



9 FEBBRAIO 2022

Sanzioni amministrative “di seconda  
generazione”, principio di  
proporzione, diritti fondamentali

di Andrea Bonomi

Professore associato di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”



# Sanzioni amministrative “di seconda generazione”, principio di proporzione, diritti fondamentali\*

**di Andrea Bonomi**

Professore associato di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

**Abstract [It]:** Lo scritto si propone di analizzare come il principio di proporzionalità sia stato applicato dalla Corte costituzionale in riferimento alle sanzioni formalmente amministrative ma in sostanza punitive: si tratta in modo particolare delle cosiddette sanzioni amministrative “di seconda generazione”, ovvero di elevata gravità in quanto incidenti su beni giuridici di fondamentale rilievo per i loro titolari e per l'intera collettività. L'indagine si focalizza su tre diverse fasi che si sono seguite nella giurisprudenza costituzionale più recente.

**Title:** Second-generation' administrative sanctions, principle of proportionality, fundamental rights.

**Abstract [En]:** The paper aims to analyze how the principle of proportionality has been applied by the Constitutional Court regarding formally administrative but essentially punitive sanctions: these are in particular the so-called “second generation” administrative sanctions, that is to say those one highly serious as they have an evident influence on legal assets extremely important both for their owners and the whole community. The investigation focuses on the three different phases followed in the most recent constitutional jurisprudence.

**Parole chiave:** sanzioni penali; sanzioni amministrative; proporzionalità; diritti fondamentali; giurisprudenza costituzionale.

**Keywords:** criminal sanctions; administrative sanctions; proportionality; fundamental rights; constitutional jurisprudence.

**Sommario:** 1. Premessa. 2. Il principio di proporzione in riferimento al sindacato sul *quantum* delle sanzioni penali. 3. Il principio di proporzione in riferimento al sindacato sul *quantum* delle sanzioni amministrative: a) La prima fase: il principio di proporzione e gli automatismi sanzionatori. **Segue b)** La seconda fase: il principio di proporzione e il ricorso allo scrutinio di ragionevolezza intrinseca analogo a quello svolto in ordine alle sanzioni penali con una fondamentale differenza. **Segue c)** La terza fase: il principio di proporzione e l'annullamento della disposizione ritenuta incostituzionale nella sua parte sanzionatoria senza che sopravviva o che si riespanda un'altra sanzione.

## 1. Premessa

Le sanzioni amministrative, in quanto diverse da quelle formalmente qualificate come penali dal legislatore, possono essere distinte in due fondamentali tipologie.

La prima tipologia è costituita da quelle che possono essere definite le sanzioni amministrative “di vecchia” o “di prima generazione”: è il caso emblematico rappresentato dalle sanzioni contemplate per gli illeciti in materia stradale e per quelle risultanti dai periodici interventi di depenalizzazione.

Questo primo “modello” di sanzioni amministrative presenta tutta una serie di peculiari caratteristiche.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

In primo luogo la sanzione è prevista come conseguenza di un illecito di contenuta se non addirittura di ridottissima gravità; inoltre l'autorità amministrativa non dispone dei mezzi d'indagine di cui dispone invece il pubblico ministero nel processo penale né di significativi poteri coercitivi nei riguardi del sospetto trasgressore; ancora, la sanzione non incide mai sulla libertà personale del trasgressore, ma coinvolge soltanto il suo patrimonio al quale vengono inflitte perdite piuttosto limitate nel *quantum*; infine a tale sanzione non è associato alcun particolare stigma né è prevista l'iscrizione della sanzione nel casellario giudiziario<sup>1</sup>.

In questo quadro di sanzioni di bassa afflittività e caratterizzate nel senso appena indicato non stupisce il fatto che tanto la dottrina assolutamente prevalente<sup>2</sup> quanto la giurisprudenza costituzionale meno recente<sup>3</sup> considerassero in passato le garanzie penalistiche costituzionalmente previste non suscettibili di applicazione alle sanzioni amministrative<sup>4</sup>.

Nei tempi più recenti si è venuta però affermando una seconda tipologia di sanzioni amministrative.

Questo secondo “modello” di sanzioni – che può essere definito “di nuova” o “di seconda generazione” e che si affianca in misura crescente a quello “di vecchia generazione” – presenta peculiari caratteristiche del tutto differenti da quelle proprie dell'altro “modello”.

---

<sup>1</sup> Inoltre l'accertamento dell'illecito e l'irrogazione delle sanzioni sono demandate all'autorità amministrativa avverso le cui determinazioni è statuito un controllo successivo ma semplicemente eventuale del giudice ed ancora il procedimento di accertamento e di irrogazione della sanzione è molto deformalizzato non prevedendo alcuna delle garanzie proprie del diritto penale né tanto meno contemplando regole specifiche relativamente alla raccolta e alla valutazione delle prove.

<sup>2</sup> Cfr., *inter alios*, C. ESPOSITO, *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Vol. IV, Padova, 1950, pp. 503 ss.; E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, p. 135; A. VIGNERI, *Principi generali della funzione amministrativa*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 1132; E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, p. 137, i quali ultimi definivano perfino «rétro» la tesi – sostenuta dalla dottrina minoritaria (cfr. P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968, spec. pp. 63 ss.) e apparentemente confortata da una sentenza, ancorché ambigua ed isolata, della Corte costituzionale (cfr. la dec. n. 78 del 1967) – della riconducibilità delle sanzioni amministrative alle garanzie costituzionali in materia penale. Fa il punto della situazione sullo stato dell'arte della suddetta opinione dottrinale L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, pp. 154 ss.

<sup>3</sup> Su tale giurisprudenza granitica almeno quarantennale – che subirà un'inversione di rotta solamente con la sent. n. 196 del 2010 con la quale per la prima volta la Corte, a certi effetti, equipara alle sanzioni penali in senso stretto tutte le misure di carattere afflittivo-punitivo – cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 106, secondo cui con tale sentenza si ha un'interpretazione conforme di una disposizione costituzionale, ovvero dell'art. 25, comma 2; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., pp. 7 ss., il quale – a p. 8 – osserva che quell'inversione di rotta timidamente si ha comunque già nell'ord. n. 97 del 2009.

<sup>4</sup> La loro inapplicabilità era valutata come una sorta di *condicio sine qua non* per il buon funzionamento del sistema di tali sanzioni: in questo settore l'ordinamento mira infatti ad ottenere una risposta sanzionatoria spedita che non può essere ostacolata o comunque rallentata dalle suddette garanzie penalistiche. Il fatto poi che l'art. 1 l. n. 689/1981 riconoscesse nei riguardi delle sanzioni amministrative l'operatività di talune garanzie penalistiche e segnatamente del principio di legalità e di quello di irretroattività *in peius* non inficiava la conclusione raggiunta sopra nel testo: questo perché si trattava di garanzie del tutto sottoposte alla valutazione discrezionale del legislatore ordinario e dunque derogabili in presenza di specifiche giustificazioni senza poi contare che certe altre garanzie penalistiche – quali l'applicazione retroattiva delle norme più favorevoli, il diritto al silenzio o il *ne bis in idem* – erano considerate del tutto estranee al settore *de quo*.

Gli illeciti sanzionati sono di elevata gravità in quanto incidono su beni di fondamentale rilievo collettivo quali, ad esempio, quelli inerenti la concorrenza fra imprese, i mercati finanziari, l'attività bancaria e creditizia; in non pochi casi – qual è quello assai emblematico dei poteri ispettivi della CONSOB – le autorità amministrative competenti ai fini dell'accertamento dell'illecito e poi ai fini dell'irrogazione della sanzione dispongono di una parte almeno dei poteri istruttori coercitivi di cui dispone ordinariamente il pubblico ministero nel procedimento penale; inoltre le sanzioni sono assai afflittive perché, per quanto non incidano sulla libertà personale<sup>5</sup>, tuttavia coinvolgono in misura notevole il patrimonio del trasgressore<sup>6</sup>; infine le sanzioni inflitte presentano un effetto stigmatizzante fra gli operatori del settore in cui intervengono, effetto che non risulta troppo lontano da quello proprio delle sanzioni penali se solo si pensa ai meccanismi di *naming and shaming* attuati tramite la pubblicazione delle sanzioni sul sito ufficiale dell'autorità amministrativa.

In questo quadro di sanzioni di elevata o perfino di elevatissima afflittività a fronte di illeciti anch'essi oramai di assai significativa gravità diventa molto più difficile negare la loro finalità non già preventiva o riparatoria-ripristinatoria, bensì realmente punitiva<sup>7</sup> e pertanto giustificare la mancata operatività delle garanzie penalistiche.

Non è dunque un caso se negli ultimi decenni le corti nazionali e quelle sovranazionali hanno rafforzato le garanzie da ritenere applicabili non tanto alle sanzioni amministrative “di prima generazione”, ma quanto e soprattutto a quelle “di seconda generazione”.

---

<sup>5</sup> Il principio per cui solo sanzioni di natura penale possono incidere sulla libertà personale viene desunto dal combinato disposto degli artt. 13 e 25 Cost., che secondo l'interpretazione prevalente limitano i poteri dell'autorità amministrativa ad interventi sulla libertà personale collocati nella fase pre-cautelare di un procedimento penale e conducono ad escludere la costituzionalità dell'eventuale previsione di sanzioni amministrative incidenti su tale diritto: cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 220, il quale – alle pp. 220-221 – osserva come le ipotesi di misure incidenti sulla libertà personale che nel nostro ordinamento possono essere adottate dall'autorità pubblica al di fuori della materia formalmente penale siano costituite soltanto dal trattamento sanitario obbligatorio, dalle sanzioni disciplinari detentive in ambito militare e dal trattenimento in un centro di permanenza per i rimpatri dello straniero irregolare in attesa di rimpatrio o dello straniero richiedente protezione nelle more della definizione della procedura relativa alla sua richiesta.

<sup>6</sup> Del resto, come notava già a suo tempo G. TURNATURI, *Aspetti problematici della costituzionalità delle pene pecuniarie fisse e proporzionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1977, pp. 1417-1418, la sanzione pecuniaria non incide, al contrario di quella detentiva, su di un bene avente valore uguale per tutti perché, se tale infatti quanto meno in linea di massima può essere il bene della libertà personale, «non sfugge invece come un prelievo monetario finisca con l'incidere, per sua stessa natura, su situazioni economiche costantemente diseguali, sì da dar luogo ad una “afflittività” eccessivamente variabile».

<sup>7</sup> Come sottolinea L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 211, la prima se non addirittura l'unica caratteristica che impone la qualificazione in termini sostanzialmente penali di una misura formalmente non penale è la presenza di una finalità punitiva perseguita dalla medesima: lo stesso A. osserva altresì – a p. 212 – che è criticabile la definizione – propria della giurisprudenza della Corte costituzionale – di misura afflittivo-punitiva a quella a cui devono applicarsi le garanzie costituzionali in materia penale e questo perché una misura può essere definita afflittiva in quanto incidente negativamente sui diritti del destinatario anche se è priva di alcun connotato punitivo, mentre in realtà nel *genus* delle misure afflittive si colloca la *species* delle misure punitive, che perseguono lo specifico scopo di infliggere una sofferenza all'autore di un fatto illecito. Cfr. non a caso quanto si dirà più oltre sopra nel testo e nella successiva nota 11 in ordine alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla nozione convenzionale di materia penale.

A questo riguardo è noto che la Corte di Strasburgo – seguita poi dalla Corte di Lussemburgo<sup>8</sup> – ha, sebbene con una certa flessibilità<sup>9</sup>, esteso attraverso i cosiddetti criteri Engel<sup>10</sup> alle sanzioni amministrative che presentino un carattere punitivo o quanto meno afflittivo<sup>11</sup> l'intero insieme delle garanzie che le Carte dei diritti ed *in primis* la CEDU stabiliscono per la materia penale<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> In ordine alla ricostruzione in chiave sostanzialistica della materia penale il riferimento non può che essere fatto alla sent. del 5 giugno 2012 C-489/10, Bonda (punto 37).

<sup>9</sup> A partire dalla sentenza della Grande Camera *Jussila c. Finlandia* del 2006 la Corte EDU ha ammesso che le garanzie penalistiche possano essere tutelate in misura più flessibile allorché siano trasferite al di fuori del nucleo duro del diritto e del processo penale: ad esempio, la Corte ha riconosciuto che per sanzioni amministrative di modesta gravità non sia necessario rispettare la garanzia dell'udienza pubblica in sede di opposizione giudiziaria. In tema cfr. la tesi del “regime di tutela a cerchi concentrici” di F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 aprile 2017, pp. 1 ss., secondo cui le garanzie penalistiche e quelle processual-penalistiche sono applicate con il massimo rigore quando vengono in considerazione i reati di maggiore gravità che prevedono l'applicazione di pene detentive, mentre è ammissibile una flessibilizzazione delle garanzie qualora si tratti di reati non puniti con pene detentive o di illeciti formalmente non penali; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 230, il quale – dopo aver ricordato che la Corte di Strasburgo afferma che il riconoscimento della natura convenzionalmente penale ad una misura punitiva non implica doverle applicare le garanzie convenzionali “in tutto il loro rigore” perché quando la misura giace al di fuori del “nucleo duro del diritto penale” le garanzie convenzionali possono essere intese in modo meno rigido consentendo la relativizzazione di garanzie (in *Jussila* si trattava del diritto alla trattazione della causa in udienza pubblica) che rispetto alle misure appartenenti al “nucleo duro” non ammettono alcuna forma di graduazione – rileva che la stessa Corte di Strasburgo, oltre a non precisare in che termini vada intesa la possibilità di non applicare “in tutto il loro rigore” le garanzie convenzionali, non ha preso posizione neppure in ordine ai criteri per individuare le misure da ascrivere a questo “nucleo duro del diritto penale”.

