ed alla luce della intrinseca debolezza nella tutela degli interessi dell'universo dei *criminal offenders* tramite i normali canali di rappresentanza politica⁷⁵⁸.

Diversamente, si è argomentato con efficacia, sempre muovendosi nel quadro della c.d. *political process theory*, non vi sarebbe alcuna necessità impellente di un sindacato aggressivo sui danni punitivi esorbitanti da parte del giudiziario, dal momento che le classiche “vittime” di dette condanne risarcitorie sono pienamente in grado di esercitare il loro “peso” nel procedimento legislativo, come dimostra il fatto che in buona parte degli stati sono stati adottati i c.d. *legislative caps* agli importi massimi risarcibili con scopo punitivo/deterrente (limiti massimi previsti per legge)⁷⁵⁹.

Dunque, al netto dei profili specifici riguardanti i *punitive damages* – evidentemente impossibili da approfondire oltre in questa sede⁷⁶⁰ – e degli spunti comparatistici, che vengono dall'opinione secondo la

⁷⁵⁸ In questo senso, sono davvero molti ed autorevoli gli studiosi che criticano la abdicazione della Corte, enfatizzando la necessità di un pevasivo esercizio della *judicial review* a fronte dei c.d. fallimenti del “processo politico-democratico” in ambito penale (e soprattutto penale sanzionatorio, di *noncapital sentencing*), invero piuttosto frequenti. Senza alcuna pretesa di esaustività v. STUNTZ W.J., *Substance, Process*, cit., 20, secondo il quale “molta teoria costituzionale è stata influenzata dall'idea che il diritto costituzionale dovrebbe mirare a proteggere gruppi che trovano difficile o impossibile proteggere loro stessi attraverso il processo politico-legislativo. Se un tale mondo è mai esistito, questo è quello dell'universo dei soggetti sospettati di aver commesso un reato”; CHEMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, cit., 1066 e 1071, che argomenta “I delinquenti non hanno alcun potere in seno al processo legislativo. Gli incentivi di natura politica per i politici vanno sempre in un'unica direzione: a favore di pene più severe. Un legislatore che vota per aumentare le pene è improbabile che affronti opposizione politica per tale decisione; ma essere miti nei confronti dei criminali comporta ovvie potenziali conseguenze sfavorevoli. Non esiste alcun elettorato a favore dell'indulgenza nei confronti dei rei, ma le pubbliche paure in relazione alla criminalità (giustificate o meno che siano) rendono sempre più sicuro politicamente per un politico favorire pene più dure”; FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment*, cit., 648 e nt. 323, ad avviso del quale “il sentencing è un ambito nel quale è particolarmente importante per le corti federali giocare un ruolo che limiti, vagliando gli eccessi degli ufficiali eletti o nominati politicamente. Gli imputati penali sono precisamente quell tipo di sottogruppo privo di potere e disprezzato che non sarà adeguatamente protetto attraverso il processo politico-democratico”; KARLAN P.S., “Pricking the Lines”, cit., 889-892; BARKOW R.E., *The Court of Life and Death*, cit., 23; GERSHOWITZ A.M., *The Supreme Court's Backwards Proportionality Jurisprudence*, cit., 1299-1301; VAN CLEAVE R.A., “Death is different”, is Money Different?, cit., 277-278; LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 138-139 e 162, il quale spiega come in un sistema di giustizia penale improntato alla “massima efficienza”, la potente lobby dei *prosecutors*, in seno al processo legislativo, spinga sempre nella direzione di avere condotte delittuose definite legislativamente in maniera ampia ed indeterminata e pene sempre più severe, al fine di ottenere condanne agevolmente, sia tramite processi che, soprattutto, tramite *guilty pleas*; ID., *Judicial Regulation of Excessive Punishments*, cit., 236; MACKAY D.S., *Rationality versus Proportionality*, cit., 643-644 nt. 126; GINWALLA A., *Proportionality and the Eighth Amendment*, cit., 623-624.

⁷⁵⁹ Più diffusamente su questi profili v. CHEMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, cit., 1066, il quale argomenta “Non c'è necessità di limiti giudiziari ai risarcimenti punitivi. Numerosi stati hanno approvato limiti previsti per legge. Le imprese, diversamente dai detenuti, certamente non mancano di influenzare l'iter legislativo. Nel definire un ruolo per le corti, c'è di gran lunga più bisogno di protezione giudiziaria dei rei, un gruppo che non ha alcun potere politico o influenza, che non delle imprese”; cfr. altresì GERSHOWITZ A.M., *The Supreme Court's Backwards Proportionality Jurisprudence*, cit., 1293-1297, il quale spiega nel dettaglio “How the Political Process Succeeds in Protecting Defendants from Excessive Punitive Damages Awards”.

⁷⁶⁰ In questo senso è opportuno precisare che si è optato per illustrare il contrasto tra disimpegno nei confronti delle pene detentive eccessive e “attivismo” verso i danni punitivi eccessivi soltanto perché risulta particolarmente evidente ed ingiustificato,

quale il controllo di costituzionalità sulla misura delle pene dovrebbe essere intensificato per ovviare al “malfunzionamento” del procedimento decisionale maggioritario⁷⁶¹, occorre svolgere una riflessione conclusiva su quella che pare poter essere la “cifra comune” di buona parte degli approcci che pongono al centro della loro ricerca i precedenti della Corte, denunciando l’incoerenza della *proportionality review*, per come viene applicata ai diversi settori sanzionatori.

E’ infatti posizione condivisa tra i commentatori quella che censura livelli d’intensità così mutevoli, a seconda della tipologia sanzionatoria scrutinata, auspicandosi un netto mutamento di indirizzo da parte della Corte, nella direzione di garantire omogeneità e uniformità applicativa, al fine di assicurare la protezione denegata anche nel settore del *noncapital sentencing*⁷⁶², che la Costituzione non vuole certo meno salvaguardato rispetto agli altri.

Dopo avere terminato la disamina di alcune tra le prospettazioni teoriche ritenute più significative, che si sono poste l’obiettivo di ricostruire il volto del *proportionality principle* in materia penale, muovendo da presupposti teorici ed attraverso metodologie invero piuttosto diversificate tra loro, è giunto il momento di concentrarsi sull’ultima “linea di ricerca”, quella attinente al sindacato di costituzionalità sulla misura delle pene nella c.d. “dimensione costituzionale statale”.

2.5 I controlli di proporzionalità della pena sulla base delle previsioni costituzionali statali. Breve analisi delle clausole che garantiscono maggiore protezione al diritto a non subire pene eccessive rispetto all’Ottavo Emendamento

senza alcuna pretesa di approfondimento delle delicate ed autonome questioni che riguardano l’istituto dei *punitive damages*.

⁷⁶¹ Questa prospettiva (*i.e.* quella che critica la scarsa incisività della *proportionality review* sulle pene attraverso la *political process theory*) risulta invero molto complessa da “calare” nel contesto dei controlli di proporzionalità sulla pena italiano, soprattutto in una fase storica come quella attuale, in cui si osserva comunemente come, per una serie di fattori concomitanti, non ultimi la sempre più forte influenza delle fonti sovranazionali, di matrice sia legislativa che (soprattutto) pretoria, e la “crisi della politica”, il potere giudiziario abbia conquistato un ruolo nuovo ed assolutamente protagonista nella stessa definizione delle condotte penalmente rilevati, quasi usurpando il legittimo titolare del potere legislativo e spesso contribuendo all’erosione delle garanzie in materia penale. Questo dato di fatto, tuttavia, non deve impedire di far rilevare come anche nella nostra giurisprudenza costituzionale si sia recentemente ribadita l’importanza di essere vigili sul regolare svolgimento del procedimento legislativo. Il riferimento è alla nota sentenza n. 32/2014, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la c.d. legge Fini-Giovanardi in materia di stupefacenti per violazione dell’art. 77, c. 2, Cost., censurando dunque un vizio attinente al procedimento di conversione (in particolare, la rottura del “nesso d’interrelazione funzionale” tra decreto legge e legge di conversione), in base ad una opportuna valorizzazione delle istanze di “democrazia discorsiva” sottese alla riserva di legge in materia penale. Per approfondimenti sul punto v. MANES V.-ROMANO L., *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”*, cit., 215 ss.; MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità*, cit., 184. Riflettendoci, forse, la legge c.d. Fini-Giovanardi potrebbe rappresentare un esempio di atto normativo viziato sul versante della procedura di formazione della legge che finisce anche per essere irragionevole e sproporzionato dal punto di vista contenutistico/sostanziale.

⁷⁶² In questa direzione, con diversità di accenti, v. ad es. CHERMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, cit., 1070-1079, il quale si auspica l’adozione di una “*Unified Theory of the Constitution and Punishment*”, che sul versante applicativo del controllo di proporzionalità sostanziale della pena preveda l’impiego di un test unico per tutte le tipologie sanzionatorie (*death penalty, sentencing, fines, punitive damages*), simile a quello tripartito elaborato per la prima volta in *Solem v. Helm*, che valuti sempre e congiuntamente: 1) la rimproverabilità della condotta delittuosa o illecita; 2) l’*intra-jurisdictional analysis*; 3) l’*inter-jurisdictional analysis*, e non la versione “limitata” fuoriuscita da *Harmelin v. Michigan*; VAN CLEAVE R.A., “*Death is different*”, *is Money Different?*, cit., 272-278, la quale conclude il suo lavoro auspicandosi l’impiego del *Solem test*, nella sua completezza, per *fines, punitive damages* e pene carcerarie eccessive; LEE Y., *The Constitutional Right*, cit., 119-120, il quale, pur riconoscendo che misure sanzionatorie di natura diversa richiedano applicazioni del principio di proporzionalità ragionevolmente diverse, ritiene nondimeno necessaria maggiore uniformità applicativa; BARKOW R.E., *The Court of Life and Death*, cit., 52-60, che evidenzia la necessità di una “*Unified Jurisprudence of Punishment*” (concentrandosi sul problema del *capital e noncapital approach* nella *proportionality doctrine*).

2.5.1 Perché gli Stati possono garantire una maggiore protezione costituzionale?

Insufficienze, incoerenze e contraddizioni hanno caratterizzato il “*cammino esistenziale*” della *noncapital proportionality doctrine* nelle decisioni della Corte Suprema Federale sulla entità eccessiva delle condanne a pena detentiva, dal 1910 fino ai giorni nostri.

La Corte si è rivelata in definitiva incapace di elaborare uno *standard* di controllo costituzionale solidamente strutturato e tale da garantire la effettiva protezione del *diritto individuale* a non subire una sanzione manifestamente eccessiva, solo virtualmente garantito dall'Ottavo Emendamento della Costituzione Federale.

Incentivata dal desolante stato dell'arte, la letteratura più recente ha cercato di porre in evidenza ed approfondire modelli di “*constitutional review of excessive prison terms*” più penetranti, mutuandoli dall'esperienza costituzionale di alcuni Stati dell'Unione, anche nella prospettiva di una eventuale adozione degli stessi da parte della Corte Suprema a livello nazionale, al fine di rendere il suo sindacato più penetrante⁷⁶³.

Ciò, anche ad uno sguardo disattento, non può di certo stupire, dal momento che sono intuitive le ragioni per le quali le Corti statali si trovano in una migliore posizione rispetto alla Corte Federale nella loro attività di “*controllori*” delle scelte quantitative sanzionatorie di politica criminale effettuate dai legislatori⁷⁶⁴.

Infatti, pur configurandosi anche a livello statale un significativo problema di legittimazione delle corti a dichiarare l'incostituzionalità di quantificazioni sanzionatorie ritenute manifestamente eccessive in virtù

⁷⁶³ Si vedano, tra i molti lavori, BEALE S.S., *The Story of Ewing*, cit., 461 secondo la quale “*La maggior parte delle costituzioni statali contengono una previsione simile alla clausola che vieta le pene crudeli ed inconsuete dell'Ottavo Emendamento, e le corti statali sono gli interpreti privilegiati di queste disposizioni. Loro sono egualmente libere di uniformarsi alle decisioni della Corte Suprema Federale che ritengono persuasive, ovvero di interpretare la costituzione statale in modo tale che offra maggiore protezione. Un anno dopo che la Corte Suprema confermò la costituzionalità di una sentenza all'ergastolo obbligatorio irrogata in forza di una legge del Michigan per semplice detenzione di cocaina in Harmelin, la Corte Suprema del Michigan concluse che la previsione in questione violasse la disposizione costituzionale statale che vieta le pene crudeli o inconsuete*”; WEISS S., *Into the Breach: the Case for Robust Noncapital Proportionality Review Under State Constitutions*, in *Har. Civ. Rights-Civ. Liberties Law Review*, 2014, 569 ss.; SCHNEIDER G.S., *Sentencing Proportionality in The States*, in *Ariz. L. Rev.*, 2012, 242 ss.; SHEKETOFF J.F., *State Innovations*, cit., 2209 ss.; FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences*, cit., 39 ss.; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 153-60; BALMER T.A., *Some Thoughts on Proportionality*, in *Or. L. Rev.*, 2008, 783 ss. Si veda anche l'interessante iniziativa dell'Associazione Nazionale degli Avvocati Penalisti statunitensi (NACDL – *National Association of Criminal Defense Lawyers*), la quale ha portato avanti una ricerca ad ampio spettro sulle legislazioni penali sanzionatorie statali e sulla corrispondente evoluzione della giurisprudenza costituzionale statale sull'eccessività delle pene, al fine di aumentare la consapevolezza, in tutti gli operatori giuridici, soprattutto in quei sistemi costituzionali statali che garantiscono una maggiore protezione costituzionale, v. *NACDL's Proportionality Litigation Project*, disponibile all'indirizzo <http://www.nacdl.org/-ExcessiveSentencing/> (ultimo accesso 17 ottobre 2015). V. in particolare la tabella comparativa sui sistemi sanzionatori e sulle varie clausole costituzionali statali in materia di proporzionalità delle pene, con evidenziazione di quei sistemi in cui la garanzia costituzionale contro le pene sproporzionate è più intensa rispetto a quella offerta dalla giurisprudenza costituzionale della *Supreme Court*. Per un quadro sintetico minimo sulle caratteristiche degli ordinamenti giudiziari statali v. in lingua italiana STROPPIANA L., *Stati Uniti*, Bologna, 2013, 111-112; FINE T.M., DE GIACOMO A.M.-PERAA. (a cura di), *Il diritto americano*, Roma, 2011, 84-85.

⁷⁶⁴ WEISS S., *Into the Breach*, cit., 570, “*Gran parte della cautela della Corte Suprema deriva dal suo più grande timore di intervenire nei sistemi di giustizia penale degli stati; questo timore è legittimo ma non dovrebbe avere peso per le corti statali, che sono parte dei sistemi di giustizia penale statale*”.

di clausole costituzionali costruite tutte, a parte alcune variazioni, sul modello dell'Ottavo Emendamento (non mancano invero alcune previsioni costituzionali statali che, diversamente, contemplan testualmente il “*proportionality principle of penalties*” in maniera espressa), alla luce di evidenti profili di problematicità riconducibili alla dottrina della divisione dei poteri, tuttavia, in questo scenario la questione si pone in termini sensibilmente diversi.

La Corte Suprema Federale, quando viene chiamata a pronunciarsi sulla manifesta sproporzione di una sentenza comminata sulla base di una fattispecie prevista e punita da disposizioni statali, come avviene nella stragrande maggioranza dei casi, dal momento che la potestà penale nell'ordinamento statunitense è devoluta in grandissima parte agli Stati, ha sostanzialmente le “mani legate” per preoccupazioni connesse alla struttura federale dell'Unione.

I giudici federali non sono infatti in alcun modo legittimati ad ingerire in scelte interamente rimesse alla discrezionalità politica delle *legislatures* statali, che godono della piena legittimazione derivante dall'investitura politica locale e si trovano nella posizione di gran lunga migliore per procedere a valutazioni di congruità, adeguatezza e proporzionalità degli arsenali sanzionatori.

Argomentazioni solidamente costruite su questo inconfutabile dato di fatto sono ricorrenti nelle decisioni della Corte Suprema Federale sull'Ottavo Emendamento, con esiti, facilmente intuibili, di totale chiusura rispetto alla possibilità di dichiarare costituzionalmente illegittima una determinata condanna⁷⁶⁵.

Si può dire, senza aver timore di incorrere in errore, che le preoccupazioni “politiche”, derivanti dalla struttura federale dell'Unione, siano state tra le cause principali ad impedire uno sviluppo coerente e razionale del controllo di legittimità costituzionale sull'*amount of criminal punishment*.

Ulteriori considerazioni preliminari debbono essere svolte riguardo al controllo di costituzionalità sviluppato dalle Corti statali, al fine di motivare la loro specifica trattazione nell'ambito dell'indagine comparata.

Rivolgere l'attenzione alle *differenziate metodologie di sindacato costituzionale* impiegate dalle corti statali, consente di individuare tipologie di controllo sostanzialmente *affini* a quelle adottate dalla Corte Costituzionale italiana nei controlli di ragionevolezza-eguaglianza sui compassi edittali di pena.

Il riferimento è alla c.d. *relative proportionality*⁷⁶⁶, concetto riscontrato in diverse esperienze statali, ma sostanzialmente estraneo ai percorsi giurisprudenziali della Corte Suprema Federale.

Come si vedrà, tale metodo di *judicial review of punishments*, adottato da alcuni stati e declinato secondo diverse linee direttrici, supportate da altrettanto differenziati criteri contenutistici (*identical elements analysis, cross-comparison test, lesser included offense analysis, lesser culpability analysis*) è indirizzato

⁷⁶⁵ Justice Scalia ha ad esempio argomentato eloquentemente in *Harmelin v. Michigan* che “Assente un'uniformità costituzionalmente imposta, dannosa per i tradizionali concetti di federalismo, alcuni Stati sosterranno sempre la necessità di distinguersi trattando determinati rei in maniera più severa rispetto a tutti gli altri Stati”; cfr. anche la *dissenting opinion* di Justice Burger in *Solem v. Helm*, laddove egli sostenne che l'opinione della Corte “avesse gravemente oltrepassato i confini dell'autorità degli stati” e “calpestato fondamentali principi del federalismo”.

⁷⁶⁶ In proposito v. già GILCHRIST B.W., *Disproportionality in Sentences*, cit., 1137-41.

“in astratto” sulla *coherence of the sentencing scheme*, sulla coerenza/razionalità interna dello *statute*, considerato organicamente, ed in definitiva si risolve in un giudizio di tipo *relativo*, analogo a quello di ragionevolezza-eguaglianza in base all'art. 3, c. 1 Cost., nell'ambito del quale se un reato di minore gravità rispetto ad un altro, assimilabile per *ratio legis* e caratteristiche strutturali, viene punito egualmente o più severamente, è fortemente indiziato di illegittimità costituzionale⁷⁶⁷.

Diverso invece il panorama – si è visto – nella giurisprudenza della Corte Suprema Federale, laddove il *constitutional scrutiny*, pur facendo leva su imprescindibili criteri comparativi ed indici di natura oggettiva (*objective indicia*) per stabilire la pena “giusta” e “proporzionata” (*gravity of the offense-harshness of the penalty, intra-jurisdictional analysis, inter-jurisdictional analysis*), è stato contraddistinto da un “*case by case approach*”, concentrandosi sulla singola sentenza di condanna del caso in esame, non traducendosi quindi in un divieto categorico di un certo tipo di sanzione perché eccessiva in assoluto e pertanto in contrasto con la CUPC.

Sotto questo punto di vista si può osservare come un controllo *comparativo, relazionale e intra-sistemico* sulla razionalità/coerenza del *sentencing scheme* possa essere condotto efficacemente solo dalle Corti statali.

La Corte Suprema, infatti, manca anzitutto di un esplicito riferimento testuale in costituzione, che consenta di interpretare in misura univoca il requisito della proporzionalità della pena rispetto al reato (che infatti viene negato *in toto* dai *conservative Justices*), diversamente rispetto ad alcuni stati dell'Unione, le cui costituzioni prevedono *expressis verbis* una forma di *proportionality principle*.

Autorevole dottrina ha avuto modo di evidenziare, riassumendo lucidamente i vari fattori⁷⁶⁸, “*E' molto opportuno che le corti statali riconoscano tutele più ampie sotto la legge statale, dal momento che tali corti non devono confrontarsi con questioni di federalismo. Inoltre, dato che i giudici delle corti statali sono direttamente eletti o nominati da funzionari eletti dalla comunità locale, decisioni che annullano azioni legislative o governative eccessive in base al diritto statale sollevano meno questioni di legittimazione democratica rispetto a quanto non facciano i giudici federali quando si impegnano nel controllo di costituzionalità. Per di più, le costituzioni degli stati sono spesso formulate diversamente rispetto all'Ottavo Emendamento, il che dà alle corti statali più margine per adottare una linea*

⁷⁶⁷ Si veda, in maniera molto chiara, SHEKETTOFF J.F., *State Innovations*, cit., 2218-2219, la quale descrive questa tipologia di sindacato di legittimità costituzionale, condotto esclusivamente dalle corti statali sulla coerenza interna dei *sentencing schemes*, in questi termini: “*Alcuni stati hanno impiegato tipologie differenziate di confronti intra-giurisdizionali per controllare la coerenza interna delle loro disposizioni sanzionatorie. Questo è stato denominato controllo di proporzionalità relativa. La proporzionalità assoluta – soggetto del resto di questa Nota – stabilisce un limite massimo incondizionato sulla quantità di pena che uno stato può autorizzare per un dato reato. Al contrario, la proporzionalità relativa – che non guarda alla particolare condanna inflitta agli individui in una giurisdizione, ma al massimo stabilito per legge per un dato reato – assicura solamente che le disposizioni sanzionatorie di una data giurisdizione statale, abbiano senso e siano ragionevoli nella loro relazione reciproca. Laddove la pena per un delitto è più grave del massimo previsto per legge per un reato egualmente o più grave, la pena viola il principio di proporzionalità relativa*”; approfonditamente sul concetto di *relative proportionality*, v. già GILCHRIST B.W., *Disproportionality in Sentences*, 1136 ss.

⁷⁶⁸ FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences*, cit., 64; cfr. altresì SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 153-60.

interpretativa differente. Infatti, alcune costituzioni statali proibiscono esplicitamente pene sproporzionate o 'eccessive'".

Pare ora opportuno introduttivamente – uniformandosi alla dottrina⁷⁶⁹ – riepilogare e distinguere in categorie le previsioni costituzionali statali che proibiscono la sproporzione delle sanzioni penali, evidenziando le differenze testuali rispetto alla CUPC, per poi procedere ad una disamina più approfondita della *case-law* di quegli ordinamenti statali dove lo scrutinio di costituzionalità è più incisivo o comunque più interessante in prospettiva comparatistica.

Tutti i cinquanta stati hanno previsioni costituzionali in relazione al *sentencing*⁷⁷⁰. Ogni stato, con l'eccezione del Connecticut e del Vermont, ha una previsione che limita specificamente le pene severe di tutte le tipologie. Ma quei due stati hanno previsioni che limitano le multe severe, e le corti del Vermont interpretano quella clausola dello stato che prescrive multe “proporzionate” come applicabile a tutte le tipologie di pene.

I quarantanove stati con previsioni indirizzate a tutte le pene rientrano in cinque categorie:

1. Dieci stati hanno costituzioni che, esplicitamente o per via interpretativa, pretendono pene proporzionate. Otto con disposizioni testualmente esplicite sono Indiana, Maine, Nebraska, New Hampshire, Oregon, Rhode Island, Vermont, e West Virginia. Di questi stati, tutti a parte il Vermont hanno disposizioni costituzionali che rientrano in una delle quattro categorie che seguono. In aggiunta, l'Illinois ha una disposizione che richiede la misura della pena “in base alla gravità del delitto” e che è comunemente nota come la “*proportionate penalties-clause*” (vedi l'ulteriore discussione nel paragrafo seguente sui casi costituzionali dell'Illinois in materia di *sentencing*). E nello stato di Washington la Corte Suprema ha interpretato quel divieto costituzionale statale di pene crudeli alla luce di principi di proporzionalità riconosciuti nelle leggi statali.
2. Diciannove costituzioni degli stati proibiscono pene crudeli o inusitate (con linguaggio dunque diverso alla CUPC), inclusi due stati, Maine e New Hampshire, con clausole espresse di proporzionalità della pena (categoria 1 *supra*). Gli altri diciassette stati sono Alabama, Arkansas, California, Hawaii, Kansas, Louisiana, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Nevada, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, South Carolina, Texas, e Wyoming.
3. Sei costituzioni statali proibiscono pene crudeli (omettendo l'elemento “inusuale”), compreso uno stato, il Rhode Island, con una clausola espressa sulla proporzionalità della pena. Gli altri cinque stati sono Delaware, Kentucky, Pennsylvania, South Dakota, e Washington.
4. Ventidue costituzioni statali proibiscono, analogamente al linguaggio utilizzato nella costituzione

⁷⁶⁹ FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences*, cit., 64-66; cfr. altresì SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 153-57.

⁷⁷⁰ Per un'accurata ed esaustiva ricostruzione sulla filosofia retrostante (il pensiero di Beccaria, Bentham, Blackstone) alla genesi storica di buona parte delle disposizioni costituzionali statali in materia di pene eccessive, sproporzionate ovvero crudeli e/o inconsuete, cfr. BALMER T.A., *Some Thoughts*, cit., 783 ss. ed in part. 793 ss.

federale, le pene “crudeli *ed* inusuali”, compresi otto stati con una clausola espressa di proporzionalità delle pene e/o una delle disposizioni nella prossima categoria. Questi stati sono Alaska, Georgia, Indiana, Nebraska, Oregon, Tennessee, Utah, e West Virginia.

5. Almeno nove stati, tutti inclusi in una delle prime quattro categorie, hanno ulteriori disposizioni costituzionali connesse a pene o trattamenti eccessivi. Cinque stati (Indiana, Oregon, Tennessee, Utah, e Wyoming) proibiscono “rigore non necessario” nel trattamento di persone arrestate o tenute in custodia; la Georgia proibisce che sia fatta violenza a tali persone; la costituzione della Louisiana vieta “l'eutanasia, la tortura, o la pena crudele, eccessiva o inusuale”; il Sud Carolina fa divieto di punizioni “corporali”, così come crudeli ed inusuali; l'Alaska riconosce che i detenuti hanno diritto alla rieducazione in forza di un previsione costituzionale statale che impone a tutte le amministrazioni penali di fondarsi sul “principio di correzione” (c.d. *reformation principle*), oltre che sulla difesa sociale/protezione pubblica, condanna della comunità, diritti delle vittime, e restituzione.

Essendo all'evidenza impossibile procedere ad una trattazione esaustiva di tutte le tendenze interpretative espresse nella giurisprudenza costituzionale delle corti statali, l'indagine si focalizzerà anzitutto sull'esperienza dell'Illinois, dove il sindacato di costituzionalità sull'entità delle pene ha avuto uno sviluppo peculiare e particolarmente interessante, essendo basato anche su considerazioni *lato sensu* di razionalità/non arbitrarietà delle leggi (negli U.S.A. si direbbe di *lack of rational basis/due process*⁷⁷¹) verificate nell'ambito di c.d. *facial challenges*, tesi a censurare l'irragionevolezza delle normative sanzionatorie “in astratto”.

Ciò rende indubbiamente stimolante il raffronto comparatistico con la nostra esperienza.

Secondariamente, ci si impegnerà in una cursoria rassegna delle decisioni delle corti statali che, con varie declinazioni di senso e contenuto, hanno interpretato in maniera maggiormente protettiva le disposizioni costituzionali statali, ampliando la portata applicativa delle clausole e potenziando così l'incisività della *judicial review*, ben oltre gli angusti limiti segnati dalla giurisprudenza federale sulla CUPC dell'Ottavo Em.

In questa parte dello studio verranno riscontrate metodologie d'analisi assai diversificate, sia di c.d. *relative proportionality*, valutata sul piano normativo “in astratto”, che di proporzionalità apprezzata in riferimento ad una specifica sentenza di condanna per un dato reato (“*as applied challenge*”).

E' importante segnalare conclusivamente un fattore che potrebbe rendere meno agevole la comprensione ed ingenerare confusione.

Le traiettorie interpretative della *case-law* che si esamineranno non rispecchiano sempre con precisione le differenze testuali nelle Carte fondamentali degli stati sopra richiamate.

Anche se è vero che per le corti degli stati in cui è costituzionalmente previsto in via espressa un

⁷⁷¹ FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences*, cit., 71; cfr. SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 158.

principio di proporzionalità della pena o il divieto di pene crudeli o inusuali⁷⁷² (e non crudeli ed inusuali, come nella Costituzione federale) è in certa misura più agevole concedere un grado di protezione più elevato, ciò non sempre accade, per motivi difficilmente comprensibili.

Questa tendenza – si è rilevato – desta un certo stupore, anche alla luce del fatto che in altri settori attinenti alla *criminal justice*, nella dimensione costituzionale statale si sono interpretate clausole con dato testuale e significato analogo rispetto a quelle federali (c.d. *parallel provisions*) in maniera più ampia e protettiva⁷⁷³.

2.5.2 L'interessante esperienza dell'evoluzione della *case-law* sulla c.d. *proportionate penalties clause* prevista dalla Costituzione dell'Illinois

La Costituzione dello Stato dell'Illinois, promulgata nel 1970, dispone, all'art. I, § 11 “*Limitazione delle pene dopo la condanna. Tutte le pene devono essere proporzionate in conformità sia alla gravità del reato che all'obiettivo di riportare il colpevole ad una utile cittadinanza attiva. Nessuna condanna deve portare all'incapacità di ereditare o alla confisca del patrimonio. Nessuna persona deve essere trasferita al di fuori dello Stato per un reato commesso dentro lo Stato*”.

Si noti che la formulazione letterale di tale previsione, anche in virtù del momento storico in cui è venuta alla luce, ha verosimilmente significato e portata più ampi della CUPC dell'Ottavo Em. e consente di apprestare una maggiore tutela, riconoscendo esplicitamente il principio di proporzionalità ed il primato della finalità rieducativa della sanzione penale nella dimensione costituzionale.

Deve essere precisato che, prima dell'entrata in vigore della nuova Costituzione del 1970, la Carta fondamentale statale previgente del 1870 contemplava parimenti *expressis verbis* il principio di proporzione della pena, statuendo, all'art. II, § 11 che “*Tutte le pene debbono essere proporzionate alla natura del reato*”.

Proprio quest'ultima clausola ha permesso alla *Supreme Court* dell'Illinois di elaborare, alla fine del XIX secolo, il primo dei tre test (*analytical frameworks*) impiegati nell'ordinamento statale per riscontrare l'eccessività incostituzionale della pena.

Nella pronuncia del 1894 *People ex Rel. Bradley v. Illinois State Reformatory*⁷⁷⁴, la Corte Suprema articolò una forma di “*shock the conscience test*”, parzialmente affine a quello elaborato in *Weems v. U.S.*, alla stregua del quale una sanzione doveva essere ritenuta incostituzionale per sproporzione se è “*una pena crudele e degradante sconosciuta alla common law, o è una pena degradante che era diventata*

⁷⁷² Deve essere osservato infatti che, all'evidenza, sarà più difficile dimostrare che l'eccessività della sanzione rispetto alla gravità del reato è così grave e manifesta da poter essere ritenuta sia crudele che inusuale, e quindi incostituzionale, rispetto a quanto non sia per uno solo dei due termini in alternativa.

⁷⁷³ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 154 e nt. 114, riferendosi alla *case-law* di numerose corti statali che interpretano le disposizioni costituzionali testualmente omologhe a quella del IV Emendamento alla Costituzione Federale, che vieta perquisizioni e sequestri ingiustificati, in senso più protettivo.

⁷⁷⁴ 36 N.E. 76, 78-79 (Ill. 1894)

obsoleta nello Stato prima dell'adozione della sua costituzione, o è così totalmente sproporzionata rispetto al reato commesso da sconvolgere il senso morale della comunità".

Fino alla entrata in vigore della nuova Costituzione del 1970, venne applicata soltanto tale forma di controllo, assai deferente e di natura puramente soggettiva, nonché priva di imprescindibili criteri comparativi razionalizzanti, impedendo alle corti statali di dichiarare incostituzionali determinate pene solo per eccessiva durata⁷⁷⁵.

Con la nuova formulazione letterale della *proportionate penalties clause*, pur non essendo chiaro se i redattori avessero effettivamente voluto intensificare il grado di garanzia costituzionale rispetto alla versione precedente⁷⁷⁶, la Corte Suprema ebbe modo di ritornare a giudicare una questione riguardante una presunta sproporzione incostituzionale, nell'importante caso *People v. Wisslead*⁷⁷⁷.

