

***“Sanzioni amministrative fisse e rime obbligate. Nota a Corte Costituzionale,
sentenza n. 185 del 2021.”****

di **Guido Casavecchia** – Dottorando di Ricerca presso l’Università degli Studi di Torino

ABSTRACT: The sentence is noted for its consistency both with respect to the ECHR and constitutional jurisprudence that extends criminal guarantees to punitive-afflictive sanctions, enhancing the principle of personalization of the measure inflicted to the personality of the offender, and with respect to the tendency of the Constitutional Court to overcome the compulsory rhymes, although in the present case it is used an apparently regressive decision-making technique.

SOMMARIO: 1. La questione di legittimità costituzionale. – 2. Le argomentazioni della Corte. – 3. Lo statuto costituzionale delle misure sostanzialmente sanzionatorie. – 4. Il principio di ragionevolezza intrinseca alla sanzione e le rime obbligate. – 5. Criticità? – 6. Conclusioni.

1. La questione di legittimità costituzionale

Con la sentenza in commento¹, la Corte ha parzialmente accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Trapani (ordinanza n. 69 del 27 novembre 2019).

Ha così dichiarato incostituzionale l’art. 7, co. 6, d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (*Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*,

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

¹ Corte Costituzionale, sent. n. 185 del 2021, decisione del 10/06/2021, depositata il 23/09/2021, Relatore e Redattore il Giudice Franco Modugno.

convertito con modificazioni nella l. 8 novembre 2012, n. 189), in quanto punisce con una sanzione amministrativa pecuniaria fissa (cinquantamila euro) i concessionari e i titolari di sale giochi e scommesse che violino gli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d'azzardo, non apponendo targhe e materiale informativo sui relativi apparecchi.

I parametri costituzionali invocati dal giudice *a quo* sono l'art. 3 Cost. (anche in combinato disposto con gli artt. 41 e 42 Cost.)², nonché l'art. 117, co. 1, Cost. in relazione sia all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione EDU (firmato a Parigi il 20 marzo 1952), sia agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000³.

Ad avviso del giudice *a quo*, il carattere fisso della sanzione irrogata, oltre a essere di eccezionale severità, contrasterebbe con il principio di proporzionalità della stessa rispetto alla gravità dell'illecito sottostante. Tale criterio, di matrice penalistica ma espressamente esteso dalla giurisprudenza costituzionale anche al sistema sanzionatorio nel suo complesso (che per effetto del fenomeno inaugurato dalla Corte Edu, sentenza Engel e successivi sviluppi, si è dilatato fino a ricomprendere nella "garanzia penalistica" ogni tipo di sanzione sostanzialmente afflittiva)⁴, oggi

² L. Casseti, *Art. 41* e Q. Camerlengo, *Art. 42*, entrambi in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2018, vol. I, p. 267; R. Niro, *Art. 41 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), UTET, Torino, p. 846; F. Galgano, S. Rodotà, *Commentario della Costituzione. Rapporti economici (artt. 41-44)*, Zanichelli, Bologna, p. 266.

³ In generale: V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 536; L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 236; R. Mastroianni, S. Allegrezza, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017; P. Gianniti (a cura di), *I diritti fondamentali nell'unione Europea. La carta di Nizza dopo il trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 1640; sull'articolo 16: S. Giubboni, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione Europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2016; sull'articolo 17: M. Comporti, *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*. Atti del Convegno di Studi. Siena, 18-19 ottobre 2002, Giuffrè, Milano, p. 184; M. Trimarchi, *La proprietà europea*, in *Jus Civile*, n. 4 del 2018, p. 488; M. Trimarchi, *Proprietà e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, n. 3 del 2002, p. 711.

⁴ Si v. gli scritti contenuti in *Le sanzioni nel diritto comparato. Sezione monografica a cura di Enrico Grosso*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4 del 2019, pp. 1003 ss. In particolare: E. Grosso, *L'incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un'introduzione*, p. 1003; R. Rudoni, *Sul doppio binario punitivo in materia tributaria. Ne bis in idem, coordinamento procedimentale e proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, p. 1015; A. Procaccino, *Oltre la matière pénale. I bis in idem tra procedimento penale e procedimenti disciplinari*, p. 1073; M. Orofino, *Ne bis in idem e sistema sanzionatorio nella disciplina della protezione dei dati personali dopo l'adozione del GDPR*, p. 1139; F. Bailo, *Il bis in idem e la difficile definizione della nozione di «sanzione» tra Corte Edu, CGUE e Corte costituzionale*, p. 1221.