<sup>10</sup> ... ovvero enucleando una nozione materiale di “reato”, di “pena” e di “procedimento penale”. Come è ampiamente noto, i criteri Engel – non troppo distanti dai criteri adottati da altre corti se solo si pensa ai sette criteri Kennedy elaborati in epoca lontana nel tempo dalla *Supreme Court* statunitense [cfr. *Kennedy v. Mendoza Martinez*, 372 U.S. 144, 168-169 (1963)], il cui *dictum* viene ribadito nel successivo caso *United States v. Ward*, 448 U.S. 242 (1980), su cui vedasi perlomeno J.W. GRASS, *The Penal Dimensions of Punitive Damages*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, (Vol. 12) 1985, partic. pp. 246 ss.] – sono così denominati in considerazione della prima sentenza che li ha precisati (cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel. c. Paesi Bassi*) e servono alla Corte per evitare la cosiddetta truffa delle etichette [sul punto vedasi, fra gli ultimi, F. VIGANÒ, *Sul carattere “eccezionale” del diritto penale*, in M. CATENACCI - V.N. D'ASCOLA - R. RAMPIONI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Vol. I, Roma, 2021, p. 455, il quale correttamente osserva che una tutela effettiva dei diritti fondamentali «non può, e non deve, dipendere soltanto dalle etichette»], ovvero che alle sanzioni che, pur non formalmente penali, presentano tuttavia la medesima carica afflittiva propria delle sanzioni penali non risultino applicate le garanzie penalistiche costituzionalmente sancite o perlomeno alcune fra esse. Sull'argomento dei criteri Engel e della nozione sostanzialistica di pena cfr., fra gli ultimi, E. BINDI, *Le sanzioni amministrative afflittive nel “dialogo” intergiurisprudenziale: la vicenda della confisca urbanistica*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2021, spec. pp. 471 ss.

<sup>11</sup> Come ben ricorda L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 22, secondo la nozione convenzionale di sanzione penale alla luce del terzo criterio Engel, ovvero quello della gravità della sanzione [che assomiglia molto al settimo dei criteri Kennedy (cfr. la precedente nota 10), ovvero quello imperniato sul concetto di “eccessività” della sanzione (su cui vedasi J.W. GRASS, *The Penal Dimensions of Punitive Damages*, op. cit., pp. 305 ss.)], una misura deve dirsi penale anche se non ha finalità punitiva, ma attinge un certo particolare livello di afflittività ancorché secondo la nozione costituzionale di sanzione penale la finalità punitiva sia un carattere indefettibile della sanzione penale (cfr. la precedente nota 7).

<sup>12</sup> La qual cosa significa soltanto che il diritto penale non opera più come *ius terribile* nella forma estrema con cui si è manifestato in passato in quanto è divenuta assai meno nitida la linea di demarcazione tradizionale fra sanzioni penali e sanzioni amministrative acquisendo queste ultime – o almeno quelle fra esse “di seconda generazione” – sempre più chiaramente quel carattere punitivo capace di incidere sui diritti fondamentali della persona colpita (cfr. U. SIEBER, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2019, partic. p. 37), ma – come nota magistralmente F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/2020, p. 1815 – la qual cosa – a fugare un fraintendimento diffuso – non significa affatto omologare a ogni effetto le sanzioni amministrative a quelle penali svuotando così di significato le iniziative di depenalizzazione periodicamente attuate dal nostro legislatore dal momento che i due illeciti restano del tutto differenti, soggetti, come

È altrettanto noto che la Corte costituzionale italiana ha seguito la strada tracciata dalla Corte di Strasburgo anche se con alcuni correttivi.

Più in particolare, il Giudice delle leggi ha esteso alle sanzioni amministrative formalmente tali ma in sostanza punitive non tutte<sup>13</sup>, ma certamente alcune<sup>14</sup> delle garanzie penalistiche facenti parte dell'«ossatura costituzionale del diritto penale»<sup>15</sup>.

Fra le garanzie penalistiche estese a tali sanzioni amministrative<sup>16</sup> soffermeremo la nostra indagine su quella fondata sul principio di «un'intuizione di giustizia secolare... se non millenaria»<sup>17</sup> che esige la

---

sono, a procedimenti applicativi del tutto eterogenei, regolati da *corpora* normativi distinti e gestiti da autorità appartenenti addirittura a diversi poteri dello Stato.

<sup>13</sup> A titolo esemplificativo la riserva di legge statale di cui all'art. 25, comma 2 Cost. non è stata ritenuta applicabile alle sanzioni amministrative punitive perché tale estensione sarebbe risultata incompatibile con l'esistenza di sanzioni amministrative stabilite da leggi regionali nell'ambito delle rispettive competenze [cfr. limpidamente, da ultima, la sent. n. 5 del 2021 (punto 5.1 del cons. in dir.)]; ancora, neppure il principio rieducativo di cui all'art. 27, comma 3 Cost. è stato esteso alle sanzioni amministrative punitive in quanto strettamente connesso alla logica della pena privativa o quanto meno limitativa della libertà personale.

<sup>14</sup> Naturalmente – come bene precisa F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1818 – le garanzie previste *expressis verbis* dalla Costituzione per la materia penale non esauriscono l'orizzonte della tutela che può comunque assistere le sanzioni amministrative: ad esempio, dove non arriva la riserva assoluta di legge statale *ex art. 25*, comma 2 Cost. opererà comunque la riserva di legge *ex art. 23* Cost., ovvero una riserva che ammetterà, sì, magari qualche margine in più di integrazione da parte di fonti secondarie, ma che dovrà pur sempre garantire la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie e questo anche al fine di evitare la violazione sul terreno convenzionale dell'art. 7 CEDU (cfr. la già ricordata sent. n. 5 del 2021 Corte cost. al punto 5.1. del cons. in dir.); ancora, laddove si dovessero ritenere non operanti le specifiche garanzie del giusto processo penale *ex art. 111*, commi 3, 4 e 5 Cost., dovrebbero comunque essere rispettati i principi generali del giusto processo stabiliti dagli altri commi dell'art. 111 Cost. in combinato disposto con i corollari del diritto di difesa *ex art. 24* Cost. e dei principi sovranazionali di cui agli artt. 6 CEDU nel suo *volet civil* e 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea con sullo sfondo il sempre presente principio di eguaglianza/ragionevolezza *ex art. 3* Cost.; infine, laddove si volesse ritenere estraneo alla materia delle sanzioni amministrative il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., resterebbe comunque applicabile a questa materia il generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa *ex art. 97*, comma 2 Cost. che, in combinato disposto con l'art. 3 Cost., imporrebbe in ogni caso un'applicazione della legge non arbitraria in favore o a detrimento di particolari destinatari del precetto.

<sup>15</sup> L'espressione è tratta da C. FIORE, *Diritto penale. Parte Generale. Volume primo. Introduzione allo studio del diritto penale. La legge penale – Il reato*, Torino, 1993, p. 14, il quale intende riferirsi alla «griglia dei principi regolativi che ne determinano la fisionomia complessiva e ne contrassegnano anche la coerenza con le posizioni di scopo del legislatore».

<sup>16</sup> Si tratta del divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* (cfr. le decc. n. 196 del 2010, n. 104 del 2014, n. 276 del 2016, n. 68 del 2017 e n. 223 del 2018), del principio di determinatezza del precetto sanzionato (cfr. la sent. n. 121 del 2018), del principio della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* (cfr. la dec. n. 63 del 2019), del principio dell'estensione dell'efficacia retroattiva della sentenza costituzionale di accoglimento anche a fattispecie coperte da giudicato in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali (cfr. la sent. n. 68 del 2021, che ha così potuto parificare la “cedevolezza” del giudicato sulle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alla “cedevolezza” del giudicato in materia di sanzioni penali) e infine del principio di proporzione sanzionatoria (cfr. la sent. n. 112 del 2019 su cui ci soffermeremo più avanti nel prosieguo di questo scritto).

<sup>17</sup> In tali termini si esprime N. RECCHIA, *Principio di proporzionalità e scelte di criminalizzazione*, in *Diritto penale e processo*, n. 12/2020, p. 1615, il quale poi opportunamente distingue il principio di proporzione sanzionatoria tanto dal giudizio di proporzione presente nella disciplina di alcune cause di giustificazione prima fra tutte la legittima difesa, quanto dal test per mezzo del quale il giudice costituzionale è chiamato a vagliare la ragionevolezza dei bilanciamenti tracciati dal legislatore fra interessi – o diritti fondamentali – confliggenti.

necessaria corrispondenza fra la gravità del fatto commesso e la severità della pena per esso irrogata, ovvero sul principio di proporzione sanzionatoria<sup>18</sup>.

Come è intuibile, il principio di proporzionalità assume maggiore importanza per le sanzioni amministrative “di seconda generazione”<sup>19</sup>.

## 2. Il principio di proporzione in riferimento al sindacato sul *quantum* delle sanzioni penali

Procedendo con ordine, è innanzitutto opportuno ricordare come il principio di proporzionalità abbia trovato applicazione in riferimento alle sanzioni penali per poi indagare in che misura ed eventualmente con quali differenze questa estensione sia avvenuta per le sanzioni amministrative.

A questo proposito non è inutile rammentare che per un lungo periodo di tempo la Corte costituzionale in sede di controllo sul rapporto fra il disvalore della condotta e l'entità della sanzione penale ha chiamato in causa esclusivamente il principio di eguaglianza *sub specie* di irragionevolezza della previsione di un diverso trattamento sanzionatorio per condotte del tutto identiche: si tratta del sindacato sulla ragionevolezza in forma estrinseca.

In un'ottica di proporzionalità cosiddetta ordinale<sup>20</sup> il legislatore resta sì libero di fissare a sua discrezione i livelli sanzionatori complessivi del sistema, ma, nel fare ciò, deve evitare aporie all'interno del sistema medesimo<sup>21</sup>.

Il sindacato sulla ragionevolezza in forma estrinseca si incentra fondamentalmente sul *tertium comparationis*<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Come bene osservano G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*. Parte Generale, Bologna, 1994, p. 525, il principio di proporzione, oltre a caratterizzare l'idea generale di giustizia, costituisce uno dei principi-cardine che presiedono allo stesso funzionamento dello Stato di diritto: più in particolare, da un lato in un'ottica di prevenzione generale la minaccia di una pena sproporzionata «può suscitare sentimenti di insofferenza nel potenziale trasgressore e alterare nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbe riflettersi nel rapporto tra i singoli reati e le sanzioni corrispondenti»; dall'altro lato in un'ottica di prevenzione speciale ispirata al modello della rieducazione la circostanza che il reo avverta e percepisca che il rapporto fra fatto e sanzione risulta proporzionato «costituisce una premessa ineliminabile dell'accettazione psicologica di un trattamento diretto a favorire nel condannato il recupero della capacità di apprezzare i valori tutelati dall'ordinamento».

<sup>19</sup> Osserva F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, p. 295, che l'estensione del principio di proporzionalità della sanzione penale al settore delle sanzioni amministrative di carattere punitivo appare, a fronte della recente tendenza del legislatore italiano – e non solo – a ricorrere in alternativa o in aggiunta alla sanzione penale a sanzioni amministrative “di seconda generazione”, sempre più «di particolare significato pratico».

<sup>20</sup> ... e quindi in chiave “comparativa” fra le diverse scelte sanzionatorie già compiute dal legislatore: sul punto cfr. da ultimo, per ulteriori approfondimenti, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, op. cit., pp. 162 ss., pp. 261 ss.

<sup>21</sup> Come esattamente osserva F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, op. cit., p. 264, questa che è la caratteristica del giudizio di proporzionalità ordinale è anche e al contempo il suo limite, ovvero «l'incapacità... di fornire alcun criterio per valutare le scelte sanzionatorie complessive di un dato sistema, e conseguentemente i suoi generali livelli sanzionatori, limitandosi la sua capacità di rendimento alla denuncia di singole anomalie interne al sistema».

<sup>22</sup> Che al fine di assodare se quel dato rapporto reato/pena risulti, o meno, proporzionato non sia possibile fare a meno di un altro rapporto reato/pena sostiene F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, pp. 374-375, con le seguenti parole: «se sostanzialmente

È altresì di palmare evidenza che la questione di costituzionalità sollevata dal giudice *a quo* in riferimento alla presunta irragionevolezza della misura della pena deve presentare quale esito dell'eliminazione del profilo di irragionevolezza una soluzione a rime costituzionalmente «obbligate»<sup>23</sup> se non addirittura «obbligatissime»<sup>24</sup>: con maggior esattezza e rigore<sup>25</sup> tale questione di costituzionalità deve presentare l'unica soluzione sanzionatoria possibile una volta venuta meno la disposizione dichiarata incostituzionale<sup>26</sup>.

Nei tempi più recenti la giurisprudenza costituzionale ha subito un'involuzione che l'ha portata a chiamare in causa, in sede di controllo sul rapporto fra disvalore della condotta e entità della sanzione penale, sia il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. sia il principio della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3 Cost.

---

impossibile è instaurare una corrispondenza biunivocamente necessaria (“giusta”, “esatta”, “costituzionalmente obbligata”) tra un certo fatto criminoso ed una determinata misura di pena, è invece possibile verificare se quel rapporto reato/pena sia proporzionato non in sé ma alla stregua, a confronto di un altro rapporto reato/pena che (implicitamente) si assume invece come proporzionato (“giusto”, “esatto”): l'A. osserva che «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 normativa”, l'espressione numerica che essi assumono nel *quantum* di pena comminato» (p. 374). Come si dirà poco più oltre sopra nel testo, la Corte costituzionale ha in tempi recenti in parte superato questa impostazione. Quanto poi al fatto che il *tertium* può risultare decisivo ai fini dell'accoglimento della questione soltanto qualora sussista un rapporto di omogeneità fra esso e la fattispecie censurata verso cui è posto a raffronto e che il riscontro di tale rapporto deve basarsi su valutazioni che attraversano il bene protetto, la condotta tipica, l'elemento soggettivo, l'oggetto materiale o l'ambito applicativo, la tipologia e il grado dell'offesa oggettiva o soggettiva ed altri elementi ancora cfr., in sede di giurisprudenza costituzionale, le decr. n. 68 del 2012, n. 143 del 2014, n. 223 del 2015 e n. 35 del 2018.

<sup>23</sup> Così, ovviamente, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, p. 408.

<sup>24</sup> Così L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 – luglio 85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 323, il quale però al contempo osservava che, per quanto le rime possano essere «obbligatissime», senza dubbio «resta l'an. È qui che si concentra il maggior potenziale di scelta, specialmente quando la Corte si confronta con opzioni politiche attuali».

<sup>25</sup> Osserva F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 287, che l'unica soluzione possibile non può significare, come talvolta distrattamente si afferma, soluzione costituzionalmente obbligata: «un tale concetto è, in materia di sanzioni, un autentico non-senso – non c'è, infatti, alcuna ragione plausibile per sostenere che esista un'unica pena, o un'unica cornice sanzionatoria compatibile con la Costituzione, per un determinato reato. L'idea che Crisafulli intendeva esprimere era piuttosto, probabilmente, quella della possibilità per la Corte di ricavare *automaticamente* dal sistema, una volta dichiarata incostituzionale una data cornice edittale, una sorta di *soluzione di default*, non implicante alcuna valutazione discrezionale da parte della Corte».