Venne dichiarata in contrasto con il principio di proporzionalità ed invalidata la pena prevista per il reato di "*unlawful restraint*" (arresto illegale, *Class 4 Felony*), ritenuto meno grave rispetto al delitto di "*kidnapping*" (sequestro di persona, *Class 2 Felony*), ma punito senza alcuna ragione logica più severamente rispetto a quest'ultimo.

Si perveniva a tale conclusione dopo avere comparato i dati strutturali dei due reati, che pure erano sostanzialmente *diversi*, prevedendo il sequestro di persona vari elementi aggiuntivi, che contribuivano a contrassegnarne il maggiore disvalore⁷⁷⁸.

Molto interessante notare che la Corte giunse a sviluppare tale metodologia d'analisi, nettamente distinta e più articolata rispetto allo "*shock the conscience test*", collegando sistematicamente la clausola costituzionale sulla proporzionalità delle pene con quella del *due process*⁷⁷⁹, attraverso la citazione di due casi precedenti, che avevano applicato quest'ultimo parametro per sindacare la misura della pena⁷⁸⁰.

A giudizio della Corte l'interpretazione sistematica delle due clausole faceva ritenere che "*La scelta politica sottostante a queste previsioni costituzionali sarebbe violata se la pena prescritta per un reato*

⁷⁷⁵ Per un approfondimento su questo primo metodo, con ampia discussione della *case-law* sviluppata, cfr. POWERS J.L., *Finding Baby Bear's Bed: the "Just Right" Alternative to the Illinois Supreme Court's Proportionate Penalties Zero-Sum Game in People v. Sharpe*, disponibile all'indirizzo <http://www.kentlaw.edu/honorsscholars/2006students/joy-matthew.html> (ultimo accesso 18 ottobre 2015), 3-4; v. anche KILEY S., *Criminal Procedure: Proportionate Penalties- Judging Proportionality without Comparison: a Criminal Defendant May not Challenge a Penalty Under the Proportionate Penalties Clause by Comparing it to the Penalty for an Offense with Different Elements*, in *Rutgers L.J.*, 2006, 1337 ss. ed in part. 1341-42, il quale assimila tale forma di controllo, per la deferenza incondizionata alle scelte sanzionatorie legislative, ad un *rational basis test*; v. anche SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 158, i quali ritengono che il principale valore protetto da questo tipo di controllo, nella parte in cui si verifica che la pena "non sia così completamente sproporzionata da sconvolgere il senso morale della comunità", sia la colpevolezza soggettiva, e debba dunque essere interpretata alla stregua di limite retributivo, come già avvenuto nella giurisprudenza della Corte Suprema nel caso *People v. Miller*, 781 N.E. 2D 300 (Ill. 2002). Ad avviso degli stessi AA. le altre due componenti del test proibiscono pene eccessive essendo fondati sul "significato originale" della clausola costituzionale (*original meaning*) e sulla contrarietà a consuetudine di *common law*.

⁷⁷⁶ Nonostante l'ambiguità del *legislative intent* dei redattori della Costituzione del 1970, è indubitabile che sia stato aggiunto l'importante profilo della necessaria finalità rieducativa della sanzione, come attestato da numerose pronunce delle corti statali.

⁷⁷⁷ 446 N.E.2d 512 (Ill. 1983)

⁷⁷⁸ "*unlawful restraint requires an illegal detention; kidnapping involves secret confinement, deceit or enticement, or force or threat of imminent force*".

⁷⁷⁹ Art. I, § 2, Cost. dell'Illinois "*Nessuna persona deve essere privata della vita, della libertà, o della proprietà senza un giusto processo di legge né gli sia negata l'eguale protezione delle leggi*".

⁷⁸⁰ *People v. Wagner*, 433 N.E.2d 267 (Ill. 1982) e *People v. Bradley*, 403 N.E.2d 1029 (Ill. 1980)

non è uguale o più grave rispetto alla pena prevista per un reato meno grave”.

La *majority opinion* nel caso *People v. Wisslead* sviluppava così per la prima volta il c.d. *cross-comparison test* (“*test del confronto incrociato*”), che sarebbe stato applicato per lungo tempo dalle corti statali dell’Illinois⁷⁸¹, attraverso due distinti passaggi analitici, tesi a verificare se: 1) le finalità delle normative sanzionatorie confrontate (*legislative purposes*) fossero in qualche modo correlate (“*whether two offenses have related legislative purposes*”); 2) una condotta che crea una minaccia meno grave alla salute ed alla sicurezza pubblica è punita più severamente rispetto ad un’altra che crea una minaccia più grave agli stessi interessi (“*whether conduct that creates a less serious threat to the public health and safety is punished more harshly*”).

Tale tipologia di controllo di costituzionalità, fondata dunque sull’individuazione di una comune *ratio legis* tra le disposizioni sanzionatorie raffrontate, e, successivamente ed in via eventuale, su considerazioni contenutistico-sostanziali relative al *social harm*, è stata tuttavia abbandonata nel 2005 con la decisione *People v. Sharpe*⁷⁸².

In quella sede si sono evidenziate tutte le difficoltà di una metodologia d’analisi così strutturata, inevitabilmente troppo soggettiva e “libera” nel ricostruire i “*legislative purposes*”⁷⁸³ sottostanti a disposizioni sanzionatorie ricollegate a delitti *con elementi strutturali diversi*, e dunque non rispettosa della esclusiva competenza legislativa nello stabilire l’entità delle pene.

La Corte in *Sharpe* ha motivato l’*overruling* di ventidue anni di elaborazione giurisprudenziale sviluppata sull’analisi di proporzionalità del *cross-comparison test* in base a diversi ordini di ragioni⁷⁸⁴.

Anzitutto, si è messo in luce come l’evoluzione del test del “confronto-incrociato” si fosse distaccata eccessivamente dall’intenzione dei redattori della Costituzione dell’Illinois, che avevano inteso apprestare una protezione di portata analoga rispetto a quella della CUPC federale⁷⁸⁵.

In secondo luogo, venne sottolineato come il test fosse intrinsecamente soggettivo e fosse impossibile per i giudici stabilire gli scopi che il legislatore intendeva perseguire, senza violare il principio di separazione dei poteri.

Oltre a tali motivi, si è giustamente osservato⁷⁸⁶, la Corte in *Sharpe* ha probabilmente ritenuto che la metodologia del *cross-comparison test* travalicasse i limiti del giudiziario e fosse troppo “legislativa”

⁷⁸¹ Per esempio v. *People v. Davis*, 687 N.E. 2D 24, 28-29 (Ill. 1997) che, in esito al *cross-comparison test*, ha invalidato la pena prevista per il reato di omesso possesso del certificato di proprietà per un’arma da fuoco che era più grave di quella prevista per il reato di illegittimo utilizzo di un’arma da parte di un soggetto già condannato precedentemente per una *felony*.

⁷⁸² 839 N.E. 2D 492 (Ill. 2005)

⁷⁸³ Sul ruolo rivestito dall’individuazione della *legislative purpose* come “fattore autonomo” nell’analisi di costituzionalità sulle pene detentive eccessive in diverse esperienze statali, con ampi riferimenti anche a quella dell’Illinois, cfr. SCHNEIDER G.S., *Sentencing Proportionality*, cit., 259-262.

⁷⁸⁴ KILEY S., *Criminal Procedure: Proportionate Penalties*, cit., 1346-48.

⁷⁸⁵ Esprime perplessità su questo argomento KILEY S., *Criminal Procedure: Proportionate Penalties*, cit., 1349-51; analogamente cfr. SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 159.

⁷⁸⁶ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 158-60, i quali spiegano “*Forse un’altra, non dichiarata, ragione per la quale la cross-comparison review è sembrata troppo “legislativa” è che gran parte dei casi che hanno invocato questo standard costituivano in sostanza attacchi frontali su pene previste da leggi attraverso una petizione pre-dibattimentale al fine di archiviare piuttosto che attacchi “come applicata” su una particolare condanna irrogata*”.

perché gran parte delle questioni decise erano costituite da giudizi “in astratto” sulla coerenza/razionalità delle disposizioni sanzionatorie previste per legge (*facial challenges*), e non da “*as applied challenges*”, diretti a lamentare l'incostituzionalità di una determinata sentenza di condanna per sproporzione incostituzionale.

Ancora una volta, è possibile constatare come il sistema di sindacato di costituzionalità sulle pene americano (e della *judicial review of legislation* in generale) guardi con estremo sfavore le situazioni in cui ad essere sindacata è la legittimità di una scelta legislativa considerata in sé, sul piano normativo- astratto, ed incentivi invece le questioni riguardanti una specifica applicazione della legge al caso concreto.

La decisione della Corte Suprema dell'Illinois in *Sharpe* è stata sottoposta a riletture critiche in letteratura⁷⁸⁷, sottolineando come essa abbia forse sopravvalutato le problematiche di un tipo di controllo che era nato specificamente in risposta ad un situazione di estrema irrazionalità interna del sistema sanzionatorio statale, con norme complesse e spesso sovrapposte, in forza delle quali illeciti dal disvalore analogo venivano puniti in maniera irragionevolmente differenziata⁷⁸⁸.

Si è inoltre osservato, denunciando la scarsa coerenza della decisione, che dopo la pronuncia del 2005 continua ad essere applicato, oltre allo “*shock the conscience test*”, un altro metodo d'analisi costituzionale sull'entità delle sanzioni penali detentive, denominato *identical elements analysis*⁷⁸⁹.

Questa terza *species* di verifica di costituzionalità, tutt'ora in uso, è la più “giovane” delle tre, essendo stata formulata per la prima volta dalla Corte Suprema nel caso *People v. Christy* del 1990⁷⁹⁰.

Il massimo organo di giustizia statale allora si trovò a giudicare la costituzionalità della sanzione prevista per il delitto di “*armed violence predicated on kidnapping*”, la reclusione da sei a trent'anni, posta a raffronto quella della reclusione da quattro a quindici anni prevista per il reato di “*aggravated kidnapping*”, che presentava i medesimi elementi costitutivi.

Nel caso di specie l'imputato aveva commesso il reato di sequestro di persona (*kidnapping*), una *felony*, mentre era armato, e fu condannato per violenza armata (*armed violence*).

Tale ultimo delitto era definito come la commissione di una *felony* di un soggetto munito di un'arma pericolosa e prevedeva un delta punitivo della reclusione da sei a trent'anni. Dall'altro lato, la legislazione dell'Illinois definiva il crimine “sequestro di persona aggravato” come un sequestro di persona commesso mentre si è armati con un'arma pericolosa, disponendo la pena della reclusione da quattro a quindici anni.

Dopo avere confrontato il linguaggio legislativo ed avere constatato che i due delitti presentavano

⁷⁸⁷ SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 159, secondo i quali *Sharpe* è una sentenza molto deludente e mal motivata; si esprime con accenti di forte critica anche KILEY S., *Criminal Procedure: Proportionate Penalties*, cit., 1348-1353.

⁷⁸⁸ Sulle caratteristiche del sistema di *sentencing* e sulla *case-law* dell'Illinois v. la dettagliata scheda in *NACDL's Proportionality Litigation Project*, disponibile all'indirizzo <http://www.nacdl.org/ExcessiveSentencing/>.

⁷⁸⁹ Sulle caratteristiche di questa tipologia di controllo cfr. SHEKETTOFF J.F., *State Innovations*, cit., 2219-20; WEISS S., *Into the Breach*, cit., 593-94; BALMER T.A., *Some Thoughts*, cit., 797; SCHNEIDER G.S., *Sentencing Proportionality*, cit., 265-66.

⁷⁹⁰ 564 N.E.2d 770 (Ill. 1990)

elementi strutturali identici, la Corte ritenne la sperequazione sanzionatoria incostituzionale.

Si argomentò che “*Dato che gli elementi costitutivi del sequestro di persona aggravato e della violenza armata sono identici, senso comune e buona logica sembrerebbero richiedere che le loro pene siano identiche*”, ravvisando il contrasto con la *proportionate-penalties clause*.

Tale orientamento è stato confermato successivamente in *People v. Lewis*⁷⁹¹, allorché la Corte ha evidenziato la piena oggettività del metodo, affermando che “*Una corte che utilizza l'analisi messa a punto in Christy non svolge alcuna determinazione soggettiva riguardo alla gravità di un determinato reato ed alla severità della pena prevista per quel reato ... Così, applicando l'analisi messa a punto in Christy, non c'è rischio che il giudiziario invada la discrezionalità legislativa*” ed in numerosi altri arresti, anche particolarmente recenti⁷⁹².

Nella stessa decisione *People v. Sharpe* del 2005, la *Supreme Court* ha motivato la scelta di mantenere il controllo di legittimità tramite l'analisi degli “elementi identici”, a fronte dell'abbandono del “confronto-incrociato”, in questi termini “*L'analisi degli “elementi identici” non è piena di difficoltà come il test del “confronto-incrociato”: non richiede determinazioni soggettive da parte di questa corte, non implica che noi agiamo da “super-legislatore”, e non minaccia i principi di separazione dei poteri*”.

In definitiva le corti dell'Illinois si sono avvalse di tre diverse tipologie di controllo, utilizzate ora congiuntamente, ora alternativamente, per sindacare l'eccessività incostituzionale delle pene detentive.

La prima modalità di verifica, c.d. “*shock the conscience test*”, risulta essere fondata su un triplice ordine di valori, rispettivamente riconducibili: al significato originario (*original meaning*) della proibizione costituzionale; alla consuetudine di *common law* di prevedere determinate calibrature sanzionatorie; alla colpevolezza soggettiva dell'agente.

Essa viene impiegata in riferimento ad una specifica sentenza di condanna, e non attraverso una “*statutory interpretation*”, volta a vagliare la coerenza interna di un dato *corpus* normativo.

Le altre due metodologie (*cross-comparison test* e *identical elements analysis*), rientranti nella macro-categoria dell'analisi intra-giurisdizionale (secondo fattore stabilito nella decisione federale *Solem v. Helm*), si risolvono invece in controlli di razionalità endo-legislativa “in astratto”, sviluppati attraverso giudizi di eguaglianza, non dissimili dai controlli di ragionevolezza sui quadri edittali svolti dalla Corte costituzionale italiana.

Il primo test comparativo è stato tuttavia ritenuto impraticabile in quanto troppo “politico” e sostanzialmente arbitrario, perché consentiva ai giudici, attraverso l'individuazione della *ratio legis* (*legislative purpose*) sottesa alle due disposizioni sanzionatorie raffrontate e la valutazione degli interessi protetti dalle norme (*social harm*), di estendere il confronto anche a norme non strutturalmente identiche, sfociando così nel *judicial policymaking*.

⁷⁹¹ 677 N.E.2d 830 (Ill. 1997)

⁷⁹² *People v. Clemons*, 2012 IL 107821; *People v. Hauschild*, 871 N.E.2d1 (Ill. 2007); *People v. Lee* 876 N.E.2d 671 (Ill. App. Ct. 2007), casi citati in SHEKETTOFF J.F., *State Innovations*, cit., 2219, nt. 50.

La seconda tipologia d'analisi, sviluppandosi su un piano meramente logico-formale (senza considerazioni relative alla *ratio legis* ed al bene giuridico protetto), è stata invece ritenuta appropriata, per censurare le manifeste sperequazioni sanzionatorie, prive di ragionevole giustificazione, tra fattispecie di reato sostanzialmente identiche.

Conclusivamente si può rilevare che la coniugazione del principio di proporzionalità delle pene con valutazioni relative alla non arbitrarietà/coerenza intra-sistemica delle scelte legislative (c.d. *relative proportionality*), caratterizzanti l'esperienza dell'Illinois, sono più difficilmente applicabili dalla Corte Suprema federale⁷⁹³.

Ciò, oltretutto per i noti problemi dati dalla struttura federale dell'Unione, soprattutto per la stessa incertezza sul fatto che l'istanza di proporzionalità relativa sia effettivamente protetta quale valore autonomo dall'Ottavo Em., se sol si considera che “*L'origine dell'ottavo emendamento come proibizione di metodi barbari di pena indica come i suoi redattori fossero in primo luogo preoccupati riguardo alla quantità assoluta di sofferenza patita dagli individui*”⁷⁹⁴.

Questo non deve però influenzare in alcun modo le corti statali, le quali spesso sono chiamate ad applicare clausole costituzionali diverse rispetto all'Ottavo Em., sia per quanto riguarda il dato testuale che relativamente all'epoca storica di promulgazione, e dunque legittimate ad effettuare un controllo più pervasivo sulla discrezionalità politica.

2.5.3 Altre disposizioni costituzionali statali che vengono interpretate nel senso di garantire una maggiore protezione ed un controllo più incisivo nella *judicial review of excessive penalties*

In numerosi giurisdizioni statali possono riscontrarsi impostazioni ermeneutiche volte ad ampliare la protezione costituzionale contro le pene detentive eccessive, ben oltre il livello minimo assicurato dalla giurisprudenza costituzionale federale.

Analogamente a quanto avviene nell'ordinamento dell'Illinois, coesistono una pluralità di standard, differenziati rispetto a quello tripartito articolato dalla *Supreme Court*, ai quali corrispondono sia controlli indirizzati “in astratto” a verificare la coerenza/razionalità interna dei *sentencing schemes*, attraverso una comparazione strutturale tra diversi reati e corrispettivi trattamenti sanzionatori (sub-varianti dunque dell'*intra-jurisdictional analysis*), che analisi specificamente tese a stabilire se una determinata, concreta sentenza di condanna sia compatibile con la previsione costituzionale.

⁷⁹³ Si veda, però, l'interessante opinione espressa di recente in letteratura secondo cui la Corte Suprema dovrebbe utilizzare il sindacato di proporzionalità relativa impiegato in numerosi stati, invalidando le disposizioni sanzionatorie statali manifestamente irrazionali e le sentenze di condanna emesse in base a tali norme. L'A. suggerisce che il parametro da utilizzare in questi casi potrebbe però essere la *Due Process Clause* del Quattordicesimo Em. e non la CUPC dell'Ottavo Em., dal momento che il controllo di proporzionalità relativa “*funziona come una specie di rational basis test in riferimento alle normative sanzionatorie di una data giurisdizione statale*”. In sostanza, un controllo comparativo endolegislativo volto a verificarne una non manifesta irragionevolezza. Cfr. SHEKETTOFF J.F., *State Innovations*, cit., 2230, nt. 123.

⁷⁹⁴ In questi termini v. GILCHRIST B.W., *Disproportionality in Sentences*, cit. 1140-41.

Andiamo ad analizzare brevemente alcune ipotesi rinvenibili nella *case-law* di vari stati.

Si mostra di particolare interesse la giurisdizione dello Stato dell'Indiana, laddove il principio di proporzionalità delle sanzioni penali è espressamente previsto in Costituzione⁷⁹⁵.

Anche se recentemente la Corte Suprema ha affermato che, nonostante la formulazione linguistica nettamente diversa rispetto alla CUPC, la clausola della Costituzione statale preveda lo stesso tipo e grado di protezione⁷⁹⁶, non sono mancate occasioni precedenti nelle quali le corti hanno esercitato un controllo di proporzionalità più stringente.

Ad esempio, nel caso *Conner v. State*⁷⁹⁷, la Corte Suprema dell'Indiana ha interpretato estensivamente la disposizione di cui all'art. I, §16, della Carta fondamentale dello Stato, invalidando la condanna a sei anni di reclusione irrogata all'imputato per avere commesso il delitto di vendita di sostanza stupefacente non dannosa rappresentata falsamente come marijuana⁷⁹⁸, sulla base del fatto che il diverso reato di commercio di vera sostanza stupefacente di tipo marijuana veniva sanzionato dalla legislazione statale con la pena inferiore di massimo tre anni di reclusione. La sentenza è stata annullata con rinvio alla corte inferiore, con istruzione di irrogare una pena non superiore a tre anni. Chiara la valorizzazione della lesività nettamente diversa delle due condotte delittuose, irragionevolmente stravolta dall'entità dei regimi punitivi.

Ancora, nella decisione *Poling v. State*⁷⁹⁹ la *Indiana Court of Appeals*, citando adesivamente la giurisprudenza dell'Illinois in *People v. Christy*, fece applicazione della c.d. *identical elements doctrine* e ritenne che diversi quadri edittali riferiti a due reati con gli stessi elementi violassero il principio di proporzionalità statale⁸⁰⁰.

Altri ordinamenti statali hanno utilizzato una variante dell'analisi degli "elementi identici" per decretare l'incostituzionalità di pene eccessive.

Il riferimento è alle cc.dd. *lesser included offense analysis* e *lesser culpability analysis*, ossia quei casi in cui vengono posti a confronto due reati (A; B) di cui uno (A) sia – si direbbe con terminologia penalistica italiana – "complesso", cioè comprenda, tra i suoi elementi costitutivi, fatti che di per sé integrerebbero il reato B, cui si sommano ulteriori profili di disvalore.

In queste situazioni, se l'offesa minore (*lesser included offense*) è punita con tariffe edittali più severe rispetto a quelle della fattispecie che la ricomprende, le corti statali possono invalidarla⁸⁰¹.

⁷⁹⁵ Art. I, § 16 Costituzione dell'Indiana "Tutte le pene debbono essere proporzionate alla natura del reato".

⁷⁹⁶ *Conley v. State*, 972 N.E.2d 864, 879 (Ind. 2012) ove si è affermato, senza ulteriore spiegazione, "benché il linguaggio non sia lo stesso della Costituzione degli Stati Uniti, le protezioni sono le stesse".

⁷⁹⁷ 626 N.E. 2d 803, 806 (Ind. 1993)

⁷⁹⁸ La fattispecie incriminatrice in oggetto, di cui all'*Ind. Cod.* § 35-48-4-4.6, prevedeva la pena detentiva fino ad otto anni per qualunque vendita di sostanza stupefacente simulata, senza tenere in considerazione la tipologia della droga. Il caso è riportato in SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 155.

⁷⁹⁹ 853 N.E.2d 1270 (Ind. Ct. App. 2006)

⁸⁰⁰ Il caso è riportato ed ampiamente discusso in SHEKETOFF J.F., *State Innovations*, cit., 2220.

⁸⁰¹ Cfr. sul punto già PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., 753-54 e casistica giurisprudenziale *ivi* citata e discussa.

Si è sottolineato come tale metodologia di sindacato, essendo completamente oggettiva, sia sostanzialmente priva di problematiche operative e ben si presti a censurare le dissimmetrie sanzionatorie. Diverse corti statali ne hanno fatto uso.

Ad esempio, la *Supreme Court* dell'Oregon, la cui Costituzione del 1867 espressamente proibisce le pene sproporzionate all'art. I, § 16, in base a questa dottrina ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della pena massima prevista per il delitto di aggressione con l'intento di commettere violenza carnale (*assault to commit rape*) perché più severa rispetto a quella del reato consumato (*rape*)⁸⁰².

La Corte Suprema del North Carolina, in epoca ormai risalente, giudicò incostituzionale la sanzione per il reato di possesso di strumenti atti alla violazione di domicilio (*implements of housebreaking*) in quanto eccessiva rispetto a quella prevista per il reato di violazione di domicilio (*greater offense*)⁸⁰³.

Altre corti statali hanno sviluppato questa tipologia di scrutinio, dichiarando costituzionalmente illegittima una pena massima più elevata per il delitto di omicidio volontario tentato rispetto a quello consumato; di una rapina semplice (*robbery*) rispetto ad una rapina a mano armata (*armed robbery*); di una invasione di privato domicilio con l'intenzione di commettere un reato paragonata a quella prevista per un furto in appartamento (*burglary*); un termine di carcerazione più lungo prima di diventare ammissibile al *parole* in riferimento all'omicidio volontario semplice rispetto all'omicidio volontario aggravato⁸⁰⁴.

Un'ulteriore variante dello stesso metodo, assai frequente nella prassi, è la c.d. *lesser culpability offense analysis*, qualora l'elemento ulteriore della fattispecie complessa riguardi un requisito di tipo soggettivo. In questo caso la corte esaminerà gli elementi strutturali del reato del quale un determinato soggetto è imputato per verificare se esista un delitto con condotta identica ma elemento soggettivo più grave. Se tale crimine esiste ed è sanzionato meno severamente, la pena in oggetto sarà dichiarata incostituzionale per *excessiveness*.

Un caso d'interesse può trovarsi nella giurisprudenza dell'Ohio, che pure non contempla esplicitamente il principio di proporzione, ma vieta soltanto le pene crudeli ed inusuali, analogamente all'Ottavo Em.⁸⁰⁵. Nella decisione *State v. Shy*⁸⁰⁶ la *Court of Appeals* ha riscontrato un *vulnus* al principio di proporzione in un caso dove un reato in materia stradale punito a titolo di responsabilità oggettiva (*strict liability traffic offense*) era sanzionato più severamente rispetto ad un illecito, con la stessa condotta oggettiva, punito però a titolo di colpa (*negligence traffic offense*).

L'imputato aveva cagionato un incidente mortale in automobile, ed in virtù dell'applicazione della disposizione incriminatrice sull'omicidio stradale, causare la morte di un altro soggetto guidando un

⁸⁰² *Cannon v. Gladden*, 281 P.2d 233, 235 (Or. 1955) (*en banc*). Per una ampia discussione del caso e più in generale delle varie declinazioni del *proportionality principle* in Oregon, anche in prospettiva storica, cfr. BALMER T.A., *Some Thoughts*, 804 ss.; v. altresì SHEKETOFF J.F., *State Innovations*, cit., 2221; SCHNEIDER G.S., *Sentencing Proportionality*, cit., 264 ss.

⁸⁰³ *State v. Blackmon*, 132 S.E.2d 880 (N.C. 1963)

⁸⁰⁴ Casistica riportata e discussa in SHEKETOFF J.F., *State Innovations*, *op. loc. cit.*

⁸⁰⁵ Costituzione dell'Ohio, art. I, § 9

⁸⁰⁶ *State v. Shy*, No. 96CA587, 1997 WL 381782, at *5-6 (Ohio Ct. App. June 30, 1997)

veicolo a motore costituiva una *misdemeanor*. Tuttavia, l'omicidio colposo, che poteva essere costruito sulla commissione di un'infrazione stradale a responsabilità oggettiva, costituiva una *felony*, reato più grave e quindi punito con maggiore durezza.

La Corte ritenne che l'imputato, condannato per omicidio colposo (*involuntary manslaughter*), avesse sofferto una condanna così manifestamente sproporzionata da violare la costituzione, osservando che “le persone che commettono reati imputati a titolo di responsabilità oggettiva sono meno colpevoli dei soggetti che commettono reati basati sull'elemento psicologico colposo o sprezzante del rischio (*reckless*)”.

Diverse le realtà costituzionali statali in cui si è effettuato un controllo di proporzionalità più incisivo su una specifica sentenza di condanna, rispetto a quello sviluppatosi nella giurisprudenza costituzionale federale, e non soltanto tramite un'analisi di tipo endo-legislativo, di proporzionalità relativa (*intra-jurisdictional analysis*), come quelle testé analizzate, ma tenendo in considerazione fattori ulteriori.

Uno dei casi forse più noti è quello della pronuncia *People v. Bullock*⁸⁰⁷, in cui la Corte Suprema del Michigan, su rinvio, censurò la condanna all'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale (*LWOP*) che era stata giudicata costituzionalmente legittima dalla Corte Suprema Federale in *Harmelin v. Michigan*, dichiarandola in contrasto con il divieto di pene crudeli o inusuali di cui all'art. 1, § 16 della Costituzione statale.

Le interessanti argomentazioni dei giudici statali fecero leva sul fatto che i precedenti della Corte Suprema Federale dovessero essere ritenuti solamente persuasivi e non vincolanti (*persuasive authority*), e che dunque fosse legittimo aderire alla posizione espressa dai giudici dissenzienti in *Harmelin*.

Inoltre vennero addotte due convincenti ragioni per interpretare sistematicamente la clausola della Costituzione statale in maniera più protettiva rispetto al suo corrispettivo federale.

In primo luogo, la portata più ampia della salvaguardia, desumibile dal diverso tenore letterale del divieto di pene crudeli o inusuali; secondariamente, il fatto che la Costituzione statale fosse stata emanata nel 1963, dunque molto tempo dopo che il principio di proporzione venne statuito per la prima volta in *Weems v. U.S.*.

A partire da questa decisione le corti statali del Michigan hanno applicato uno standard di giudizio più esigente di quello costituzionale-federale, articolato in base agli stessi passaggi analitici (valutazione della gravità del reato raffrontata con la severità della condanna – analisi intra-giurisdizionale – analisi inter-giurisdizionale), con l'aggiunta però della ulteriore valutazione circa l'idoneità della misura di un determinata pena ad assolvere la funzione rieducativa⁸⁰⁸.

Lo Stato di Washington, pur prevedendo in costituzione soltanto il divieto di pene crudeli, all'art. 1, § 14,

⁸⁰⁷ 485 N.W.2d 866, 872 (Mich. 1992)

⁸⁰⁸ Per una disamina più approfondita dell'importante precedente *People v. Bullock*, e dei suoi effetti nel senso di garantire una analisi di costituzionalità più penetrante sulla misura della pena in Michigan, con rassegna della giurisprudenza successiva, v. *amplius* WEISS S., *Into the Breach*, cit., 579-80; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 157.

ha interpretato la previsione come implicante un divieto di manifesta sproporzione delle sanzioni penali, invalidando una sentenza di condanna all'ergastolo, comminata in forza di un *habitual offenders statute*, in un caso dove l'imputato aveva commesso tre delitti contro il patrimonio di scarsa gravità, in un arco di tempo piuttosto lungo⁸⁰⁹.

Altre giurisdizioni si sono mostrate particolarmente attive nella *absolute proportionality review*, specialmente quando oggetto di scrutinio sono state sentenze di estrema severità (ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale – *LWOP*; ergastolo con possibilità di liberazione condizionale – *LWPP*; condanne a pena detentiva di tale durata da andare certamente oltre il tempo di vita naturale del reo – c.d. *effective life sentences*)⁸¹⁰.

In conclusione, pur essendo impossibile procedere all'esame di tutte le esperienze statali di *noncapital proportionality review*⁸¹¹, è ad ogni modo opportuno sottolineare come esse dovrebbero essere attentamente tenute in considerazione e valutate al fine di mettere a punto metodologie di controllo nuove e più incisive, in grado di “riportare in vita” la protezione costituzionale anche a livello costituzionale-federale.

2.5.4 Osservazioni conclusive in chiave comparatistica

La sintetica disamina della distinta “*dimensione costituzionale statale*” ha consentito di pervenire a significative conclusioni, almeno sotto un duplice versante.

In primo luogo, per quanto concerne il piano dell'indagine comparata, essa pare poter alimentare interessanti spunti di riflessione, soprattutto in considerazione di quelle forme di sindacato costituzionale di “*proporzionalità relativa*”, incentrate sulla verifica in astratto della congruenza/non arbitrarietà dei trattamenti sanzionatori previsti in un determinato *sentencing scheme*, condotti sostanzialmente in base a giudizi di eguaglianza.

Si noti, tuttavia, che il “modello” di controllo forse più simile, tra quelli passati in rassegna, allo scrutinio di ragionevolezza svolto dalla Consulta sulle articolazioni sanzionatorie penali, in quanto implicante anche la valutazione inevitabilmente discrezionale della *ratio legis* (*legislative purpose*) e contenutistica degli interessi protetti (*social harm*), delle norme poste a raffronto, il c.d. “*cross comparison test*”, elaborato nella *case-law* dell'Illinois, è stato ritenuto impraticabile, perché eccessivamente soggettivo e “politico”.

Una volta di più si conferma dunque la natura estremamente (eccessivamente?) limitata del controllo di

⁸⁰⁹ *State v. Fain*, 617 P.2d 720 (Wash. 1980). Caso discusso ampiamente in WEISS S., *Into the Breach*, cit., 583-84, 592; SCHNEIDER G.S., *Sentencing Proportionality*, cit., 254 ss.

⁸¹⁰ Un'accurata e recente rassegna casistica in SHEKETTOFF J.F., *State Innovations*, cit., 2222-2230.

⁸¹¹ Per un quadro completo dello “stato dell'arte” in tutte le cinquanta giurisdizioni statunitensi, si rinvia ai risultati della già citata ricerca portata avanti dalla *National Association of Criminal Defense Lawyers*, disponibile all'indirizzo <http://www.nacdl.org/ExcessiveSentencing/>.

proporzionalità sulla pena statunitense, anche se condotto a livello costituzionale-statale ed alla stregua di parametri in buona parte diversi da quelli utilizzati dalla Corte Suprema Federale.