Si v. anche R. Rudoni, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4 del 2017, p. 825.

troverebbe fondamento nell'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione.

Nel caso di specie, la disposizione censurata lederebbe irragionevolmente sia il diritto di proprietà dell'autore dell'illecito, sia il suo diritto di esercitare liberamente un'attività d'impresa, essendo in grado di determinare (per il suo importo) un'irreversibile crisi aziendale, almeno nei casi in cui l'esercizio commerciale sia di modeste dimensioni.

Inoltre, l'impossibilità di graduare la sanzione in relazione alla gravità dell'illecito (dato l'automatismo sanzionatorio a cui è informata la misura fissa prevista), non consentirebbe di adeguare la risposta punitiva alle specificità del caso concreto e ai comportamenti tenuti dal soggetto, così non distinguendo fatti aventi disvalore eventualmente diverso.

Infine, secondo il giudice rimettente, la sanzione sarebbe irragionevole in quanto sproporzionata rispetto a quella prevista per una fattispecie di minore gravità che punisce con una sanzione da cinquemila a ventimila euro chi consente la partecipazione di minori di anni diciotto ai giochi pubblici (art. 24, co. 21 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni in l. 15 luglio 2011, n. 111).

2. Le argomentazioni della Corte

Preliminarmente il Collegio respinge l'eccezione di inammissibilità della questione, sollevata dall'Avvocatura dello Stato in punto mancata indicazione, da parte del rimettente, dei meccanismi idonei a colmare la lacuna conseguente all'eventuale ablazione della norma censurata.

Infatti, secondo la difesa dello Stato, in conseguenza di tale *vulnus*, comportamenti gravi e incidenti sulla tutela del diritto alla salute rimarrebbero privi di qualsiasi risposta sanzionatoria, così creando un vuoto normativo inammissibile e non colmabile da altra disposizione vigente (quantomeno in attesa di una nuova previsione legislativa) se non attraverso l'intervento additivo della Corte, tuttavia non consentito.

Nel respingere tale eccezione, il Collegio ricorda che in base a un risalente orientamento della propria giurisprudenza⁵, la carenza di disciplina che dalla declaratoria di illegittimità costituzionale potrebbe derivare in ordine a determinati rapporti, non è tuttavia preclusiva di essa.

Infatti, laddove ne ricorrano le condizioni, spetterà ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione, e, in ogni caso, spetterà al Legislatore disciplinare gli aspetti che dovessero apparire bisognevoli di apposita regolamentazione⁶.

Inoltre, *“l’esigenza di ricorrere a una pronuncia di tipo manipolativo, che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, si pone imprescindibilmente solo allorché la lacuna di punibilità che conseguirebbe a una pronuncia ablativa, non colmabile tramite l’espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, si riveli foriera di «insostenibili vuoti di tutela» per gli interessi protetti dalla norma incisa⁷. [...] In simili ipotesi, il vuoto normativo conseguente alla rimozione pura e semplice della disposizione scrutinata non sarebbe tollerabile, neppure temporaneamente”⁸.*

Dunque, soltanto in tali casi la rimozione del *vulnus* costituzionale è *“necessariamente condizionata all’individuazione di soluzioni sanzionatorie che – nel rispetto dei limiti ai poteri di questa Corte, che escludono interventi di tipo “creativo” – possano sostituirsi a quella censurata: soluzioni rinvenibili – secondo la più recente giurisprudenza della Corte stessa⁹, ispirata dall’esigenza di evitare la creazione di “zone franche” intangibili dal controllo di legittimità costituzionale – anche fuori dal tradizionale schema delle “rime obbligate”, facendo leva su «precisi punti di riferimento» offerti dal sistema normativo vigente, anche alternativi tra loro, salvo un sempre possibile intervento legislativo di segno differente, purché rispettoso della Costituzione”¹⁰.*

Tuttavia, nel caso di specie, il Collegio non ravvisa una simile ipotesi.

⁵ Corte Costituzionale, sent. n. 59 del 1958, ribadita da Corte Costituzionale, sent. n. 242 del 2019.

⁶ Corte Costituzionale, sent. n. 113 del 2011.

⁷ Corte Costituzionale, sent. n. 222 del 2018.

⁸ §3 *Considerato in diritto* della sentenza in commento.

⁹ Corte Costituzionale, sentt. n. 99 del 2019, n. 40 del 2019, n. 222 del 2018. Capostipite di questo nuovo corso giurisprudenziale è stata la sent. n. 236 del 2016, su cui v. B. Liberali, *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Quaderni Costituzionali*, 2017, p. 381.