<sup>26</sup> Solo a queste condizioni la Corte ha potuto emettere decisioni manipolative di tipo sostitutivo nei cui dispositivi si è occupata di indicare il trattamento sanzionatorio ricavato dal trattamento sanzionatorio del *tertium* e subentrato a quello della fattispecie incriminatrice sottoposta al suo vaglio. In senso critico sul sindacato di ragionevolezza in forma estrinseca cfr. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 378, secondo il quale la presenza di un *tertium comparationis* omogeneo nel sindacato di ragionevolezza in forma estrinseca riduce, sì, sensibilmente il rischio di interventi “creativi” da parte della Corte, ma la possibilità di instaurare il giudizio di ragionevolezza viene a dipendere dalla scelta «più o meno felice» dello stesso *tertium* e dunque in definitiva dall'abilità del giudice *a quo* nel saper individuare il termine di comparazione più adatto a far risaltare i difetti della norma impugnata e tutto questo senza contare – osserva ancora l'A. a p. 377 – che in alcune circostanze la Corte non si è sottratta ad un giudizio condotto interamente anche sul piano valutativo per negare la somiglianza o addirittura la confrontabilità fra le due fattispecie poste in comparazione dal giudice remittente.



Rispettivamente il primo esige la proporzionalità della pena al disvalore del fatto illecito commesso in modo tale che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali; il secondo, invece, richiede una costante proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra perché, qualora tale proporzione mancasse, ne conseguirebbe una compromissione *ab initio* del processo rieducativo<sup>27</sup>.

Questo nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale è impostato su quello che viene usualmente definito il controllo sulla ragionevolezza di tipo intrinseco.

Questo controllo, in una logica di proporzionalità cosiddetta cardinale<sup>28</sup>, si basa sul postulato in virtù del quale il giudizio relativo alla proporzione fra la sanzione penale ed il fatto di reato deve essere delineato in senso assoluto<sup>29</sup>, ovvero su una valutazione del tutto sganciata dal *tertium comparationis* in chiave comparativa<sup>30</sup>.

Nel controllo di ragionevolezza di tipo intrinseco il *tertium comparationis* viene recuperato in un secondo momento e assume la funzione di «*terminus ad quem*»<sup>31</sup> con l'esclusivo fine di individuare il trattamento sanzionatorio sostitutivo: quest'ultimo non viene tratto da una soluzione costituzionalmente necessaria<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Qualora manchi manifestamente la proporzione tra sanzione e offesa, ne consegue una compromissione *ab initio* del processo rieducativo a cui “il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta...”: così la sent. n. 236 del 2016 che è considerata dai più – cfr., fra gli ultimi, G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*. Parte Generale, Milano, 2021, pp. 12 ss., partic. pp. 15-16 – come la sentenza che ha inaugurato questo nuovo filone giurisprudenziale. Sul punto cfr. però per una diversa posizione dottrinale la successiva nota 33.

<sup>28</sup> Per maggiori ragguagli in materia cfr., da ultimo, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 167 ss., pp. 266 ss.

<sup>29</sup> Quel giudizio viene dunque impostato sul «rapporto *diretto* tra il singolo reato e pena da esso prevista, soppesando le *sofferenze* provocate dalla pena al condannato e l'entità del danno (o del pericolo) provocato dal reato stesso agli interessi tutelati dall'incriminazione»: così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, op. cit., p. 266.

<sup>30</sup> Si potrebbe così osservare che l'esito dello scrutinio di costituzionalità imperniato sulla sproporzione – in sé e per sé – fra severità della cornice edittale e disvalore della condotta può essere la dichiarazione di incostituzionalità della previsione sanzionatoria qualora la sproporzione sia valutata come «manifesta, abnorme, crassa»: l'espressione è tratta da F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 374.

<sup>31</sup> V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, p. 2110; a giudizio di G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, n. 4/2020, p. 12, «la Corte individua nel diritto vigente una intrinseca contraddizione logica e la elimina, dopo aver constatato l'inerzia del legislatore, non limitandosi a manipolare la norma censurata, ma intervenendo a tutto campo, allo scopo di riportare a coerenza il sistema e non solo la singola norma. Il passo avanti è molto significativo, giacché, come è noto, le norme non sono monadi “senza porte e finestre”, ma componenti parziali di una disciplina integrata complessiva, dalla quale si deduce l'effettività regolativa dell'ordinamento in un settore dato». Sul punto vedasi anche, se lo si ritiene opportuno, quanto da noi sostenuto più approfonditamente altrove, ovvero in A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali alla luce del più recente orientamento del Giudice delle leggi: fondamento, estensione, limiti e una proposta di soluzione*, in *Consulta on line – Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 1° aprile 2020, pp. 1 ss.

<sup>32</sup> Già in passato comunque in alcune decisioni la Corte aveva conferito al *tertium comparationis* un «valore prettamente “indiziante”»: così V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 746, il quale quali esempi di pronunce in cui il giudizio di ragionevolezza sulle opzioni incriminatrici si focalizza «sulle stesse *scelte di valore* della norma esaminata, liberandosi in sostanza del modello triadico originario per attingere a diversi ed ulteriori parametri di confronto desumibili dal tracciato costituzionale», adduce le decc. n. 26 del 1979 e n. 189 del 1987; fanno riferimento a questo proposito alla sent. n. 26 del 1979 anche F. CARINGELLA - F. DELLA VALLE - M. DE PALMA, *Manuale di diritto penale*. Parte Generale, Roma, 2021, p. 143 nota 86.

Significative sono a questo proposito alcune sentenze: la n. 236 del 2016, sul reato di alterazione di stato, la n. 222 del 2018, sul reato di bancarotta fraudolenta, la n. 40 del 2019, sul reato per fatti di non lieve entità aventi ad oggetto droghe pesanti<sup>33</sup>.

Si tratta di sentenze manipolative di tipo sostitutivo che dichiarano l'incostituzionalità della disposizione impugnata nella parte in cui prevede una determinata pena, principale o accessoria, anziché un'altra pena<sup>34</sup> e che superano la teoria delle rime obbligate per adottare invece la teoria delle rime possibili<sup>35</sup>, ovvero delle soluzioni costituzionalmente adeguate benché non obbligate<sup>36</sup>.

Questo più recente orientamento della Corte determina senz'altro un'espansione del sindacato e quindi delle competenze della stessa<sup>37</sup>.

Non ha tardato poi a maturare i propri frutti anche in altri ambiti il nuovo approccio in punto di proporzione, che ha trovato applicazione in sede di giurisprudenza costituzionale soltanto in relazione al

---

<sup>33</sup> In realtà, a giudizio di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 281-282 e pp. 288-289, la tecnica adoperata in merito alla sent. n. 236 del 2016 – analoga a quella utilizzata nelle precedenti sentt. n. 329 del 1997 e n. 327 del 2002 in materia di delitti contro la religione e nell'antecedente sent. n. 68 del 2012 in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione – consiste nella “presa a prestito” da una diversa norma incriminatrice di un diverso quadro edittale inteso quale “grandezza predata” o “soluzione già esistente nel sistema” idonea ad essere provvisoriamente sostituita a quella dichiarata incostituzionale in attesa di una sempre possibile diversa determinazione da parte del legislatore, mentre nelle sentt. n. 222 del 2018 e n. 40 del 2019 la tecnica adoperata è un'altra, ovvero consiste nella sostituzione di un quadro edittale autonomamente stabilito dalla Corte e più liberamente “ispirato” a una soluzione sanzionatoria già esistente, ma adattato alla norma incriminatrice colpita dalla dichiarazione d'incostituzionalità.

<sup>34</sup> Quest'ultima è individuata dal Giudice delle leggi in alcuni casi in disaccordo con l'indicazione del giudice remittente: cfr., ad esempio, la sent. n. 222 del 2018.

<sup>35</sup> Utilizzano questa espressione S. LEONE, *Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione “a rime possibili”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2019, p. 593; N. CANZIAN, *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe “pesanti” fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2019, p. 1002; D. PICCIONE, *Il silenzioso epitaffio per l'art. 148 c.p.: l'inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 1123 e *ivi* nota 4.

<sup>36</sup> Il punto è particolarmente sottolineato da A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2019, pp. 794-795, il quale osserva che la Corte «si emancipa dallo schema trilaterale del giudizio di ragionevolezza» e che «il giudice *a quo* non deve più prefigurare il verso della rima obbligata che consenta alla Corte di manipolare la misura edittale della norma censurata», nonché da A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, p. 165, il quale parla di «rivoluzionario superamento delle “rime obbligate”».

<sup>37</sup> Nel controllo svolto nel merito dalla Corte costituzionale la discrezionalità del legislatore diventa un «limite relativo» (così M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il “reo folle”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 1110) superabile nella misura in cui siano rintracciabili – all'interno dell'ordinamento – una o più soluzioni costituzionalmente adeguate ed inoltre la Corte si appropria di ben più ampi spazi in grado di consentire manipolazioni anche piuttosto ardite impensabili in una logica di deferenza nei confronti delle scelte in questo “ambito” effettuate dal legislatore, ovvero arriva addirittura a «spingere il proprio vaglio nei sobborghi rimossi della “ratio legis”» (così V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue “insidie”*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 349; tutt'al contrario quel che accade in un giudizio di ragionevolezza di tipo estrinseco attraverso il quale «non si controlla... la *voluntas* del legislatore, ma la consequenzialità del ragionamento sviluppato in base alla medesima...»: così si esprimeva A. CERRI, *L'egualianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976, p. 98).

minimo edittale<sup>38</sup>: questo, come è noto, «indica la vera scelta politica del legislatore penale... in termini di “penalità materiale”»<sup>39</sup>.

Il riferimento è soprattutto<sup>40</sup> al «campo minato»<sup>41</sup> delle pene fisse nel loro ammontare<sup>42</sup>: queste sono strutturate in modo tale da impedire «in radice la modulazione della pena sulla concreta offensività delle diverse condotte corrispondenti al modello descritto nella norma incriminatrice»<sup>43</sup> e senza alcuna possibilità per il giudice di discostarsi da tali pene nemmeno in presenza di circostanze attenuanti<sup>44</sup>.

È ben vero che da tempo ormai il Giudice delle leggi ha manifestato un certo sfavore per le comminatorie edittali rigide<sup>45</sup>.

Fin dalla nota sentenza n. 50 del 1980 la Corte osservò che le previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea di principio compatibili con il “volto costituzionale” del sistema penale e che il dubbio di costituzionalità relativo ad esse può essere superato nei singoli casi solo alla condizione che per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista quest’ultima risulti ragionevolmente

---

<sup>38</sup> ... e non già in ordine al massimo edittale: a giudizio della Corte costituzionale una doglianza di manifesta sproporzione della pena appare infatti “già in astratto poco plausibile in rapporto al massimo edittale, essendo normalmente possibile per il giudice utilizzare i propri poteri discrezionali ex art. 133 cod. pen. per commisurare – all’interno della cornice edittale – una pena inferiore, proporzionata al disvalore del fatto concreto” [così la sent. n. 284 del 2019 che dunque chiarisce come il sindacato sulla ragionevolezza intrinseca abbia sempre ad oggetto non il massimo edittale, ma il minimo edittale essendo venuti all’esame della Consulta “limiti normativi alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, che lo vincolavano a infliggere pene ritenute manifestamente eccessive rispetto a classi di ipotesi situate ai gradini più bassi della scala di disvalore idealmente tracciabile all’interno del perimetro disegnato dalla fattispecie astratta”]: per un esame in chiave perlopiù critica di questa sentenza cfr., volendo, A. BONOMI, *Il rispetto del principio di proporzionalità della pena: il ruolo del legislatore, la funzione del giudice comune e il margine di intervento della Corte costituzionale (Osservazioni problematiche prendendo spunto dalle sentenze n. 284 del 2019 e n. 136 del 2020)*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2021, pp. 214-222]. Che la manifesta sproporzione fra severità della pena comminata dal legislatore e gravità oggettiva e soggettiva del reato si verifichi “ove il legislatore fissi una misura minima della pena troppo elevata... vincolando così il giudice all’inflizione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive rispetto alla sua gravità” si evince, da ultima, dalla sent. n. 28 del 2022 (da cui è tratta la precedente citazione con corsivo nostro).

<sup>39</sup> Così V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue “insidie”*, cit., p. 367.

<sup>40</sup> Un altro ambito in ordine al quale il nuovo approccio ha trovato applicazione è stato quello del divieto di prevalenza o di equivalenza delle circostanze attenuanti rispetto alle circostanze aggravanti: cfr. le decc. n. 251 del 2012, n. 105 e n. 106 del 2014, n. 205 del 2017 nonché, da ultime, n. 55 e n. 117 del 2021.

<sup>41</sup> L’espressione è tratta da V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue “insidie”*, cit., p. 372.

<sup>42</sup> Cfr. la sent. n. 222 del 2018.

<sup>43</sup> Così T.E. EPIDENDIO, *Eguaglianza, offensività e proporzione della pena*, in *Libro dell’anno del diritto 2015*, Roma, 2015, p. 102.

<sup>44</sup> Come nota F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 208, in tutte le ipotesi invece in cui il legislatore commina per un dato reato la pena dell’ergastolo tale pena può essere sostituita da una reclusione temporanea laddove in concreto ricorrano circostanze attenuanti.

<sup>45</sup> Ricorda P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero “se”, “come”, “quando” e “quanto” punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D’ORLANDO e L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, p. 61 nota 76, che il tema delle pene fisse ha ricevuto un’attenzione particolare durante l’Illuminismo al fine di contrastare il sistema penale dell’epoca che prevedeva pene particolarmente elastiche lasciate sostanzialmente all’arbitrio dei giudici tant’è vero che, in rigorosa coerenza con la concezione meccanicistica dell’attività giudiziale che faceva del giudice una sorta di *bouche de la loi*, nel codice rivoluzionario del 1791 le pene previste erano tutte fisse.

proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato<sup>46</sup>: ne consegue, come correttamente è stato notato, che «ogni fattispecie sanzionata con pena *fissa* (qualunque ne sia la *specie*) è per ciò solo *indiziata* di illegittimità»<sup>47</sup>.

È altrettanto vero però che l'incompatibilità tendenziale fra pene fisse e “volto costituzionale” del reato è risultata temperata soprattutto – anche se non solo<sup>48</sup> – per una ragione connessa alla discrezionalità legislativa in materia penale.