Sono invece state mantenute quelle tipologie d'analisi endo-legislativa (*intra-jurisdictional*) che si muovono su un binario meramente logico-formale, tale da garantire oggettività e scongiurare il rischio d'invasione della discrezionalità legislativa (*identical elements analysis; lesser included offense analysis; lesser culpability analysis*)

Un'ulteriore riflessione, sempre attinente al primo versante “comparatistico”, riguarda un profilo di complessità che va sempre tenuto a mente e rende estremamente difficile valutare in parallelo l'esperienza nordamericana con quella italiana.

Nel primo contesto, infatti, salvo i rari casi in cui una normativa sanzionatoria appaia irrazionalmente sproporzionata “in astratto” (*on its face*)⁸¹², prestandosi così ad essere sindacata con i metodi di analisi intra-giurisdizionale sopra esaminati, per il resto il controllo di proporzionalità deve sempre essere svolto su una condanna specifica (*as applied*), sull'applicazione della disposizione sanzionatoria, in base a criteri di tipo fattuale, che rimandano necessariamente ai fatti di causa.

Mentre nell'incidente di costituzionalità ci si muove su un piano puramente normativo, negli Stati Uniti così non può essere.

Per chiarire meglio tale concetto e illustrare la complessità determinata dalla costante compenetrazione dei due piani (normativo e fattuale), può essere utile richiamare i risultati di un recente studio⁸¹³.

Valutando l'applicazione del principio costituzionale di proporzionalità della pena nella *case-law* di quattro Stati particolarmente attivi (Washington, West Virginia, Illinois, Oregon), vengono individuati sei “criteri” condivisi, alla stregua dei quali, alternativamente ovvero congiuntamente (in “interazione”), le corti valutano la costituzionalità della misura della pena detentiva: 1) se il rapporto tra la pena inflitta e il disvalore del reato sconvolge ogni ragionevole senso di decenza; 2) la gravità del delitto commesso; 3) i precedenti penali dell'imputato; 4) lo scopo della normativa sanzionatoria applicata (*legislative purpose*); 5) il confronto tra la pena irrogata all'imputato e le pene previste in altri ordinamenti penali statali dell'Unione per lo stesso delitto o per delitti sostanzialmente assimilabili; 6) il confronto della pena inflitta con altre pene previste per reati assimilabili nello stesso ordinamento statale.

Tra questi fattori hanno sostanza puramente normativa soltanto quelli *sub* 4), 5) e 6), gli altri rimandano

⁸¹² Quelle situazioni di normative sanzionatorie irrazionali, laddove “*Lo schema sanzionatorio previsto per legge appare sproporzionato di per sé, come quando reati 'diversi' con elementi identici vengono puniti con pene differenti, o quando un reato complesso ha una pena inferiore rispetto ad una delle fattispecie semplici che lo compongono ... in tali circostanze, guardare ai fatti di causa non è necessario perché è semplicemente illogico che un reato complesso sia punito meno severamente di uno dei reati semplici che lo compongono. E' sproporzionato di per sé*”. Cfr. SCHNEIDER G.S., *Sentencing Proportionality*, cit., 255

⁸¹³ SCHNEIDER G.S., *Sentencing Proportionality*, cit., 250 ss. Un profilo costruttivo di particolare interesse, in ottica *de jure condendo*, di questo studio (268-63), non comune nei contributi scientifici statunitensi analizzati, è da identificarsi nella proposta, successiva all'analisi giurisprudenziale, di emanazione legislativa di un *Model Proportionality in Sentencing Act* ad uso degli stati, nel quale vengono “condensati” i più coerenti tra i *proportionality principles* precedentemente individuati e descritti nel *case study* relativo alle giurisdizioni analizzate. Ciò dimostra consapevolezza del fatto che la via privilegiata per realizzare l'istanza di proporzione, invero mai quasi mai battuta fino ad ora negli U.S.A., dovrebbe essere quella legislativa.

tutti, in un modo o nell'altro, a elementi fattuali, di “commisurazione della pena in concreto”, ovvero di natura sociologica.

Risulta di tutta evidenza, pertanto, la problematicità sia nello stabilire con chiarezza l'interazione reciproca e l'ordine operativo di utilizzo giudiziale di tali criteri (vengono utilizzati tutti? in che ordine? qual'è risolutivo per la declaratoria di incostituzionalità?), sia, ancor di più, nel paragonare questi “sotto-principi” con quelli elaborati nella giurisprudenza costituzionale italiana⁸¹⁴, scenario in cui la ambientazione unica è sempre quella del controllo comparativo endo-legislativo o endo-normativo, seppur arricchito con criteri contenutistici/valoriali/sostanziali.

Oltre a questi stimolanti profili, tornando ad una dimensione prettamente interna all'ordinamento U.S.A., è d'uopo concludere questo paragrafo dello studio sottolineando ancora, conformemente alla dottrina più accorta⁸¹⁵, come sia fortemente auspicabile che le corti statali continuino a perseguire, anche con maggiore risolutezza, un rafforzamento del sindacato di proporzionalità, discostandosi dall'atteggiamento di *judicial abdication* della *Supreme Court* Federale, dettato principalmente da “*federalism concerns*”⁸¹⁶. I giudici statali – si è visto – non devono fare i conti con tali preoccupazioni, e sono pienamente legittimati ad interpretare le previsioni costituzionali statali in modo tale da intensificare la salvaguardia costituzionale.

Essendo quasi integralmente venuta meno la tutela a livello costituzionale-federale, una interpretazione indipendente e più protettiva delle clausole costituzionali statali (in base al c.d. *primacy approach*), che consideri i precedenti della Corte Suprema come meramente persuasivi e non vincolanti (differentemente al c.d. *lockstep approach*)⁸¹⁷, si rivela viepiù desiderabile, anche nella prospettiva di quello che è stato definito il “*valore costituzionale del dialogo*”.

Alcuni studiosi⁸¹⁸ hanno infatti ritenuto le “nuove” tendenze interpretative delle corti statali, sviluppate

⁸¹⁴ Per un ottimo quadro di sintesi delle situazioni in cui la misura delle previsioni sanzionatorie edittali risulta essere costituzionalmente illegittima nell'ordinamento italiano, utile anche per un raffronto comparativo “immediato” con i criteri individuati in altre esperienze, cfr. CORBETTAS., *La cornice edittale*, cit., 166-67.

⁸¹⁵ FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences*, cit., 63-64, il quale esorta tutti gli interpreti, operatori giuridici e soggetti condannati ad essere meno “*Fed-centric*”, ossia a cercare la protezione denegata a livello costituzionale-federale attraverso le previsioni costituzionali statali; WEISS S., *Into the Breach*, cit., 592-96; SCHNEIDER G.S., *Sentencing Proportionality*, cit., 275; SHEKETOFF J.F., *State Innovations*, cit., 2212, 2240.

⁸¹⁶ Esprime un punto di vista diverso, sostenendo che le enormi difficoltà della Corte Suprema nella *proportionality review* siano state causate più dalla confusione sugli scopi della pena nella loro dimensione (e gerarchizzazione) costituzionale, rispetto che dalle “preoccupazioni” derivanti dalla struttura federale dell'Unione, LEE Y., *Federalism and the Eighth Amendment*, in *Iowa L. Rev.*, 2012, 69 ss.

⁸¹⁷ Per una dettagliata analisi delle diverse metodologie interpretative (c.d. *primacy approach*; *criteria approach*; *lockstep approach*) seguite dalle Corti Supreme statali nell'interpretazione delle clausole costituzionali statali “affini”/“parallele” a quelle della Carta Federale, e dei casi in cui è legittimo per le prime discostarsi dalla giurisprudenza della Corte Suprema Federale, al fine di ampliare le garanzie costituzionali e la protezione dei diritti individuali in determinati settori, v. FRIEDMAN L., *The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism*, in *Hastings Const. L.Q.*, 2000, 93 ss. ed in part. sui diversi criteri 102-112.

⁸¹⁸ Sul punto si veda ancora il saggio di FRIEDMAN L., *The Constitutional Value of Dialogue*, cit., 93 ss., dove viene ripresa ed approfondita la posizione del c.d. “*New Judicial Federalism*”, autorevolmente espressa dal giudice supremo Brennan sul finire degli anni settanta, tesa a sollecitare nelle Corti Supreme statali approcci ermeneutici volti ad aumentare le garanzie costituzionali, attraverso una interpretazione delle clausole costituzionali statali “affini” a quelle previste nella costituzione federale (come ad esempio quelle in materia di pene crudeli e/o inusuali o sproporzionate) diversa e più protettiva rispetto a quella elaborata nella

nel tentativo di innalzare il livello di tutela dei diritti fondamentali nei settori più vari, strumenti essenziali al fine di creare un “*dialogo crescente tra la Corte Suprema e le corti statali sul tema dei diritti fondamentali*”, nel cui alveo dev'essere certamente ricondotto il diritto a non subire sanzioni penali manifestamente eccessive.

Tale attitudine dovrebbe essere imposta *a fortiori* in presenza di uno percorso altamente controverso ed incoerente, come quello della giurisprudenza costituzionale federale in materia di misura delle pene detentive, incapace di fornire standard suscettibili di essere applicati con chiarezza e prevedibilità.

Qualora la Corte Suprema rinunci ad accordare la dovuta protezione, a causa di problematiche derivanti dalla struttura federale dell'Unione – si è lucidamente osservato – vi è “*un evidente bisogno che le corti statali la sostituiscano nello svolgere questo compito ... se il controllo costituzionale federale si riduce, le corti statali devono rispondere aumentando il proprio*”⁸¹⁹.

D'altro canto, uno degli argomenti ricorrenti per giustificare l'ampia deferenza rispetto alle legislazioni penali-sanzionatorie messe a punto dai parlamenti statali, è proprio la ricchezza e la diversità connaturata al modello federale, che concepisce gli stati come “laboratori di democrazia” (*laboratories of democracy*), legittimati a “sperimentare” le soluzioni politico-criminali ritenute più congrue.

Non si vede perché la stessa prospettiva, incline a valorizzare gli “esperimenti” statali, non debba essere perseguita – sotto il distinto versante del sindacato di costituzionalità sul *quantum* delle pene – quando in gioco è la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, e il dato testuale della Carte statali, le tradizioni costituzionali ed ulteriori fattori paiono legittimare uno scrutinio più incisivo.

giurisprudenza costituzionale federale della Corte Suprema (*reading parallel provisions differently*), in particolar modo quando lo standard costituzionale-federale si mostra inadeguato.

⁸¹⁹ WEISS S., *Into the Breach*, cit., 596, citando le parole di Justice Brennan.

CAPITOLO III

Riflessioni conclusive sugli aspetti d'analogia e differenziazione tra sistemi emersi nella indagine comparata

3.1 Considerazioni preliminari

Occorre ora interrogarsi conclusivamente su quali siano i tratti che accomunano e quelli che invece paiono segnare un significativo iato tra i due modelli.

In definitiva si tratta di cercare di comprendere le ragioni di un "cammino esistenziale" così accidentato. Con riferimento ad entrambi i modelli è opportuno precisare sin d'ora come i risultati della ricerca non consentano di dare alcuna risposta definitiva, vista la complessità del tema e l'inesauribilità del relativo dibattito scientifico.

Ci si limiterà pertanto ad offrire un quadro complessivo delle differenze e delle affinità riscontrate, delle ragioni che paiono avere impedito uno sviluppo coerente e realmente *significativo* del sindacato sulla entità delle pene nelle due esperienze – constatando l'insufficiente grado di realizzazione del principio di proporzionalità nella dimensione costituzionale – ed infine si formuleranno alcune riflessioni critiche sulle prospettive future e sui numerosi scenari aperti.

3.2 Convergenze e divergenze tra le due esperienze di controllo di costituzionalità sulla misura della pena

Ad esito della ricerca svolta è possibile individuare con sufficiente precisione alcuni dati di fondo che sembrano potere accomunare le due realtà indagate⁸²⁰.

3.2.1 Carenza di "base testuale"

Anzitutto lo scrutinio di proporzionalità viene esercitato in forza di principi che non sono esplicitamente/testualmente previsti dalle Carte Costituzionali.

Essi, infatti, vengono ritenuti impliciti/immanenti nella tradizione costituzionale, essendo desunti in via

⁸²⁰ E' bene sempre ricordare, come si è avvisato in apertura del lavoro, che il sistema sanzionatorio penale statunitense (federale e statale) è incommensurabilmente più severo rispetto a quello italiano e di gran parte delle altre democrazie occidentali. Bisogna dunque in questo senso fare uno sforzo e concentrarsi, nel lavoro comparativo, più sulle caratteristiche e sui moduli argomentativi utilizzati nel sindacato di costituzionalità, che non sulle precise entità di pena oggetto di controllo.

di interpretazione sistematica o storica.

Questo dato indebolisce in partenza l'incisività del controllo, o, addirittura – in un contesto di *exceptionalism* come quello degli U.S.A. – ne nega del tutto il fondamento e la effettiva praticabilità (come sostenuto nella prospettiva “originalista” e *textualist* dei giudici Scalia e Thomas).

Va puntualizzato che in un ordinamento come quello italiano, diversamente, il principio mantiene una maggiore vitalità, vuoi nella sua forma più “tradizionale” di evoluzione dei controlli di eguaglianza-ragionevolezza, vuoi attraverso sentieri nuovi, sulla spinta delle innovazioni determinate dalle fonti sovranazionali, che incidono significativamente sul sistema interno. Al proposito, si pensi alle recenti vicende della rideterminazione della pena *in executivis* “oltre il giudicato”, tramite la “decurtazione” della porzione di pena inflitta sulla base di una disposizione diversa dalla norma incriminatrice (ad es. ipotesi circostanziale), dichiarata poi costituzionalmente illegittima.

3.2.2 Eccessiva deferenza e *self-restraint*?

Il sindacato rimane sempre estremamente (eccessivamente) timido e deferente nei confronti delle scelte quantitative sanzionatorie effettuate dal legislatore, vigendo una presunzione di legittimità costituzionale delle tariffe legislativamente stabilite pressoché invincibile, nonostante il bene inciso dalla pena sia di massimo rango, la libertà personale (*rational basis test* – controllo di non manifesta irragionevolezza)⁸²¹.

3.2.3 Ricerca di “oggettività”

Vi è una costante ricerca di indici, criteri e metodologie comparative, quanto più possibile di natura oggettiva, al fine di impedire l'imposizione di valori soggettivi dei giudici, soggetti privi di legittimazione democratica, in sostituzione di quelli ritenuti congrui dalle assemblee rappresentative democraticamente elette (profilo della separazione dei poteri).

Ciò si riflette nell'utilizzo costante e monopolizzante del giudizio triadico di eguaglianza-ragionevolezza da parte della Corte costituzionale nel contesto italiano, con annessa imprescindibilità (e problematicità per il giudice)⁸²² dell'individuazione di un pertinente termine di raffronto normativo (*requisito tecnico di giustiziabilità* del principio di proporzionalità della pena). Nello scenario statunitense si è analogamente, con fatica, pervenuti all'elaborazione di un test tripartito in *Solem v. Helm*, poi drasticamente ridimensionato

⁸²¹ In questo senso deve essere ribadito ancora una volta che il controllo delle corti nordamericane è meno penetrante rispetto a quello della Corte costituzionale, per una serie di fattori concomitanti ben noti, i più importanti: federalismo, originalismo, dottrina del precedente vincolante, ammissibilità della pena di morte, potenziale proliferazione incontrollabile degli “*eighth amendment challenges on proportionality grounds*” (c.d. *administrability concerns*).

⁸²² Sul punto cfr. le già richiamate critiche di PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza*, cit. 377 ss., il quale definisce il *tertium comparationis* “*un elemento che introduce un fattore di incertezza più che di rigore nel giudizio*”; nella esperienza degli U.S.A. si vedano le critiche mosse dal giudice Scalia nei confronti dell'*intra-judicial analysis* in *Harmelin v. Michigan*, il quale sostiene che i giudici confronteranno quello che ritengono comparabile.

nella sua portata ed efficacia in *Harmelin v. Michigan*.

Il problema del rispetto del principio di legalità si pone in maniera affatto diversa, stante la natura “*as applied to the case*” del controllo statunitense. Nella giurisprudenza costituzionale federale la violazione dell’Ottavo Em. comporta soltanto che sia invalidata la specifica condanna, non la disposizione di legge, e non si crea dunque il problema del “vuoto normativo” incolmabile dalla Corte.

Gran parte delle preoccupazioni e delle problematiche nell’esperienza italiana attiene invece al profilo dell’impossibilità della Corte di intervenire in maniera creativa con sentenze manipolative, stante il principio di riserva assoluta di legge di cui all’art. 25, c. 2, Cost.

3.2.4 Instabilità/imprevedibilità/natura “casistica” dei controlli

Si riscontra l’incapacità di strutturare un c.d. test di proporzionalità “a tre gradini” (idoneità, necessità, proporzionalità “in senso stretto”) coerente e prevedibile, che venga impiegato uniformemente, al fine di vagliare la presunta eccessività incostituzionale della pena, sulla falsariga di quello che viene applicato da numerose Corti nazionali e sovranazionali (Germania, Israele, Canada, Sud Africa, Nuova Zelanda, Corte di Giustizia dell’Unione Europea) per valutare la legittimità costituzionale delle legittime azioni dei pubblici poteri eccessivamente intrusive dei diritti individuali rispetto agli scopi perseguiti.

Nelle realtà indagate, viceversa, benché vi sia una metodologia comparativa d’analisi relativamente consolidata, si ravvisa un approccio piuttosto frammentario e casistico, in seno al quale gli indici ed i criteri che rilevano nel giudizio si mostrano differenziati e non definibili tassativamente in un *numerus clausus*, in sostanza dipendenti dal caso o dalla norma oggetto di controllo.

La questione è inoltre complicata ulteriormente dal fatto che siamo in presenza, dal lato statunitense, di giudizi “in concreto” (a parte pochissime eccezioni, di *facial challenges*, nella c.d. “dimensione costituzionale statale”), mentre in Italia si ragiona sempre e solo su raffronti intra-sistematici tra fattispecie (*rectius*: tra disvalore oggettivo e soggettivo delle fattispecie) e disposizioni sanzionatorie in astratto.

Si ha comunque l’impressione che il sindacato sia ridotto a quello che è stato definito “giudizio di proporzionalità in senso stretto”, che si basa su valutazioni quantitative (e non qualitative). Nelle pronunce si evidenzia una tendenza alla riproduzione “meccanica” della formula della mancanza di proporzione, senza che risultino chiari i principi logico-giuridici dei criteri invocati nei percorsi motivazionali.

A riprova di ciò, del nesso inscindibile tra caratteristiche peculiari del caso e della norma vagliati ed esito positivo o meno della questione di costituzionalità, si prendano brevemente in considerazione due decisioni fondamentali, quelle dove forse si è statuita con maggiore forza la sostanza costituzionale e la capacità dimostrativa del principio di proporzionalità della pena nei tracciati giurisprudenziali oggetto di

esame incrociato.

Il riferimento è a *Weems v. U.S.* del 1910 ed alla sent. n. 341/1994 della Corte costituzionale, con la quale si è affermata l'illegittimità del minimo edittale di sei mesi di reclusione, previsto dal delitto di oltraggio a pubblico ufficiale.

In entrambe le occasioni si è sostenuta l'esigenza di una ragionevole equilibratura tra disvalore del reato e gravità della pena, quale requisito costituzionale di legittimità della sanzione penale.

L'approdo (*i.e.* la dichiarazione netta ed univoca dell'esistenza del principio) è stato in un certo senso agevolato dall'"eccezionalità" e dall'"irripetibilità" della norma oggetto di controllo, dalla sua totale contrarietà rispetto ai valori condivisi dalla comunità⁸²³, che ha consentito alle Corti di prestare meno deferenza al legislatore, invalidandone la decisione.

Ciò non è stato invece possibile nella gran parte degli altri casi passati in rassegna, casi più difficili ed "ordinari", laddove sono emersi tutti i limiti di giustiziabilità e l'intrinseca vaghezza connaturata alla stessa idea di proporzionalità della pena nella dimensione costituzionale, la sua inidoneità ad essere applicata tramite criteri oggettivi e nel rispetto dei limiti imposti dal principio di separazione dei poteri.

Anche se potrebbe sembrare assurdo, nel ragionamento di un giudice supremo nordamericano del 1910, la draconiana pena della *cadena temporal*, inflitta per un reato di falso in atto pubblico, ripugna alla decenza ed ai valori costituzionali statunitensi di quell'epoca allo stesso modo in cui una pena minima di sei mesi di reclusione, per una lieve offesa al prestigio della pubblica autorità, sconvolge il senso di giustizia, così come interpretato da un giudice costituzionale italiano del 1994.

Questo profilo di complessità, che ha reso oltremodo intricato e contraddittorio lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in un sistema di "*binding precedent*" come quello degli U.S.A., non può essere sottovalutato neanche in riferimento alla nostra esperienza, se sol si considera che la sentenza n. 341/1994 viene unanimemente riconosciuta come il più chiaro esempio dell'applicazione del principio in materia penale-sanzionatoria nella storia della giurisprudenza costituzionale.

Con questo parallelismo, forse un po' azzardato, si è inteso soltanto evidenziare la natura fortemente "casistica" del sindacato sull'entità delle pene.

3.2.5 Distanza tra la Corte ed i commentatori

L'evoluzione giurisprudenziale incoerente ed imprevedibile dei controlli sui quadri sanzionatori viene ampiamente criticata dalla dottrina, sia in Italia che negli U.S.A.

Qui ovviamente occorre fare un'importante distinzione.

⁸²³ In questo senso, si potrebbe dire che la pena eccessiva e disumana della *cadena temporal*, residuo dell'antica dominazione Spagnola nelle Filippine, confligge con i valori costituzionali ed il costume statunitense del 1910 come l'asperata tutela del prestigio del pubblico ufficiale, risultante nell'eccessivo sacrificio della libertà personale, stride apertamente con i valori liberal-democratici che fondano la Carta Costituzionale del 1948.

Le obiezioni mosse all'operato della Corte costituzionale sono state ben più contenute.

Questo anche perché il nostro sistema sanzionatorio, in virtù sia dell'ideologia umanitaria e solidaristica che informa le previsioni sulla sanzione penale nella Carta fondamentale, sia di una nostra collocazione e partecipazione attiva all'interno del sistema multilivello internazionale e sovranazionale di tutela dei diritti umani e fondamentali – entrambe derivazioni della tradizione illuministico-liberale Europea – fortunatamente ripudia eccessi sanzionatori, come la pena di morte, e verosimilmente rende spauracchi soltanto virtuali degenerazioni improntate alla pura neutralizzazione ed esclusione sociale, come ad esempio la *650-lifer law* del Michigan o le famigerate *three strikes laws* californiane.

Diversamente, in una realtà spesso orientata da ideologia isolazionista e refrattaria ad influssi sovranazionali⁸²⁴, dove si criminalizza e si punisce *patologicamente troppo*⁸²⁵, ben si comprende la veemente, a tratti sdegnata, critica da parte della letteratura, nei confronti di un giudiziario incapace di esercitare un effettivo controllo (o volontariamente riluttante in tal senso?), in grado quantomeno di invalidare le più feroci manifestazioni d'abuso della discrezionalità legislativa in ambito penale sanzionatorio.

3.2.6 Controlli di costituzionalità sul *quantum* di pena e finalismo della sanzione

Un dato costante e centrale è quello del continuo intersecarsi tra la problematica inerente a metodi e limiti del sindacato di costituzionalità sulla misura della pena ed il correlato profilo della finalità della sanzione.

Più precisamente, il nodo problematico sembra esprimersi in questi termini: è necessario prendere posizione, riconoscendo un fine della pena come gerarchicamente sovraordinato nella dimensione costituzionale rispetto agli altri, per rendere incisivo il controllo, tramite giudizi orientati allo scopo, ovvero tutte le finalità della pena sono parimenti costituzionalmente legittime, e dunque il legislatore resta sostanzialmente arbitro ultimo di ogni determinazione in tal senso?

La prima opzione è stata intrapresa nell'ordinamento italiano, la seconda in quello statunitense, con le conseguenze che sono state illustrate.

3.2.7 Disomogeneità applicativa?

Vi è una significativa differenza tra i livelli d'intensità dello scrutinio tra misure sanzionatorie penali, quasi-penali o di natura processuale penale. In tal senso è forse auspicabile una maggiore uniformità

⁸²⁴ Eccezione sono l'utilizzazione dei dati normativi e giurisprudenziali stranieri nei casi sulla pena capitale e nella giustizia penale minorile, ma il sistema sanzionatorio è in grandissima parte immune dall'utilizzo, nella giurisprudenza costituzionale, anche solo con peso persuasivo, del diritto straniero di altre corti nazionali, di matrice sovranazionale o internazionale pattizia.

⁸²⁵ Sui profili attinenti alla criminalizzazione v. HUSAK D., *Overcriminalization*, cit., *passim*.

applicativa. Questo dato, lampante nella giurisprudenza costituzionale nordamericana (si sono analizzate nel dettaglio le incongruenze tra i casi riguardanti *death penalty*, *prison terms*, *fines* e *punitive damages*), non può essere ignorato neanche nell'assai diverso contesto italiano. I controlli di ragionevolezza-proporzionalità sul *quantum* di pena potrebbero forse trarre nuova linfa dalle numerose e recenti decisioni della Corte costituzionale che hanno "smantellato" il sistema di presunzioni assolute di adeguatezza delle misure cautelari personali in riferimento ad alcuni gravi delitti, per carenza di qualsivoglia fondamento empirico-razionale, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*.

Tali moduli argomentativi, invero particolarmente penetranti, certo dovrebbero essere riadattati al contesto puramente "punitivo", sulla scorta delle differenti funzioni, presupposti, caratteristiche ed esigenze dei due settori normativi. Ciò non esclude però che i due ambiti, processuale e sostanziale, debbano essere attentamente considerati e studiati nella loro interrelazione⁸²⁶.

3.2.8 Ratio legis, legislative purpose e situazioni in cui si amplia la portata del controllo

Si è già avuto modo di accennare, tramite un fugace riferimento in chiave comparatistica, nell'ambito della disamina dell'intervento addittivo effettuato con la sent. n. 68/2012 sul regime sanzionatorio del reato di cui all'art. 630 c.p., all'interessante concetto di "*prevention of absurdities models*", riscontrato in alcune elaborazioni teoriche statunitensi⁸²⁷.

Il tema sul quale occorre conclusivamente tornare, su un piano più generale, al fine di evidenziare l'ultimo tratto di affinità che pare contraddistinguere i tracciati giurisprudenziali sulla legittimità costituzionale della misura della sanzione, è quello relativo alla valorizzazione della *ratio legis/legislative purpose*⁸²⁸ (scopo della legge o spirito della legge) quale strumento interpretativo teso ad ampliare i margini d'intervento del giudiziario nell'invalidazione di una determinata disposizione sanzionatoria (Italia) o di una specifica applicazione della stessa (U.S.A.).

Nel caso del sequestro estorsivo, si è dato conto di come, in alcuni passaggi motivazionali della decisione, si sia fatto riferimento alla "*diastasi dell'incriminazione dal proprio referente empirico originario*", avallata dall'interpretazione della prevalente giurisprudenza di legittimità, che consentiva l'applicazione di un trattamento sanzionatorio assai severo, e soprattutto estremamente rigido nella sua conformazione

⁸²⁶ Per approfondimenti su questi profili, attinenti allo scrutinio di costituzionalità ed all'applicazione del principio di proporzionalità in materia processuale penale, v. nella dottrina italiana MANES V., *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale*, cit., 199 ss., in part. sulla differenziazione funzionale tra pena e cautela, 203-204; nella letteratura nordamericana v. STEIKER C.S., *Proportionality as a Limit*, cit., 194 ss.; SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 95-114.

⁸²⁷ Si veda *supra* § 1.6.3.

⁸²⁸ Sulla interpretazione teleologica come imprescindibile strumento nel controllo di costituzionalità delle norme penali v. SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 158-60; HUSAK D., *Overcriminalization*, cit., 132-134; sull'importanza dell'interpretazione teleologica nel controllo di costituzionalità delle leggi in generale negli U.S.A., al fine di dare piena attuazione ai valori democratici protetti dalla Costituzione federale, cfr. BREYER S., *L'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Napoli, 2007, in part. 17 ss.

edittale (reclusione da 25 a 30 anni nell'ipotesi base, quasi una pena fissa, vista la compressione tutta verso l'alto), a fatti dal tenue disvalore oggettivo. Episodi “*marcatamente dissimili, sul piano criminologico e del tasso di disvalore, rispetto a quelli avuti di mira dal legislatore dell'emergenza*”, verosimilmente nemmeno contemplati nei molteplici interventi che in successione avevano ritoccato il regime sanzionatorio complessivamente inteso (si pensi alla disciplina delle circostanze ed alla logica “premiata” della dissociazione), conformemente alla nota “strategia differenziata”, adottata in materia di terrorismo.

Una forte componente, dunque, di scollamento rispetto all'obiettivo perseguito originariamente dal legislatore, tramite la previsione di un quadro edittale severo e scarsamente modulabile in chiave individualizzante, essendo le circostanze tutte costruite avendo a mente uno specifico e particolarmente allarmante “caso prototipico” (sequestro estorsivo a scopo terroristico).

Ad esito dello studio della *case-law* statunitense, pare lecito affermare che numerosi arresti, nei quali si è invalidata per eccessività incostituzionale la disposizione sanzionatoria “*as applied to the case*”, si siano fondati su una logica, su un *reasoning* per certi versi accostabile.

Situazioni in cui una previsione sanzionatoria particolarmente rigida o finanche fissa, frutto di un automatismo sanzionatorio fondato su una presunzione legislativa (si pensi alle diffusissime *mandatory minimum sentences* o agli *habitual offenders statutes*), viene applicata a fatti storici che si pongono (evidentemente e manifestamente) al di fuori dello spettro dei *target* che la scelta legislativa penale-sanzionatoria si proponeva verosimilmente di contrastare e reprimere.

Un problema di tipicità e di sussunzione dunque, prima che di proporzionalità della pena.

Tale dinamica viene spiegata molto chiaramente dalla Prof.ssa Karlan, che la identifica come una delle poche circostanze in cui le sanzioni penali legislativamente imposte possono essere dichiarate incostituzionali tramite la *judicial review*: “*Io vedo almeno tre possibili risposte che una corte potrebbe dare (per dichiarare incostituzionale una condanna che si mantiene entro i limiti legislativamente previsti). La più limitata dipende dall'osservazione che la pena irrogata ad uno specifico imputato può darsi che sia conforme al dato letterale, ma non allo spirito della legge. Le leggi quasi per necessità hanno portata generale ed astratta. Nell'autorizzare una specifica disposizione sanzionatoria, può essere che i legislatori abbiano in mente un esempio paradigmatico di un certo delitto. Le caratteristiche specifiche del caso di un imputato potrebbero condurlo molto al di fuori di questo “cuore”. Forse perché i legislatori sono consapevoli di questo problema, spesso delegano a singoli decision-makers, come giudici, giurie o ufficiali dell'esecutivo (pubblici ministeri o commissioni per la libertà condizionale), il potere di modulare la specifica pena irrogata al reo. Ma talvolta questi singoli decision-makers possono loro stessi giungere a conclusioni peculiari, conclusioni che paiono in contrasto con il senso comune. In tale caso, il controllo di proporzionalità potrebbe intervenire per trovare il compromesso che il legislatore avrebbe inteso fare se esso stesso fosse stato faccia a faccia con il caso di*

*un particolare imputato. Questa prima giustificazione è, in sostanza, una forma di interpretazione delle norme ordinarie, piuttosto che un'interpretazione costituzionale*⁸²⁹.

Non sempre questo tipo di sviluppo argomentativo consente di affermare l'incostituzionalità di uno specifico *quantum* di pena comminata. Ad esempio, nel caso *Young v. Miller*⁸³⁰, in cui un soggetto è stato condannato all'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale per il possesso di 1,3 Kg di cocaina (ennesima vittima della *War on Drugs*), la corte ha considerato la draconiana sanzione non manifestamente sproporzionata, ragionando ipoteticamente (*speculate*) che tale quantitativo di droga avrebbe potuto danneggiare seriamente la società e che una pena così dura avrebbe potuto dissuadere efficacemente altri soggetti.