Se infatti la sanzione subentrante a quella fissa dichiarata illegittima «esce certo dalla penna della Corte, la mano di questa, lungi dal muoversi su impulso proprio, non può che essere guidata dalla Costituzione»<sup>49</sup>; tuttavia non sempre quest'ultima fornisce una soluzione costituzionalmente obbligata:

---

<sup>46</sup> In dottrina si è potuto sostenere già prima che la Corte si pronunciasse con la sent. n. 50 del 1980 che «la pena non può perseguire la sua finalità rieducativa, costituzionalmente riconosciuta, ove non si adegui per specie o quantità, alla personalità dell'agente» e che dunque «un certo margine di elasticità nella durata edittale della pena è non solo legittimo, ma bensì imposto sul piano costituzionale»: così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*. Volume I. *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, rispettivamente pp. 356-357 e pp. 360-361, seguito poi da altri autori (cfr., *inter alios*, E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, p. 356; P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero “se”, “come”, “quando” e “quanto” punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 62-63; F. MANTOVANI, *Diritto penale*. Parte Generale, Padova, 1992, p. 753, che sottolinea il contrasto delle pene fisse con il principio della responsabilità penale, con il finalismo rieducativo della pena e con il principio di eguaglianza che implica un pari trattamento degli eguali, ma anche una diversificazione dei distinti); molto netta la posizione assunta dallo stesso Dolcini in seguito, ovvero in G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*. 1. *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, p. 226, laddove gli Autori osservano che i principi della personalità della responsabilità penale e della rieducazione del condannato per definizione possono essere valorizzati solo qualora la legge consenta al giudice di adeguare la pena alla colpevolezza del singolo agente e alle sue personali esigenze di rieducazione.

<sup>47</sup> Così C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, p. 738, secondo il quale «tale “indizio” potrà venir smentito soltanto in seguito a un controllo *strutturale* della fattispecie “incriminata”; da ultimo in senso analogo cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 209. In tema cfr. altresì, per ulteriori osservazioni legate alla “restituzione” della discrezionalità al giudice di merito affinché sia proprio tale soggetto a determinare la sanzione alla concreta gravità del caso di specie in omaggio al principio di proporzionalità – che nelle mani del giudice diventa canone ermeneutico e al contempo criterio di commisurazione della pena nel caso concreto –, G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, p. 395.

<sup>48</sup> Vi sono anche altre ragioni su cui in questa sede non è possibile soffermare con il dovuto approfondimento l'attenzione, ma che ci si limita soltanto a ricordare: in primo luogo il Giudice delle leggi ha chiarito che al fine di stabilire se davvero la legge impedisca un'adeguata modulazione della pena occorre non fermare l'esame alla previsione edittale ma è necessario estenderlo all'incidenza di ogni possibile fattore di computo a disposizione del giudice ed *in primis* alle circostanze del reato (cfr. la dec. n. 27 del 1963 e per maggiori ragguagli in dottrina G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, 2014, p. 123, il quale come fattore che ha mitigato l'incompatibilità in linea di principio fra pene fisse e Costituzione fa riferimento anche alla natura variabile del risultato di aumenti in percentuale fissa applicati su valori fissati discrezionalmente la qual cosa si è verificata nel caso della dec. n. 91 del 2008 a proposito della quota fissa di aumento stabilito per alcune ipotesi di recidiva); in secondo luogo poi il Giudice delle leggi ha chiarito anche che l'incompatibilità tendenziale fra pene fisse e Costituzione deve intendersi riferita alle pene fisse nel loro complesso e non ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide ed articolazioni elastiche in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete (cfr. l'ord. n. 91 del 2008) e a tale ultimo proposito è stata ad esempio esclusa quella incompatibilità di cui poco sopra si è dato conto nell'ipotesi di comminatoria per un determinato illecito di una pena pecuniaria fissa congiunta ad una pena detentiva dotata di forbice edittale (il riferimento è all'ord. n. 475 del 2002).

<sup>49</sup> Così S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rimedi possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 183.

quando tale soluzione non è rinvenibile nel sistema costituzionale la Corte per lungo tempo ha dichiarato inammissibile la questione così salvaguardando «il rigido geometrismo delle “rime obbligate”»<sup>50</sup>.

È solo con la sentenza n. 222 del 2018 che la Corte modifica il suo orientamento<sup>51</sup>.

In questa circostanza la Corte sindacava la fissità della pena sottoposta nel caso di specie al suo vaglio.

La Corte chiarisce che in caso di evidente sproporzione fra trattamento sanzionatorio e gravità del fatto l'intervento correttivo del Giudice delle leggi è subordinato solo alla condizione che il sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e “soluzioni già esistenti” e immuni da vizi di costituzionalità ancorché non costituzionalmente obbligate<sup>52</sup>.

### **3. Il principio di proporzione in riferimento al sindacato sul *quantum* delle sanzioni amministrative: a) La prima fase: il principio di proporzione e gli automatismi sanzionatori**

Volgiamo ora lo sguardo all'applicazione del principio di proporzione alle sanzioni amministrative per constatare che essa ha vissuto varie fasi nella giurisprudenza costituzionale.

In una prima fase il principio è stato invocato a fondamento di dichiarazioni di illegittimità costituzionale di automatismi sanzionatori, ritenuti non conformi al principio in questione nella misura in cui quest'ultimo postula l'adeguatezza della sanzione al caso concreto: tale adeguatezza – lasciando la parola alla sentenza n. 161 del 2018 – “non può essere raggiunta se non attraverso la *concreta valutazione* degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell'illecito”<sup>53</sup>.

Non poche sono le decisioni in cui il sindacato di legittimità costituzionale sulle tipologie e sulla misura delle sanzioni amministrative alla luce del criterio di proporzionalità è stato condotto sotto l'angolo visuale *pressoché esclusivo* del divieto di automatismi legislativi nell'applicazione della sanzione.

In questo quadro non è rilevante appurare se l'oggetto del giudizio sia o meno una sanzione “di seconda generazione” e in quanto tale di elevata afflittività: in alcuni casi il principio di proporzione è stato anzi

---

<sup>50</sup> V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue “insidie”*, cit., p. 374.

<sup>51</sup> Osserva P. INSOLERA, *Oltre le “rime costituzionali obbligate”: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 1/2020, Parte II, partic. p. 43, p. 46 e p. 50, che con la sent. n. 222 del 2018 la Corte abbandona una volta per tutte la proverbiale e talora eccessiva cautela nell'ambito del controllo di proporzione sulle pene edittali, cautela che era stata dettata da principi che l'A. definisce «di struttura ordinamentale», ovvero dalla separazione dei poteri, dalla riserva di legge e dal deficit di legittimazione democratica della Corte.

<sup>52</sup> Benché la Corte abbia appunto chiarito in tale sentenza che nel caso di sproporzione fra sanzione e gravità della condotta l'intervento del Giudice delle leggi è subordinato non all'esistenza nel sistema di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, quanto solo alla condizione delineata sopra nel testo, secondo qualche commentatore la Corte in questa occasione si sarebbe potuta spingere anche molto più in là: cfr. R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 2569, secondo il quale la Corte «avrebbe potuto rendere più completo e penetrante il suo ragionamento» perché «nel momento in cui il principio di rieducazione si combina con il principio di proporzione, le pene fisse finiscono di per sé per porsi irrimediabilmente fuori dal “volto costituzionale” del sistema penale, precludendo qualsiasi valutazione in concreto delle esigenze personalistiche e specialpreventive».

<sup>53</sup> Corsivo nostro.

invocato a fondamento di dichiarazioni di illegittimità costituzionale di automatismi sanzionatori anche in relazione a misure delle quali veniva espressamente negata la natura afflittivo/punitiva<sup>54</sup>.

È soltanto il caso di ricordare che con la nozione di automatismo legislativo – nel cui *genus* può essere ricompresa la *species* dell'automatismo sanzionatorio – si fa riferimento al caso in cui la legge detta norme giuridiche nelle quali il rapporto fra la cosiddetta protasi (“se A”) e la cosiddetta apodosi (“allora B”) non è proporzionato: la legge dispone infatti una conseguenza doverosa precisamente definita.

Insomma, al verificarsi di una fattispecie concreta descritta con precisione dalla norma l'automatismo legislativo fa seguire la conseguenza doverosa altrettanto precisamente definita dalla norma stessa: in questo modo si elimina – sovente sulla base di una presunzione assoluta di legge<sup>55</sup> – l'intervento «casistico» del giudice il quale pure è l'unico soggetto che può stare «a contatto con peculiarità di casi singoli che non si prestano a essere previsti in una pianificazione legislativa»<sup>56</sup>.

Tanto premesso, l'esame di alcuni casi tratti dalla giurisprudenza costituzionale potrà risultare illuminante. A supporto può essere addotto l'esempio della sentenza n. 170 del 2015 in materia di obbligatorietà del trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio.

In questa circostanza era sottoposta al vaglio della Corte una disposizione che stabiliva che il trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio ad opera della Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura “è sempre disposto quando ricorre una delle violazioni previste dall'articolo 2, comma 1, lettera a), nonché nel caso in cui è inflitta la sanzione della sospensione dalle funzioni”: il giudice *a quo* censurava quest'ultima parte della disposizione limitatamente alle parole da “quando ricorre” a “nonché”.

---

<sup>54</sup> ... come nel caso deciso dalla sent. n. 22 del 2018 su cui ci si soffermerà in seguito nel corso di questo scritto.

<sup>55</sup> Per ragguagli sui casi in cui la Corte costituzionale avvalora le presunzioni assolute di legge ricorrendo alla “figura” dell'*id quod plerumque accidit*, ovvero ad un criterio statistico attraverso il quale la Corte «si riduce ad effettuare un generico ricorso a certi dati di comune esperienza presupponendo che essi stiano a base delle scelte legislative sindacate» (così L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, cit., p. 657), cfr. in modo particolare R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, p. 324, il quale rileva che l'*id quod plerumque accidit* serve a «richiamare una realtà “media” dei comportamenti sociali o delle relazioni economiche: si assume, quindi, un criterio di tipo statistico, operando però esclusivamente sulla base di dati generici di comune esperienza... Affine è... quindi l'argomento... per cui il legislatore deve avere una “visione globale” del fenomeno che intende disciplinare, e non gli si può far carico di tener presenti “ipotesi chiaramente marginali?”».

<sup>56</sup> Entrambe le ultime citazioni sono tratte da G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, p. 181. In tema di automatismi legislativi cfr. altresì E. OLIVITO, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttorie ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp. 151 ss., nonché, volendo, A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del Giudice delle leggi*, Bari, 2018, pp. 220 ss. e *ivi* nota 89 per ulteriori riferimenti dottrinali in proposito cui va aggiunto ancora più di recente L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Napoli, 2020, *multis locis* e partic. pp. 179 ss., pp. 256 ss.; A. CARCANO, *Automatismi: tra ragionevolezza e individualizzazione della pena*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 4/2021, pp. 192 ss.

L'autorità giudiziaria rimettente denunciava la violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevolezza e per disparità di trattamento.

Infatti una conseguenza discende dall'indefettibile imposizione di irrogare la sanzione in esame nei confronti di ogni condotta contraria al dovere del magistrato di esercitare le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio oltre che nel rispetto della dignità della persona: si tratta dell'irragionevole equiparazione, sotto il profilo sanzionatorio, di un ampio ventaglio di illeciti disciplinari.

Il Giudice delle leggi rileva che resta, sì, ferma la discrezionalità del legislatore di prevedere l'indefettibile adozione di sanzioni accessorie qualora ciò sia giustificato e dalla peculiarità della situazione fattuale generatrice dell'illecito e dalla sussistente correlazione tra tale situazione e la gravità della sanzione; tuttavia l'ordinamento è orientato verso la tendenziale esclusione di previsioni sanzionatorie rigide la cui applicazione non sia conseguenza di un riscontrato confacente rapporto di adeguatezza con il caso concreto.

Sulla base di queste premesse la Corte osserva che quella di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) costituisce l'unica ipotesi di illecito funzionale cui consegue l'obbligatorio trasferimento ad altra sede o ad altro ufficio del magistrato condannato: di conseguenza, la necessaria adozione di tale sanzione “appare basata su una presunzione assoluta... del tutto svincolata... dalla verifica della sua concreta congruità con il fine... di evitare che, data la condotta tenuta dal magistrato, la sua permanenza nella stessa sede o ufficio appaia in contrasto con il buon andamento della amministrazione della giustizia”.

Un altro caso emblematico è quello della sentenza n. 22 del 2018.

In questa occasione la Corte costituzionale è chiamata a valutare la *quaestio* riguardante una disposizione del Codice della Strada che, così come modificata da un intervento legislativo del 2009, dopo aver previsto nel suo primo comma che “non possono conseguire la patente di guida i delinquenti abituali, professionali o per tendenza e coloro che sono o sono stati sottoposti a misure di sicurezza personali..., le persone condannate per i reati [in materia di stupefacenti] di cui agli artt. 73 e 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, fatti salvi gli effetti di provvedimenti riabilitativi”, stabiliva nel secondo comma che, “se le condizioni soggettive indicate al primo periodo del comma 1 del presente articolo intervengono in data successiva al rilascio, il prefetto provvede alla revoca della patente di guida. La revoca non può essere disposta se sono trascorsi più di tre anni dalla data... del passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati indicati al primo periodo del medesimo comma 1”.

In realtà il giudice *a quo* poneva una duplice questione.

Con la prima questione veniva richiesto alla Corte di accertare la lesione del principio di irretroattività delle sanzioni penali – e delle sanzioni, come quella prevista dalla norma denunciata, da ritenere

sostanzialmente penali in quanto seriamente afflittive – da parte della disposizione in esame, la quale prevedeva l'applicabilità della revoca della patente di guida nei confronti di soggetti condannati per i reati previsti dagli artt. 73 e 74 del d.p.r. n. 309/1990 ancorché commessi in data anteriore a quella di entrata in vigore della novella del 2009.

La seconda questione riguardava l'automatismo della revoca prefettizia che la normativa censurata ricollegava alla condanna per reati, in materia di stupefacenti, con riguardo ai quali la disciplina speciale ai sensi dell'art. 85 dello stesso d.p.r. n. 309/1990 prevede, invece, che sia il giudice penale a decidere l'applicabilità della pena accessoria del ritiro della patente e la sua durata: questo evidenzerebbe, secondo il giudice *a quo*, profili di irragionevolezza e di disparità di trattamento.

Quanto alla prima questione sollevata, la Corte bolla come erroneamente presupposta dal rimettente la natura di “sanzione” della revoca della patente: a differenza del ritiro della patente disposto dal giudice penale ai sensi dell'art. 85 del d.p.r. n. 309/1990, la revoca della patente, nelle ipotesi previste dalla disposizione sottoposta nel caso di specie al vaglio di costituzionalità, non ha natura sanzionatoria, né costituisce conseguenza accessoria della violazione di una disposizione in tema di circolazione stradale, ma rappresenta la constatazione dell'insussistenza sopravvenuta dei “requisiti morali” prescritti per il conseguimento di quel titolo di abilitazione.

Quanto poi alla seconda questione dell'automatismo della revoca della patente da parte dell'autorità amministrativa in caso di sopravvenuta condanna del suo titolare per reati in materia di stupefacenti, la Corte valuta la questione fondata per violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

I giudici costituzionali osservano infatti che la disposizione denunciata, sul presupposto di una indifferenziata valutazione di sopravvenienza di una condizione ostativa al mantenimento del titolo di abilitazione alla guida, ricollega “in via automatica, il medesimo effetto, la revoca di quel titolo, ad una varietà di fattispecie, non sussumibili in termini di omogeneità, atteso che la condanna, cui la norma fa riferimento, può riguardare reati di diversa, se non addirittura di lieve, entità”.

Questi due esempi dimostrano come la Corte fondi la pronuncia di illegittimità costituzionale non sul riconoscimento della natura punitiva e pertanto di sanzione “di seconda generazione” alla sanzione sottoposta al suo sindacato, bensì esclusivamente sull'irragionevolezza dell'automatismo sanzionatorio<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> A dir la verità, mentre nell'ambito delle pene in senso stretto gli automatismi legislativi superano assai difficilmente lo scrutinio di costituzionalità sia per l'operare dell'art. 27, comma 3 Cost. sia per l'incisiva incidenza sui diritti fondamentali con la conseguenza che «al giudice deve essere riconosciuta la (piena) discrezionalità nell'applicazione della norma» (così L. PACE, *Sanzione disciplinare del magistrato e presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 2412, e analogamente cfr. già A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, pp. 4917-4918), non altrettanto può predicarsi in riferimento agli automatismi incorporati nelle sanzioni extra-penali ed *in primis* in quelle disciplinari: questi automatismi possono con più facilità



La sentenza n. 22 del 2018 è emblematica a questo riguardo perché la Corte esplicitamente nega la qualifica non solo di sanzione punitiva, ma ancora più radicalmente di sanzione vera e propria alla revoca della patente: la decisione di incostituzionalità si fonda solo sul dovere del prefetto di disporre la revoca in questione e dunque sul collegamento automatico della revoca ad una varietà di fattispecie tutt'altro che suscumbibili in termini di omogeneità.

### **Segue b) La seconda fase: il principio di proporzione e il ricorso allo scrutinio di ragionevolezza intrinseca analogo a quello svolto in ordine alle sanzioni penali con una fondamentale differenza**

In una seconda fase la giurisprudenza costituzionale muta invece l'angolo visuale dal quale affrontare le questioni di costituzionalità sollevate per la violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni amministrative.

In questa fase infatti la Corte incentra le sue argomentazioni non sull'automatismo sanzionatorio, bensì sull'assodato presupposto secondo cui la sanzione amministrativa produce un effetto punitivo manifestamente sproporzionato in rapporto alla gravità degli illeciti: in altri termini, la Corte applica anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive ed in particolare a quelle "di seconda generazione" il controllo di ragionevolezza di tipo intrinseco già sperimentato per le sanzioni penali e ricordato in precedenza.

Questa seconda fase trova l'esempio maggiormente esponentiale nella sentenza n. 112 del 2019<sup>58</sup>.

In questa decisione la Corte è chiamata a giudicare la costituzionalità della confisca amministrativa del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito di *insider trading* o del loro valore equivalente disposta dalla CONSOB.

Più in particolare, la disposizione censurata prevedeva al comma 1 che "[l]'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente capo importa sempre la confisca del prodotto o del

---

superare lo scrutinio di costituzionalità perché sono giustificati dai compiti essenziali (evidentemente disattesi) che i pubblici funzionari esercitano a garanzia dello Stato di diritto.

<sup>58</sup> La sent. n. 112 del 2019 è quella che meglio esprime questa seconda fase, ma – a giudizio di F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1803 – a voler essere rigorosi si ha l'inizio della fase in questione, perlomeno a livello embrionale, già con la sent. n. 88 del 2019 in cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'automatismo applicativo della sanzione amministrativa della revoca della patente di guida disposta dal giudice in caso di condanna per i delitti non aggravati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali gravi e gravissime, sanzione considerata incompatibile con i principi di eguaglianza e di proporzionalità in relazione alla sua indifferenziata ed automatica applicabilità a tutti i fatti concreti riconducibili alle due figure delittuose in esame. Secondo l'A. «pur in assenza di una specifica motivazione sulla natura "punitiva" della sanzione, l'iter motivazionale seguito dalla Corte, che fa leva essenzialmente sui precedenti in tema di pene fisse, pare qui muovere proprio da questo implicito presupposto, anche in considerazione della natura meramente accessoria della sanzione – in sé significativamente afflittiva, per le restrizioni severe alla vita di relazione e alle stesse possibilità lavorative a carico dell'interessato che ne conseguono – rispetto alla condanna penale, pronunciata contestualmente dal giudice, nonché dell'assenza di alcun obbligo di accertamento nel caso concreto dell'effettiva pericolosità dell'interessato stesso». Per ulteriori ragguagli sulla sent. n. 88 del 2019 cfr. C. PIERGALLINI, *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli self-restraint e imbarazzanti silenzi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pp. 1999-1215.

profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo” e al comma 2 che “[q]ualora non sia possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente”<sup>59</sup>.

Il giudice *a quo* sosteneva che la confisca di somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente non solo al “profitto” ricavato dall'illecito, ma anche al “prodotto” dell'illecito stesso – ritenuto pari alla somma del “profitto” e dei “beni utilizzati per commetterlo” – si risolveva in una sanzione punitiva di carattere sproporzionato rispetto al disvalore dell'illecito in violazione degli artt. 3 e 27 Cost. e comunque in una compressione eccessiva del diritto di proprietà dell'autore dell'illecito in violazione degli artt. 42 e 117, comma 1 Cost. in relazione, quest'ultimo, all'art. 1 Protocollo Addizionale CEDU e agli artt. 17 e 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE).

Il giudice *a quo* chiedeva così alla Corte di dichiarare *tout court* l'illegittimità della disposizione impugnata in relazione alla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere il reato: la dichiarazione di incostituzionalità avrebbe determinato l'applicabilità dell'obbligatorietà della misura ablatoria esclusivamente riguardo al profitto conseguito.

La Corte rileva che il principio di proporzionalità della sanzione “possiede... potenzialità applicative che eccedono l'orizzonte degli automatismi legislativi”.

Più in particolare, analogamente a quanto avviene per le pene in senso stretto anche rispetto alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive, pur se non incidenti sulla libertà personale, non può non porsi un'esigenza di proporzionalità rispetto alla gravità dell'illecito: questo nonostante la Corte osservi che tale esigenza si fonda normativamente sull'art. 3 Cost. in combinato disposto non già – come per le sanzioni penali – con l'art. 27, comma 3 Cost.<sup>60</sup>, bensì con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in

---

<sup>59</sup> Trattasi della confisca amministrativa obbligatoria del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate prevista dall'art. 187, *sexies* d.lgs. n. 58/1998 nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. a) l. n. 62/2005.

<sup>60</sup> La tesi fatta propria dal Giudice delle leggi in dottrina era già stata sostenuta a suo tempo da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, XIX, Torino, 1973, p. 62, secondo il quale i commi 2 e 3 dell'art. 27 Cost. «sono... inequivocabilmente riferibili esclusivamente alla responsabilità penale», nonché da altri autori successivamente (cfr., *inter alios*, C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., pp. 148-151, partic. p. 149, secondo i quali all'estensione analogica del principio fissato dall'art. 27, comma 1 Cost. per il solo diritto penale alle sanzioni amministrative si oppongono tanto rilievi sia di carattere sistematico sia di politica del diritto quanto le sentt. n. 420 e n. 502 del 1987 Corte cost.), mentre diversa l'opinione di M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, p. 83, il quale riteneva fondato sull'art. 27, comma 1 Cost. il principio di personalità della responsabilità amministrativa. Su questo profilo si esprime, di recente, F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 14 dicembre 2020, pp. 3-4, a giudizio del quale «il canone di proporzionalità della sanzione può essere direttamente ricollegato ai principi di personalità e colpevolezza (*Strafzumessungsschuld*) senza che sia realmente necessaria la “mediazione” del riferimento alla funzione rieducativa della pena... Insomma, vi sono solide ragioni teoriche per ritenere che il principio di proporzionalità debba avere rango sovralegislativo anche con riguardo alle sanzioni amministrative proprio in virtù del collegamento con i principi di personalità e colpevolezza».

volta incisi dalla sanzione, ovvero il patrimonio, la libertà di iniziativa economica, il diritto alla vita privata e familiare, i diritti politici ecc...<sup>61</sup>.

In applicazione di questo principio al caso di specie la Corte osserva che nel vigente sistema sanzionatorio degli abusi di mercato la predominante componente punitiva insita nella confisca del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo si aggiunge all'afflizione determinata dalla sanzione amministrativa pecuniaria: tale sanzione è pure di eccezionale severità dal momento che essa può giungere fino ad un massimo di cinque milioni di Euro aumentabili in presenza di particolari circostanze fino al triplo.

Si tratta all'evidenza di sanzioni amministrative "di seconda generazione" in quanto caratterizzate dalla spiccata afflittività.

Da una parte v'è una sanzione pecuniaria di eccezionale severità comunque graduabile in funzione della concreta gravità dell'illecito e delle condizioni economiche dell'autore dell'infrazione; dall'altra parte v'è un'ulteriore sanzione anch'essa di carattere punitivo come quella rappresentata dalla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito che oltretutto non consente prima all'autorità amministrativa e poi al giudice alcuna modulazione quantitativa.

La combinazione tra queste due sanzioni conduce necessariamente, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati<sup>62</sup>.

La Corte in questa pronuncia per la prima volta da un lato "vede oltre" l'angolo visuale degli automatismi legislativi nell'applicare il principio di proporzionalità e dall'altro opera uno scrutinio di ragionevolezza di tipo intrinseco analogo in tutto e per tutto a quello svolto in ordine alle sanzioni penali eccezion fatta, come detto, per i parametri costituzionali di riferimento<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> A tutto ciò – prosegue la Consulta – deve poi affiancarsi l'art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea dal momento che i concetti di "pene" e di "reato" utilizzati in tale disposizione devono essere letti alla luce della nozione sostanziale di materia penale elaborata dalla Corte EDU e fatta propria dalla stessa Corte di Lussemburgo ed ancora dev'essere osservato – rammenta inoltre la Consulta – che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha talvolta ritenuto illegittime confische amministrative – per violazione dell'art. 1 Prot. Addiz. CEDU – aventi ad oggetto l'intero ammontare di denaro che non era stato dichiarato alla dogana e non soltanto l'importo dei diritti doganali evasi: e ciò "proprio in relazione al carattere manifestamente sproporzionato di simili misure rispetto ai pur legittimi fini perseguiti dallo Stato, in relazione alla concreta gravità degli illeciti che di volta in volta venivano in considerazione, tenuto conto anche del fatto che le misure ablativo in questione si sommano alle sanzioni pecuniarie irrogate per l'omessa dichiarazione delle somme" (così la sent. n. 112 del 2019).

<sup>62</sup> La Corte osserva che "simili risultati sono emblematicamente illustrati dal caso oggetto del giudizio a quo, in cui l'autore di una condotta di insider trading è stato punito con una sanzione pecuniaria di 200.000 euro, che si è aggiunta alla confisca per equivalente dell'intero valore delle azioni acquistate avvalendosi di un'informazione privilegiata, pari a ulteriori 149.760 euro, a fronte di un vantaggio economico di 26.580 euro conseguito dall'operazione. A conti fatti, la componente "punitiva" di tale complessiva sanzione – risultante dalla somma tra la sanzione pecuniaria e la confisca di ciò che eccede rispetto al profitto tratto dall'operazione – è qui pari a circa tredici volte tale profitto: un coefficiente che non può che apparire manifestamente eccessivo rispetto ai legittimi scopi di prevenzione generale e speciale perseguiti dalla norma che vieta l'insider trading".

<sup>63</sup> In tema cfr. anche F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 269, nonché già ID., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1805, laddove l'A. rileva che con la sentenza in parola la Corte «compie dunque un sindacato sulla sproporzionalità "intrinseca" di una sanzione amministrativa in rapporto alla gravità dell'illecito, valutata nel contesto

Esiste però una fondamentale differenza rispetto alla giurisprudenza in materia di pene in senso stretto. In quella giurisprudenza il *tertium comparationis*, pur non fungendo più da rima obbligata, viene recuperato come sostituto sanzionatorio necessario al fine di evitare una *lacuna legis* nell'ordinamento, ovvero quale preciso punto di riferimento, rinvenibile nel sistema legislativo, che rappresenta una soluzione esistente idonea ad eliminare o a ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata.

Nella sentenza n. 112 del 2019, invece, il *tertium comparationis* scompare completamente dalla scena.

La Corte infatti decide per l'ablazione *tout court* della disposizione censurata.

A dir la verità, nel caso della sentenza n. 112 del 2019 la Corte non avrebbe potuto ricorrere ad altre soluzioni esistenti nel sistema e costituzionalmente adeguate: questo in virtù dell'assenza nel sistema legislativo di possibili alternative al regime obbligatorio della confisca del prodotto<sup>64</sup>; tuttavia è innegabile che il commiato da qualsiasi schema comparativo ha condotto ad una pronuncia che inevitabilmente sfocia nel merito della legittimità dell'opzione legislativa<sup>65</sup>.

In definitiva, nel caso della sentenza n. 112 del 2019 si verifica l'ablazione del solo segmento della disposizione incriminatrice che prevede la sanzione dichiarata incostituzionale: questa ablazione lascia però sopravvivere altre sanzioni in grado di assicurare la perdurante operatività della disposizione anche dopo la dichiarazione di incostituzionalità *in parte qua*.

È il caso di questa sentenza in riferimento alla confisca del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, che ha lasciato però inalterato l'obbligo di confiscare il profitto, nonché le altre sanzioni, soprattutto quella pecuniaria, previste per l'illecito in questione<sup>66</sup>.

---

della *complessiva* risposta sanzionatoria apprestata dall'ordinamento all'illecito medesimo; un sindacato del tutto simile a quello compiuto in materia di sanzioni penali...».