Riguardo al profilo in esame – *i.e.* l'utilizzazione dell'argomento teleologico – si è icasticamente affermato che, sebbene fosse possibile che l'imputato non costituisse lo specifico obbiettivo della legge, talvolta “*la trappola per tigri può sorprendere uno stanco micino, e non è compito della corte intralciare i cacciatori*”.

E' necessario fare alcune precisazioni. Gli automatismi sanzionatori previsti nelle normative degli U.S.A. verrebbero con ogni probabilità dichiarati incostituzionali nel nostro ordinamento, sia perché manifestamente irrazionali, che per violazione concorrente dell'art. 27, c. 3, Cost. (finalismo rieducativo, e forse contrarietà al principio di umanità della pena).

Le stesse differenze strutturali del sindacato di costituzionalità, nel quale si mette in discussione l'irragionevolezza della scelta normativa in sé (e non la specifica applicazione della disposizione), giocano un ruolo importante, così come il diverso modo di concepire la legalità della sanzione penale.

Ciò non deve tuttavia impedire di rilevare in chiusura che, qualora il “diritto vivente” riproponga soluzioni interpretative tali da condurre ad esiti di asprezza sanzionatoria paradossale rispetto alla gravità dei fatti concreti oggetto di giudizio, la Corte costituzionale potrebbe nuovamente intervenire, mossa non soltanto da esigenze di ripristinare la coerenza intrasistemica tra gravità dei reati e severità delle sanzioni (in tal senso, la forma sarebbe comunque quella di un giudizio triadico di eguaglianza-ragionevolezza), ma anche dalla necessità di proteggere i consociati da reazioni sanzionatorie palesemente eccessive “in assoluto” rispetto al disvalore degli illeciti concretamente commessi.

Debbono essere altresì illustrate in breve alcune delle principali divergenze tra sistemi emerse a conclusione dell'indagine.

⁸²⁹ KARLAN P.S., “*Pricking the Lines*”, cit., 889-890. L'A. mette in luce come una logica di questo tipo abbia guidato il ragionamento della *Supreme Court* in *Solem v. Helm*, agevolando la dichiarazione d'incostituzionalità, che in quell'occasione non ha messo in discussione il “giudizio del legislatore”, piuttosto ha ripudiato il giudizio di un singolo giudice. Quello che dovrebbe essere messo in discussione allora nel caso italiano (e che, come si è visto, ha precluso la possibilità di interpretazione conforme, portando alla declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevedeva un'attenuante analoga a quella dell'art. 311 c.p.) dovrebbe essere allora il “diritto vivente”, la maggioritaria giurisprudenza di legittimità.

⁸³⁰ *Young v. Miller*; 833 F.2d 1276, 1285 (6th Cir. 1989)

3.2.9 Coerenza intrasistemica e diritto individuale a non essere puniti in maniera eccessiva “in assoluto”

Il sindacato di costituzionalità italiano protegge *in primis* la coerenza e la razionalità intrasistemica del sistema sanzionatorio, attraverso giudizi d'eguaglianza; in seconda battuta il diritto dell'individuo a non subire un eccessivo sacrificio della libertà personale rispetto alla gravità del delitto commesso. Il controllo statunitense dovrebbe proteggere (ma, come si è visto, con esito insoddisfacente) il diritto individuale a non subire una pena gravemente eccessiva “in assoluto” rispetto al disvalore del fatto di reato concretamente commesso.

Questa divergenza di fondo si rispecchia nella contrapposizione – concisamente illustrata *supra* (cap. II, § 2.3.1) – tra c.d. *facial challenge* e c.d. *as applied challenge*.

Maggiori analogie con l'esperienza italiana possono rinvenirsi forse nella dimensione costituzionale statale, laddove si controlla la costituzionalità di un dato sistema o sottosistema sanzionatorio attraverso raffronti tesi a verificare la coerenza e la razionalità interna dello stesso, svolti anche sulla scorta di criteri contenutistici e di valore⁸³¹.

3.2.10 *Penological Pluralism* nella dimensione costituzionale contro sinergica interazione tra ragionevolezza, finalismo rieducativo e proporzione della sanzione

La Costituzione federale statunitense, alla luce del dato testuale, dell'epoca storica e del contesto politico in cui è stata redatta ed approvata, non impone l'adesione ad alcuna finalità della pena da parte dei legislatori nelle loro determinazioni di politica penale-sanzionatoria. Il divieto di pene crudeli ed inusuali ha carattere vago, flessibile, dinamico, evolutivo, dipendente in ultimo dalla coscienza sociale e dalla c.d. “*commonsense scale of gravity*”.

La Costituzione italiana accorda preferenza al finalismo rieducativo, quantomeno come obbiettivo tendenziale, in riferimento all'intera vicenda punitiva (previsione astratta-irrogazione giudiziale-esecuzione penitenziaria della sanzione), con le chiare differenze d'intensità, a seconda delle fasi di suddetta fenomenologia.

L'interazione tra principio di ragionevolezza e principio del finalismo rieducativo, tramite il ben noto sviluppo giurisprudenziale, è stata fondamentale ed ha consentito al principio di proporzionalità della pena se non di acquisire rilevanza costituzionale autonoma, quantomeno di emanciparsi significativamente dal principio di ragionevolezza.

Questa differenza di fondo è estremamente importante per comprendere gli sviluppi sia giurisprudenziali

⁸³¹ Su questo importante profilo di “*commisurazione in astratto della gravità dei reati e dell'entità delle pene*”, interna alle normative statali, v. SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 126.

che dottrinali nello scenario statunitense.

L'assenza di un'indicazione costituzionale univoca circa il finalismo della sanzione penale (quantomeno nella Costituzione federale), insieme alla crisi del *rehabilitative ideal* e dell'*indeterminate sentencing system*, spiega bene, da un lato, il fatto che il concetto di proporzione non venga mai associato alla finalità rieducativa della pena nel dibattito sul controllo di costituzionalità nel *noncapital context*, dall'altro "giustifica" il tentativo da parte di numerosi studiosi di "costituzionalizzare", di dare forza normativa costituzionale, a teorie retributive della pena (soprattutto, il c.d. *limiting retributivism*) o comunque di incorporare criteri mutuati dalla teoria della pena alla quale aderiscono nel sindacato di costituzionalità.

Tali proposte – si è illustrato – vengono avversate da altri autori, i quali denunciano come la contaminazione tra penologia e metodi analitici per valutare la legittimità costituzionale della misura della pena⁸³² abbia costituito il dato più criticabile nell'elaborazione giurisprudenziale della *Supreme Court*, contribuendo a rendere complessa e confusa la "linea di precedenti", fino a sterilizzare di fatto la protezione costituzionale, almeno nel settore delle pene detentive.

Non è possibile andare oltre in questa sede, ma basti rilevare che il nesso "funzionalistico" tra rieducazione, individualizzazione e proporzione (intesa come "giustizia" dell'ammontare del trattamento sanzionatorio, per come percepita dal reo, funzionale ad un suo riavvicinamento ai valori protetti dall'ordinamento penale) ha contribuito in maniera estremamente significativa all'effettività del controllo costituzionale sui limiti edittali nell'ordinamento italiano, e questo dato non trova assolutamente riscontro nell'esperienza degli U.S.A.

3.2.11 Diritto penale costituzionalmente orientato contro illimitato *Police Power*. L'assenza di una sistematica dei limiti costituzionali al diritto penale

Vale la pena mettere in luce una ulteriore grande differenza di fondo – forse quella più rilevante – prendendo le mosse dalle considerazioni svolte da autorevole dottrina comparatistica.

Il sistema di giustizia penale ed in generale la "penalità" statunitense, diversamente da quello italiano (e da altri), tanto a livello dottrinale, quanto a livello legislativo e giurisprudenziale-costituzionale, "*non è mai stato sottoposto ad una profonda riforma alla luce dei principi costituzionali, adattando invece il metodo patriarcale di governo penale dal suo precedente dominio coloniale nella veste del sostanzialmente illimitato e discrezionale "potere di polizia" (c.d. police power⁸³³) ... essendo il potere di polizia negli U.S.A. un potere statale, ed enfaticamente non un potere federale, il diritto penale è*

⁸³² Evidente soprattutto nelle sopra esaminate decisioni *Coker v. Georgia*, *Harmelin v. Michigan*, *Lockyer v. Andrade* e *Ewing v. California*.

⁸³³ Per un chiarimento sui contorni e sulla portata di tale fondamentale concetto nel diritto costituzionale degli U.S.A. e delle sue radici nel *common law* inglese, cfr. CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 697.

*sempre stato, e rimarrà sempre, soprattutto una materia di normazione statale, il che significa – tra le altre cose – che il cambiamento, se avviene, avviene lentamente e sporadicamente. Persino la Corte Suprema può fare poco di più che perlustrare i margini costituzionali dell'azione statale, a meno che essa non si voglia impegnare in uno sforzo riformistico su scala nazionale come fece la Corte Warren circa cinquant'anni fa, ma soltanto nell'ambito del diritto processuale penale, non in quello del diritto penale sostanziale*⁸³⁴.

Questo dato di partenza, relativo alla sostanziale assenza di un “diritto penale costituzionalmente orientato”⁸³⁵, gioca un ruolo decisivo nei tracciati giurisprudenziali presi in esame.

Le trame argomentative della Corte costituzionale, in seno ai giudizi di ragionevolezza, si sviluppano attraverso la valorizzazione di *principi* e *categorie* (legalità, offensività, colpevolezza, finalismo rieducativo, bene giuridico) ampiamente condivisi, frutto di importantissime conquiste culturali⁸³⁶, che consentono di raffrontare proficuamente i nuclei di disvalore dei diversi delitti, al fine di determinare se la dissimmetria o l'equiparazione sanzionatoria sia così ingiustificata da risultare manifestamente irragionevole e costituzionalmente illegittima.

In breve: esiste una consolidata “grammatica costituzionale comune” ed una “sistematica per principi” che rende il compito della Corte in un certo senso più agevole e gli esiti del giudizio maggiormente prevedibili e controllabili.

Gli stessi giudici ordinari, disponendo del suddetto consolidato “*know how*”, sono posti nella condizione di tentare un'interpretazione conforme, e, solo qualora essa risulti impossibile a causa del tenore letterale della disposizione, di sollevare una questione di costituzionalità⁸³⁷.

Nel percorso evolutivo giurisprudenziale nordamericano, sebbene siano stati individuati alcuni criteri di natura sostanziale-contenutistica, utili per procedere al raffronto tra fattispecie ed eventualmente dichiarare la pena inflitta manifestamente sproporzionata (la discussione più esplicita ed approfondita in tal senso si trova forse nell'ambito del primo criterio stabilito in *Solem v. Helm*, v. *supra* § 2.3.4)⁸³⁸,

⁸³⁴ DUBBER M. - HÖRNLE T., *Criminal Law. A Comparative Approach*, cit., 57-58, i quali segnalano inoltre come la Corte Suprema sembri avere recentemente cambiato atteggiamento, almeno nel settore del diritto penale minorile, “categorizzando” la protezione costituzionale contro le pene eccessive anche nel *noncapital context*, nelle pronunce *Graham v. Florida* del 2010 e *Miller v. Alabama* del 2012.

⁸³⁵ Fra i molti a denunciare l'assenza di significativi limiti costituzionali al potere punitivo, di recente, v. RISTROPH A., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, cit., 328-330. L'A. fa notare con sensibilità come l'enunciazione di numerose garanzie procedurali nel *Bill of Rights* finisca per peggiorare il problema con riferimento al diritto penale sostanziale: giudici, commentatori e attori della scena politica finiscono sovente per concentrarsi solamente sui diritti dei soggetti intesi unicamente come *imputati* o *indagati*, dimenticando che essi prima di tutto sono esseri umani, in quanto tali titolari di inviolabili diritti fondamentali.

⁸³⁶ Un ottimo quadro d'insieme, rispetto ai vari settori del diritto penale ed agli interventi della Corte costituzionale, si trova negli autorevoli contributi raccolti in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, XII.

⁸³⁷ Da ultimo, sull'importanza dell'onere di interpretazione conforme a Costituzione in materia penale, partendo dalla nota pronuncia n. 356/1996 della Consulta, secondo la quale “*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*”, v. MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità*, cit., 175-177.

⁸³⁸ Criteri che sono stati poi riproposti a più riprese da vari giudici dissenzianti: v. ad es. la *dissenting* del giudice White in *Harmelin v. Michigan*: “*Il primo fattore di Solem impone alla corte impegnata nel vaglio di valutare la gravità del delitto e la severità della sanzione ... sebbene questi criteri non debbano essere considerati in alcun modo esaustivi nel valutare la gravità*

manca *in toto* una solida e radicata elaborazione concettuale retrostante, che permetta di disporre di una metodologia d'analisi stabile.

I criteri dell'*harm*, della *culpability*, della *legislative purpose*, del *social interest* ed altri ancora vengono certamente utilizzati nei controlli di costituzionalità, ma in uno scenario del tutto asistematico e sempre dipendente dalle caratteristiche del caso concreto, impedendo così di stabilire regole generali, fatte salve le categorizzazioni che riguardano la c.d. *capital proportionality doctrine*.

Manca del tutto, ad esempio, un'elaborazione concettuale come quella del principio di offensività, che nel nostro contesto costituisce il parametro principe per soppesare il valore costituzionale delle oggettività protette dai reati, rilevando di conseguenza eventuali squilibri sanzionatori, sia in chiave comparativa e intrasistemica, sia, con maggiori difficoltà, attraverso un esame intraneo alla disposizione normativa oggetto di controllo, rispetto all'incisione della libertà personale⁸³⁹.

3.2.12 Un linguaggio diverso, i medesimi nodi problematici

Si è già avuto modo di sottolineare nel corso dello studio come una delle diversità di fondo più rimarchevoli tra i sistemi investigati sia quella, inerente sia alla sostanza che al *linguaggio del controllo di costituzionalità*, che vede contrapposte valutazioni espresse in termini di razionalità ed eguaglianza logico-formale a considerazioni relative alla violazione di *standard* sociali condivisi o di "senso comune". E' forse il fatto che la giurisprudenza costituzionale statunitense "*Si esprima in termini di decenza, non di razionalità*", conformemente ai principi espressi nel precedente fondamentale *Weems v. U.S.*, a costituire l'ostacolo più grande, sul piano metodologico, ad una indagine che si proponga di fare dialogare le due esperienze.

Si è visto infatti come i controlli sui compassi edittali della Corte costituzionale siano stati originariamente condotti su un piano meramente logico-formale, senza lasciare spazio a valutazioni sostanzialistiche o relative ai valori, fino alla importante sentenza n. 26/1979. I controlli sull'entità delle pene nascono come giudizi di eguaglianza.

Successivamente vi è stata una significativa evoluzione, coincidente con il processo di forte costituzionalizzazione del sistema penale, culminata con le pronunce più "coraggiose" degli anni novanta (in tema di diritto penale militare e di pena minima del delitto di oltraggio), in cui la Corte si è aperta ad un sindacato più penetrante, tramite l'apprezzamento in chiave sostanziale degli oggetti di tutela, la valorizzazione del finalismo rieducativo e della tecnica del bilanciamento di interessi.

del reato, è appropriato tenere in considerazione il danno cagionato o minacciato alla vittima o alla società in base ad elementi quali il grado di violenza impiegato nel delitto e la assoluta rilevanza del crimine, e la colpevolezza del reo, includendo l'intensità del dolo e i motivi che hanno spinto l'autore a commettere il reato", approfondimenti sul punto in VAN ZYL SMIT D.-ASHWORTH A., *Disproportionate Sentences*, cit., 553 ss.

⁸³⁹ Per una disamina congiunta del principio di offensività e del c.d. *harm principle*, cfr. da ultimo PULITANÒ D., *Offensività del reato*, cit., 683-685.

In riferimento al percorso della *Supreme Court*, è corretto osservare che la *line of cases* oggetto d'esame pare invece essersi sviluppata in termini in un certo senso inversi.

Il principio infatti nasce e si afferma per la prima volta come reazione alla crudeltà ed alla natura inusuale rispetto al *common law*, oltretutto all'eccessività rispetto al disvalore dell'illecito, della sanzione prevista ed inflitta nel caso *Weems*.

In questo esordio, fondato dunque principalmente sullo sconvolgimento del senso di giustizia e della coscienza collettiva⁸⁴⁰, viste le caratteristiche eccezionali del caso⁸⁴¹, non si sente la necessità di elaborare una precisa metodologia di controllo articolata ed oggettiva, in grado di consentire alle corti di riscontrare l'eccessività incostituzionale, senza invadere la discrezionalità politica dei legislatori.

Siffatta esigenza, di razionalizzare i criteri del sindacato sulla misura della pena, si farà strada progressivamente.

In un primo momento, essa non viene soddisfatta in *Rummel v. Estelle*, ove si statuisce che il divieto di pene sproporzionate potrebbe ipoteticamente entrare in gioco soltanto in casi rarissimi ed estremi, senza elaborare alcun criterio di giudizio (*footnote* 11 della sentenza).

E' in *Solem v. Helm* che il Supremo Collegio statunitense offre forse il contributo che tutt'oggi rimane il più apprezzabile⁸⁴², in un settore giurisprudenziale altamente politicizzato⁸⁴³ e caratterizzato da grande contraddittorietà.

Attraverso il test comparativo, applicato nella sua interezza, si stabilisce quantomeno un metodo più certo e razionale, anche per misurare gli *standard* sociali vigenti in materia di *sentencing*, che limiti al massimo il rischio di imposizione di valori soggettivi da parte dei giudici.

Ma non è stata di questo avviso la Corte in *Harmelin v. Michigan*, decisione che individua un "principio di proporzionalità limitato" (*narrow proportionality principle*) e conia un "test di evidente sproporzione" (*gross disproportionality test*), di fatto cancellando le conquiste precedentemente ottenute (ma non disponendo l'*overruling* di *Solem v. Helm*), soggettivizzando completamente il controllo, ed offrendo la base per pervenire ai discutibilissimi esiti nelle sentenze sulle "leggi dei tre colpi" californiane⁸⁴⁴.

Questa "marcia indietro", che ha determinato la restrizione della salvaguardia costituzionale e la

⁸⁴⁰ Si è visto in realtà che la decisione è importante per varie ragioni: anzitutto perché rinviene la *ratio* fondante della clausola nel timore dell'abuso dei pubblici poteri nei confronti dell'individuo, secondariamente perché offre un'interpretazione dinamico-evolutiva della previsione costituzionale, che sarebbe stata poi riproposta e precisata in *Trop v. Dulles*.

⁸⁴¹ Si ricordi che la disposizione normativa in forza della quale *Weems* fu condannato alla *cadena temporal* costituiva un residuo del Codice Penale Spagnolo del 1870 vigente nelle Filippine, e tale provenienza "estranea" giocò un ruolo di primo piano nel *reasoning* della Corte Suprema. Nelle parole di Justice McKenna "Tale pena non ha eguali nella legislazione Americana. Lasciateci ricordare che essa ci è giunta da un governo di forma e genere differente rispetto al nostro".

⁸⁴² In tal senso si esprimono VAN ZYL SMIT D.-ASHWORTH A., *Disproportionate Sentences*, cit., 555, i quali ritengono che un test strutturato come quello di *Solem*, che consideri simultaneamente tutti e tre i fattori, sia di considerevole valore.

⁸⁴³ Si veda ad esempio l'opinione espressa in CHEMERINSKY E., *The Case Against the Supreme Court*, New York, 2014, 11. L'A. osserva come "Quello che è 'pena crudele ed inusuale', e se una condanna all'ergastolo per il reato di furto violi questa proibizione, dipende interamente dall'ideologia dei giudici in carica al momento in cui il caso viene giudicato".

⁸⁴⁴ Attenta dottrina osserva come la stessa idea che ci possano essere pene detentive così evidentemente sproporzionate da essere incostituzionali sia di fatto "morta" tre volte nel giro di circa venticinque anni: con *Rummel v. Estelle* nel 1980, con *Harmelin v. Michigan* nel 1991 ed infine in *Ewing v. California* nel 2003. Cfr. LEE Y., *Judicial Regulation of Excessive Punishments*, cit., 234.

soggettivizzazione-assolutizzazione del giudizio, non ha tuttavia impedito, nel corso della presente indagine, di focalizzarsi su profili che declinano il problema in termini di razionalità piuttosto che di “grave sproporzione in assoluto”, oltraggiosa della decenza, dimensione quest’ultima che pare però essere rimasta unica e dirimente.

Così si spiegano gli approfondimenti sopra svolti di alcune dottrine e specifiche opinioni dissenzienti, nelle quali si tenta di connotare il concetto di proporzionalità costituzionale della pena in una diversa dimensione di razionalità strumentale (mezzi-alternativi e scopi-benefici), o del tentativo di parallelismo tra c.d. *gross disproportionality test* e c.d. *rational basis test*.

La stessa trattazione della “dimensione costituzionale statale” si pone nell’ottica di identificare metodologie di controllo e linguaggi più affini a quello del sindacato di costituzionalità italiano, nei quali la sproporzione incostituzionale “assoluta”, intesa come violazione di un diritto individuale, ceda il passo a valutazioni di proporzionalità relativa, dove la *ratio* dei controlli sia individuabile nella esigenza di garantire anzitutto la coerenza e razionalità interna del sistema sanzionatorio.

3.2.13 Il sistema del precedente vincolante come ulteriore limite all’incisività del controllo?

Occorre osservare un ultimo, assai rilevante profilo di peculiarità, che pare caratterizzare il sindacato di costituzionalità sulla misura della pena nell’ordinamento statunitense.

Si intende fare riferimento al sistema del precedente vincolante (c.d. *Stare Decisis Doctrine*) ed al correlato ruolo centrale delle caratteristiche del *fatto*, intesi come *ulteriore limite all’incisività del controllo di costituzionalità sull’entità delle pene*, aspetto ovviamente sconosciuto in seno ad un giudizio incidentale di costituzionalità svolto sul piano puramente normativo-astratto in un sistema di *Civil Law*⁸⁴⁵.

Si è già evidenziato (cfr. *supra* § 2.3.7) come in talune occasioni⁸⁴⁶, nonostante la pena comminata risultasse manifestamente sproporzionata ed incostituzionale ad esito del vaglio giudiziale (già questa una rarità applicando il c.d. *gross disproportionality test*), l’organo giudicante riconobbe autorità di precedente ad una decisione della Corte gerarchicamente sovraordinata, in virtù dell’impossibilità di distinguere i fatti di causa, così rimanendo vincolata dall’esito di quel giudizio e reputando la sanzione conforme al disposto costituzionale.

L’approccio interpretativo che individua somiglianze/affinità fattuali, risultando poi vincolato ad un determinato precedente, che spesso nega la eccessività incostituzionale della condanna, è stato definito in

⁸⁴⁵ Profilo opportunamente evidenziato in DUBBER M. - HÖRNLE T., *Criminal Law. A Comparative Approach*, cit., 57; un aggiornato ed esauriente quadro di sintesi sulla dottrina del precedente vincolante negli U.S.A. è tracciato da FINE T.M., DE GIACOMO A.M.-PERAA. (a cura di), *Il diritto americano*, cit., 107-130.

⁸⁴⁶ Il riferimento è al noto caso *U.S. v. Angelos*, discusso *supra* § 2.3.7, in cui la pena irrogata fu ritenuta manifestamente eccessiva, ma il giudice federale dovette uniformarsi al precedente della Corte Suprema *Hutto v. Davis*, denegando la protezione costituzionale, ma anche a numerose altre decisioni, riportate ad es. in DECLUE C.J., *Sugarcoating the Eighth Amendment*, cit., 565.

dottrina⁸⁴⁷ “*color matching*” (lett. “abbinamento dei colori”) e sottoposto a fondata critica.

Si è in particolare osservato che “*Gran parte dell’analisi legale attuale della proporzionalità in relazione all’Ottavo Em. sembra essere basata su quello che io chiamo color-matching. Questo processo implica che si guardi ai fatti della linea di precedenti iniziati con Rummel, cercando di accostare i fatti del caso in forza della considerazione di uno di quei casi, e poi ritenere lo stesso risultato costituzionale*”.

In considerazione del carattere diffuso della *judicial review*, questo *trend* ha effetti devastanti, soprattutto riguardo all’operato delle *lower courts*, che, il più delle volte, si limitano, tramite un ragionamento analogico, a riscontrare profili di assimilabilità in fatto o in diritto rispetto ai casi decisi dalla Corte Suprema o dalle *Court of Appeals*, omettendo qualsivoglia analisi contenutistico-sostanziale sulla effettiva gravità dello specifico reato rispetto alla severità della pena irrogata.

Le conseguenze di questo approccio interpretativo superficiale sono ancor più negative, se si considera lo stato della giurisprudenza costituzionale federale ed i *controlling precedents*, che sono *Harmelin*, *Ewing* e *Andrade*.

In proposito, va ricordato che il rischio di una siffatta deriva era già stato segnalato, in maniera lungimirante, nel parere difforme del giudice Powell nel caso *Rummel v. Estelle*, allorquando si affermò che “*la portata dell’Ottavo Emendamento non può essere ristretta soltanto a quei ricorsi precedentemente giudicati in virtù della clausola che vieta le pene crudeli ed inusuali*”, essendo la natura di quest’ultima previsione sostanzialmente dinamica ed evolutiva, ed imponendosi dunque, a giusta ragione, un penetrante vaglio sulle particolarità del caso e della norma *sub iudice*.

Tale condivisibile prospettiva pare tuttavia essere puntualmente contraddetta dalle argomentazioni sviluppate nelle pronunce delle corti⁸⁴⁸, che, seguendo un metodo pigro e superficiale, danno vita (se mai ce ne fosse bisogno) ad un altro fattore restrittivo della effettiva portata applicativa della garanzia dell’Ottavo Em. nel *noncapital context*.

⁸⁴⁷ LEE D.H., *Resuscitating Proportionality*, cit., 579-80 e nt. 228, laddove si riportano alcuni esempi di c.d. *color matching* nella giurisprudenza della *Supreme Court*: la *dissenting* di Breyer in *Ewing v. California*, dove si spiega che in *Solem* è stata giudicata sproporzionata una condanna un po’ più severa comminata ad un recidivo a cospetto di un reato che ha innescato l’automatismo sanzionatorio un po’ meno grave, rispetto al caso di Gary Ewing; la *concurring* di Kennedy in *Harmelin*, dove si argomenta che i fatti di causa erano molto più gravi di quelli in *Hutto* e del delitto contestato in *Solem*; la *dissenting* del *Chief Justice* Burger in *Solem v. Helm*, che, opponendosi alla maggioranza, ritiene insignificanti le differenze fattuali rispetto al precedente *Rummel v. Estelle*.

⁸⁴⁸ A mero titolo esemplificativo di questo orientamento: *United States v. Garcia-Carrasquillo*, 483 F.3d 124, 135 (1st Cir. 2007) (che ha ritenuto non in contrasto con l’Ottavo Em. una condanna a 210 mesi di detenzione per possesso di stupefacente perché pene più severe erano state irrogate e giudicate costituzionali in riferimento a quantitativi inferiori); *United States v. Meiners*, 485 F.3d 1211, 1213 (9th Cir. 2007) (che ha confermato la costituzionalità di una pena di 15 anni per pubblicizzazione e distribuzione di materiale pedopornografico, sull’assunto che era una condanna meno severa di quelle irrogate in *Harmelin* e *Hutto*); *United States v. MacEwan*, 445 F.3d 237, 249 (3rd Cir. 2006) (che ha confermato la costituzionalità di una pena di quindici anni per il delitto di avere ricevuto materiale pedopornografico poiché il delitto era grave almeno quanto quelli commessi dai ricorrenti che impugnavano le loro condanne all’ergastolo in *Ewing* e *Rummel*); *Coleman v. Dewitt*, 282, F. 3d 908, 915 (6th Cir. 2002) (un orientamento giurisprudenziale che ritiene costituzionale una sentenza dell’ergastolo obbligatorio per il delitto non violento di possesso di cocaina ... sarebbe in difficoltà nel valutare la pena irrogata all’imputato di nove anni per un reato violento oltre il limite costituzionale), casistica citata e discussa in DECLUE C.J., *Sugarcoating the Eighth Amendment*, cit., 565.

3.3 Prospettive future e questioni irrisolte

3.3.1 Opinioni separate?

Si è già segnalato fugacemente (v. *supra* cap. I, § 1.5, 60) come la grande distanza tra sistemi normativi penali-sanzionatori e di giustizia costituzionale abbia consigliato di svolgere la ricerca più su un piano sostanziale-contenutistico e, se così si può dire, “argomentativo”.

L’attenzione è stata pertanto dedicata anzitutto allo sviluppo delle trame motivazionali, del *legal reasoning*, emergente dal formante giurisprudenziale oggetto di studio, piuttosto che su una stretta esegesi del formante legislativo o sugli aspetti tecnici, specifici del sindacato di costituzionalità, o degli effetti di quest’ultimo sul tessuto normativo.

Rimanendo fedeli a tale prospettiva, occorre ancora svolgere alcune brevi riflessioni su un tema che nel corso del tempo ha impegnato numerosi ed autorevoli studiosi della giustizia costituzionale, pur senza poterlo adeguatamente approfondire.

Si intende alludere alla possibilità di introdurre i c.d. voti separati da parte dei giudici costituzionali nel nostro ordinamento, seguendo il modello nordamericano⁸⁴⁹, nonché di altri paesi di *Civil Law* (Germania e Spagna) e della Corte EDU⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ Come è noto, l’istituto della *dissenting opinion*, nella sua forma moderna, nasce e si afferma nell’esperienza nordamericana. In particolare, nel primo periodo di attività del Supremo Collegio Federale Statunitense, per circa un decennio, in conformità al modo di decidere dei Tribunali Inglesi di *common law* (*King’s Bench*), la pronuncia non era espressa in maniera unitaria ed imputata al collegio, ma vi erano una pluralità di opinioni espresse *seriatim* (di solito oralmente). Non vi era dunque un termine di riferimento rispetto al quale dissentire. Solo per volontà del celebre *Chief Justice* Marshall (in carica dal 1801 al 1835), al fine di rafforzare l’autorità della *Supreme Court*, si introdusse la pratica innovativa di annunciare l’ “opinione della Corte”, ossia il giudizio unitario imputabile al collegio. In seguito a questa modifica si affermò la pratica della redazione di opinioni difformi, poi intensificatasi a partire dal 1941. Cfr. sul punto ANZON A., *Per l’introduzione dell’opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in ID (a cura di) *L’opinione dissenziente*, Milano, 1995, 429 ss., 432-433; CASSESE S., *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, cit., 7-8.

⁸⁵⁰ Per un aggiornato quadro d’insieme, con esposizione ragionata dei pro e dei contro di siffatta opzione in relazione alle peculiarità del nostro ordinamento ed alle diverse caratteristiche di un organo come la Corte costituzionale rispetto alla *Supreme Court*, si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività, ZAGREBELSKY G. - MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 146-156 e riferimenti bibliografici *ivi* riportati, 153 nt. 41, i quali evidenziano i numerosi e complessi fattori di incertezza, sostenendo la necessità di mantenere inalterato il principio di collegialità; RUGGERI A. - SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 64-66, i quali si mostrano in linea di principio non contrari all’introduzione del *dissent*, pur esprimendo perplessità in base al fatto che il clima di esasperata contrapposizione tra forze politiche nel contesto italiano potrebbe essere ulteriormente acuito dalle manifestazioni di dissenso interno, incrinando l’autorevolezza e la legittimazione della Consulta; CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 90-91, ad avviso del quale l’introduzione del c.d. voto particolare contribuirebbe a rafforzare l’autorità della Corte ed a modellare in senso dinamico la giurisprudenza; cfr. altresì CASSESE S., *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, cit., 1 ss. del dattiloscritto, in part. sulle ragioni a sostegno del segreto o della divulgazione delle opinioni dei giudici e sull’eventuale introduzione della *dissenting* in Italia, 11-16; v. anche ANZON A., *La motivazione dei giudizi di ragionevolezza e la dissenting opinion*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 257 ss.; ID., *Per l’introduzione dell’opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, cit., 429 ss. L’A. individua lucidamente i fattori che depongono in senso favorevole ad introdurre la *dissenting* nel nostro sistema (maggiore approfondimento, linearità, rigore e completezza della motivazione; dinamismo giurisprudenziale; migliore conoscibilità e controllabilità della decisione per la trasparenza dell’*iter decisorio*; rafforzamento dell’autorità della decisione, derivante dalla migliore qualità della motivazione; valorizzazione della dignità e della responsabilità individuale del singolo giudice) ed in senso contrario (indebolimento dell’autorità della pronuncia; possibile

Nella prospettiva che qui interessa, l'elaborazione giurisprudenziale in punto misura della pena, anche in ragione della sua intrinseca "politicità"⁸⁵¹, offre molteplici spunti di riflessione sul tema della *dissenting opinion*.

Una riflessione che può contribuire a valutare se effettivamente le opinioni separate costituiscano uno strumento utile a garantire maggiore trasparenza e chiarezza nelle decisioni, ad accentuare quella dimensione di "razionalità discorsiva"⁸⁵², senza dubbio sempre imposta quando si va a sovvertire il risultato delle decisioni di corpi rappresentativi democraticamente eletti, tramite l'utilizzo di moduli decisori inevitabilmente caratterizzati da una forte componente valutativa.

Razionalità discorsiva viepiù necessaria in un settore, come quello penale, in cui l'eterna tensione tra esigenze di difesa sociale e tutela della libertà personale rende particolarmente problematico il rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario.

Alcune domande di partenza potrebbero dunque essere: quale sarebbe il volto della giurisprudenza costituzionale italiana sulla proporzionalità della pena se non vigesse il principio di collegialità? sarebbero tutte decisioni con strettissimo margine come quelle statunitensi esaminate *supra*? forse l'elaborazione si presenterebbe meno "compromissoria", risultando pertanto più intelligibile? vi sarebbe una maggiore responsabilizzazione della Corte e dei suoi membri? si incentiverebbe un proficuo dibattito sul tema, tanto nel foro pubblico, quanto nel più ristretto universo accademico, in grado di favorire una riforma organica nell'opportuna sede, quella politico-legislativa?

Tali quesiti, certamente assai stimolanti e di non facile soluzione, debbono peraltro fare i conti con le rilevanti diversità di fondo che caratterizzano i sistemi investigati: ad esempio il ruolo diverso e più autorevole del giudice nei sistemi di *common law*, il differente metodo di reclutamento, la nomina a vita

strumentalizzazione politico-partitica delle diverse opinioni; maggiore difficoltà della formazione di maggioranze; accrescimento del carico di lavoro dei giudici; pericolo per l'indipendenza del giudice; spinta al protagonismo, all'esasperato personalismo – quello che gli americani chiamano *self marking* –, agli eccessi polemici dei giudici e quindi all'abuso del *dissent*); v. in generale gli autorevoli contributi raccolti in AA.VV., ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, Milano, 1995; GORLANI M., *La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*, disponibile all'indirizzo http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/365.pdf, 1 ss. del dattiloscritto. Deve essere precisato, peraltro, che la nostra normativa prevede la possibilità di fare trasparire il dissenso (ma non i motivi), ai sensi dell'art. 17 delle Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, nel caso in cui il giudice relatore rifiuti di essere anche redattore della sentenza. La norma prevede che il Presidente possa "per indisponibilità o per altro motivo" affidare la redazione della decisione ad un giudice diverso dal relatore. In tal caso, si può desumere un disaccordo da parte del giudice che si rifiuta di redigere la sentenza. Cfr. criticamente sul punto ZAGREBELSKY G. - MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, cit., 154. Una nota decisione della Corte costituzionale in materia penale, nella quale vi è stata discrepanza tra relatore e redattore, è stata la n. 393/2006.

⁸⁵¹ Non si può che condividere sul punto l'idea espressa da FIANDACA G., *Scopi della pena*, cit., 131, secondo cui "La giurisprudenza costituzionale in tema di funzioni della pena, lungi dall'apparire statica e/o univoca, è andata storicamente evolvendo, secondo linee complesse e non prive di una certa ambiguità. Ciò, d'altra parte, non deve sorprendere. Prima ancora che istituto ricostruibile con le categorie tecnico-giuridiche del diritto penale, la pena è un'istituzione sociale: come tale, essa desume i suoi significati dalla società e dalla cultura, e ne riflette i rispettivi orientamenti dominanti nelle diverse fasi storiche".

⁸⁵² CASSESE S., *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, cit., 12, sottolinea come nel dibattito attuale si facciano valere, a supporto della separatezza del giudizio, oltre agli argomenti più tradizionali, tre particolari teorie: la teoria discorsiva del diritto; la teoria deliberativa del diritto; la teoria della Costituzione come "organismo vivente", che si arricchisce grazie al dibattito interno alle Corti.

(c.d. *life tenure*) come garanzia di indipendenza, la dialettica che porta alla decisione⁸⁵³, e numerosi altri ancora, impossibili da esplorare compiutamente in questa sede.

Non può essere poi sottaciuto che la *line of cases* sulla c.d. *noncapital proportionality*, in virtù della sua peculiare contraddittorietà e complessità, derivante da una molteplicità di fattori – presenza della pena di morte, contrapposizioni ideologiche-politiche interne alla Corte Suprema, c.d. *Stare Decisis Doctrine*, federalismo, interpretazione costituzionale “originalista” etc. – parrebbe forse suggerire che l’esplicitazione dei c.d. voti separati non costituisca la soluzione più adatta.

L’evoluzione della giurisprudenza *in subiecta materia* – per bocca degli stessi giudici supremi statunitensi – non è stata certo “un modello di chiarezza”. Si ricordi, peraltro, che è stata proprio una *concurring opinion*, quella vergata dal giudice Kennedy nel caso *Harmelin v. Michigan*, a dare il “colpo di grazia” alla salvaguardia costituzionale⁸⁵⁴.

L’impressione, tuttavia, ritengo sia fallace.

Come si è visto, infatti, la espressione di percorsi motivazionali alternativi (*concurring opinions*) e di pareri difformi rispetto al dispositivo (*dissenting opinions*) ha rappresentato un’inesauribile spinta propulsiva per le critiche da parte della dottrina.

Essa ha costituito a volte la stessa base di partenza per lo sviluppo di proposte ricostruttive teoriche, tese a raggiungere un livello di tutela maggiore ed a rivitalizzare la protezione costituzionale (si pensi, ad esempio, alla teoria di Frase e Sullivan, che scandaglia le varie *dissenting opinions* per ritracciare un supporto ai tre sottoprincipi di proporzionalità individuati).

Visto che la struttura del giudizio pare avere incentivato un significativo dibattito scientifico (ed anche pubblico), allora, il problema sembra risiedere altrove.

La dottrina, si sa, è scarsamente ascoltata dal legislatore⁸⁵⁵, e non ci si può aspettare che la *judicial review* utilizzi elaborazioni e moduli argomentativi assai sofisticati.

Nel caso degli U.S.A. i legislatori non si sono dimostrati particolarmente sensibili, rispetto alle istanze di umanizzazione e razionalizzazione della sanzione, nonché di corretta interpretazione della previsione costituzionale (nel senso che essa includa un requisito di proporzione, da rispettare ed attuare in sede di

⁸⁵³ Approfondisce opportunamente, attraverso una analisi comparatistica, il profilo dei diversi “modi di deliberare” delle Corti, ritenendolo presupposto imprescindibile per comprendere la vera funzione ed il significato del dissenso, istituto che non può essere separato dal contesto, CASSESE S., *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, cit., 3-11; sul rapporto inscindibile tra struttura della decisione giudiziaria di *common law* e opinione dissenziente v. anche VARANO V., *A proposito dell’eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti nelle pronunce della Corte costituzionale: considerazioni sull’esperienza americana*, in ANZONA. (a cura di), *L’opinione dissenziente*, cit., 129 ss., 129-131.

⁸⁵⁴ Nella materia oggetto di studio (ad es. nei noti casi *Harmelin v. Michigan* e *Ewing v. California*) assai numerose sono le c.d. *plurality opinions*, allorquando vi è una maggioranza che determina l’esito del caso, ma sulla base di motivazioni diverse. Un approfondimento sulle c.d. *plurality opinions* e su come esse costituiscano un fenomeno in crescita che produce incertezza del diritto ed indebolisce l’autorità del precedente, v. le acute osservazioni di VARANO V., *A proposito dell’eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti*, cit., 138-141.

⁸⁵⁵ Questo pare essere particolarmente vero nella realtà statunitense. Cfr. sul punto HUSAK D., *Overcriminalization*, cit., 132, secondo cui i legislatori tendono a non prestare grande attenzione alle critiche provenienti dal mondo accademico in materia di giustizia penale, aderendo alla posizione espressa anche da WHITMAN J.Q., ad avviso del quale “*in una misura ineguagliata in tutti i paesi del mondo sviluppato, l’America consente che le fondamentali scelte politiche siano effettuate attraverso il processo politico, negando un ruolo di rilievo ai professionisti della giustizia penale*”.

redazione dei *sentencing schemes*), veicolate con forza dai vari *dissenters*, che si sono espressi nei molteplici casi passati in rassegna.

Le pulsioni emotive ed irrazionali, che spesso guidano la politica penale, sembrano avere avuto la meglio. Non si è verificato, differentemente da altri ambiti politici, un “dialogo virtuoso” tra Supremo Collegio e legislatori (federale e statali), in grado di stimolare la riforma nella sede appropriata.

Ciò anche e soprattutto perché – come emerso – le linee di politica criminale nella realtà nordamericana sono dettate quasi esclusivamente da esigenze locali e differiscono enormemente da stato a stato, e i giudici federali non hanno molto da dire in proposito.

Non è detto però che l’introduzione dei voti separati in una dimensione diversa, come quella italiana, sia destinata ad incontrare gli stessi ostacoli.

Se pure è lecito dubitare, nell’exasperazione della temperie politica attuale, che si possa instaurare un profittevole dialogo (una “leale collaborazione istituzionale”) tra Corte costituzionale e legislatore, non deve aprioristicamente essere sottovalutato il fatto che dissensi ben argomentati e persuasivi, provenienti da voci autorevoli, siano in grado di costituire un potente stimolo all’intervento del legislatore⁸⁵⁶.

Ma vi è una ragione ulteriore, di ordine generale e forse assorbente, per sostenere la necessità di esplicitare i pareri difformi, valida in riferimento a tutti i controlli di ragionevolezza e, *a fortiori*, per il controllo sul *quantum* della pena.

E’ evidente che quanto più il sindacato di ragionevolezza si apre a valutazioni contenutistiche relative al bilanciamento degli interessi sotteso alla scelta normativa oggetto di controllo (nel nostro caso, la disposizione sanzionatoria), distaccandosi dal piano logico-formale del controllo di eguaglianza, tanto più alto è il rischio che la Corte invada arbitrariamente l’intangibile sfera della discrezionalità politica del legislatore.

Proprio in tali situazioni, di particolare delicatezza e ricorrenti nella materia oggetto d’esame, dovrebbe essere imposto un onere motivazionale rafforzato, un *surplus* di argomentazione. L’espressione del disaccordo, sia rispetto al dispositivo che rispetto all’*iter* motivazionale, non potrebbe che garantire una maggiore trasparenza e chiarezza, rendendo la giurisprudenza costituzionale più controllabile e rafforzando la legittimazione della Corte.

Un recente esempio – seppur non afferente alla materia oggetto di studio – istruttivo di come il limite posto dall’art. 28 l. n. 87/1953 all’operato della Corte (disposizione che, come noto, esclude dal controllo di legittimità “ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del parlamento”) sia sempre a rischio di essere travalicato nel sindacato di ragionevolezza “a maglie larghe”, che non ha mancato di ravvivare il dibattito tra i costituzionalisti circa l’opportunità di introdurre l’istituto

⁸⁵⁶ CASSESE S., *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, cit., 14-15, il quale, passando in rassegna diverse posizioni dottrinali nei vari sistemi di *common law* e di diritto codificato, evidenzia come una delle funzioni precipue delle *dissenting* e delle *concurring opinions* sia proprio quella di “parlare agli altri poteri”, ed in particolare, al legislatore, contribuendo a cambiare il diritto vigente.

del *dissent* nel nostro ordinamento⁸⁵⁷, è costituito dalla importante sentenza n. 70/2015⁸⁵⁸ della Corte costituzionale, sul c.d. blocco pensioni, provvedimento adottato dal Governo Monti nel 2011, all'acme della crisi economica⁸⁵⁹.

La norma oggetto di controllo è stata dichiarata illegittima per contrasto con gli artt. 3, 36, c. 1 e 38, c. 2, Cost., ad esito di uno scrutinio particolarmente penetrante.

In estrema sintesi: si è ritenuto irragionevole il bilanciamento operato in sede legislativa, giudicando eccessivo ed ingiustificato il sacrificio dell'interesse dei pensionati a ricevere un trattamento pensionistico proporzionato ed alla conservazione del potere di acquisto delle somme percepite, da cui deriva il diritto ad una prestazione previdenziale adeguata, e questo in nome di esigenze finanziarie.

E' infatti difficile controbattere all'obiezione secondo cui il bilanciamento fra tutela dei diritti e delle aspettative dei cittadini, da un lato, e risorse finanziarie disponibili, dall'altro, rientri nell'ampia sfera di discrezionalità politica del Parlamento, insindacabile dalla Corte⁸⁶⁰.

A conferma della natura altamente controversa della questione (anche per le imponenti ricadute finanziarie sui conti pubblici) e della dubbia legittimazione ad un intervento del genere, è trapelato che la decisione sia maturata grazie al voto decisivo del presidente, in una situazione in cui il collegio di dodici giudici risultava di fatto spaccato in due.

Quindi si è da più parti osservato, persuasivamente, come in siffatte circostanze – in cui si acuisce la c.d. *countermajoritarian difficulty* – l'esplicitazione dei voti separati sarebbe quantomai opportuna⁸⁶¹.

⁸⁵⁷ Sul punto v., tra i molti commenti, le note critiche alla decisione di BARBERA A., *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in www.rivistaaic.it, 2/2015, 15 maggio 2015, 1 ss. del dattiloscritto; MORRONE A., *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in Federalismi.it, 10/2015, 1 ss. del dattiloscritto; cfr. altresì, FAVARETTO C., *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2015, 1 ss. del dattiloscritto, in part. 5-7, il quale si sofferma sull'opportunità di introdurre l'istituto del *dissent*; TURTURRO A., *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: "nuovi" poteri istruttori, introduzione del dissent e potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni*, in www.forumcostituzionale.it, 22 dicembre 2015, 1 ss. del dattiloscritto, spec. sull'introduzione del *dissent*, 10-15. Gli ultimi due contributi si concentrano in particolare sulla disamina critica del disegno di legge numerato come A.S. 1952, presentato al Senato il 9 giugno 2015, recante "Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale", originato direttamente quale reazione alla sentenza n. 70/2015. Il d.d.l. proposto – per quel che qui rileva – all'art. 1 lett. b) prevede un'aggiunta all'art. 16, l. n. 87/1953, volta ad introdurre nel nostro sistema la *dissenting opinion* ("I giudici dissenzianti possono esporre i motivi del loro dissenso in opinioni che sono pubblicate in calce alla sentenza").

⁸⁵⁸ In www.cortecostituzionale.it.

⁸⁵⁹ Con tale pronuncia la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 24, c. 25, d.l. n. 201/2011 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità, e il consolidamento dei conti pubblici, c.d. "salva Italia"), conv., con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, l. n. 214/2011, nella parte in cui prevedeva che "In considerazione della contingente situazione finanziaria, la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo stabilito dall'art. 34, c. 1, l. n. 448/1998, è riconosciuta, per gli anni 2012 e 2013, esclusivamente ai trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS, nella misura del 100 per cento".

⁸⁶⁰ BARBERA A., *La sentenza relativa al blocco pensionistico*, cit., 2-3.

⁸⁶¹ Cfr. ad es. MORRONE A., *Ragionevolezza a rovescio*, cit., 16, il quale si domanda retoricamente "E' ancora accettabile l'assenza della dissenting opinion quando proprio questioni difficili e controverse, sempre più frequenti e con pesanti ricadute sociali e politiche, esigerebbero un surplus di argomentazione, in relazione a quei valori concorrenti e rilevanti che altrimenti rischiano ... di rimanere ai margini o in balia delle volubili opinioni dei giudici che hanno la responsabilità di mettere nero su bianco l'opinione maggioritaria?", per poi aggiungere, "Se quest'opportunità ci fosse stata, gli argomenti della parte riuscita vittoriosa avrebbero potuto e dovuto confrontarsi con le opinioni dissenzianti, spingendo a motivare il perché di un

Vero è che nella materia penale, in virtù delle note peculiarità, di rado sono stati effettuati controlli così penetranti, riscontrandosi anzi, specialmente sull'entità delle pene, un atteggiamento eccessivamente cauto della Consulta⁸⁶².

Ma la particolarità della decisione, per quanto ci interessa – il confine tra poteri della Corte e discrezionalità legislativa – non riguarda tanto e solo la penetrazione del controllo attraverso i bilanciamenti.

A ben vedere infatti, la Corte ha adottato un modello decisorio ulteriore, che fa esplicito riferimento ad un vizio formale della legge⁸⁶³.

Ritornando al nostro tema della discrezionalità delle comminatorie edittali, rimane incontrovertito il dato, condensato nel ricorrente passaggio argomentativo, posto in epigrafe al presente lavoro (*“Il principio secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale costituisce un dato costante della giurisprudenza costituzionale che deve essere riconfermato: non spetta infatti alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie. Tuttavia ...”*), in base al quale ogni decisione sulla ragionevolezza e proporzionalità dei trattamenti sanzionatori è per sua stessa natura altamente problematica, e pertanto richiederebbe un *surplus* d'argomentazione e confronto, che solo i c.d. voti separati paiono in grado di assicurare ed esplicitare in termini chiari.

Con questo breve *excursus* conclusivo non si pretende certo di aggiungere alcunché al nutrito ed assai autorevole dibattito, che anima gli studiosi della giustizia costituzionale da lungo tempo⁸⁶⁴, ma soltanto

bilanciamento così squilibrato a vantaggio di uno solo dei beni in gioco”.

⁸⁶² Critiche in tal senso, di recente, da parte di SEMINARA S., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 2409.

⁸⁶³ Viene alla mente la motivazione addotta nella già richiamata Sent. n. 32/2014, preferita a quella imperniata sulla irragionevolezza della equiparazione tra “droghe leggere” e “droghe pesanti”. Al legislatore, nella sent. n. 70/2015, si è rimproverato di non avere “*illustrato in dettaglio*” le motivazioni in base alle quali si è data prevalenza alle esigenze finanziarie a confronto con gli interessi previdenziali ad una prestazione adeguata. Il controllo di ragionevolezza non ricerca e non si esprime dunque sulle *rationes* che hanno determinato il bilanciamento legislativo (comunque con pregiudizi per la discrezionalità delle scelte politiche, da non trascurarsi), ma censura una sorta di difetto formale, di motivazione, della legge. Requisito che si potrebbe dire estraneo al paradigma legislativo come descritto dalla Costituzione. Autorevole dottrina penalistica ha osservato in proposito: “*Esigere che il legislatore ordinario enunci in dettaglio i motivi per cui svolge in un certo modo la funzione che gli è propria val quanto profilare la legittimità di un giudizio della Corte sul perché delle soluzioni adottate con legge...*”. La sentenza “*Ci preoccupa per quello che effettivamente dice, ma più ancora per il retroterra culturale che sta dietro*”. Così GALLO M., *Una sentenza bella e pericolosa*, in *Crit. Dir.*, 2014, 219 ss., 224. Anche dottrina costituzionalistica ha criticato questo modulo decisorio, v. BARBERA A., *La sentenza relativa al blocco pensionistico*, cit., 3; MORRONE A., *Ragionevolezza a rovescio*, cit., 13, il quale sostiene che la motivazione della legge che si aspetta la Corte rappresenti soltanto un *wishful thinking* di fronte alla naturale libertà della politica ed alla differenza fondamentale tra atto normativo e provvedimento amministrativo.

⁸⁶⁴ Per un'accurata ricostruzione storica delle proposte di introdurre il *dissent* succedutesi a partire dal momento in cui fu istituita la Corte, in sede di approvazione della l. n. 87/1953; poi negli anni sessanta, per iniziativa del costituzionalista e Giudice costituzionale Mortati; negli anni settanta, con la proposta di Francesco De Martino con bozza di legge costituzionale presentata alla Camera il 9 luglio 1973; nel 1981 con la p.d.l. 2329/1981 presentata alla Camera da Stefano Rodotà; infine con la bozza Boato conclusiva della Bicamerale D'Alema nel 1999, che prevedeva il *dissent* tra le modifiche alla parte II della Costituzione, poi giunta fino alla Corte e bocciata nel 2002 nella forma di modifica regolamentare, v. ANZON A., *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, cit., 429-430; più di recente FAVARETTO C., *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 6 del dattiloscritto; TURTURRO A., *Una proposta di seguito legislativo straordinario*, cit., 10-11 del dattiloscritto. Un aspetto problematico di non poco momento, che non si può approfondire in questa sede, attiene al *quomodo* dell'introduzione dei c.d. voti particolari nel nostro sistema di giustizia costituzionale. Nella dottrina costituzionalistica si sono espresse le posizioni più varie: alcuni ritengono necessaria la legge costituzionale o di revisione costituzionale, altri reputano sufficiente la legge ordinaria (opzione intrapresa nel recente disegno di legge A.S. 1952 del 9 giugno 2015), non

esprimere un'idea maturata ad esito del percorso di ricerca intrapreso, in relazione alla specifica tematica della misura della sanzione penale e dei suoi limiti costituzionali di natura sostanziale.

E' sembrato altresì opportuno soffermarsi concisamente sul tema in ragione della sua grande attualità, riemersa con forza dopo la controversa sent. n. 70/2015, sopra accennata, sul c.d. blocco pensioni⁸⁶⁵.

3.3.2 Inadeguatezza del tempo quale unica unità di misura della legittimità costituzionale della pena carceraria. Uno scrutinio effettuato in forza di criteri di razionalità e di umanità?

La disamina incrociata dei tracciati giurisprudenziali costituzionali italiani e nordamericani suggerisce una concisa riflessione finale sul profilo inerente al rapporto tra quantificazione edittale *in abstracto* della sanzione penale e sua afflittività in concreto.

In particolare, può essere stimolante la prospettiva di tenere in considerazione elementi diversi dalla semplice durata temporale della pena, al fine di stabilire una sproporzione incostituzionale della stessa.

Questa problematica si pone in termini sensibilmente diversi in seno ai due modelli investigati.

Il controllo effettuato dalla Corte costituzionale, avendo ad oggetto sempre norme e non fatti, non può beneficiare della virtuosa interazione tra parametri di ragionevolezza e di afflittività in concreto (principio di umanità, divieto di crudeltà etc.), vulnerati, ad esempio, dalle condizioni di detenzione.

Il sindacato "*as applied to the case*" della *Supreme Court* federale, invece, potrebbe ipoteticamente aprirsi alla valutazione congiunta delle concrete modalità di espiazione della sanzione carceraria, per determinarne eventualmente una evidente eccessività incostituzionale rispetto alla gravità del delitto.

Tale sviluppo potrebbe essere favorito anche dal fatto che la CUPC dell'Ottavo Em. rappresenta il parametro comune di controllo, sia per il profilo meramente quantitativo (*disproportionality/excessiveness*) che per l'aspetto del c.d. *treatment of prisoners*.

Vi è una corposa linea di precedenti della Corte Suprema che ha affrontato questioni sul trattamento dei detenuti nelle carceri americane. Casi molto diversificati tra loro, riguardanti ad esempio: il rifiuto di adeguate cure mediche; l'omessa protezione da parte del personale penitenziario rispetto alla violenza di altri detenuti, di poliziotti o al rischio di suicidio; condizioni concrete di vita carceraria particolarmente dure ed altri ancora⁸⁶⁶.

mancono coloro che considerano idonea una riforma delle Norme Integrative; infine si è anche ventilata l'ipotesi di un'introduzione direttamente in via giurisprudenziale. Sullo spinoso profilo della modalità di riforma v. ANZON A., *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, cit., 453-455; ZAGREBELSKY G. - MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, cit., 154-155; CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 91-92; RUGGERI A. - SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 65-66; cfr. altresì TURTURRO A., *Una proposta di seguito legislativo straordinario*, cit., 12-15, con un'articolata critica nei confronti del recente d.d.l. A.S. 1952.

⁸⁶⁵ Per alcuni spunti di grande interesse ed attualità si può vedere anche DE LUCA P., *Che fine ha fatto l'introduzione dell'opinione dissenziente? Suggestioni a partire da un'interessante risposta del Presidente emerito G. Silvestri*, in www.forumcostituzionale.it, 19 novembre 2014, 1 ss. del dattiloscritto.

⁸⁶⁶ Un'ottima panoramica sull'evoluzione giurisprudenziale in SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality principles*, cit., 146-149.

Alla ricerca di una sinergica connessione tra i due distinti filoni di precedenti, alcuni commentatori statunitensi⁸⁶⁷ hanno di recente concentrato l'attenzione su un aspetto particolarmente interessante: la Corte Suprema, ed anche le *lower courts*, quando si cimentano nel c.d. *gross disproportionality test* (messo a punto in *Harmelin v. Michigan*), nella valutazione iniziale/*threshold test* di raffronto tra gravità del reato e severità della pena irrogata, prestano molta più attenzione all'analisi del disvalore dell'illecito, in base ai noti criteri contenutistici (*harm, culpability* etc.), che non al versante della *reale afflittività* della sanzione.

Quest'ultima viene infatti valutata soltanto nella sua durata temporale (*length*), senza considerare ulteriori indici, che pure contribuiscono significativamente ad aumentarne il carico afflittivo e, conseguentemente, a determinare, se del caso, una grave sproporzione rispetto al reato commesso.

Nello specifico, si fa notare che la *proportionality review*, pur connotandosi come giudizio su base casistica e svolto in concreto, in genere prescinde dall'analisi di fattori quali: 1) la “durata reale della condanna”, ovverosia il tempo di espiazione che il reo in carne ed ossa andrà verosimilmente a scontare, tenendo conto delle concrete possibilità di rilascio *on parole*, che divergono sensibilmente da stato a stato⁸⁶⁸; 2) le concrete condizioni detentive in cui la sanzione verrà ad essere eseguita, capaci di mutare radicalmente, sia a causa dell'istituto penitenziario in cui il reo viene detenuto che in ragione delle caratteristiche soggettive di quest'ultimo (si pensi a persone tipicamente vulnerabili rispetto alle violenze perpetrate nell'universo penitenziario)⁸⁶⁹; 3) le c.d. *collateral consequences*, ovverosia tutte le conseguenze che non sono formalmente “pena”, ma spesso conseguono in automatico al *sentencing*⁸⁷⁰.

Si sostiene che elementi di afflittività in concreto, tradizionalmente estromessi dal controllo di proporzionalità svolto in base alla CUPC, in quanto non formalmente “sanzione penale”, potrebbero essere valorizzati, con lo scopo di ridare un minimo di mordente al divieto costituzionale di pene detentive eccessive.

A supporto di tale possibilità, si argomenta che valutazioni relative alla c.d. “*real sentence to be served*”, che includano la prospettiva di rilascio su libertà condizionale, non sono affatto estranee all'evoluzione giurisprudenziale della *noncapital proportionality litigation*, come dimostra ad esempio l'analisi del

⁸⁶⁷ TORTI J.L., *Accounting for Punishment*, cit., 1908 ss. Infatti la locuzione *accounting for punishment* significa letteralmente “tenere conto della pena”, volendo proprio significare che fino ad oggi il controllo di proporzionalità si sia focalizzato di più sulla gravità dell'illecito che non sulla *reale* entità della sanzione, ricondotta unicamente all'unità di misura costituita dal tempo e non ad altri, pur rilevanti, fattori di afflittività.

⁸⁶⁸ Si noti invero che la Corte suprema ha talvolta tenuto nella massima considerazione la possibilità di libertà condizionale, ad esempio fondando la distinzione e l'opposto esito del giudizio tra i casi *Rummel v. Estelle* e *Solem v. Helm*. Rispetto agli anni in cui questi due casi sono stati decisi, tuttavia, la transizione diffusa da sistemi di *indeterminate sentencing systems* a sistemi di *determinate sentencing systems* o di *sentencing guidelines* in numerosi stati, ha determinato di fatto una sensibile riduzione dell'operatività dell'istituto della libertà condizionale, che in molte occasioni è precluso del tutto. Allo stato attuale soltanto circa la metà degli Stati dell'Unione prevede la possibilità di *parole*, pur con grandi differenze tra modelli.

⁸⁶⁹ In riferimento al parallelismo con il nostro ordinamento rileva in particolare questo elemento.

⁸⁷⁰ Oltre al noto *felony disenfranchisement* (perdita del diritto di voto), conseguente alla condanna per un reato, molteplici e diverse sono le c.d. *collateral consequences*, a mero titolo d'esempio: l'esclusione permanente da programmi di assistenza sociale pubblica; l'impossibilità di essere assunti in determinati settori del mercato lavorativo; l'impossibilità di ottenere una patente di guida; l'impossibilità di ricoprire pubblici uffici elettivi; la perdita della potestà genitoriale; l'essere soggetto ad obblighi permanenti di registrazione (ad es. per i c.d. *sex offenders*) e molte altre ancora.

giudice Breyer nella sua *dissenting in Ewing v. California*⁸⁷¹.

Rispetto alle c.d. *conditions of confinement*, esiste già un significativo filone di precedenti che hanno visto l'applicazione dell'Ottavo Em., per dichiarare l'incostituzionalità di determinati trattamenti o condizioni di vita carceraria in quanto crudeli ed inusuali⁸⁷².

Deve essere al proposito ricordato il recente e per molti versi "storico" precedente *Brown v. Plata* del 2011, con il quale la Corte Suprema ha ordinato allo Stato della California la liberazione di 46.000 detenuti ristretti negli istituti di pena statali, in ragione dell'inadeguatezza delle cure mediche disponibili all'interno di dette strutture, provocata dall'*overcrowding*, che determinava una sistematica violazione dei diritti fondamentali dei soggetti *in vinculis*⁸⁷³.

Per quanto concerne le conseguenze accessorie alla pena, vi sono alcune importanti decisioni, seppur piuttosto risalenti (*Trop v. Dulles*; *Weems v. U.S.*), che offrono base storica e di precedente ad un'analisi di proporzionalità condotta anche sulla base delle c.d. *collateral consequences*.

Sarebbe interessante, in particolare, ripercorrere le relazioni tra il filone di precedenti della Corte Suprema che si è occupato dell'entità della sanzione (*noncapital proportionality cases*) e quello riguardante le condizioni della detenzione (c.d. *eighth amendment limits on the treatment of prisoners*), e verificare se il primo possa essere in qualche modo rivitalizzato attingendo alcuni elementi dal secondo. Ma lo spazio occupato da questa ricerca ora non lo consente.

Meglio allora porre in risalto conclusivamente l'istanza fondamentale veicolata dalla posizione dottrinale

⁸⁷¹ Il giudice Breyer, nella tipica prospettiva pragmatica del *common lawyer*, che caratterizza il suo approccio all'interpretazione costituzionale, ragionò così: "La pena qui irrogata a *Ewing* equivale, in realtà, ad almeno 25 anni di reclusione senza possibilità di libertà condizionale o permessi per buona condotta. Questa condanna è considerevolmente più breve di quella inflitta a *Helm in Solem*, che corrispondeva, in concreto, all'intera vita in prigione. Nondimeno, la condanna di *Ewing* è più severa del doppio rispetto a quella in *Rummel*, che corrispondeva, in realtà, ad almeno 10 o 12 anni". In dottrina, sostiene la necessità di un'analisi di questo tipo, incentrata sulla c.d. "real sentence", LEE D.H., *Resuscitating Proportionality*, cit., 575-579; cfr. anche GERTNER N., *On Competence, Legitimacy, and Proportionality*, cit., 1591.

⁸⁷² TORTI J.L., *Accounting for Punishment*, cit., 1934-1937.