<sup>64</sup> Non sarebbe potuta venire in considerazione sotto questo profilo neanche l'ipotesi generale della confisca prevista dall'art. 240 cod. pen. che contempla l'ablazione facoltativa del prodotto – unitamente a quella del profitto – del reato: essa infatti presenta comunque i connotati di una sanzione diversa inserita nella materia strettamente penale.

<sup>65</sup> In tali termini cfr. anche R. ACQUAROLI, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte costituzionale*, in *Diritto penale e processo*, n. 2/2020, pp. 201-202, il quale osserva che con la sent. n. 112 del 2019 la Corte «valorizza ulteriormente il proprio ruolo “riformatore”. Il controllo di proporzionalità diventa del tutto autonomo, ed investe esclusivamente la verifica, in concreto, del rapporto di proporzionalità della risposta sanzionatoria complessivamente valutata, cioè risultante dalla sommatoria della sanzione amministrativa pecuniaria e della misura ablatoria prevista dall'art. 187 *sexies*, rispetto agli effetti sul patrimonio dell'autore dell'illecito: nessun riferimento, dunque, ad un *tertium*, ma l'individuazione di criteri orientativi idonei a fondare un controllo di proporzionalità della norma impugnata»: l'A. conclude osservando che in questa sentenza, rispetto in modo particolare all'antecedente sent. n. 222 del 2018 – già citata in precedenza sopra nel testo –, la Corte «eclissa definitivamente qualsiasi riferimento al *tertium comparationis*, entrando nel merito della legittimità dell'opzione legislativa... Soluzione drastica, soprattutto rispetto alla pronuncia del 2018, che pure aveva ad oggetto lo scrutinio delle pene fisse al cospetto del principio di proporzionalità».

<sup>66</sup> Nonostante un'apparente similitudine, la sent. n. 112 del 2019 è assai diversa dalla sent. n. 26 del 1979: in quest'ultima circostanza infatti l'ablazione della disposizione incriminatrice, ovvero del suo segmento che equiparava dal punto di vista sanzionatorio condotte meno gravi ad altre più gravi (rimaste indenni dall'intervento ablatorio), ha fatto riesperire fattispecie comuni di risulta in attesa di un possibile intervento di riordino legislativo dal momento che si è eliminato dalla disposizione incriminatrice del codice penale militare di pace censurata il riferimento all'omicidio tentato, all'omicidio preterintenzionale e alle lesioni in danno del superiore con l'effetto di far rimanere in vita la pena ivi prevista – l'ergastolo – per il solo delitto di omicidio volontario facendo correlativamente riesperire l'applicabilità delle norme

**Segue c) La terza fase: il principio di proporzione e l'annullamento della disposizione ritenuta incostituzionale nella sua parte sanzionatoria senza che sopravviva o che si riespanda un'altra sanzione**

Alla seconda fase così come appena descritta segue una terza fase inaugurata dalla sentenza n. 185 del 2021.

Tale pronuncia da una parte nel *modus operandi* si traduce in una conferma di quanto acquisito nella seconda fase, ma dall'altra parte negli esiti rappresenta una forte novità rispetto a quella fase.

Nell'occasione la Corte era chiamata a valutare la costituzionalità di un comma contenuto in una disposizione inserita nel cosiddetto decreto Balduzzi (d.l. n. 158/2012): al fine di contrastare il preoccupante fenomeno del gioco d'azzardo patologico detto anche ludopatia tale comma prevedeva la sanzione amministrativa fissa di 50.000,00 Euro a carico dei concessionari del gioco e dei titolari di sale giochi e scommesse per la violazione degli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d'azzardo contemplati da altro comma della stessa disposizione.

Il giudice *a quo* innanzitutto prospettava la lesione dell'art. 3 Cost. a causa dell'impossibilità di graduare la risposta sanzionatoria in rapporto al concreto disvalore delle singole violazioni; inoltre l'autorità giudiziaria rimettente lamentava la violazione dell'art. 3 Cost. in combinato disposto con gli artt. 41 e 42 Cost., nonché dell'art. 117, comma 1 Cost. in relazione all'art. 1 del Protocollo Addizionale alla CEDU e agli artt. 16 e 17 CDFUE: più in particolare, l'autorità giudiziaria denunciava come la sanzione in esame potesse, in ragione del rilevante importo, incidere irragionevolmente sia sul diritto di proprietà dell'autore dell'illecito sia sul suo diritto di esercitare liberamente un'attività d'impresa dal momento che soprattutto nel caso di un esercizio commerciale di modeste dimensioni tale sanzione sarebbe stata in grado di produrre un'irreversibile crisi aziendale.

La Corte costituzionale ha accolto le questioni sollevate in relazione all'art. 3 Cost. in combinato disposto con gli artt. 42 e 117, comma 1 Cost. in relazione all'art. 1 del Protocollo Addizionale alla CEDU.

Il Giudice delle leggi conferma l'orientamento assunto nella precedente sentenza n. 112 del 2019.

Non è un caso, d'altra parte, che i giudici costituzionali anche nella sentenza n. 185 del 2021 ancorino il principio di proporzionalità in riferimento alle sanzioni amministrative non già nell'art. 3 Cost. in combinato disposto con l'art. 27, comma 3 Cost.<sup>67</sup>, ma nell'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti a volta a volta incisi dalla sanzione: diritti che, nel caso

---

del codice penale comune per le fattispecie espunte dalla disposizione. Sottolinea opportunamente la differenza fra le due sentenze anche F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 280-281. Il profilo in esame sarà affrontato più avanti nel corso di questo scritto (cfr. la nota 91 e il testo sopra).

<sup>67</sup> ... laddove enuncia i principi – riferibili alla sola materia penale in senso stretto – di personalità della responsabilità e della funzione rieducativa della pena.

specifico all'esame della Consulta, il giudice *a quo* identifica nel diritto di proprietà e nella libertà di iniziativa economica.

Sulla base del predetto postulato la Corte costituzionale esamina la questione specificamente sottoposta. La Corte osserva che la disposizione censurata punisce indistintamente l'inosservanza di plurimi obblighi di condotta con una sanzione amministrativa pecuniaria non solo di considerevole severità, ma anche fissa<sup>68</sup>.

Il Giudice delle leggi si rifà alla propria precedente giurisprudenza in materia di pene fisse in precedenza ricordata e la estende alle sanzioni amministrative a carattere punitivo: da ciò consegue l'esigenza di verificare se anche le infrazioni meno gravi tra quelle comprese nel perimetro applicativo della previsione sanzionatoria “siano connotate da un disvalore tale da non rendere manifestamente... sproporzionata la sanzione amministrativa [comminata]”<sup>69</sup>.

In applicazione del postulato al caso sottoposto al suo esame la Corte rileva che la fissità del trattamento sanzionatorio impedisce di tener conto della diversa gravità concreta dei singoli illeciti, che è in funzione dell'ampiezza dell'offerta di gioco e del tipo di violazione commessa. Un conto è l'omissione delle formule di avvertimento in schedine o in tagliandi di giochi soggetti ad ampia diffusione; altro conto sono le inadempienze relative a sale da gioco o esercizi in cui vi sia offerta di giochi pubblici: in questa ipotesi la gravità varia in modo rilevante in funzione della dimensione e dell'ubicazione della sala o dell'esercizio, del grado di frequentazione, del numero di apparecchiature da gioco presenti e della circostanza che si sia di fronte a una violazione totale o, invece, solo parziale degli obblighi previsti.

---

<sup>68</sup> Osservano C.E. PALIERO - A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano, 1989, p. 358, che la sanzione amministrativa pecuniaria fissa è la «programmatica negazione di ogni discrezionalità» perché manca uno “spazio intermedio” apprezzabilmente – ancorché non eccessivamente – ampio entro cui l'organo “giudicante” possa discrezionalmente fissare il *quantum* di sanzione corrispondente sia alla gravità obiettiva sia alle peculiarità soggettive del caso concreto: questo tanto più che il sistema amministrativo a differenza di quello penale non conosce neppure – fatte salve sporadiche eccezioni nella legislazione regionale – l'istituto delle circostanze che in qualche misura sarebbe ben idoneo ad adattare la sanzione alle peculiarità del caso concreto sia pure al di fuori della cornice edittale.

<sup>69</sup> Questa specifica affermazione della Corte è ripresa testualmente dalla sent. n. 212 del 2019 in cui la Corte, chiamata ad esaminare una questione di costituzionalità di una disposizione che punisce la commercializzazione di prodotti sementieri privi di requisiti o contrari a divieti con il pagamento di una somma pari a 40 Euro per ogni quintale o frazione di quintale di prodotti sementieri e comunque non inferiore a 4.000,00 Euro, ha compiutamente enunciato il test volto a assodare se anche le infrazioni meno gravi siano connotate da un disvalore tale da non rendere manifestamente irragionevole o sproporzionata la sanzione amministrativa. Come è stato opportunamente sottolineato in dottrina da L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 4 ottobre 2021, pp. 1 ss., in questa circostanza – in cui si censurava in realtà non tanto una sanzione fissa, ma quanto e piuttosto l'elevatezza del minimo edittale della sanzione – la Corte ha potuto con una certa facilità affermare che “una 'quota di fissità' della sanzione è... connaturale a qualsiasi minimo edittale” e concludere che “tale minimo, fissato dal legislatore con la finalità di valorizzare le produzioni di qualità italiane” e di “rafforzare l'azione di repressione delle frodi alimentari”, non appariva manifestamente irragionevole o sproporzionato atteso che, in assenza di una soglia minima elevata, la disposizione sarebbe stata priva di efficacia deterrente punendo le condotte di commercializzazione vietate con il pagamento dell'irrisoria somma di 40,00 Euro per quintale.

Proprio le predette considerazioni fanno sì che la reazione sanzionatoria risulti manifestamente sproporzionata per eccesso rispetto al disvalore concreto di fatti pure ricompresi nella sfera applicativa della norma<sup>70</sup>.

Il vero elemento di novità di tale pronuncia risiede nell'esito dello scrutinio di costituzionalità operato dalla Corte: un esito diverso tanto da quello che ha caratterizzato le più recenti decisioni della Corte, su cui ci si è in precedenza soffermati, relative alle sanzioni penali, quanto da quello che ha caratterizzato la sentenza n. 112 del 2019.

Procedendo con ordine, in primo luogo l'esito dello scrutinio effettuato dai giudici costituzionali nella sentenza n. 185 del 2021 non corrisponde affatto a quello a cui ha condotto il sindacato di ragionevolezza di tipo intrinseco proprio delle sanzioni penali.

Tale sindacato ha condotto il Giudice delle leggi ad adottare sentenze manipolative e più in particolare sostitutive con cui è stato individuato un trattamento sanzionatorio in grado di sostituirsi a quello dichiarato incostituzionale anche al di fuori dello schema tradizionale delle rime obbligate, ma sulla base di precisi punti di riferimento offerti dal sistema normativo vigente e nel rispetto di un sempre possibile intervento legislativo di diverso contenuto purché conforme alla Costituzione.

Nel caso della sentenza n. 185 del 2021 il giudice *a quo* si era limitato a denunciare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata senza indicare affatto se ed eventualmente in che termini la lacuna conseguente alla sua ablazione potesse essere colmata.

Proprio per questo motivo l'Avvocatura generale dello Stato aveva eccepito l'inammissibilità della questione sollevata perché, in caso di suo accoglimento, comportamenti "di incontestabile gravità", quali quelli considerati e incidenti sulla tutela del fondamentale diritto alla salute, sarebbero rimasti privi di qualsiasi sanzione. Pertanto l'Avvocatura eccepiva la creazione, giudicata "inammissibile", di un vuoto normativo che, in attesa di una nuova previsione legislativa, non sarebbe stato colmato da altra disposizione vigente.

La Corte costituzionale rigetta questa eccezione sulla base del principio secondo il quale non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina da essa derivante in ordine a determinati rapporti: in base a tale principio spetta, laddove ne ricorrano le condizioni, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo grazie all'uso degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; compete, invece, al legislatore provvedere a disciplinare,

---

<sup>70</sup> La Corte osserva che ciò è esemplarmente attestato dal caso oggetto del giudizio *a quo*: nella specie, il titolare di un bar, nel quale è presente un unico apparecchio da gioco, si trova esposto all'applicazione di una sanzione di 50.000,00 Euro per il solo fatto di non aver esposto in modo visibile nel locale una targa di avvertimento sui rischi della dipendenza da gioco d'azzardo; tutto questo, peraltro, pur essendo lo stesso risultato adempiente nei confronti degli altri obblighi posti a suo carico in chiave di prevenzione delle ludopatie fra cui quello di esposizione del materiale informativo in materia predisposto dall'azienda sanitaria locale.

nel modo più sollecito e più opportuno, gli aspetti che necessitano, in conseguenza della decisione stessa, di apposita regolamentazione.

La Corte rileva che tale principio è riferibile anche ai casi in cui lo scrutinio di legittimità costituzionale verta su una disposizione sanzionatoria e le censure investano l'entità o la strutturazione del trattamento punitivo.

A questo proposito i giudici costituzionali si rifanno ad una precedente decisione lontana nel tempo, ovvero alla sentenza n. 218 del 1974 in cui la Corte, nel dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione penale in ragione della sua cornice edittale, non esitò, in effetti, a rimuovere puramente e semplicemente la disposizione sottoposta a scrutinio lasciando al legislatore il compito di rimodulare la sanzione in accordo con i principi costituzionali: in quell'occasione infatti fu censurata l'omologazione, nel medesimo trattamento sanzionatorio, di violazioni di gravità palesemente diversa in tema di obbligo di assicurazione per l'esercizio dell'attività venatoria.

La Corte a questo punto precisa che l'esigenza di far ricorso ad una pronuncia di tipo manipolativo, che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, è imprescindibile solo qualora la lacuna di punibilità, conseguente a una pronuncia ablativa e incolmabile tramite l'espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, si riveli foriera di "insostenibili vuoti di tutela" per gli interessi protetti dalla norma incisa.

Il ricorso alla suddetta pronuncia manipolativa è dovuto nell'ipotesi in cui da quella lacuna di punibilità derivi una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione: il tutto con conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali.

In una simile ipotesi il vuoto normativo conseguente alla rimozione pura e semplice della disposizione scrutinata non sarebbe tollerabile neppure temporaneamente: ciò tanto più considerando che un intervento legislativo inteso a colmare la lacuna, per quanto immediato potesse essere, opererebbe comunque necessariamente soltanto per il futuro in virtù dell'inderogabile principio di irretroattività della disposizione sfavorevole in materia punitiva.

Tale intervento legislativo non avrebbe, quindi, alcun effetto sui fatti pregressi, i quali, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale, diverrebbero automaticamente e definitivamente privi di ogni rilievo penale perfino in presenza di una sentenza irrevocabile di condanna i cui effetti, ai sensi dell'art. 30, comma 4 l. n. 87/1953, verrebbero a cessare: disciplina, questa, da ritenere riferibile anche ai fatti colpiti con sanzioni amministrative a carattere punitivo in base a quanto disposto nella recente sentenza n. 68 del 2021 della Corte costituzionale.



La Corte chiarisce dunque che è proprio in tali casi che la rimozione della lesione costituzionale resta necessariamente condizionata all'individuazione di soluzioni sanzionatorie che – anche al di fuori del tradizionale schema delle rime obbligate e sia pure nel rispetto dei limiti ai poteri della Corte che escludono interventi di tipo “creativo” – possano sostituirsi a quella censurata.

Tuttavia una simile ipotesi non è ravvisabile nella fattispecie *de qua*: la tutela della salute, nella cui cornice si inscrivono le misure intese a contrastare il gioco d'azzardo patologico, è, sì, un obiettivo di sicuro rilievo costituzionale e i precetti sanzionati dalla disposizione censurata sono, sì, in grado di svolgere un ruolo indubbiamente apprezzabile in questo contesto<sup>71</sup>; tuttavia si resta pur sempre, come osserva la Corte, di fronte a condotte “sensibilmente antecedenti la concreta offesa all'interesse protetto: discutendosi di inosservanze a obblighi informativi, o di 'richiamo dell'attenzione', a carattere preventivo (apposizione di formule di avvertimento su schedine, tagliandi o apparecchi da gioco, affissione di targhe, messa a disposizione di materiale informativo), finalizzati a mettere sull'avviso chi già pratica, o sarebbe intenzionato a praticare, forme di gioco consentite dalla legge sulle possibili derive patologiche di tale pratica”.

La Corte rileva in conclusione come il deficit di tutela conseguente all'ablazione della disposizione denunciata non attinga a quei livelli che rendono indispensabile la ricerca – e l'indicazione da parte del giudice rimettente – di soluzioni sanzionatorie alternative, costituzionalmente adeguate, suscettibili di essere sostituite, ad opera della Corte, a quella sospettata di illegittimità costituzionale in attesa di un intervento legislativo.

La Corte dunque ha inaugurato un nuovo orientamento della propria giurisprudenza improntato al carattere residuale del ricorso alle decisioni manipolative in ordine al trattamento sanzionatorio, quanto meno nelle ipotesi di illegittimità costituzionale di disposizioni sanzionatorie relative a condotte “sensibilmente antecedenti la concreta offesa all'interesse protetto”<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Sugli interessi e sui beni sottesi alla normativa relativa alle attività imprenditoriali nel settore del gioco d'azzardo cfr. R. CHIEPPA, *Gioco d'azzardo: rischio e pericoli, ritardi e timidezza dello Stato e competenza delle Regioni e Comuni nelle azioni di contrasto alle dilaganti patologie (ludopatia o gap)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, spec. p. 1121, il quale mette in evidenza la prevenzione di rischi economici ed insieme socio-sanitari per gli utenti del servizio con conseguenti oneri con particolare riferimento ai soggetti più deboli ed esposti ai pericoli di ludopatia (o gioco d'azzardo patologico), quali i minori di età e gli anziani.

<sup>72</sup> Così si esprime anche L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, cit., pp. 1 ss., secondo la quale tale residualità «sembra fare da *pendant* all'estendersi del sindacato di proporzionalità intrinseca della Corte alle sanzioni amministrative. A fronte di un controllo più esteso, si prefigura un intervento meno manipolativo della Corte, quantomeno in tutte quelle ipotesi (che potrebbero essere numerose rispetto alle sanzioni amministrative) di incostituzionalità di norme sanzionatorie poste a presidio di “condotte sensibilmente antecedenti la concreta offesa all'interesse protetto”». In senso contrario si esprime invece C. DE LUCA, *La Corte costituzionale torna sulle “rime possibili”: un'insolita pronuncia di mero accoglimento per caducare una sanzione amministrativa fissa (Osservazioni a margine della sent. n. 185 del 2021)*, in *Consulta on line*, n. III/2021, p. 1017 e *ivi* nota 19, secondo la quale «nella logica della sentenza... sarebbe comunque praticabile (o forse addirittura preferibile?) il provvedere, anche in ipotesi come quella esaminata, con una pronuncia manipolativa a rime possibili, qualora vi fossero sufficienti elementi normativi cui ancorare l'operatività di tale schema. Non pare quindi che la decisione in commento prelude a un vero e

La Corte ha optato per la tecnica della pura e semplice ablazione dell'intera disposizione.

Forse su questa scelta possono avere pesato le feroci critiche ricevute dalla Corte in merito alla sua recente giurisprudenza in tema di sindacato sul *quantum* delle sanzioni penali.

Quella recente giurisprudenza infatti, pur salutata con favore da alcuni studiosi<sup>73</sup>, è stata però sottoposta a varie e forti obiezioni da altri commentatori.

Più in particolare, si è così rilevato che la Corte attraverso la proporzionalità ha tramutato il sindacato di costituzionalità in un giudizio sostanzialmente libero: «la costruzione della norma conseguente all'applicazione della ragionevolezza – che sia chiaro, causa sempre un trauma al principio di divisione dei poteri – sganciata da parametri prestabiliti, diventa il risultato dell'esercizio giurisdizionale di una funzione legislativa»<sup>74</sup>. Con particolare riguardo alla sentenza n. 222 del 2018<sup>75</sup> viene osservato che essa ha superato «tutti i limiti»<sup>76</sup> e più in particolare i seguenti: ha scardinato la consolidata regola delle rime obbligate come limite agli interventi additivi in materia penale; ha rivitalizzato «la residuale e problematica categoria delle decisioni sostitutive»<sup>77</sup> per introdurre, in luogo della disposizione vigente, una norma riscritta integralmente; ha stabilito il principio per il quale «qualsiasi disciplina esistente [può] fungere, diciamo così, da *tertium*»<sup>78</sup> e ha così ridotto la ragionevolezza «a proporzionalità a rime libere»<sup>79</sup>; ha costruito «una diversa norma sanzionatoria proporzionata e personalizzata ma del tutto priva di un

---

proprio atteggiamento di autocontenimento della Corte rispetto al suo più recente (e discusso) indirizzo della giurisprudenza a “rime possibili”».

<sup>73</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., pp. 176-177, secondo i quali attraverso questo recente orientamento la Corte ha dato prova di saper svolgere un giudizio di giustizia-giustizia della legge inteso come giudizio di adeguatezza rispetto alla funzione sociale della legge, ovvero quale giudizio nel quale «entra la considerazione dei casi della vita e delle loro esigenze normative»: è noto, peraltro, che gli Autori distinguono in seno al vizio di arbitrarità della legge, ovvero quel vizio in cui incorrono tutte le «leggi contro la natura del diritto» (p. 162), l'irrazionalità – la cui verifica si svolge secondo il classico schema triadico e dunque con il *tertium comparationis* «come pietra di paragone che consente di cogliere l'eventuale “rottura” logica dell'ordinamento» (p. 166) –, l'irragionevolezza – il cui controllo avviene con il cosiddetto test di proporzionalità il quale sostanzialmente si esplica nella valutazione dell'eventuale eccedenza dei mezzi rispetto ai fini perseguiti dal legislatore ed impone i “bilanciamenti”, ovvero che «siano preferiti i mezzi che meno sacrificano gli altri beni costituzionali eventualmente coinvolti dalla legge» (p. 171) – e, appunto, la giustizia-giustizia. Sembra “salvare” l'operazione compiuta dalla Corte costituzionale, fra gli ultimi, anche I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in *Consulta on line*, n. III/2021, pp. 1003-1006.

<sup>74</sup> A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 264. In senso critico sulla tesi di Andrea Morrone cfr. in modo particolare R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, pp. 757 ss.; E. CHELLI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, pp. 777 ss.

<sup>75</sup> ... ma con osservazioni estese anche alle altre decisioni che sono state citate in precedenza sopra nel testo ed in particolare alla sent. n. 40 del 2019: vedasi A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, op. cit., p. 268 nota 39.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 268.

referente oggettivo e omogeneo»<sup>80</sup>; in sostanza la Corte «si sostituisce ormai al legislatore: stabilisce il disvalore sociale di una condotta individuale e, quindi, prescrive la relativa sanzione...»<sup>81</sup>.

Sempre con tono critico si è sostenuto che occorrono cautela e circospezione nel maneggiare il controllo costituzionale della dosimetria delle sanzioni penali perché «l'assenza di riferimenti certi rischia di trascinare il giudizio costituzionale su terreni così marcatamente qualificati, dal punto di vista assiologico, da rendere “politica” anche la decisione della Corte, se non nelle intenzioni certamente negli effetti. In particolare, se si supera la teoria delle “rime obbligate”, la sostituzione della pena incostituzionale assume una connotazione “*paralegislativa*”, più che *giurisdizionale*, e richiede un'argomentazione “atipica” per la Corte delle leggi. Insomma, è possibile lo sconfinamento nel campo di competenza del legislatore ed è alto il rischio di scelte alquanto opinabili *nel merito*»<sup>82</sup>.

Come osservato poco sopra, proprio per evitare queste critiche la Corte può essere stata indotta ad emettere la decisione di accoglimento “secco” la quale implica la conseguenza di creare, rispetto alla situazione preesistente, una vera e propria lacuna<sup>83</sup>.

Soluzione, questa, effettivamente adottata già nella lontana sentenza n. 218 del 1974 relativa peraltro a incriminazioni in materia venatoria di importanza pratica del tutto marginale<sup>84</sup> e la cui scomparsa dall'ordinamento dunque «non provocava evidentemente alcuna inquietudine alla Corte»<sup>85</sup>: quest'ultima, insomma, non avvertì come problematico il travolgimento dell'intera disposizione incriminatrice per effetto dell'irragionevolezza della sanzione comminata.

E questo porta ad osservare una differenza fra la sentenza n. 185 del 2021 e la sentenza n. 112 del 2019.

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 268, con considerazioni ribadite in A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, n. 12/2021, p. 198, laddove P.A. osserva che «l'accantonamento delle rime obbligate sposta l'apprezzamento (tutto politico) del disvalore sociale, sotteso alla scelta criminale e sanzionatoria, dal legislatore al giudice costituzionale. Non sembra sufficiente replicare che quella valutazione debba lasciare il posto alla tutela delle posizioni individuali pregiudicate dalla fattispecie sanzionatoria o dispositiva, in vista della tutela di una “zona franca”: andrebbe quantomeno svolto un bilanciamento tra esigenze contrapposte e non dato per scontato che i diritti individuali prevalgano sui beni fondamentali individuati di volta in volta dagli organi elettivi».

<sup>82</sup> Così F. CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 300 del 1990*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 1243. Per una specifica critica nel medesimo senso alla sent. n. 222 del 2018 cfr. P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo “riformatore” della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e processo*, n. 2/2019, p. 219, secondo il quale con tale sentenza «per reagire ad una rigidità irragionevole si costruisce una discrezionalità giudiziale dai contorni troppo ampi. In questo modo si apre la strada a decisioni del caso concreto che possono presentare, a loro volta, un non irrilevante tasso di irragionevolezza».

<sup>83</sup> Una «lacuna del diritto» la definisce R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, p. 14, il quale osserva da un lato che col termine “diritto” si deve denotare quel complesso di regole a cui il giudice può e deve richiamarsi al fine di decidere una determinata controversia e dall'altro che di fronte a tale lacuna del diritto il legislatore normalmente non interviene dando così vita ad una vera e propria omissione, ovvero ad una «carezza di disciplina che può rivelarsi (più o meno) lunga nel tempo e pericolosa negli effetti a seconda del settore normativo interessato e dell'ampiezza (ed importanza) del “vuoto” creato dalla dichiarazione d'incostituzionalità» (p. 15).

<sup>84</sup> In tal senso cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 77.

<sup>85</sup> Così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, op. cit., p. 280.

In quest'ultima occasione la Corte procede, sì, all'ablazione del segmento della disposizione che prevede la sanzione dichiarata incostituzionale, ma lascia sopravvivere altre sanzioni in grado di assicurare la perdurante operatività della disposizione stessa anche dopo la dichiarazione di incostituzionalità *in parte qua*.

È proprio il caso della sentenza n. 112 del 2019 in ordine alla confisca del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, che ha lasciato però inalterato l'obbligo di confiscare il profitto, così come le altre sanzioni previste per l'illecito in questione.

Nel caso della sentenza n. 185 del 2021 invece non sopravvive – né si riepande, come si dirà più oltre – alcun'altra sanzione in grado di garantire la perdurante operatività della disposizione anche a seguito della dichiarazione di incostituzionalità *in parte qua*: dall'accoglimento della questione di legittimità costituzionale è infatti “venuta in vita” una *lex imperfecta*<sup>86</sup>, ovvero un desanzionamento delle violazioni degli obblighi informativi sui rischi di cadere nella dipendenza previsti dal legislatore a carico dei concessionari del gioco e dei titolari delle sale.

Si potrebbe così osservare che nell'ottica del disegno dei Costituenti in cui la decisione di accoglimento «era... stata prefigurata come l'*incipit* della risoluzione del problema di costituzionalità, non come sua chiusura»<sup>87</sup> la sentenza n. 185 del 2021 «si limita in effetti ad aprire il processo correttivo, rimettendosi per il resto alla volontà del legislatore»<sup>88</sup>: in altri termini, il Giudice delle leggi nel porre il Parlamento dinanzi alle sue “responsabilità” non ha fatto altro che raccogliere l'invito di coloro i quali in passato hanno sostenuto che «se ravvisa l'illegittimità costituzionale di una norma di legge [la Corte costituzionale] la deve annullare e non può fare altro»<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Non è un caso che in passato – in riferimento alle sanzioni penali ma con osservazioni suscettibili di estensione ovviamente anche a quelle amministrative – in dottrina si sia rilevato come la sentenza di accoglimento puro e semplice «difficilmente sarebbe... seguita dalla Corte per il timore di privare di fatto la fattispecie... di una qualunque sanzione»: così M. RUOTOLO, *Un caso di «irragionevole» ragionevolezza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 856 ed analogamente cfr. già M. LUCIANI, *Una legislazione penale più coerente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 372.