⁸⁷³ *L'opinion of the Court*, redatta dal giudice Kennedy, in una decisione maturata per 5 voti a 4, riprendendo i principi stabiliti nel noto precedente *Trop v. Dulles*, si è basata sul concetto fondamentale di dignità umana: "Prisoners retain the essence of human dignity inherent in all persons. Respect for that dignity animates the Eighth Amendment prohibition against cruel and unusual punishment. The basic concept underlying the Eighth Amendment is nothing less than the dignity of man". Per un commento alla decisione *Brown v. Plata*, nella letteratura italiana, cfr. tra gli altri TOSCANO A., *La funzione della pena*, cit., 278-284 e letteratura *ivi* citata; nella dottrina U.S.A., v. *ex plurimis* TORTI J.L., *Accounting for Punishment*, cit., 1946 e 1952 nt. 201. Si noti che anche nella decisione in parola il giudice conservatore Scalia ha dissentito vivamente – come in tutti i *proportionality cases* – affermando in particolare che "Oggi la Corte conferma quella che è forse la più radicale ingiunzione emessa da un giudice nella storia della nostra Nazione: un ordine che impone allo Stato della California di rilasciare lo sconcertante numero di 46.000 criminali". Nella letteratura statunitense, offre di recente una autorevole ricostruzione critica di sintesi delle vicende relative alle violazioni dei diritti fondamentali dei detenuti nelle carceri californiane, determinate dall'insufficienza delle strutture e delle cure mediche disponibili, in ragione del sovraffollamento, che hanno condotto alla decisione federale *Brown v. Plata* del 2011, CHERMERINSKY E., *The Case Against the Supreme Court*, cit., 276-279. L'A., sulla scorta di argomentazioni connesse alla c.d. *political process theory of judicial review*, evidenzia una volta di più come un effettivo controllo giudiziario sull'azione legislativa sia necessario per assicurare la protezione dei diritti costituzionali dei gruppi sociali emarginati e deboli, solitamente negletti nel processo decisionale maggioritario, condividendo la presa di posizione della Corte Suprema. Si osserva in proposito: "Il caso illustra il motivo per cui non si può fare affidamento sul political process per proteggere gruppi sociali deboli privi di potere decisionale e invisi, come i detenuti. Questi ultimi risulteranno spesso soccombenti dinanzi alle corti federali ed alla Corte Suprema. Ma non sempre è così, come dimostra *Brown v. Plata*, e loro non hanno alcuna altra sede istituzionale a cui rivolgersi per rivendicare la tutela dei propri diritti costituzionali". L'A. inoltre critica l'inerzia del Governatore californiano Jerry Brown nell'adempimento dei doveri imposti dalla "storica" ingiunzione del Supremo Collegio federale allo Stato della California.

espressa sinteticamente *supra*, che può essere estesa anche alla nostra esperienza, risultando di stringente attualità: il tempo non può essere l'unico misuratore della legittimità costituzionale della sanzione penale. Se in un ordinamento come quello degli U.S.A., vi sono forse margini (invero piuttosto risicati) perché il sindacato di costituzionalità si evolva, aprendosi in un futuro al vaglio delle concrete condizioni di reclusione, nell'ambito dello scrutinio sull'entità delle pene, così in Italia non può essere, per evidenti ragioni.

Come si è osservato in dottrina⁸⁷⁴, deve essere allora quella della riforma legislativa la via privilegiata per ricondurre il sistema sanzionatorio nell'alveo della legalità costituzionale, prevedendo già al momento della posizione delle norme standard detentivi che entrino in rapporto con il mero dato temporale della durata delle tariffe edittali, in modo tale da garantire *ab initio* il rispetto della legalità costituzionale e del principio di umanità della pena di cui all'art. 27, c. 3, Cost.

Le recenti vicende del patologico sovraffollamento carcerario, certificate dalla sentenza pilota della Corte EDU *Torreggiani c. Italia* dell'8 gennaio 2013, che ha riscontrato una violazione sistemica dell'art. 3 CEDU da parte del nostro sistema carcerario, hanno costretto il legislatore a muovere importanti passi nella direzione di ridurre il sovraccarico delle carceri, allo scopo di salvaguardare la dignità e i diritti umani dei detenuti, attraverso molteplici provvedimenti normativi, che qui non possono essere nemmeno accennati.

Occorre invece riflettere riguardo alle relazioni tra il tema centrale di questa ricerca, ovverosia la previsione legislativa di pene eccessive, e le condizioni inumane e degradanti, in cui sovente queste sanzioni vengono ad essere eseguite.

Ciò equivale a dire che ad una sproporzione della pena edittale, che si riverbera nella fase commisurativa, molte volte si aggiunge un'ulteriore eccessività dell'afflizione in concreto patita dal reo.

La Corte costituzionale, declinando l'esigenza di proporzionalità in termini di eguaglianza e ragionevolezza ed essendo tradizionalmente garante della coerenza del sistema (tuttavia essa si mostra sempre più attenta alle istanze di tutela dei diritti individuali, su *input* delle fonti sovranazionali⁸⁷⁵), può fare ben poco per rimediare a queste gravi casistiche di "doppia sproporzione" in concreto.

Esse si prestano meglio ad essere apprezzate attraverso parametri di costituzionalità flessibili, come il divieto di pene crudeli ed inusuali o il principio di umanità della pena, di cui all'art. 27, c. 3, Cost..

Ciò non deve comunque impedire di rilevare, come segnala l'esperienza di alcuni ordinamenti

⁸⁷⁴ Si veda la proposta, tanto affascinante quanto di complessa praticabilità, di ROSELLI O., *Per una quantificazione della pena conforme a Costituzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 4, 401 ss. L'A. sostiene l'inadeguatezza del solo dato temporale nella misurazione della costituzionalità della pena detentiva, proponendo di prevedere legislativamente un rapporto costante tra numeratori, costituiti dalle cornici edittali, e denominatori, costituiti dagli standard detentivi. Solo attraverso un'operazione aritmetica di questo tipo si assicurerebbe la conformità alla legalità costituzionale della sanzione detentiva, che non può essere commisurata in astratto, ma nel concreto sofferto vissuto dal detenuto.

⁸⁷⁵ Su questi profili si veda l'approfondita disamina di MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità*, cit., 179-181, il quale segnala la recente tendenza evolutiva del controllo di costituzionalità a polarizzarsi sulla *tutela dei diritti*, ben più che sulla *legittimità della legge astratta* (corsi dell'Autore), con una Corte costituzionale più attenta a garantire la protezione dei *fundamental rights* che non ad assicurare la coerenza delle geometrie del sistema normativo.

anglosassoni⁸⁷⁶, e come comincia ad emergere, seppur timidamente e solo per le pene più estreme, dalla giurisprudenza convenzionale della Corte EDU⁸⁷⁷, che in un futuro potremmo forse assistere ad una maggiore interazione tra parametri di proporzionalità in astratto e di umanità della pena anche nel nostro ordinamento⁸⁷⁸.

3.2.3 Una riflessione sul profilo semantico: tra *gross disproportionality* e manifesta irragionevolezza/sproporzione. Dove finisce la sproporzione costituzionalmente accettabile ?

In chiusura, è opportuno ritornare concisamente su un aspetto rilevante, che sembra non essere stato sempre al centro di pur approfondite riflessioni nei numerosi contributi scientifici analizzati.

Il riferimento è al significato dei termini *gross (dis)proportionality*⁸⁷⁹ nell'esperienza statunitense, ed anglosassone in genere, ed al termine "manifesta" (irragionevolezza o sproporzione) nella giurisprudenza del Giudice delle leggi.

A tale proposito, rispetto all'esperienza italiana, si è rilevato che quello sull'entità della pena si presenta come "un modello di controllo che consente molto spesso ai giudici di valorizzare la portata eccezionale che gli avverbi gli conferiscono ('palesemente', 'radicalmente', 'manifestamente'), ma anche di non abdicare a priori, così come accadeva nel periodo iniziale dell'assoluto non possumus, perché non c'è rinuncia alla verifica circa il corretto 'uso della discrezionalità' legislativa. Un modello di controllo in definitiva non inquadrabile giuridicamente, quasi che alla discrezionalità legislativa nella fase della produzione normativa tenga dietro una parimenti indeclinabile discrezionalità giudiziale nella fase della

⁸⁷⁶ Per una esemplificazione di come le concrete condizioni di detenzione, tanto sotto l'aspetto della struttura dove i detenuti sono ristretti, quanto relativamente a caratteristiche soggettive di particolare vulnerabilità degli stessi, siano rilevanti, al fine di riscontrare un'eventuale sproporzione incostituzionale della pena, cfr. VAN ZYL SMIT D.-ASHWORTH A., *Disproportionate Sentences*, cit., 548-549, i quali si riferiscono al noto e già citato caso canadese *Smith* del 1987, laddove si è statuito che una pena irrogata di tre mesi di reclusione, da eseguirsi in isolamento, sarebbe manifestamente sproporzionata per l'autore di un furto reo primario. Gli AA. sottolineano come nella valutazione della manifesta sproporzione incostituzionale della pena le condizioni di detenzione sono sempre una parte significativa e rilevante della stessa (*conditions of detention as part of the punishment*). Cfr. altresì TORTIJ.L., *Accounting for Punishment*, cit., 1932 nt. 116, la quale cita il *seminal case* canadese *Smith* laddove si afferma "L'effetto della condanna è spesso la somma di molti fattori e non è limitato al quantum o alla durata della pena, ma include la sua tipologia e le concrete condizioni in cui essa viene eseguita".

⁸⁷⁷ Soltanto di recente la Corte EDU ha interpretato estensivamente la proibizione di cui all'art. 3 della Convenzione "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti", nel senso che essa, nella sua seconda componente (*penes inhumane o degradanti*) imponga un divieto di pene "gravemente e manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto di reato commesso", pur riconoscendo che un'eventuale violazione sarebbe confinata "ad occasioni rare, se non uniche". Un passo importante, dunque, verso l'esplicita assunzione del principio di proporzione della pena nell'alveo delle garanzie convenzionali, sebbene ancora piuttosto timido, dal momento che tale affermazione è stata resa nell'ambito delle decisioni *Vinter e a. c. Regno Unito* e *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, entrambe del 2012, in cui la Corte EDU ha riaffermato la non contrarietà rispetto al disposto convenzionale della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale, previsto nell'ordinamento inglese. Per un approfondimento su queste pronunce, cfr. la nota critica di VIGANÒ F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.* (Rivista on line), 4 luglio 2012, 1 ss. del dattiloscritto, sul profilo del riconoscimento della componente proporzionalistica in seno al divieto di pene inumane o degradanti, v. in part. 10-11.

⁸⁷⁸ Era questo l'auspicio di una sensibile dottrina che aveva affrontato il tema oggetto di questa indagine anni addietro. Cfr. CORBETTAS., *La cornice edittale della pena*, cit., 164.

⁸⁷⁹ Il termine inglese *gross* significa letteralmente evidente (traduzione ritenuta più appropriata nel contesto di questo studio), ovvero gigantesco, madornale, clamoroso, marchiano.

*successiva verifica*⁸⁸⁰.

Attraverso queste direttrici, è evidente che il principio di proporzione assume valenza meramente *negativa*, essendo in grado di indicare quale non è la giusta proporzione, e di svelare dissimmetrie macroscopiche nel sistema dei rapporti tra fattispecie, tramite il criterio dell'eguaglianza congiunto all'offensività.

Per quanto concerne gli svolgimenti della giurisprudenza statunitense, uno studioso si è soffermato in particolare sul significato dei termini, notando con acutezza e criticando la transizione, nel linguaggio utilizzato dalla Corte Suprema federale, tra semplice principio di “proporzionalità della pena”, quale fondamentale precetto di giustizia stabilito in *Weems v. U.S.* nel 1910, e divieto, dalla portata meno ampia e protettiva, delle sole pene “evidentemente eccessive o sproporzionate” rispetto alla gravità del reato (*gross disproportionality*), poi affermatosi quale *standard* nelle decisioni successive⁸⁸¹.

Al di là delle specificità nelle due esperienze investigate, che per la loro lontananza rendono oltremodo complessa una precisa definizione del termine evidente/manifesta, sul versante quantitativo del grado (*degree*) che fa scattare l'incostituzionalità di una data calibratura sanzionatoria, in definitiva dipendente dall'*humus* delle società e dei rispettivi, assai diversi, bisogni di punizione, quello che si vuole sottolineare conclusivamente riguarda l'importanza del dato *terminologico*, il cui giusto approfondimento potrebbe agevolare la comprensione, l'interpretazione e l'applicazione di principi enunciati in maniera ambigua, già sul piano testuale.

A tale proposito, ci si è ad esempio interrogati se il principio di proporzionalità della pena, previsto, seppur “in termini negativi”, dall'art. 49, c. 3, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, che recita “*La severità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato*”, sia in grado di assicurare una protezione più elevata e prestazioni operative più soddisfacenti rispetto alle numerose clausole costituzionali nazionali che proibiscono sanzioni penali manifestamente eccessive (*grossly disproportionate*)⁸⁸², rispondendo in maniera tendenzialmente affermativa.

Con queste brevi note conclusive si intende soltanto evidenziare che una riflessione approfondita, in prospettiva comparatistica, sui vari livelli di sproporzione richiesti e previsti, espressi in diverse carte costituzionali, tramite *formulazioni linguistiche diversificate* – in questa sede soltanto abbozzata – potrebbe contribuire a chiarire il significato e la portata di norme sovranazionali enigmatiche e di difficile

⁸⁸⁰ Così si esprime BRUNELLI D., *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può”*, cit., 185; distingueva già tra ipotesi di irragionevolezza macroscopica e di irragionevolezza microscopica o media alle quali, rispettivamente, corrisponde o meno il potere di verifica della Corte, PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene*, cit., 199; sul punto v. anche CORBETTAS., *La cornice editale della pena*, cit., 167.

⁸⁸¹ DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle*, cit., 1109-1112, il quale critica l'innesto del termine *gross*, cfr. *supra* nt. 431.

⁸⁸² Nell'interessante studio di VAN ZYL SMIT D.-ASHWORTH A., *Disproportionate Sentences*, cit., 542 e 559-560, vengono analizzate le applicazioni giurisprudenziali del divieto di pene detentive “evidentemente eccessive” previsto da varie Carte costituzionali nazionali (Canada, Sud Africa, U.S.A.) e nella giurisprudenza CEDU, al fine di stabilire se la nuova – per allora – e diversa formulazione testuale dell'art. 49, c. 3, dell'*EU Charter of Fundamental Rights*, preveda uno *standard* di tutela più elevato, applicabile all'esperienza del Regno Unito.

inquadramento, anche rispetto ai loro effetti sul nostro ordinamento, come per esempio quella che prevede il principio di proporzione della pena all'art. 49, c. 3, CDFUE⁸⁸³.

3.2.4 Finestra sul futuro e conclusioni

Si è reiteratamente messo in luce come limiti e caratteristiche dei controlli di ragionevolezza-proporzione del *quantum* edittale di pena da parte della Corte costituzionale siano ormai definiti nell'elaborazione scientifica italiana.

Ciò, tuttavia, non consente di escludere che, in futuro, vi possano essere aperture nel consolidato *self-restraint*⁸⁸⁴, alla luce della stessa natura flessibile e mutevole del parametro della ragionevolezza, che si

⁸⁸³ Per una illustrazione problematica del principio di cui all'art. 49, c. 3, CDFUE, definito come “*principio di proporzione, dal vago sentore retribuzionistico, posto sempre in funzione di garanzia*” e “*principio della proporzionalità formale*”, v. SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., 112 e 118-120, il quale pone in evidenza tutte le criticità che si presentano all'interprete e gli ostacoli all'applicabilità del principio di proporzionalità nell'ordinamento eurolunitario da parte della CGUE, ed in particolare osserva come per valutare la severità delle pene rispetto alla gravità dei reati servano tre elementi: 1) la gerarchia degli interessi in gioco; 2) la scala di pene; 3) una condivisa ideologia penalistica comune in base alla quale valutare il concetto di “gravità del reato”. L'A. osserva che l'Unione Europea dispone soltanto della gerarchia degli interessi in gioco, essendo priva tanto dello *ius puniendi* e di un sistema di pene, quanto di una ideologia penalistica comune (i.e. un riconoscibile “*volto costituzionale del diritto penale dell'UE*”). Sotto questo punto di vista, la Corte di Giustizia dell'UE andrebbe incontro a difficoltà non dissimili da quelle con cui ha lottato per più di un secolo la Corte Suprema federale degli U.S.A. nel sindacato di proporzionalità sulla pena. Per alcune stimolanti riflessioni sulla problematicità della disposizione di cui all'art. 49, c. 3, CDFUE, v. PICOTTI L., *Proporzione fra i delitti e le pene (Dei delitti e delle pene, § VI)*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 2, 261 ss., 281-283; cfr. altresì STEAG., *L'offensività europea come criterio di proporzione*, cit., 928-931.

⁸⁸⁴ Eccezioni che potrebbero essere invero “favorite” da interventi non sufficientemente ponderati da parte del legislatore, dettati dalle varie emergenze (vere o presunte) e da pulsioni emotive veicolate dai *media*, tali da creare squilibri manifestamente irragionevoli nel sistema sanzionatorio. Un esempio assai recente in tal senso pare poter essere costituito dal Disegno di legge C 3169-A (*Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274*), approvato dalla Camera il 28 ottobre 2015. Tale disegno di legge prevede l'introduzione di due nuove fattispecie autonome nel tessuto codicistico: all'art. 589 *bis* il delitto di omicidio stradale colposo ed all'art. 590 *bis* il delitto di lesioni stradali colpose. Assai contundente il trattamento sanzionatorio edittale: per il nuovo delitto di omicidio stradale la pena edittale nell'ipotesi base è la reclusione da 8 a 12 anni, per le lesioni stradali colpose da 2 a 4 anni. Non si può in questa sede scendere in un'analisi di dettaglio, ma è nondimeno opportuno, uniformandosi a sensibile dottrina, rilevare che il d.d.l. presta il fianco a numerose critiche e pare ispirato soprattutto da esigenze repressive e di “accaparramento del consenso” da parte della classe politica. Non è dato riscontrare una reale necessità di introdurre due nuove fattispecie autonome, e ciò per due ragioni precipue. Anzitutto, la disciplina vigente, che già prevede le circostanze aggravanti per avere commesso il fatto con violazione di norme sulla circolazione stradale, sia per l'omicidio che per le lesioni colpose, (art. 589, cc. 2 e 3 c.p. e art. 590 c. 3 c.p.), scongiura la possibilità che gli aumenti di pena siano elisi nel giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., qualora siano presenti attenuanti. L'art. 590 *bis* c.p. prevede infatti che tutte le ipotesi di omicidio e lesioni colpose aggravate suddette siano sottratte al bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. Né gli aumenti di pena previsti dal disegno di legge possono essere giustificati in base ad ulteriori considerazioni, connesse all'esigenza di allungare il termine prescrizione, dal momento che l'attuale art. 157, c. 6, c.p. prevede il raddoppio di detti termini per le ipotesi aggravate ex art. 589, cc. 2, 3, 4, c.p., raddoppio contemplato anche per la nuova fattispecie autonoma di cui all'art. 589 *bis* dall'art. 3 del d.d.l. Relativamente alle lesioni colpose aggravate, il raddoppio del termine prescrizione non era e non è previsto neanche dal d.d.l., dato che la natura di circostanze aggravanti indipendenti delle ipotesi di cui all'art. 590, c. 3, c.p., rispetto al delitto base di cui all'art. 590, c.1, le sottrae alla ordinaria insensibilità dei tempi di prescrizione alla sussistenza di circostanze aggravanti, ex art. 157, c. 2, c.p. Ma le considerazioni più stimolanti – in relazione al tema di ricerca – tese ad evidenziare l'irrazionalità sul piano sistematico della scelta di innalzare i limiti legali della pena in riferimento alle sole ipotesi di c.d. colpa stradale, vengono sviluppate proprio muovendo dalle caratteristiche specifiche di quest'ultima. In particolare – riportando l'insegnamento di Jakobs – si sottolinea come la tipicità soggettiva colposa presupponga in generale che il soggetto agente non valuti le conseguenze dannose della propria condotta, eventualmente anche nei suoi stessi confronti. La condotta colposa è sempre collegata alla possibile insorgenza della c.d. *poena naturalis*, ossia alle ripercussioni negative e dannose potenzialmente tali da ricadere sullo stesso soggetto attivo come conseguenza della condotta. L'aumento della pena legale solo per le ipotesi di c.d. colpa stradale pare dunque non tenere conto di un dato estremamente rilevante: proprio in questo ambito, rispetto ad altri, pur allarmanti, come la colpa in violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro o la colpa medica, il soggetto attivo è ontologicamente esposto al cumulo tra pena legale e c.d. *poena naturalis*. Da questo presupposto nasce l'istituto tedesco dell'*Absehen von Strafe* (rinuncia all'applicazione della pena), contemplato all'art. 60 del codice penale

rispecchia nell'andamento rapsodico dei tracciati giurisprudenziali in materia⁸⁸⁵.

Non si ritiene pertanto di trattare conclusivamente ulteriori profili.

Per quanto invece attiene alla giurisprudenza nordamericana, paiono essere fondamentalmente tre le ipotesi di evoluzione futura, con specifico riguardo alla c.d. *noncapital proportionality doctrine*, oggetto primario di questa indagine.

Anzitutto, uno scenario, fortemente auspicabile – quantomeno agli occhi di un osservatore esterno rispetto all'ordinamento degli U.S.A. e proveniente dalla cultura giuridica di *Civil Law* – sarebbe quello di “categorizzare” il divieto costituzionale di pene eccessive, ponendosi in linea di continuità con i recenti arresti *Graham v. Florida* del 2010 e *Miller v. Alabama* del 2012⁸⁸⁶.

In tali casi si è applicata, per la prima volta, la metodologia categorica d'analisi (*categorical proportionality review*), al di fuori del contesto della pena capitale, a pene dell'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale per delitti diversi dall'omicidio, ed anche di omicidio, qualora la previsione dell'ergastolo sia obbligatoria per legge (rispettivamente, c.d. *LWOP sentences* e *mandatory LWOP sentences*). Ma questo è avvenuto principalmente perché i rei coinvolti erano minorenni (*juveniles*) al *tempus commissi delicti*⁸⁸⁷.

tedesco, ove si prevede che il giudice possa non comminare la pena, qualora le conseguenze del fatto siano così dannose nei confronti del reo, che l'infissione della pena sarebbe manifestamente sbagliata. In tale ipotesi le funzioni di retribuzione e prevenzione generale sono state già assolte dalla c.d. *poena naturalis*, e la pena legale sarebbe dunque superflua. Analogamente, l'art. 40 della Bozza di Articolato elaborata dalla c.d. Commissione Pagliaro per la riforma del Codice Penale, prevedeva che “il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato colposo, possa astenersi dall'infiggere la pena, quando il reo abbia subito gli effetti pregiudizievoli del reato in misura e forma tale che l'applicazione della pena risulterebbe ingiustificata sia in rapporto alla colpevolezza che alla prevenzione speciale”. L'ambito privilegiato di operatività di tale ipotesi sarebbe stato quello della colpa stradale. Non è possibile approfondire ulteriormente l'argomento, essendo questa digressione tesa ad evidenziare la possibile irragionevolezza dell'opzione legislativa, in prospettiva forse passibile di essere sottoposta a vaglio di legittimità costituzionale. Come precisa puntualmente MANTOVANI M., *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont.* (Rivista on line), 9 dicembre 2015, 1 ss. del dattiloscritto, 7 in part., “se si riconosce che la c.d. colpa stradale è ontologicamente esposta ad un cumulo di sanzioni, quella legale e quella naturale, non riscontrabile nelle altre fattispecie colpose, soggette soltanto a quella legale, pare irragionevole che si prevedano aumenti di pena solo per quella stradale”. Per un ottimo approfondimento, condotto in prospettiva comparatistica tra Italia e Germania, sulla c.d. *poena naturalis* e sugli istituti ad essa connessi, v. di recente TUMMINELLO L., *Il volto del reo*, cit., 278-288 e riferimenti bibliografici *ivi* effettuati.

⁸⁸⁵ Sensibile dottrina ha accostato l'andamento dei controlli di ragionevolezza in materia penale alla ‘poetica’ goethiana del *Wanderer*, del viandante che va continuamente alla ricerca di sé stesso, dell'indefinito, di qualcosa che sfugge ad ogni rigorosa disamina razionale. Cfr. MANES V., *Attualità e prospettive*, cit., 740-741; ripreso da RICCARDI G., *Il “pendolarismo” della Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza*, cit., 56 e nt. 14.

⁸⁸⁶ Per approfondimenti su questa prospettiva, nella letteratura nordamericana, cfr. FRASE R.S., *What's “different” (enough)*, cit., 9 ss.; BARKOW R.E., *Categorizing Graham*, cit., 49 ss.; LEE Y., *The Purposes of Punishment Test*, cit., 58 ss.; WEISS S., *Into the Breach*, cit., 575-576; GERTNER N., *Miller v. Alabama: What It Is*, cit., 1041 ss. Per alcuni commenti nello scenario italiano ed europeo, che si soffermano soprattutto sull'apprezzabile uso giurisprudenziale della comparazione nell'*objective indicia analysis*, v. il commento di GENTILI G., *Corte Suprema statunitense: apertura alle pene detentive, citando il diritto straniero*, in *Quaderni Costituzionali*, 2011, 138 ss.; SPIGNO I., *Da Roper a Graham a Miller: il passo in avanti della Corte suprema. Quanto manca alla quadratura del cerchio?*, in <http://www.diritticomparati.it/2012/11/da-roper-e-graham-a-miller-il-passo-in-avanti-della-corte-suprema-quanto-manca-alla-quadratura-del-c.html>, 1 ss. del dattiloscritto; CASTILLO VALI., *Constitucionalidad del presidio perpetuo efectivo para los adolescentes en Estados Unidos. Un fallo esperanzador, pero todavía tímido*, in *Dir. pen. cont.* (rivista on line), 4 luglio 2012, 1 ss. del dattiloscritto; v. anche *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, luglio 2012, disponibile all'indirizzo http://www.cortecostituzionale.it/documenti/bollettini/2012/CC_SS_BollettinoDC_20120718153355.pdf, 39-41.

⁸⁸⁷ Purtroppo non è infrequente, nelle legislazioni degli stati dell'Unione, che in determinate circostanze e per i reati più gravi i minorenni possano essere incriminati, processati e puniti come se fossero *adult offenders*. Si sofferma sugli aspetti della “minore colpevolezza” ed in generale di *diversità* (nella maturità, nello sviluppo psicologico, nell'autocontrollo etc.) dei *juveniles*, specificando come nei due casi *Graham* e *Miller* la dichiarazione di incostituzionalità sia stata facilitata anche dal solido supporto

Questo “epocale” mutamento giurisprudenziale comporterebbe che il sindacato sulle pene detentive eccessive (verosimilmente, almeno nella fase iniziale, ergastoli senza possibilità di libertà condizionale), anche per gli *adult offenders*, non si svolga più su base prettamente casistica e con effetti limitati al singolo imputato (“*as applied to the case*”, conformemente alla nota metodologia del filone di precedenti indagato, *Solem-Harmelin-Ewing*).

Non vi sarebbe più dunque il “famigerato” c.d. *threshold test*, il raffronto iniziale tra gravità del reato e severità della pena, nella veste di ostacolo insormontabile ai successivi confronti intragiurisdizionali ed intergiurisdizionali, che ha di fatto reso lettera morta la garanzia costituzionale nell’ambito dell’*excessive sentencing*, assolutizzando, soggettivizzando e privando di ogni mordente il controllo.

Ampliando l’*holding* di *Graham e Miller* al di fuori del limitato settore del diritto penale minorile (*juvenile criminal justice*) le pene manifestamente sproporzionate dovrebbero essere sottoposte ad un vaglio di costituzionalità “categorico” (*categorical proportionality review*), analogo a quello impiegato sulla pena di morte, nato nel 1977 in *Coker v. Georgia* e fondato sul concetto centrale di “*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*”, elaborato in *Trop v. Dulles* (v. *supra* cap. II, § 2.2.2 e 2.2.4).

Controllo che prima vede l’analisi degli “indizi oggettivi di consenso nazionale” (*objective indicia of national consensus*)⁸⁸⁸ e successivamente il c.d. *independent judgement* della Corte, in seno al quale si verifica la eventuale sproporzione della pena capitale rispetto alla colpevolezza soggettiva del reo (*rectius*: di una categoria di rei o di un dato tipo di reato) e l’eventuale idoneità rispetto al conseguimento della finalità perseguita dall’estrema sanzione (deterrenza e retribuzione).

Questa, in sintesi, la metodologia adottata con costanza nel *capital context*, che ha consentito perlomeno (magra consolazione) progressivamente di dichiarare inammissibile la pena di morte per determinate categorie di rei e categorie di reati⁸⁸⁹.

scientifico ai ricorsi, GERTNER N., *Miller v. Alabama: What It Is*, cit., 1041 ss. L’A. spiega come, a differenza che nei tradizionali *noncapital proportionality cases*, l’elemento che potrebbe avere favorito l’esito di incostituzionalità risiede nel fatto che in *Miller* e *Graham* gli argomenti dei ricorrenti si siano basati su inconfutabili *evidenze scientifiche*, gli “*insegnamenti della neuroscienza che indicano significative differenze fisiche tra il cervello degli adulti e quello dei giovani*”, e non su norme, scelte politiche o valori. Conclusivamente l’A. esprime apprezzamento per la decisione in *Miller v. Alabama*: “*Fatemi essere chiara: Miller non dev’essere interpretata come opera di una Corte attivista, che si intromette nelle prerogative legislative, come vorrebbero suggerire i giudici dissenzienti. Piuttosto, questa decisione va letta come espressione di una Corte che finalmente – finalmente – smette di cedere tutte le decisioni sulla pena ai legislatori senza un pochino di checks and balances giudiziari e costituzionali. Anche se il ruolo sottosviluppato che la Corte ha assunto riguardo alle questioni sull’Ottavo Em. ha portato ad un holding limitato in questo caso – limitato dalla tipologia di pena, ergastolo obbligatorio, e dall’età del reo, inferiore a diciotto anni – la volontà della Corte di valutare criticamente le pene draconiane previste dai legislatori alla luce dei dati scientifici offre la possibilità che essa porrà dei freni allo stato carcerario dell’America*”.

⁸⁸⁸ Dunque le legislazioni penali dei vari stati dell’Unione, le prassi sanzionatorie delle giurie e le opinioni (*polls*) di associazioni ed enti. In questo passaggio, è noto, vengono valutate anche le emergenze ed i trend del diritto internazionale e sovranazionale, che sono entrati in maniera significativa nel *reasoning* dei giudici supremi, ad esempio, in *Roper v. Simmons* del 2005, allorché si è dichiarata incostituzionale per eccessività la pena di morte per i minorenni.

⁸⁸⁹ Riepilogando, nel corso della storia, questi i casi – tutti già citati *supra* – che hanno dichiarato l’inammissibilità “categorica” della pena capitale per sproporzione rispetto a determinati reati o classi di rei, sulla scorta dell’individuazione di fattori di differenziazione: reati non di omicidio (pena di morte incostituzionalmente eccessiva per il reato di stupro in *Coker v. Georgia* del 1977 e per il reato di stupro di un bambino minore di anni 12 in *Kennedy v. Louisiana* del 2008); diminuita colpevolezza del

Un'applicazione di tale test, ponendo fine al giustamente criticato “*two-track proportionality approach capital v. noncapital*”, dovrebbe essere accolta positivamente e rappresenterebbe un significativo aumento della tutela per i numerosissimi *adult offenders*, vittime della implacabile macchina punitiva statunitense.

Essi potrebbero vedere progressivamente essere affermate “esclusioni categoriche”, prima riguardo all’ergastolo senza possibilità di libertà condizionale e poi, forse, anche per quello con possibilità di libertà condizionale o per le c.d. *effective life sentences* (ad es. del tipo di quella inflitta ad Andrade, che avrebbe avuto ottantasette anni al momento di riottenere la libertà, se ritenuto idoneo dal *parole board*), se inflitti per reati di scarsa gravità (classico esempio: recidivi condannati per reati lievi contro il patrimonio), ritenuti non meritevoli di sanzioni così dure, o in base ad ulteriori fattori differenziali di “minore colpevolezza rispetto ad un reo medio meritevole di tali severissime pene”, mutuabili dalla linea di precedenti sulla pena di morte o da individuare *ex novo*⁸⁹⁰.

Questa è infatti la logica che guida il sindacato categorico.

Il discorso sarebbe più complesso, ovviamente, rispetto a termini di carcerazione semplici (*prison terms*), anche particolarmente severi, per il noto problema dell’impossibilità di tracciare una distinzione netta (*line drawing*), in maniera oggettiva, lungo il *continuum* costituito dall’unità di misura della sanzione: il tempo.

Siffatta, auspicabile, evoluzione nel settore d’indagine, pare però essere preclusa dall’attuale composizione della Corte Suprema.

Tre giudici conservatori (Scalia, Thomas, Alito), infatti, negano del tutto che il principio di proporzionalità si applichi alle pene detentive eccessive, confinandolo all’ambito della pena capitale.

Il giudice capo Roberts si è detto contrario alla categorizzazione della tutela al di fuori del *capital context*, pur condividendo, nella sua *concurring opinion*, l’esito del giudizio in *Graham*⁸⁹¹. Egli ha applicato “*as applied to the case*” il c.d. *narrow proportionality principle* ed il c.d. *gross disproportionality test* elaborato in *Harmelin v. Michigan*, opponendosi alla regola generale di esclusione stabilita dalla Corte (inammissibilità dell’ergastolo senza possibilità di libertà condizionale nei confronti di *tutti* i rei minorenni, fatta esclusione che per il reato di omicidio volontario).

Il giudice Kennedy, nominato dal presidente repubblicano Reagan, la cui giurisprudenza è

complice in casi di c.d. *felony-murder*, ossia la commissione di un reato di omicidio non materialmente partecipato dal concorrente, nè voluto o prevedibile, in esito alla realizzazione concordata di un reato meno grave (dinamica simile a quella prevista dal concorso anomalo di cui all’art. 116 c.p.) nel caso *Enmund v. Florida* del 1982; pena di morte categoricamente incostituzionale per tutti i minori di anni 16 in *Thompson v. Oklahoma* del 1988 e per tutti i minori di anni 18 in *Roper v. Simmons* del 2005; pena capitale incostituzionale per tutti i ritardati mentali in *Atkins v. Virginia* del 2002. Per la traduzione in lingua italiana delle *opinions* degli ultimi due casi citati si può vedere BUTTA’ G. (a cura di), *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, Milano, 2008, 400-406 e 451-464.

⁸⁹⁰ Una interessante elaborazione di possibili fattori di differenziazione (“*different*” *factors*) applicabili sia per categorizzare il sindacato nel settore delle pene gravemente eccessive per gli adulti, sia per supportare meglio “*as applied challenge*” secondo il metodo attuale, come ad esempio il fatto che il reato sia di scarso disvalore e non violento o che non vi siano reati di natura violenta nel *criminal record* dell’imputato, è quella di FRASE R.S., *What’s “different” (enough)*, cit., 21-35.

⁸⁹¹ Cfr. *supra* nt. 258.

particolarmente aperta all'influenza delle fonti sovranazionali ed all'utilizzo dell'argomento comparativo, costituisce allora il c.d. *swing vote* (l'ago della bilancia) tra progressisti e conservatori.

Egli è stato estensore dell'opinione della Corte in *Graham*⁸⁹², applicando per la prima volta il metodo d'analisi categorico al di fuori del *capital context*. Uno degli elementi valorizzati nel *reasoning* è stato anche il fatto che ormai gli U.S.A. erano uno dei pochi paesi nel mondo ad infliggere una pena così severa ed irrevocabile anche ai soggetti minorenni (nelle parole di Kennedy “*the United States adheres to a sentencing practice rejected the world over*”).

Il problema, l'ostacolo principale ad una affermazione di divieti costituzionali generali e categorici riguardo alle pene detentive di estrema severità anche nell'universo dei rei adulti pare dunque essere costituito dal fatto che lo stesso giudice Kennedy, nella sua opinione concorrente in *Harmelin v. Michigan* (partecipata dai giudici O'Connor e Souter), ha dato forma al “principio di proporzionalità limitato” e al “test di evidente sproporzione”, che ha poi assunto c.d. *status of law*, divenendo la tipologia di controllo usuale delle pene detentive per le *lower courts*.

In virtù degli equilibri e della composizione attuale della Corte Suprema⁸⁹³, pare allora difficile che quanto affermato in *Graham* e *Miller* possa essere in tempi brevi esteso al di fuori del circoscritto contesto della giustizia penale minorile.

Una seconda possibilità per il futuro potrebbe forse essere quella di disporre l'*overruling* di *Harmelin v. Michigan*⁸⁹⁴, recuperando il test tripartito, nella sua versione completa, più protettiva, annunciata in *Solem v. Helm*, affermando opportunamente come sia impossibile ed assurdo, una vera contraddizione in termini, svolgere un controllo sulla misura della pena senza avvalersi di parametri di raffronto normativi, sia interni che esterni al sistema sanzionatorio statale.

La predetta pronuncia non è stata infatti espressamente *overruled* da *Harmelin v. Michigan*, essendosi in quella sede soltanto ritenuto che i fattori comparativi non dovessero essere utilizzati, in assenza di una “deduzione di manifesta sproporzione”, ad esito del raffronto iniziale tra gravità del reato e sanzione irrogata.

Tuttavia, anche una nuova affermazione adesiva della *Supreme Court* rispetto alla tipologia di controllo ternario completo, che assicuri un *minimum* di protezione contro le pene detentive eccessive su base casistica, non sembra probabile, considerando la composizione attuale del Collegio.

Ciò non implica però escludere aprioristicamente che in un futuro, qualora dovessero mutare gli equilibri

⁸⁹² Condivisa dai giudici Breyer, Kagan, Sotomayor, Stevens e Roberts. Gli ultimi due hanno redatto una opinione concorrente ciascuno.

⁸⁹³ Attualmente i giudici *liberal* sono Breyer, Kagan, Sotomayor, Ginsburg. I *conservative* il giudice capo Roberts, Kennedy, Alito, Thomas, Scalia. Per un quadro complessivo sugli orientamenti e gli equilibri interni della Corte Roberts cfr. RIDOLFI A., *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, 15 febbraio 2011, 1 ss. del dattiloscritto, sulle tendenze in materia di Ottavo Em., 21-22; cfr. sul punto anche STROPPIANA L., *Stati Uniti*, cit., 124-126.

⁸⁹⁴ Se lo auspica FRASE R.S., *What's "different" (enough)*, cit., 26-29, il quale sostiene che, sulla scorta dei “fattori di differenziazione” (pena dell'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale; pena di natura obbligatoria e fissa; reato non di omicidio; reo primario) e della natura irrazionale dell'obbligatorietà della pena, vi sarebbero buoni argomenti per disporre l'*overruling*.

interni con nuove nomine⁸⁹⁵, vi possa essere una riaffermazione del precedente del 1983, magari con qualche precisazione o modifica nel linguaggio, tesa a rimuovere l'ambiguità del verbo allora utilizzato nella *majority opinion* redatta dal giudice Powell (*may*, che esprime possibilità e non necessità), rispetto all'uso dei fattori comparativi nn. 2 e 3 (*intra-jurisdictional* e *inter-jurisdictional analysis*).

Un'ultima possibilità – invero piuttosto remota – potrebbe essere quella di prendere esempio da alcune Corti Supreme statali.

Esse, si è visto (v. *supra* cap. II, § 2.5), si impegnano in un vaglio di coerenza e non arbitrarietà interna alle normative sanzionatorie statali, applicando principi di proporzionalità relativa e di ragionevolezza, secondo schemi e criteri contenutistici diversificati, favorite in questo dall'assenza di problematiche dovute al federalismo e dal diverso dato testuale della clausole costituzionali statali, che a volte contemplano esplicitamente il principio di proporzione della pena.

Anche in questo caso, però, sembra difficile che la Corte Suprema federale decida all'improvviso di ergersi a garante della razionalità della normativa sanzionatoria degli stati dell'Unione, in base a considerazioni di “*substantive due process*”, anche perché – come già sottolineato – è fortemente dubbio che tali valori siano impliciti nella CUPC, nata e sviluppatasi fundamentalmente come baluardo del diritto individuale a non subire sanzioni eccessive “in assoluto” rispetto alla gravità del reato commesso, oltre a pene crudeli o inusuali nella *tipologia*.

Alla luce di queste consistenti criticità, solo una profonda riforma del sistema sanzionatorio, quantomeno sul piano federale, può cambiare le cose.

Ciò, anche se non costituirà certo una panacea per la piaga della disumana severità delle pene statunitensi, essendo il diritto penale una materia devoluta in grandissima parte ai singoli stati (pressoché la totalità dei casi analizzati riguarda infatti legislazioni statali), potrebbe quantomeno dare un forte segnale di inversione di tendenza⁸⁹⁶.

Sul versante della giurisprudenza costituzionale – in relazione ad una linea di ricerca che non è stato possibile approfondire in questa sede, perché altamente problematica e meritevole di un'indagine a parte – potrebbe essere intensificato ulteriormente l'utilizzo di riferimenti comparatistici al dato normativo e giurisprudenziale delle Corti costituzionali e supreme di altri paesi e sovranazionali, nonché attribuita maggiore rilevanza alle Carte dei diritti fondamentali universalmente accettate.

In tal modo si favorirebbe l'innalzamento degli standard di decenza e si comincerebbe ad inibire le aberrazioni e le violazioni della dignità umana comunemente riscontrabili nel panorama odierno. Prima fra tutte la previsione e l'inflizione della pena capitale, ma, profilo non meno importante, visto anche il

⁸⁹⁵ Sui possibili scenari futuri derivanti dal *retirement* dei giudici supremi più anziani in carica, che attualmente sono Scalia (79) e Kennedy (79), di nomina repubblicana, Breyer (77) e Ginsburg (82), di nomina democratica, si può consultare l'indirizzo web <http://www.rollingstone.com/politics/news/the-biggest-thing-at-stake-in-the-2016-election-20151009?page=2>.

⁸⁹⁶ V. in tal senso il *Sentencing Reform and Corrections Act S. 2123*, introdotto alla discussione del Senato l'1 ottobre 2015. Per un primo, positivo, commento al progetto di riforma, si possono consultare gli indirizzi web <http://www.cato.org/blog/sentencing-reform-corrections-act-compromise-pretty-good-one>; nonché <http://famm.org/sentencing-reform-and-corrections-act-of-2015/> (ultimo accesso 18 dicembre 2015).

devastante impatto su più larga scala, la patologica eccessività della comminatorie legislativamente imposte e delle condanne concretamente irrogate⁸⁹⁷.

Alla luce di tutte le considerazioni svolte e degli spunti problematici brevemente accennati in chiusura, occorre forse fare un passo indietro e domandarsi seriamente che cosa si chieda al principio di proporzionalità della pena ed alle sue concrete possibilità applicative in seno al controllo di costituzionalità sul *quantum* sanzionatorio.

Uno dei pochi dati certi che può consegnare questa indagine è forse da identificarsi nella radicata consapevolezza, condivisa in entrambe le realtà esaminate, che la proporzionalità è e sarà sempre un parametro di costituzionalità allo stesso tempo “*naturalmente seducente ed inevitabilmente insoddisfacente*”⁸⁹⁸, e che le determinazioni sulle quantificazioni sanzionatorie debbono essere sempre lasciate al legislativo, salvo casi rarissimi ed estremi.

Ma ciò, ben lungi dall’imporre una rinuncia a proseguire la ricerca o dall’implicare un esaurimento della aspirazione ad una maggiore *giustizia* dei trattamenti sanzionatori (certo, quest’ultima da ricercare in prima battuta in sede legislativa), deve invece consigliare un ampliamento degli orizzonti, finalizzato ad un ulteriore approfondimento dei vari metodi di controllo sull’entità delle pene e delle diverse interazioni tra parametri costituzionali (nelle realtà nazionali e sovranazionali), e di come esse contribuiscano a rendere più o meno incisivo il sindacato di costituzionalità sulla misura della sanzione penale.

3.3.5 E allora?

E’ ora giunto il momento di interrompere la ricerca.

Nonostante le consistenti diversità tra i modelli investigati, tanto a livello di dato normativo, quanto a livello di sistema di giustizia costituzionale, ci si augura di avere offerto un quadro sufficientemente approfondito per comprendere lo stato dell’arte in entrambe le realtà, con particolare attenzione a quella statunitense⁸⁹⁹.

Molte ed irrisolte continuano certamente ad essere le difficoltà nel porre a raffronto proficuamente l’esperienza degli U.S.A. con quella interna.

Ciò, oltre che per le differenze sopra accennate, anche in ragione della architettura istituzionale complessiva degli ordinamenti, delle caratteristiche profondamente diverse degli organi giurisdizionali che svolgono il controllo di costituzionalità sugli atti normativi, e delle stesse modalità, limiti ed effetti di

⁸⁹⁷ Per un’accurata ed esaustiva rassegna dei casi di *eighth amendment litigation* (quasi tutti di *categorical proportionality review*, molti riguardanti la pena capitale) nei quali la Corte Suprema ha fatto riferimento e valorizzato il diritto internazionale, il diritto e di matrice sovranazionale o di altre nazioni, v. CLEVELAND S.H., *Our International Constitution*, in *Yale J. Int’l L.*, 2006, 1 ss., in part. 70-80.

⁸⁹⁸ KARLAN P.S., “*Pricking the Lines*”, cit., 882, secondo cui “*proportionality is both an inherently alluring and inevitably unsatisfactory measure of constitutionality*”; cfr. altresì STEIKER C.S., *Proportionality as a Limit*, cit., 209 e 213.

⁸⁹⁹ Sotto questo profilo, sembra corretto affermare che l’indagine intrapresa si pone prevalentemente scopi conoscitivi-informativi, cfr. in proposito PALAZZO F.C.-PAPAM., *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., 36 ss.

tale controllo⁹⁰⁰.

Un'ulteriore, significativa, criticità da segnalare in chiusura è quella inerente all'inevitabile carico di precomprensioni, le famose "lenti deformanti", che di certo hanno influenzato il lavoro di ricerca sull'esperienza nordamericana.

Trasposizione e rielaborazione, molte volte la stessa traduzione, dei passaggi motivazionali delle pronunce e dei brani dottrinari oggetto di studio hanno risentito della diversa formazione culturale e giuridica dello scrivente, sebbene, anche grazie al soggiorno di ricerca *in loco* ed al dialogo diretto con studiosi nordamericani, si sia cercato nella massima misura possibile di neutralizzare tali effetti pregiudizievoli, calandosi nella realtà esaminata.

Il retroterra del giovane giurista di un sistema di diritto codificato, insieme all'impossibilità oggettiva di raggiungere un grado di conoscenza approfondito dell'ordinamento esaminato complessivamente inteso, hanno probabilmente contribuito ad amplificare il tono, in vero già di per sé particolarmente critico (tanto nei confronti dell'operato della Corte Suprema⁹⁰¹, quanto verso il dato normativo oggetto di sindacato), dell'elaborazione scientifica statunitense che si è dedicata allo studio della dottrina della proporzionalità sviluppata in forza dell'Ottavo Em. riguardo alle pene detentive.

A ciò si è aggiunta una ineludibile componente di trasporto e coinvolgimento emotivo, vuoi per il costante anelito ad una maggiore giustizia sostanziale dei trattamenti sanzionatori, vuoi per lo stesso "stile letterario" con cui sono redatte le decisioni giudiziarie statunitensi, profondamente diverso da quello, impersonale ed asettico, che caratterizza le nostre.

Occorre poi ricordare che, per quanto il sistema sanzionatorio penale statunitense si presenti come particolarmente severo, se non ingiusto o addirittura disumano in alcuni aspetti, agli occhi di un osservatore esterno, proveniente da un contesto culturale assai distante, esso costituisce pur sempre la legittima espressione della volontà politica della maggioranza dei cittadini degli Stati dell'Unione e dell'Unione stessa.

Ben venga allora la critica documentata e supportata da evidenze, sia nei confronti delle scelte di politica criminale, sia nei confronti del disimpegno dei giudici nel vaglio sull'entità delle pene, anche da parte di un operatore giuridico esterno, ma sempre tenendo bene a mente che quelle calibrature e quella scala di

⁹⁰⁰ Per caratteristiche, attribuzioni, collocazione istituzionale e metodologie di lavoro del Supremo Collegio federale statunitense si sono seguite le impostazioni di DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2011, 639 ss., in part. 644-645; STROPPIANA L., *Stati Uniti*, cit., 112-126, in part. sulla giurisdizione d'appello di diritto e di fatto esercitata dalla Corte Suprema (*appellate jurisdiction*), tramite la c.d. *certiorari review* – quella che interessa nella materia oggetto di analisi – attraverso cui i giudici supremi selezionano con elevato grado di discrezionalità i ricorsi sui quali decidere, in base a diversi criteri, v. 115-118; v. anche sugli stessi profili l'approfondimento in FINE T.M., DE GIACOMO A.M.-PERAA. (a cura di), *Il diritto americano*, cit., 71 ss.; cfr. altresì, con un diverso taglio giornalistico, GREENHOUSE L., *The U.S. Supreme Court*, cit., 48-58.

⁹⁰¹ Cfr. ad esempio in questi termini, tra i tanti, di recente, GERTNER N., *Miller v. Alabama: What It Is*, cit., 1041-1042, secondo la quale "Per dirla gentilmente, la giurisprudenza sull'Ottavo Em. finora è stata uno strumento meno che potente per occuparsi delle straordinarie pene detentive che abbiamo irrogato ai rei in questo paese nel corso degli ultimi tre decenni. E' stata uno strumento meno che potente per affrontare le problematiche delle leggi dei tre colpi, che impongono sanzioni gravose ed evidentemente sproporzionate per recidivi autori di reati minori. E' stata uno strumento meno che potente per fermare l'esperimento fallito dell'America, l'incarcerazione di massa".

severità – così diversa rispetto a quella italiana – sono la diretta espressione dell’evoluzione storica, dei valori, della società e del substrato culturale che caratterizza la complessa e contraddittoria realtà nordamericana.

Sarebbe presuntuoso non rendersene conto, pretendendo di imporre la propria visione parziale e distorta o di far cambiare idea a coloro che meglio di tutti conoscono i fattori determinanti di tale sistema e le problematiche che inibiscono un’effettiva realizzazione delle potenzialità della salvaguardia costituzionale contro le pene eccessive.

Tale consapevolezza, in definitiva, credo costituisca un presupposto fondamentale affinché la ricerca comparatistica possa assolvere con efficacia la sua precipua funzione *critica*⁹⁰².

⁹⁰² Sul punto v. FURNASARIG., *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in AA. VV., PALIERO C.E. - DOLCINI E. (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo I, 265 ss., in part. 266-269.

FONTI BIBLIOGRAFICHE

- AA. VV., PIZZORUSSO A.-VARANO V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Vol. I, Milano, 1985
- AA. VV., VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- AA.VV., ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, Milano, 1995
- AA.VV., CADOPPI A. (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002
- AA. VV., INSOLERA G. - MAZZACUVA N. - PAVARINI M. - ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012
- AA. VV., CARTABIA M. - VETTOR T. (a cura di), *Le ragioni dell'eguaglianza* (Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008), Milano, 2009
- AA. VV., CERRI A. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, in *Atti del Convegno di Studi*, Roma, 2-4 ottobre 2006, Tomi I-II-III, Quaderno monografico di *Nova juris interpretatio*, Roma, 2007
- AA. VV., D'ORLANDO E. - MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009
- AA. VV., *El principio de proporcionalidad y la interpretacion constitucional*, Quito, 2008
- AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994
- AA. VV., GALLO M. (raccolti sotto la direzione di) AMISANO M. – CATERINI M. (a cura di), *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, Napoli, 2012
- AA. VV., MARINUCCI G. - DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985
- AA. VV., LORUSSO S. (a cura di), *Costituzione e ordinamento giuridico*, Milano, 2009
- AA. VV., INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006
- AA. VV., FONDAROLI D. (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008
- AA. VV., GIOSTRA G. - INSOLERA G. (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quaranta anni della Corte Costituzionale*, Milano, 1998
- AA. VV., ASHWORTH A. - ZENDLER L. - TOMLIN P. (edited by), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2013
- AA. VV., DOLCINI E. - PALIERO C.E. (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Tomi I-IV, Milano,

- 2006
- AA. VV., CASO R. (a cura di), *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi*, Trento, 2006
- AA. VV., ROLLA G. (a cura di) *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008
- AA. VV., *Diritto pubblico comparato*, III ed., Torino, 2009
- AA. VV., *Sentencing Law and Policy: Cases, Statutes and Guidelines*, New York, 2007
- AA.VV., COKER D.-WEISBERG R. (Editors), *Criminal Law Stories*, New York, 2013
- ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007
- ALPERIN H.J., *Length of sentence as violation of constitutional provisions prohibiting cruel and unusual punishment*, 33 A.L.R.3d 335 (Originally published in 1970) (aggiornato al marzo 2015), disponibile sulla banca dati WestLaw
- ANDRUS R.H., *Which Crime Is It? The Role of Proportionality in Recidivist Sentencing After Ewing v. California*, in *BYU J. Pub. L.*, 2004, 279 ss.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983
- ANZON A., *La motivazione dei giudizi di ragionevolezza e la dissenting opinion*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 257 ss.
- ANZON A., *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in ID (a cura di) *L'opinione dissenziente*, Milano, 1995, 429 ss.
- ARIOLLI G., *Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 1995, 25 ss.
- ARIOLLI G., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra esigenze di prevenzione generale, rigidità del trattamento sanzionatorio e concreta offensività del fatto*, in *Cass. pen.*, 2007, 12, 4496 ss.
- ARIOLLI G., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione: un necessario intervento additivo della corte costituzionale tra esigenze di prevenzione generale, rigidità del trattamento sanzionatorio e concreta offensività del fatto*, in *Giust. pen.*, 2012, 65 ss.
- ASPP., *Two Notions of Proportionality*, in *Festschrift in honour of Raimo Lahti*, ed. by KIMMO NUOTIO, 2007, 207 ss.
- BAILO F., *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012
- BAILO F., *Prosegue la "costituzionalizzazione" del principio di proporzionalità delle pene nella giurisprudenza della Consulta*, in *Giur. it.*, 2013, 1, 31 ss.
- BAKER R.B., *Proportionality in the Criminal Law: The Differing American versus Canadian Approaches to Punishment*, in *Inter. Am. L.Rev.*, 2008, 483 ss.

- BALMER T., *Some Thoughts on Proportionality*, in *Or. L. Rev.*, 2008, 783 ss.
- BARAK A., *Proportionality (2)*, in ROSENFELD M.-SAJO A. (edited by), *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*, Oxford, 2012, 738 ss.
- BARAK A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012
- BARBERA A., *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in www.rivistaaic.it, 2/2015, 15 maggio 2015
- BARKOW R.E., *The Court of Life and Death: the Two Tracks of Constitutional Sentencing Law and the Case for Uniformity*, in *N.Y.U. Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, NO. 08-28, 1 ss.
- BARKOW R.E., *Categorizing Graham*, in *Fed. Sent'g Rep.*, 2010, 49 ss.
- BARRETT K., (voce) *Parole*, in SCHULTZ D. (edited by) *Encyclopedia of American Law and Criminal Justice*, New York, 2012, 578 ss.
- BASILE F., *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle sezioni unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 3, 912 ss.; ora anche in *Studi in onore del prof. Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. II, 699 ss.
- BASILE F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005
- BASSIOUNI M.C. (tradotto da DE CATALDO NEUEBURGER L.), *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1985
- BEALE S.S., *The Story of Ewing: Three Strikes Laws and the Limits of the Eighth Amendment Proportionality Review*, in COKER D.-WEISBERG R. (edited by), *Criminal Law Stories*, 427 ss.
- BEALE S.S., *The News Media's Influence on Criminal Justice Policy: How Market Driven News Promotes Punitiveness*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 2006, 397 ss.
- BEATTY D.M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, 2004
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Roma, 2012
- BEDFORD E.J., *Rummel v. Estelle: Can Non-Capital Punishment Still Be Cruel and Unusual?*, in *Wash. & Lee L. Rev.*, 1981, 243 ss.
- BELFIORE E.R., *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005
- BELFIORE E.R., *Giurisprudenze costituzionali e "diritto penale europeo"*, in PALIERO C.E. - DOLCINI E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo I, 23 ss.
- BELFIORE E.R., *La giurisprudenza costituzionale attraverso la lente del penalista*, in FONDAROLI D. (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, 47 ss.
- BENTLEY M.K., *Solem v. Helm: Proportionality Review of Recidivist Sentencing Is Required by the*

- Eighth Amendment*, in *DePaul L. Rev.*, 1983, 149 ss.
- BERGER B.L., *Constitutional Principles in Substantive Criminal Law*, in *Osgoode Legal Studies Research Paper No. 19/2014*, 1 ss.
- BESSLER J.D., *Cruel and Unusual. The American Death Penalty and the Founders' Eighth Amendment*, Boston, 2012
- BEVERE A., *Ragionevolezza del trattamento sanzionatorio penale nella legislazione e nella giurisprudenza*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, 2007
- BIN R. - PETRUZZELLA G., *Diritto Costituzionale*, Torino, 2011
- BLECKER R., (voce) *Proportional Punishment*, in FINKELMAN P. (edited by), *Encyclopedia of American Civil Liberties*, Hoboken, 2013, 1240 ss.
- BORSARI R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, Padova, 2013
- BOSE M., *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests*, in *ECLR*, 2011, 1, 35 ss.
- BRENNAN J.J., *The Supreme Court's Excessive Deference to Legislative Bodies under Eighth Amendment Sentencing Review*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2004, 551 ss.
- BRENNAN W.J. JR., *Constitutional Adjudication and the Death Penalty*, in *Harv. L. Rev.*, 1986, 313 ss.
- BREYER S., *L'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Napoli, 2007
- BREYER S., *The Court and The World. American Law and The New Global Realities*, New York, 2015
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973; ora anche in *Scritti di diritto penale*, a cura di CANESTRARI S.-MELCHIONDA A., vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo I, Dal 1960 al 1973, Milano, 1997, 539-809.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale, I, Nozione e aspetti costituzionali* (1965), ora in *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, a cura di CANESTRARI S.-MELCHIONDA A., Milano, 2000.
- BRUNELLI D., *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, 181 ss.
- BUTTA' G. (a cura di), *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, Milano, 2008
- CANESTRARI S.-CORNICCHIA L.-DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007
- CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, Padova, 2009
- CASSESE S., *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, disponibile all'indirizzo http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Opinione_dissenziente_Casese.pdf

- CASTILLO VAL I., *Constitucionalidad del presidio perpetuo efectivo para los adolescentes en Estados Unidos. Un fallo esperanzador, pero todavía tímido*, in *Dir. pen. cont.* (rivista on line), 4 luglio 2012
- CASTINEIRA Y RAMÓN RAGUÈS M.T., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Los Estados Unidos*, in AA. VV., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, 2008, 189 ss.
- CATERINI M., *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giust. pen.*, 2012, 2, 91 ss., ora anche in *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, GALLO M. (raccolti sotto la direzione di) AMISANO M.-CATERINI M. (a cura di), Napoli, 2012, 49 ss.
- CATERINI M., *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal versari in re illecita al dolo eventuale*, Napoli, 2008
- CELOTTO A., *Corte costituzionale ed “eccesso di potere legislativo”*, in *Giur. cost.*, 1995, 3724 ss.
- CERRIA A., *Nuove note sul principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1971, 973 ss.
- CERRIA A., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976
- CERRIA A., voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica*, XXV, Roma, 1991, 1 ss.
- CERRIA A., *Novità della Corte in tema di oltraggio*, in *Crit. del Dir.*, 1994, 4, 54 ss.
- CERRI A., *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, 2160 ss.
- CERRIA A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008
- CHEMERINSKY E., *The Supreme Court, 1988 Term-Foreword, The Vanishing Constitution*, in *Harv. L. Rev.*, 1989, 44 ss.
- CHEMERINSKY E., *The Constitution and Punishment*, in *Stan. L. Rev.*, 2004, 56, 1049 ss.
- CHEMERINSKY E., *Cruel and Unusual: the Story of Leandro Andrade*, in *Drake L. Rev.*, 2003, 1 ss.
- CHEMERINSKY E., *Constitutional Law: Principles and Policies*, New York, 2011
- CHEMERINSKY E., *The Case Against the Supreme Court*, New York, 2014
- CHEMERINSKY E., *3 Strikes Reform in CA: “Victory for Common Sense”*, disponibile all'indirizzo <http://www.thecrimereport.org/viewpoints/2012-12-three-strikes-reform-in-california-a-victory-for-hum>
- CHIRULLI P., *La sanzione penale: ovvero “se”, “come”, “quando” e “quanto” punire alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in D'ORLANDO E.-MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 39 ss.
- CHRISTOPHER E., *The Rehnquist Court and Criminal Punishment*, Hoboken, 2014

- CLEVELAND S.H., *Our International Constitution*, in *Yale J. Int'l L.*, 2006, 1 ss.
- COHEN-ELIYA M.-PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, 2013
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011
- COPPI F., *Difesa della patria, obiezione di coscienza e reati militari (art. 52 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI G., Napoli, 2006, 142 ss.
- CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 134 ss.
- CORRADO M.L., *Punishment, Responsibility and Preventive Detention in American Jurisprudence*, Trento, 2012
- COTTU E., *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza e controllo sulla proporzionalità delle pene (Riflessioni in margine a Corte Cost., sent. n. 68 del 2012)*, in *Crit. del Dir.*, 2012, 3-4, 383 ss.
- CURI F., *L'attività paralegislativa della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1995, 1091 ss.
- DALIAA.A., *Sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 201 ss.
- D'ASCOLA V.N., *Il trattamento sanzionatorio della falsa testimonianza al vaglio dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e rieducazione*, in *Giur. cost.*, 2010, 575 ss.
- DE GIORGIO M., *Sindacato di ragionevolezza ed individuazione del tertium comparationis: in tema di limiti editali di pena la Corte conferma un'eccessiva prudenza*, in *Giur. cost.*, 1997, 6, 4040 ss.
- DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, 833 ss.
- DELLI PRISCOLI L.-FIORENTIN F., *Trattamento sanzionatorio eccessivo e principio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3910 ss.
- DE LUCA P., *Che fine ha fatto l'introduzione dell'opinione dissenziente? Suggestioni a partire da un'interessante risposta del Presidente emerito G. Silvestri*, in www.forumcostituzionale.it, 19 novembre 2014
- DE MURO G., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1655 ss.
- DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2011
- DI CHIARA G., *Osservatorio Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, 539 ss.
- DI GIOVINE O., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui "falsi elettorali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1, 101 ss.
- DI GIOVINE O., *Sul c.d. controllo di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*.