<sup>87</sup> Così C. DE LUCA, *La Corte costituzionale torna sulle “rime possibili”*, cit., p. 1015.

<sup>88</sup> Così sempre C. DE LUCA, *La Corte costituzionale torna sulle “rime possibili”*, op. cit., p. 1016.

<sup>89</sup> Così T. ANCORA, *La Corte costituzionale e il potere legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, pp. 3841-3842, secondo il quale non compete alla Corte costituzionale «paventare il vuoto che si crea nell'ordinamento giuridico: c'è un altro organo che deve avvertire la responsabilità a provvedere, cioè il Parlamento o il Governo con decreto-legge (e questo è uno dei casi in cui è utile il ricorso a tali atti legislativi di urgenza). Inoltre non si deve neanche trascurare che esiste una comunicativa tra i supremi organi dello Stato e quindi il Governo e il Parlamento non sempre sono presi alla sprovvista dalle decisioni della Corte, e che i tempi di pubblicazione delle sentenze possono venire graduati per dare tempo all'organo che deve provvedere». In senso critico su questa tesi cfr. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., pp. 17 ss., il quale osserva che la Corte deve tener conto dell'impatto ordinamentale delle sue pronunce ed in modo particolare delle conseguenze probabili di una lunga carenza di norme su di una data materia tanto più che, contrariamente a quanto accade per qualsiasi giudice, le decisioni di accoglimento della Consulta hanno efficacia *erga omnes* e non sono impugnabili.

Che la sentenza in questione, secondo quanto sostenuto in dottrina<sup>90</sup>, sia suscettibile di critiche è affermazione solo in parte condivisibile.

Non v'è dubbio da un lato che un dispositivo che avesse inciso unicamente sulla rigidità della previsione sarebbe risultato probabilmente meno traumatico e dunque più proporzionato: è accaduto invece che, nonostante ad essere in contrasto con il dettato costituzionale, secondo l'opinione della stessa Corte, fosse la fissità della sanzione a fronte di una gamma troppo diversificata di casi concreti, la pronuncia ha indistintamente e drasticamente rimosso *tout court* la sanzione.

Dall'altro lato poi la valutazione della Consulta sulla tollerabilità di vuoti di tutela consegue ad un giudizio sul grado di offensività delle condotte sanzionate che pare connotato in senso oggettivamente poco predeterminabile.

Tuttavia è fuori discussione che l'ablazione pura e semplice della disposizione ritenuta incostituzionale nella sua parte sanzionatoria senza che sopravviva – come invece avviene nel caso, già visto, della sentenza n. 112 del 2019 – o anche che si riespanda – come invece accade nel caso, ad esempio, della sentenza n. 26 del 1979<sup>91</sup> – un'altra sanzione è l'unica soluzione che non presenta gli “inconvenienti” di seguito esposti.

In primo luogo l'ablazione pura e semplice della disposizione ritenuta incostituzionale nella sua parte sanzionatoria senza che sopravviva o che si riespanda un'altra sanzione è la sola soluzione che non si espone all'accusa di manipolatività rispetto a tutte le altre astrattamente possibili<sup>92</sup> ed in modo particolare rispetto al controllo di ragionevolezza di tipo intrinseco<sup>93</sup>: tale controllo modifica infatti le scelte sanzionatorie compiute dal legislatore in relazione ad una parte del trattamento sanzionatorio<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Cfr. le osservazioni di C. DE LUCA, *La Corte costituzionale torna sulle “rime possibili”*, cit., pp. 1018-1019.

<sup>91</sup> In quell'occasione il venir meno della disposizione determinò la mera automatica riespansione di altra disposizione coesistente dotata comunque di idoneo apparato sanzionatorio di talché la pronuncia di incostituzionalità non determinò alcun significativo vuoto di tutela: nel caso di specie infatti fu dichiarata l'incostituzionalità di alcune ipotesi di violenza contro il superiore previste dal codice penale militare di pace il cui ambito applicativo, però, fu semplicemente occupato dalle corrispondenti norme del codice penale comune in materia di tentato omicidio, omicidio preterintenzionale e lesioni personali. Vedasi quanto in proposito già detto nella nota 66. Un altro caso abbastanza simile ancorché non identico è quello consistente nell'eliminazione *tout court* del minimo edittale sperimentata nella sent. n. 341 del 1994 in materia di reato di oltraggio per effetto della quale è risultata applicabile la *lex generalis* di cui all'art. 23 cod. pen. che fissa la durata minima della reclusione in mancanza di diversa statuizione in 15 giorni: come osserva F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 287-288, si tratta di *automatico adattamento* della disciplina in conseguenza del venir meno della parte di disposizione dichiarata illegittima benché si tratti di operazione attuata senza traumi nel caso di una norma incriminatrice a bassa offensività come l'oltraggio, ma di certo non praticabile in maniera generalizzata anche perché nell'ordinamento italiano la pur necessaria discrezionalità del giudice nella determinazione della pena nel caso concreto deve anch'essa essere contenuta entro una cornice legislativa non esageratamente ampia pena la violazione del principio di legalità della pena.

<sup>92</sup> Per un elenco accurato ed esaustivo di queste altre soluzioni astrattamente praticabili caratterizzate nel senso del carattere manipolativo cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, op. cit., pp. 279 ss.

<sup>93</sup> ... ed in parte anche in riferimento al controllo di ragionevolezza di tipo estrinseco: per la motivazione di quanto appena osservato cfr. la nota 26.

<sup>94</sup> Sembra avallare come manipolativo, sì, ma comunque quale ammissibile il controllo di ragionevolezza di tipo intrinseco F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 292-293 nota 204, secondo il quale si tratta di un'operazione

In secondo luogo l'ablazione pura e semplice della disposizione ritenuta incostituzionale nella sua parte sanzionatoria senza che sopravviva o che si riespanda un'altra sanzione è una soluzione che non si espone all'"inconveniente" nel quale secondo una parte della dottrina incorre invece il controllo di ragionevolezza di tipo intrinseco: la decisione sostitutiva, con cui la Corte individua il sostituto sanzionatorio quale soluzione adeguata, nella misura in cui si pone come vincolante nei confronti del giudice di merito nega, a detta di alcuni commentatori<sup>95</sup>, a quest'ultimo la libertà di interpretazione e di applicazione del diritto derivante dall'accoglimento manipolativo «imponendogli come dovrebbe esercitare la funzione giurisdizionale»<sup>96</sup>.

D'altra parte, è ben vero che, come già anticipato, crea inevitabilmente lacune di tutela la soluzione consistente nell'ablazione pura e semplice della disposizione incriminatrice nella sua parte sanzionatoria che non lascia sopravvivere o riespandere un'altra sanzione: in effetti, pur nell'ipotesi di un immediato e rapido intervento legislativo successivo alla sentenza della Corte volto a ripianare la lacuna così creata, in ogni caso "i buoi sarebbero ormai scappati dalla stalla" perché ogni dichiarazione di incostituzionalità ha un effetto definitivo sui fatti pregressi che divengono *ipso iure* irrilevanti<sup>97</sup> e travolge, anzi, anche le sentenze passate in giudicato sicché la nuova legge potrebbe produrre effetti solo per il futuro.

Tuttavia non sempre le lacune di tutela si creano rispetto a condotte meritevoli di essere sanzionate in settori in cui è acuto il bisogno di proteggere beni giuridici di particolare rilievo per i loro titolari e per l'intera collettività; tali lacune possono formarsi nei riguardi di condotte poste a protezione di beni giuridici che un siffatto rilievo per i loro titolari e per l'intera collettività non posseggono oppure di condotte che – come nel caso in esame – sono, sì, in teoria in grado di porre in pericolo beni giuridici di

---

fatta in via di *analogia iuris*. L'A. osserva che l'uso del procedimento analogico da parte della Corte costituzionale in materia di diritto penale non deve scandalizzare trattandosi qui non di avallare un uso – evidentemente inammissibile (su ciò cfr. la recente sent. n. 98 del 2021 della Corte costituzionale sulla quale vedasi, volendo, A. BONOMI, *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un unicum*, in *Consulta on line*, n. III/2021, pp. 881-917) – del procedimento analogico da parte del giudice comune a danno dell'imputato, ma di descrivere la struttura logica del procedimento utilizzato dalla Corte costituzionale per ricavare dal sistema una regola più favorevole per l'imputato utilizzabile per colmare una lacuna creata dalla propria stessa pronuncia, che ha eliminato una regola incostituzionale e più sfavorevole, in attesa che il legislatore possa e voglia intervenire dettando una regola in ipotesi più congrua, ma finalmente conforme alla Costituzione: il che – osserva conclusivamente lo stesso A. – «pare ben lungi dal poter essere considerato eversivo dei principi personalistici, posto che il divieto di analogia *non vieta l'analogia a favore del reo*, quanto meno secondo la dottrina assolutamente maggioritaria... L'alternativa sarebbe, d'altronde, quella che la Corte ha ritenuto di non poter più ulteriormente tollerare: e cioè quella di *lasciare le cose come stanno*, permettendo ai giudici comuni – nell'adempimento del loro dovere di applicare la legge – di *continuare ad applicare pene incostituzionali*».

<sup>95</sup> In senso contrario alla tesi patrocinata da questi commentatori vedasi però quanto da noi sostenuto in altra sede a cui, volendo, si rinvia: cfr. A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali*, cit., pp. 41 ss., pp. 44 ss.

<sup>96</sup> Così A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., p. 264.

<sup>97</sup> ... a meno che il fatto non risulti comunque sanzionato amministrativamente ai sensi di una diversa disposizione il che però non è affatto scontato che accada. In dottrina cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, p. 140, la quale osserva che a seguito della mera ablazione della disposizione «il legislatore potrebbe non intervenire tempestivamente; comunque, si getterebbe un alone di incertezza su tutte le condotte aggressive tenute *medio tempore*, e anche su quelle anteriori... Insomma, gli effetti dell'annullamento puro e semplice possono essere penetranti e non interamente controllabili, malgrado il rilievo dei beni giuridici in gioco».

rilevante spessore, ma in pratica a ciò non risultano idonee: esse si situano infatti in una fase di molto antecedente la concreta lesione agli interessi tutelati.

In questo caso l'intervento caducatorio "secco" sul modello del legislatore negativo «di kelseniano sapore»<sup>98</sup> operato dalla Corte può essere ritenuto il male minore tanto rispetto a soluzioni connotate nel senso della manipolatività – qual è quella utilizzata nella sua più recente giurisprudenza dalla Corte in materia di sanzioni penali – quanto nei riguardi della soluzione di trincerarsi dietro l'inammissibilità della questione: questo avviene attraverso una pronuncia che riconosce sì nella sostanza la fondatezza delle doglianze del rimettente, ma che tuttavia conclude poi con uno sconsolato *non possumus* accompagnato dal monito più o meno vibrante diretto al legislatore affinché questi, quale "interprete della volontà della collettività"<sup>99</sup>, intervenga per porre rimedio al *vulnus* riscontrato: soluzione, quest'ultima, che, in quanto caratterizzata dall'"inazione", ha il costo tutt'altro che trascurabile di consentire la sopravvivenza nel sistema di una disposizione sanzionatoria incostituzionale.

Dopotutto non si deve dimenticare che la sanzione che veniva in considerazione nel caso oggetto della sentenza n. 185 del 2021 era classificabile fra le sanzioni "di seconda generazione": si trattava infatti di una sanzione di elevata afflittività e dunque di una sanzione a carattere formalmente amministrativo ma sostanzialmente punitivo<sup>100</sup>.

Di conseguenza, è lecito presumere che proprio per questo motivo la Corte sia voluta intervenire con la sentenza caducatoria "secca".

A conclusione di questo nostro argomentare una premessa ed una conseguenza sembrano imporsi all'attenzione.

---

<sup>98</sup> Così G. CASAVECCHIA, *Sanzioni amministrative fisse e rime obbligate. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 185 del 2021*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2021, p. 517.

<sup>99</sup> L'espressione è tratta dalle decc. n. 84 del 2016 (punto 11 del cons. in dir.) e n. 1 del 2022 (punto 3 del cons. in dir.) della Corte costituzionale.

<sup>100</sup> Anche L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, cit., pp. 1 ss., risolve l'interrogativo in merito alla questione consistente nel chiarire se il controllo di proporzionalità delineato dalla sent. n. 185 del 2021 sia da ritenersi operante riguardo alle sole sanzioni amministrative punitive o a tutte le sanzioni amministrative *tout court* a favore del primo corno dell'alternativa perché, pur dovendosi rilevare che la Corte nulla argomenta – analogamente a quanto del resto aveva fatto il remittente – sulla natura punitiva della sanzione di cui all'art. 7, comma 6, secondo periodo d. lgs. n. 158/2012, è però difficile dubitare nel caso di specie del carattere punitivo della sanzione che veniva in considerazione alla luce della particolare severità – 50.000,00 Euro in relazione a qualsiasi violazione – e dell'indubbia finalità deterrente e non meramente ripristinatoria. L'Autrice peraltro osserva che il controllo di proporzionalità delineato nella sent. n. 185 del 2021 molto probabilmente in futuro avrà come oggetto qualsiasi sanzione amministrativa sia perché il controllo di proporzionalità sugli automatismi legislativi è stato esteso anche a sanzioni amministrative non punitive (cfr. la – in precedenza già vista ed esaminata – sent. n. 22 del 2018) sia perché il principio di proporzionalità, inteso come corollario del principio di eguaglianza-ragionevolezza, sembra trascendere, quale canone generale dell'ordinamento, la materia penale differentemente dalle garanzie di legalità di cui all'art. 25, comma 2 Cost. o comunque dalle garanzie strettamente legate alla materia penale come la retroattività *in mitius* o la cedevolezza del giudicato che non a caso sono state ritenute dalla Corte estensibili alle sole sanzioni amministrative punitive.



La premessa è che uno dei problemi più delicati con cui deve confrontarsi il *judicial review of legislation* riferito alle scelte sanzionatorie del legislatore è quello dei rimedi nel caso in cui tali scelte fossero giudicate illegittime: in sostanza la questione problematica della gestione da parte della Corte costituzionale delle lacune create dalle dichiarazioni di incostituzionalità relative alle scelte del legislatore inerenti le sanzioni amministrative “di seconda generazione”.

La conseguenza consiste nel fatto che, in riferimento alla risoluzione del problema cruciale appena delineato, saranno soltanto gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale a svelarci se la Corte inaugurerà una quarta fase di impronta nuova rispetto alle tre fasi in questa sede analizzate o se invece essa continuerà nel solco tracciato da una o più di esse.