- A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 187 ss.
- DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979
- DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in MARINUCCI G.-DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 371 ss.
- DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 797 ss.
- DONHAM J.M., *Third Strike or Merely a Foul Tip: the Gross Disproportionality Test of Lockyer v. Andrade*, in *Akron L. Rev.*, 2005, 369 ss.
- DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.
- DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29 ss.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004
- DONINI M., *Prospettive europee del principio di offensività*, in AA. VV., CADOPPIA. (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, 109 ss.
- DONINI M., voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, 1999, 221 ss.
- DORF M.C.-MORRISON T.W., *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, New York, 2010
- DOYLE C., *Federal Habeas Corpus: A Brief Legal Overview*, disponibile all'indirizzo <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33391.pdf> (ultimo accesso 24 ottobre 2015)
- DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, Newark-San Francisco, 2009
- DRESSLER J., *Substantive Criminal Law Through the Looking Glass of Rummel v. Estelle: Proportionality and Justice as Endangered Doctrine*, in *Sw. L.J.*, 1981, 1063 ss.
- DREW K.A.-WEAVER R.K., *Disproportionate or Excessive Punishment: Is There a Method for Successful Constitutional Challenges ?*, in *Tex. Wesleyan L. Rev.*, 1995, 1 ss.
- DU BOIS-PEDAIN A., *The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State*, in SIMESTER A.P.-NEUMANN U.- DU BOIS PEDAIN A. (a cura di), *Essays for Andreas von Hirsch*, London, 2014
- DUBBER M.D., *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, in *Hastings L.J.*, 2004, 509 ss.
- DUBBER M.-HÖRNLE T., *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford, 2014
- ELY J.H., *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*, Cambridge, 1980

- EMANUELE P.P., *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 73 ss.
- ENGLE E., *The History of the General Principle of Proportionality: an Overview*, in *Dartmouth L.J.*, 2012, 1 ss.
- ESPOSITO C., *Le pene fisse e i principi di eguaglianza, personalità e rieducazione della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 662 ss.
- FANTUZZI F.R., *Sequestro di persona a scopo di estorsione: configurabilità del reato complesso rispetto al concorso dei reati base*, in *Cass. pen.*, 2004, 1203 ss.
- FARRELL I.P., *Gilbert & Sullivan and Scalia: Philosophy, Proportionality and the Eighth Amendment*, in *Vill. L. Rev.*, 2010, 321 ss.
- FARRELL I.P., *Abandoning Objective Indicia*, in *Yale L.J. Online*, 2013, 303 ss.
- FAVARETTO C., *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2015
- FEELEY M., *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi "tre volte e sei eliminato"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 417 ss.
- FELICETTI F., *"Nullum crimen sine iniuria": la Consulta interviene sul reato di oltraggio*, in *Corr. Giur.*, 1994, 1205 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989
- FIANDACA G., *Controllo sull'uso degli additivi alimentari e principio di uguaglianza*, in *Foro It.*, 1982, I, 637 ss.
- FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI G., Napoli, 2006, 142 ss.
- FIANDACA G., *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell'eguaglianza* (Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008. A cura di CARTABIA M.-VETTOR T.), Milano, 2009, 115 ss.
- FIANDACA G., *Gli scopi della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., LORUSSO S. (a cura di), *Costituzione e ordinamento giuridico*, Milano, 2009, 169 ss.
- FIANDACA G., *Art. 27, comma 3*, in *Commentario della Costituzione*, dir. da BRANCA - PIZZORUSSO, vol. *Rapporti Civili. Artt. 27-28*, Bologna, 1991, 222
- FIANDACA G., *Nota a Corte costituzionale 25 luglio 1994, sent. n. 341*, in *Foro It.*, I, 2586-2587
- FIANDACA G., *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro It.*, 1990, I, 2385 ss.
- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura"*

- della sentenza n. 364/1988, in *Foro It.*, 1988, I, 1385 ss.
- FIANDACA G.-DI CHIARA G., *Introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003
- FIANDACA G.-MUSCO E., *I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2014
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007
- FILICE F., *Stupefacenti e ragionevolezza delle pene*, in www.questionegiustizia.it, 14 luglio 2015
- FINAZZO S., *La Corte costituzionale tra principio di ragionevolezza e discrezionalità legislativa: riflessioni a margine della sentenza n. 68 del 2012*, in *Ind. pen.*, 2012, 2, 509 ss.
- FINKELMAN P., *Encyclopedia of American Civil Liberties*, Hoboken, 2013
- FINOCCHIARO S., *Sequestro a scopo di estorsione e 'lieve entità' del fatto: il giudicato non preclude la rideterminazione in executivis della pena*, in *Dir. pen. cont. (Rivista on line)*, 24 aprile 2015
- FINE T.M., DE GIACOMO A.M.-PERA A. (a cura di), *Il diritto americano*, Roma, 2011
- FISH M. J., *An eye for an eye: proportionality as a moral principle of punishment*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, 2008, 1, 57 ss.
- FLORA G., *Il problema della costituzionalità del reato d'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Arch. Giur. Serafini*, 1976, 21 ss.
- FLORIO C., *Custodia cautelare e presunzione di adeguatezza*, in AA. VV., ROMANO B. (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino, 2015, 355 ss.
- FORNASARI G., *Ragionevolezza, dissociazione e sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Foro It.*, 1984, 2082 ss.
- FORNASARI G., *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in AA. VV., PALIERO C.E. - DOLCINI E. (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo I, 265 ss.
- FRASE R.S., *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: "Proportionality" Relative to What?*, in *Min. L. Rev.*, 2005, 571 ss.
- FRASE R.S., *Limiting Excessive Prison Sentences Under Federal and State Constitutions*, in *U. Pa. J. Const. L.*, 2008, 39 ss.
- FRASE R.S., *What's "Different" Enough in Eighth Amendment Law?*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2013, 9 ss.
- FRASE R.S., *Excessive Relative to What? Defining Constitutional Proportionality Principles*, in AA.VV., TONRY M.H. (edited by), *Why Punish? How Much?: a Reader on Punishment*, Oxford, 2011, 263 ss.
- FRIEDMAN L., *The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism*, in *Hasting Const. L.Q.*, 2000, 93 ss.
- FRIEDMAN L., *Crime and Punishment in American History*, New York, 1993

- FRIGO G., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana in materia penale*, intervento all'*Incontro Trilaterale con i Tribunali Costituzionali della Spagna e del Portogallo*, Roma, Palazzo della Consulta, Venerdì 25 ottobre 2013
- GALLO E., *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, 3203 ss.
- GALLO E., *In tema di "oltraggi": le distinzioni normative fra le varie specie resistono al controllo di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2446 ss.
- GALLO E., *Sequestro di persona*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1992
- GALLO M., *Una sentenza bella e pericolosa*, in *Crit. Dir.*, 2014, 219 ss.
- GENTILI G., *Corte Suprema statunitense: apertura alle pene detentive, citando il diritto straniero*, in *Quaderni Costituzionali*, 2011, 138 ss.
- GERSHOWITZ A.M., *The Supreme Court's Backwards Proportionality Jurisprudence: Comparing Judicial Review of Excessive Criminal Punishments and Excessive Punitive Damages Awards*, in *Va. L. Rev.*, 2000, 1249 ss.
- GERTNER N., *Miller v. Alabama: What It Is, What It May Be, What It Is Not*, in *Mo. L. Rev.*, 2013, 1041 ss.
- GERTNER N., *On Competence, Legitimacy, and Proportionality*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2012, 1585 ss.
- GIBBS M.R., *Eighth Amendment – Narrow Proportionality Requirement Preserves Deference to Legislative Judgment*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1991, 955 ss.
- GILCHRIST B.W., *Disproportionality in Sentences of Imprisonment*, in *Colum. L. Rev.*, 1979, 1119 ss.
- GINWALLA A., *Proportionality and the Eighth Amendment: And Their Object Not Sublime, to Make the Punishment Fit the Crime*, in *Mo. L. Rev.*, 1992, 607 ss.
- GOISIS L., *La pena pecuniaria un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008
- GORLANI M., *La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*, disponibile all'indirizzo http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/365.pdf
- GRANDE E., *Il terzo strike. La prigione in America*, Palermo, 2007
- GRANUCCIA., *Nor Cruel and Unusual Punishment Inflicted: the Original Meaning*, in *Cal. L. Rev.*, 1969, 57, 839 ss.
- GRASSO P.G., *Questioni costituzionali in tema di diritto penale militare (in margine ad una sentenza della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 479 ss.
- GRASSO P.G., *Combinazione fra precetti di legge penale speciale e sanzioni del codice penale comune. Le dichiarazioni d'illegittimità parziale delle pene edittali per i reati d'insubordinazione militare*, in *Giur. cost.*, 1984, 283 ss.

- GREENHOUSE L., *The U.S. Supreme Court: a Very Short Introduction*, New York, 2012
- GRIECO T., *Corte cost.*, 23 marzo 2012, n. 68, Pres. Gallo, Rel. Frigo (illegittimo l'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità), in *Dir. pen. cont.*, rivista on line, 26 marzo 2012
- GROSSMAN S., *Proportionality in Non-capital Sentencing: The Supreme Court's Tortured Approach to Cruel and Unusual Punishment*, in *Ky. L.J.*, 1996, 107 ss.
- GROSSO C.F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1474 ss.
- GROSSO C.F.-PELLISSERO M.-PETRINI D.-PISA P., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2013
- GUAZZALOCA B.-INSOLERA G.-SFRAPPINI P.-TASSI A., *Controllo di ragionevolezza e sistema penale*, in *DDDP*, 1998, 1, 29 ss.
- GULLO A., *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013
- HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*, New York, 2008
- HASSEMER W., *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012
- HERLIN KARNELLE E., *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford, 2012
- HORN D., *Lockyer v. Andrade: California Three Strikes Law Survives Challenge Based on Federal Law That Is Anything but Clearly Established*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2004, 687 ss.
- HUSAK D., *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008
- INSOLERA G., *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003
- INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012
- INSOLERA G., *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme penali di favore*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5, 671 ss.
- INSOLERA G., *Il volto costituzionale dell'illecito penale: tra responsabilità legislativa e decisioni della Corte costituzionale*, in *Crit. del Dir.*, 1996, 1, 51 ss.
- JACKSON V.C., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in *The Yale L.J.*, 2015, 3094 ss.
- JAN PILLAI K.G., *Incongruent Disproportionality*, in *Hastings Const. L.Q.*, 2002, 646 ss.
- JEFFRIES J.C.-STEPHAN P.B. III, *Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law*, in *Yale L.J.*, 1975, 1325 ss.
- KARLAN P.S., *"Pricking the Lines": the Due Process Clause, Punitive Damages, and Criminal Punishment*, in *Min. L. Rev.*, 2004, 880 ss.

- KEIR N., *Solem v. Helm: Extending Judicial Review under the Cruel and Unusual Punishments Clause to Require "Proportionality" of Prison Sentences*, in *Cath. U. L. Rev.*, 1984, 479 ss.
- KIESO D.W., *Unjust Sentencing and the California Three Strikes Law*, New York, 2005
- KILEY S., *Criminal Procedure: Proportionate Penalties – Judging Proportionality Without Comparison: a Criminal Defendant May not Challenge a Penalty under the Proportionate Penalties Clause by Comparing it to the Penalty for an Offense with Different Elements*, in *Rutgers L.J.*, 2006, 1337 ss.
- LABRIOLA S., *Ancora sul tema della posizione e della natura dell'ordinamento penale militare*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 428 ss.
- LAFAVE W.R., *Criminal Law*, St. Paul, 2003
- LARIZZA S., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 122 ss.
- LATAGLIATA A.R., *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte "diverse" sotto un unico titolo di responsabilità*, in *Giur. merito*, 1971, 94 ss.
- LEE D.H., *Resuscitating Proportionality in Noncapital Criminal Sentencing*, in *Ariz. St. L.J.*, 2008, 527 ss.
- LEE Y., *The Constitutional Right Against Excessive Punishment*, in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 3*, 2005, 101 ss.
- LEE Y., *Why Proportionality Matters*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2012, 1835 ss.
- LEE Y., *Desert and the Eighth Amendment*, *U. Pa. J. Const. L.*, 2008, 101 ss.
- LEE Y., *Judicial Regulation of Excessive Punishments through the Eighth Amendment*, in *Fed. Sent'g Rep.*, 2006, 234 ss.
- LEE Y., *The Purposes of Punishment Test*, in *Fed. Sent'g Rep.*, 2010, 58 ss.
- LEE Y., *Federalism and the Eighth Amendment*, in *Iowa L. Rev.*, 2012, 69 ss.
- LEE Y., *Excessive Fines Clause – Proportionality in Sentencing*, in *Harv. L. Rev.*, 1998, 152 ss.
- LEGUM B.C., *"Down the Road Toward Human Decency": Eighth Amendment Proportionality Analysis and Solem v. Helm*, in *Ga. L. Rev.*, 1983, 109 ss.
- LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, Roma, 2014
- LEO G., *Illegittima, anche per il sequestro di persona a scopo di estorsione, la regola di applicazione "obbligatoria" della custodia in carcere*, in *Dir. pen. cont. (Rivista on line)*, 22 luglio 2013
- LEO G., *Sul minimo edittale della pena prevista per il sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Dir. pen. cont. (Rivista on line)*, 23 luglio 2011

- LICCI G., *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989
- LISENA F., *Specialità tra fattispecie e ragionevolezza delle scelte legislative sanzionatorie*, in *Neldiritto* (rivista cartacea), ottobre 2011, n. 9, 1286 ss.
- LOSAPPIO G., *Il minimo edittale della bancarotta fraudolenta: profili di incostituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2001, 2, 716 ss.
- LUTHER J., voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XII, Torino, 2011, 341 ss.
- MACKEY D.S., *Rationality Versus Proportionality: Reconsidering the Constitutional Limits on Criminal Sanctions*, in *Tenn. L. Rev.*, 1984, 623 ss.
- MAGNANENSI S. - RISPOLI E., *La sanzione penale (luglio 2008)*, in *Studi e ricerche* disponibile all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>
- MAIZZI P., *Minimo edittale della pena per il delitto di oltraggio e principio di proporzione*, in *Giur. cost.*, 1995, 1101 ss.
- MAIZZI P., *Limiti edittali della pena e principio di legalità: a proposito dell'illegittimità costituzionale dell' art. 122 c.p.m.p.*, in *Giur. cost.*, 1992, 6, 4430 ss.
- MALENA M., *L'incoerenza delle sanzioni penali per la permanenza illegittima dello straniero: il monito della Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo <http://www.forumcostituzionale.it>, 2007
- MANES V., *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Roma, 2013, 104 ss.
- MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 99 ss.
- MANES V., *Principi di ragionevolezza e offensività*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*, Roma, 2012
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012
- MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 3, 839 ss.
- MANES V., *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante analoga al reato gemello*, in *Guid. al Dir.*, 2012, n. 20, 67 ss.
- MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 738 ss.
- MANES V., *Principi costituzionali in materia penale (ottobre 2014)*, in *Studi e ricerche* disponibile

all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>

- MANES V., *L'intervento richiesto eccede i poteri della Consulta e implica scelte discrezionali riservate al legislatore*, in *Guid. al Dir.*, 2012, n. 27, 68 ss.
- MANES V., *Norme penale di favore, no della consulta*, in *Dir. e giust.*, 2006, 46, 28 ss.
- MANES V., *Delitti contro il patrimonio mediante violenza sulle cose o alle persone - Sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630)*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2014, 764 ss.
- MANES V., *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in AA.VV. (a cura di G. INSOLERA), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 95 ss.
- MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 154 ss.
- MANES V.-ROMANO L., *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. (Rivista Trimestrale)*, 2014, 1, 215 ss.
- MANNHEIMER M.J.Z., *Harmelin's Faulty Originalism*, in *Nev. L. J.*, 2014, 522 ss.
- MANNOZZI G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena: il just desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, 1996
- MANNOZZI G., *Sentencing*, (voce) in *Digesto delle discipline penali*, vol. XIII, Torino, 1991 (agg. 1997)
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, 2011
- MANTOVANI M., *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont. (Rivista on line)*, 9 dicembre 2015
- MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giur. cost.*, 2006, VI, 4160 ss.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2012
- MAUGERI A.M., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R., Milano, 2011
- MAUGERI A.M., *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370/1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, I e II parte, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 467 ss. e 944 ss.
- MAZZA L., *Il principio della proporzionalità fra reato e sanzione in alcune norme del testo unico delle leggi sulla caccia*, in *Giur. merito*, 1976, IV, 130 ss.
- MAZZOCCO F., *Nota sulla pronuncia di incostituzionalità della pena minima edittale dell'oltraggio*, in *Cass. pen.*, 1995, 3578 ss.

- MELCHIONDA A., *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. "classi di pena"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1292 ss.
- MESSINAR., *Ancora giustizia per gli obiettori di coscienza*, in *Foro It.*, 1990, 38 ss.
- MILLEN P., *Interpretation of the Eighth Amendment – Rummel, Solem, and the Venerable Case of Weems v. United States*, in *Duke L.J.*, 1984, 789 ss.
- MOCCIA S., *Riflessioni sparse su persona, pena e processo*, in *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, GALLO M. (raccolti sotto la direzione di) AMISANO M. – CATERINI M. (a cura di), Napoli, 2012
- MOCCIA S., *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 8, 921 ss.
- MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007
- MONACO L.-PALIERO C.E., *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 2, 422 ss
- MORRONE A., *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10/2015, 1 ss.
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001
- MULLIGAN W.H., *Cruel and Unusual Punishment: the Proportionality Rule*, in *Ford. L. Rev.*, 1979, 639 ss.
- NICOSIA E., *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità in materia di proporzione e adeguatezza allo scopo di sanzioni penali: un caso di "self restraint" della Corte Costituzionale*, in *Foro It.*, 2003, 64 ss.
- NOTE, *Judicial Limitation on the Constitutional Protection Against Cruel and Unusual Punishment*, in *Wash. U. L. Rev.*, 1960, 160 ss.
- NOTE, *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1966, 635 ss.
- NOTE, *"Down the Road Toward Human Decency": Eighth Amendment Proportionality Analysis and Solem v. Helm*, in *Ga. L. Rev.*, 1983, 109 ss.
- NOTE, *Rummel v. Estelle: Leaving the Cruel and Unusual Punishments Clause in Constitutional Limbo*, in *Val. U.L. Rev.*, 1980, 201 ss.
- OSS G., *Situazioni analoghe, pene differenti: le sezioni unite chiedono l'intervento della Corte Costituzionale. Qualche riflessione sulle discrasie dell'ordinamento penale e sul principio di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, rivista on line, 2 aprile 2014
- PACKER H.L., *Making the Punishment Fit the Crime*, in *Harv. L. Rev.*, 1964, 1071 ss.
- PACKER H.L., *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978

- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.
- PADOVANI T., *La questione di legittimità costituzionale delle pene per il furto aggravato*, in AA. VV., *Studi per E. Graziani*, Pisa, 1973, 489 ss.
- PADOVANI T., *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza Italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 953 ss.
- PADOVANI T. - STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006
- PAGLIARO A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 25 ss.
- PAGLIARO A., *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*, in *Giur. cost.*, 1995, 2573 ss.
- PAGLIARO A., *Sproporzione "irragionevole" dei livelli sanzionatori o sproporzione "irrazionale"?*, in *Giur. cost.*, 1997, 774 ss.
- PAGLIARO A., *Principi di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2000
- PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Vol. I di aggiornamento, 1997, 899 ss.
- PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011
- PALAZZO F.C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999
- PALAZZO F.C., *Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1980, 1309 ss.
- PALAZZO F.C., *Oltraggio (voce)*, in *Enc. dir.*, 1979, 861 ss.
- PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in GIOSTRA G.-INSOLERA G. (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quaranta anni della Corte Costituzionale*, Milano, 1998, anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.
- PALAZZO F.C., *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in PIZZORUSSO A.-VARANO V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Vol. I, Milano, 1985, 557 ss.
- PALAZZO F.C. - PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013
- PALIERO C.E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 726 ss.
- PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in PIZZORUSSO A.-VARANO V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Vol. I, Milano, 1985, 685 ss., anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 2, 726 ss.

- PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012
- PARR S., *Symmetric Proportionality: a New Perspective on the Cruel and Unusual Punishment Clause*, in *Tenn. L. Rev.*, 2000, 41 ss.
- PAVARINI M., (voce) *Pena*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1996
- PAVARINI M., *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in Insolera G. (a cura di) *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 3 ss.
- PAVARINI M., *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, *Ius17@unibo.it*, 2013, 3, numero monografico
- PECK R.C., *Ewing v. California: Upholding California's Three Strikes Law*, in *Pepp. L. Rev.*, 2004, 191 ss.
- PECORELLA C., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1, 343 ss.
- PEDRAZZI C., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 646 ss.
- PEDRAZZI C., (voce) *Diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 64 ss.
- PENNICINO S., *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Roma, 2012
- PESTRITTO R.J., *Founding the Criminal Law. Punishment and Political Thought in the Origins of America*, DeKalb, 2000
- PETERSEN S.K., *The Punishment Need Not Fit the Crime: Harmelin v. Michigan and the Eighth Amendment*, in *Pepp. L. Rev.*, 1993, 747 ss.
- PIACENTINI C., *Reati di insubordinazione militare: diversità delle fattispecie e congruità delle pene*, in *Giur. cost.*, 1981, 369 ss.
- PICOTTI L., *Proporzionevolezza fra i delitti e le pene (Dei delitti e delle pene, § VI)*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 2, 261 ss.
- PILON R., *Facial v. As-Applied Challenges: Does it Matter ?*, in *Cato Supreme Court Review*, 2009, 7 ss.
- PINARDI R., *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia d'incostituzionalità della pena minima prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1994, 2815 ss.
- PIOLETTI G., *Sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 233 ss.
- PIZZORUSSO A., *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 309 ss.
- PIZZORUSSO A., *Attacco in massa contro il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Quale giustizia*, 1971, 7, 92 ss.

- PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, IV, 1971, 192 ss.
- PIZZI W.T., *Una tempesta perfetta: la discrezionalità del prosecutor negli Stati Uniti d'America*, in *Arch. Pen.*, 2012, 2, 553 ss.
- PONGILUPPI C., *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 947 ss.
- PONTIS F., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione e il fatto di lieve entità: una pena manifestamente irragionevole*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1, 99 ss.
- PONTIS F., *Sequestro di persona a scopo di estorsione (630)*, in AA. VV., COCCO F. (a cura di), *I reati contro i beni economici. Patrimonio, economia e fede pubblica*, Padova, 2015, 112 ss.
- POWERS J.L., *Finding Baby Bear's Bed: the "Just Right" Alternative to the Illinois Supreme Court's Proportionate Penalties Zero-Sum Game in People v. Sharpe*, disponibile all'indirizzo http://www.kentlaw.iit.edu/academics/jd-program/honors-scholars-program/class_profiles/2006/joy-powers-matthew
- PUGIOTTO A., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività delle fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4199 ss.
- PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, *Rivista on line*, 10 giugno 2014
- PULITANÒ D., *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1613 ss.
- PULITANÒ D., *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2011
- PULITANÒ D., *Politica criminale*, in AA. VV., MARINUCCI G. - DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 3 ss.
- PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2015, 665 ss.
- PULITANÒ D., *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost. nn. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, 209 ss.
- PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss.
- RADIN M.J., *The Jurisprudence of Death: Evolving Standards for the Cruel and Unusual Punishments Clause*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1978, 989 ss.
- RAYMOND M., *"No Fellow in American Legislation": Weems v. United States and the Doctrine of Proportionality*, in *Vt. L. Rev.*, 2006, 251 ss.
- RECCHIA N., *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont. (Rivista online)*, 2 febbraio 2015
- RICCARDI G., *Il pendolarismo della Corte Costituzionale nel sindacato di ragionevolezza: a proposito*

- dell'irrazionale, ma ragionevole, disciplina sanzionatoria dell'immigrazione, in *Crit. del Dir.*, 1, 2007, 48 ss.
- RIDOLFI A., *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, 15 febbraio 2011, 1 ss.
- RIONDATO S., *Legalità della pena e "supplenza" del codice penale comune nell'ordinamento militare*, in *Cass. pen.*, 1985, I, 827 ss.
- RISTROPHA., *Proportionality as a Principle of Limited Government*, in *Duke L.J.*, 2005, 263 ss.
- RISTROPHA., *How (Not) to Think Like a Punisher*, in *Fla. L. Rev.*, 2009, 727 ss.
- RIVERDITI M., *Sequestro di persona a scopo di estorsione e precedente accordo illecito tra vittima e sequestratore*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1, 40 ss.
- ROBINSON P.H.-CAHILL M.T., *Criminal Law*, New York, 2012
- RODOTÀ S., *Nuove frontiere per il diritto di proprietà?*, in *Giur. cost.*, 1971, 136 ss.
- ROMANO L., *Sollevata questione di legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio dei fatti di 'spaccio' di lieve entità*, in *Dir. pen. cont. (Rivista online)*, 3 ottobre 2014
- ROMANO L., *Torna all'esame della Corte costituzionale l'art. 73, quinto comma t.u. stupefacenti*, in *Dir. pen. cont. (Rivista online)*, 29 giugno 2015
- ROMANO M., *Corte costituzionale e riserva di legge*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 29 ss.
- ROMANO M., *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 40 ss.
- ROMANO M. - STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980
- ROMERO L.M., *Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality: the Importance of Legislative Limits*, in *Conn. L. Rev.*, 2008, 111 ss.
- ROSELLI O., *Per una quantificazione della pena detentiva conforme a Costituzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 4, 401 ss.
- ROSSETTI M., *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 200 ss.
- ROSSI S., *Il principio di ragionevolezza, in relazione al quadro sanzionatorio, nel sindacato di legittimità costituzionale: rinnovati spunti in chiave comparatistica*, in *Ind. pen.*, 2012, 2, 483 ss.
- RUGARIVA C., *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, in PULITANÒ D. (a cura di), *Diritto Penale. Parte speciale, Vol. I, Tutela Penale della persona*, Milano, 2014
- RUGGERIA. - SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009

- SCERBO A., *La protezione contro pene crudeli ed inusitate nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, in ROLLA G. (a cura di) *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, 475 ss.
- SCERBO A., *Culture e discipline costituzionali in tema di pena: Italia, Stati Uniti e Canada a confronto*, in *Questione giustizia*, 2010, 5, 152 ss.
- SCHLINK B., *Proportionality (I)*, in ROSENFELD M.-SAJO A. (edited by), *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*, Oxford, 2012, 718 ss.
- SCHLINK B., *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, in *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 2012, 291 ss.
- SCHNEIDER G.S., *Sentencing Proportionality in the States*, in *Ariz. L. Rev.*, 2012, 242 ss.
- SCHWARTZ C.W., *Eighth Amendment Proportionality Analysis and the Compelling Case of William Rummel*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1980, 378 ss.
- SEMINARA S., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, 2393 ss.
- SHEKETTOFF J.F., *State Innovations in Noncapital Proportionality Doctrine*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2010, 2209 ss.
- SINGER R.S., *Proportionate Thoughts About Proportionality*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2010, 217 ss.
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione Europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 111 ss.
- SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente preso – troppo? – sul serio*, in *Giur. cost.*, 2012, 267 ss.
- SPASARI M., *Riflessioni minime in tema di oltraggio e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1994, 2810 ss.
- SPATOLISANO M. F., *“Ragionevolezza” costituzionale della pena per il furto*, in *Quale giust.*, 1979, 116 ss.
- SPETT P.M., *Counfounding the Gradations of Iniquity: an Analysis of Eighth Amendment Jurisprudence Set Forth in Harmelin v. Michigan*, in *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1993, 203 ss.
- SPIGNO I., *Da Roper a Graham a Miller: il passo in avanti della Corte suprema. Quanto manca alla quadratura del cerchio?*, disponibile all'indirizzo web <http://www.diritticomparati.it/2012/11/da-roper-e-graham-a-miller-il-passo-in-avanti-della-corte-suprema-quanto-manca-alla-quadratura-del-c.html>
- STACY T., *Cleaning Up the Eighth Amendment Mess*, in *Wm & Mary Bill Rts. J.*, 2005, 475 ss.
- STEA G., *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *Arch. Pen.*, 2013, 3, 903 ss.
- STEIKER C.S., *Proportionality as a Limit on Preventive Justice*, in AA. VV., ASHWORTH A. - ZENDLER L.

- TOMLIN P. (edited by), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2013, 194 ss.
- STINNEFORD J.F., *Rethinking Proportionality Under the Cruel and Unusual Punishment Clause*, in *Va. L. Rev.*, 2011, 899 ss.
- STONE SWEET A., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Colum. J. Transnat'l. L.*, 2008, 72 ss.
- STROPPIANA L., *Stati Uniti*, Bologna, I e II ed., 2006 e 2013
- STUNTZ W., *The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice*, in *Yale L.J.*, 1997, 6 ss.
- STUNTZ W., *Substance, Process, and the Civil-Criminal Line*, in *J. Contemp. Legal Issues*, 1996, 20 ss.
- SULLIVAN E.T.-FRASE R.S., *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, New York, 2009
- TONINI P., *Diritto processuale penale*, Milano, 2014
- TORTI J.T., *Accounting for Punishment in Proportionality Review*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2013, 1908 ss.
- TOSCANO A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012
- TRANCHINA G., "Patteggiamento" e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile, in *Foro It.*, 1990, I, 2394 ss.
- TRIBE L.H., *The Constitutional Protection of Individual Rights*, Mineola, N.Y., 1978
- TUMMINELLO L., *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010
- TURTURRO A., *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: "nuovi" poteri istruttori, introduzione del dissent e potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni*, in www.forumcostituzionale.it, 22 dicembre 2015
- VAGLIASINDI G.M., *Introduzione allo studio del diritto penale canadese. I principi*, Padova, 2012
- VAN CLEAVE R.A., "Death is different", is Money Different? Criminal Punishments, Forfeitures, and Punitive Damages – Shifting Constitutional Paradigms for Assessing Proportionality, in *S. Cal. Interdisc. L.J.*, 2003, 217 ss.
- VAN ZYL SMIT D.-ASHWORTH A., *Disproportionate Sentences as Human Rights Violations*, in *MLR*, 2004, 541 ss.
- VARANO V., *A proposito dell'eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti nelle pronunce della Corte costituzionale: considerazioni sull'esperienza americana*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, cit., 129 ss.
- VARANO V.-BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Vol. I, Terza ed., Torino, 2006
- VASSALLI G., *Ultimi scritti*, Milano, 2007

- VASSALLI G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 699 ss., ora anche in ID., *Ultimi scritti*, Milano, 2007
- VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297 ss.
- VECCHI M., *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria edittale della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 2, 699 ss.
- VENDITTI R., *Incostituzionalità della misura della pena edittale prevista per il reato di rifiuto del servizio civile*, in *Corte Costituzionale*, 1998
- VENDITTI R., *In materia di reato militare d'insubordinazione*, *Giur. cost.*, 1979, I, 289 ss.
- VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 299 ss.
- VIGANÒ F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.* (Rivista on line), 4 luglio 2012
- VIGANÒ F.-DELLA BELLA A., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.* (Rivista online), 26 febbraio 2014
- VITIELLO M., *Three Strikes: Can We Return to Rationality*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1997, 395 ss.
- VON HIRSCH A., *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, in *Crime and Justice*, 1992, Vol. 16, 55 ss.
- VON HIRSCH A.-ASHWORTH A., *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*, Oxford, 2005
- WEISBERG B., *When Punishing Innocent Conduct Violated the Eighth Amendment: Applying the Robinson Doctrine to Homelessness and Other Contextual Crimes*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2005, 329 ss.
- WEISS S., *Into the Breach: The Case for Robust Noncapital Proportionality Review Under States Constitutions*, in *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.*, 2014, 569 ss.
- WHEELER M., *Toward a Theory of Limited Punishment: an Examination of the Eighth Amendment*, in *Stan. L. Rev.*, 1972, 838 ss.
- WHEELER M., *Toward a Theory of Limited Punishment II: the Eighth Amendment After Furman v. Georgia*, in *Stan. L. Rev.*, 1972, 62 ss.
- WHITMAN J.Q., *Harsh Justice: Criminal punishment and the widening divide between America and Europe*, New York, 2003
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988
- ZAGREBELSKY G. - MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012

ZIMRING F.E.-HAWKINS G.-KAMIN S., *Punishment and Democracy. Three Strikes and You're Out in California*, New York, 2001

Sitografia

WWW.CORTECOSTITUZIONALE.IT

WWW.GIURCOST.ORG

WWW.LAW.CORNELL.EDU

WWW.NACDL.ORG (NACDL'S PROPORTIONALITY LITIGATION PROJECT)

WWW.PENALECONTEMPORANEO.IT

WWW.STATECONSTITUTIONS.UMD.EDU

WWW.SSRN.COM/EN

WWW.SUPREMECOURTS.GOV

WWW.SENTENCINGPROJECT.ORG

WWW.FAMM.ORG

WWW.CATO.ORG

WWW.DIRITTICOMPARATI.IT

WWW.THECRIMEREPORT.ORG

**Elenco delle principali decisioni della Corte Costituzionale italiana citate/utilizzate
(tutte disponibili nel sito ufficiale della Corte Costituzionale www.cortecostituzionale.it)**

SENT. N. 218 DEL 30 MAGGIO-27 GIUGNO 1974

SENT. N. 176 DEL 15 GIUGNO- 12 LUGLIO 1976

SENT. N. 26 DEL 5-25 MAGGIO 1979

SENT. N. 50 DEL 2-14 APRILE 1980

SENT. N. 103 DEL 20-27 MAGGIO 1982

SENT. N. 409 DEL 6-18 LUGLIO 1989

SENT. N. 313 DEL 26 GIUGNO-2 LUGLIO 1990

SENT. N. 299 DEL 15-24 GIUGNO 1992

SENT. N. 343 DEL 20-28 LUGLIO 1993

SENT. N. 341 DEL 11 MAGGIO-22 LUGLIO 1994

SENT. N. 518 DEL 15-21 NOVEMBRE 2000

SENT. N. 394 DEL 8-23 NOVEMBRE 2006

SENT. N. 22 DEL 22 GENNAIO-2 FEBBRAIO 2007

SENT. N. 47 DEL 8-12 FEBBRAIO 2010

SENT. N. 68 DEL 19-23 MARZO 2012

Elenco delle principali decisioni della Corte Suprema Federale statunitense citate
(tutte disponibili sulla Banca Dati on line Westlaw Next)

WEEMS V. U.S., 217 U.S. 349 (1910)

TROP V. DULLES, 356 U.S. 86 (1958)

ROBINSON V. CALIFORNIA 370 U.S. 660 (1962)

COKER V. GEORGIA 433 U.S. 584 (1977)

RUMMEL V. ESTELLE, 445 U.S. 263 (1980)

HUTTO V. DAVIS, 454 U.S. 370 (1982)

SOLEM V. HELM, 463 U.S. 277 (1983)

HARMELIN V. MICHIGAN, 501 U.S. 957 (1991)

LOCKYER V. ANDRADE, 538 U.S. 63 (2003)

EWING V. CALIFORNIA, 538 U.S. 11 (2003)

GRAHAM V. FLORIDA, 560 U.S. 48 (2010)