¹⁰ §3 *Considerato in diritto*.

Infatti, benché la tutela della salute (a cui presidio sono poste le misure di contrasto del gioco d'azzardo patologico¹¹) sia un obiettivo di rilievo costituzionale, le condotte sanzionate dalla presente disposizione sono sensibilmente antecedenti la concreta offesa dell'interesse protetto, in quanto riguardano inosservanze di meri obblighi informativi a carattere preventivo, tesi a dissuadere chi già pratica (o in ogni caso praticerebbe) il gioco.

Per tali motivi, *“il deficit di tutela conseguente all’ablazione della norma denunciata non attinge a quei livelli che rendono indispensabile la ricerca – e l’indicazione, da parte del giudice rimettente¹² – di soluzioni sanzionatorie alternative, costituzionalmente adeguate, suscettibili di essere sostituite, ad opera di questa Corte, a quella sospettata di illegittimità costituzionale, in attesa di un intervento legislativo”¹³.*

Superato tale vaglio preliminare di ammissibilità, e passando al merito della questione, la Corte rigetta l’eccezione di incostituzionalità relativamente agli artt. 16 e 17 CDFUE (quali parametri interposti rispetto all’art. 117, co. 1, Cost.), in quanto il giudice *a quo* non ha fornito alcuna specifica motivazione della riconducibilità della fattispecie nazionale all’ambito di applicazione del diritto europeo¹⁴.

Sul punto emerge un’interessante tecnica motivazionale della Corte. Infatti, essa non esclude dal proprio vaglio i parametri sovranazionali utilizzando il c.d. assorbimento dei motivi¹⁵ (spesso adottato nei casi in cui la Consulta ritenga che i parametri nazionali siano sufficienti, da soli, a ritenere fondata la questione). Bensì, dichiara inammissibile tale profilo in virtù di una carenza motivazionale del giudice *a quo* sul punto. Così, dunque, opera un preliminare vaglio in merito e, successivamente, utilizza un ulteriore parametro convenzionale, non escludendo del tutto metri di misura di tale rango (art. 1 Prot. addiz. CEDU).

¹¹ Corte Costituzionale, sentt. n. 27 del 2019, n. 108 del 2017 e n. 300 del 2011.

¹² Corte Costituzionale, sentt. n. 115 del 2019 e n. 233 del 2018.

¹³ §3 *Considerato in diritto*.

¹⁴ §5 *Considerato in diritto*.

¹⁵ G. Pelagatti, *“Motivi assorbiti” e giudizio di costituzionalità*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1 del 2019; A. Bonomi, *L’assorbimento dei vizi di inammissibilità e l’assorbimento dei vizi di costituzionalità: nei meandri e nella polisemia di due “concetti”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 dicembre 2013; G. Pelagatti, *Giudizio di costituzionalità e assorbimento dei motivi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.

Infatti, la Corte dichiara fondate le questioni sollevate in riferimento all'art. 3 Cost., da solo e in combinato disposto con gli artt. 42 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU. Rimane, invece, assorbita la questione relativa all'art. 41 Cost.¹⁶.

Poiché la norma censurata punisce indistintamente l'inosservanza di plurimi obblighi di informazione, prevedendo una sanzione amministrativa pecuniaria di considerevole severità, nonché fissa, essa non è suscettibile di essere correttamente graduata da parte dell'autorità amministrativa e del giudice competente, così impedendo di tenere in debita considerazione le specifiche circostanze del caso concreto, come viceversa imposto dall'art. 11 l. 24 novembre 1981, n. 689¹⁷.

Dunque, attraverso una estensione alle sanzioni amministrative a carattere punitivo di affermazioni già svolte in materia penale riguardo i caratteri di mobilità¹⁸ e individualizzazione¹⁹ della pena, la Corte evidenzia il fatto che l'attribuzione al giudice di un margine di discrezionalità nella commisurazione della stessa all'interno di una forbice edittale (così da poterla adeguare alle particolarità della fattispecie concreta) costituisce *“naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale”*²⁰.

¹⁶ Come autorevolmente osservato, l'“*assorbimento dei motivi, una tecnica di decisione utilizzata in pratica da tutti i giudici ed orientata al principio di economia processuale. Anche la Corte costituzionale ne fa ampio e legittimo uso: ogni volta che decide per l'annullamento di una legge per un motivo che ritiene principale, [...] essa rinuncia ad esaminare quelli ulteriori che pure sono stati prospettati dalle parti.*” Tuttavia, benché legittima, tale tecnica potrebbe porre risvolti problematici (eventualmente anche nel caso in esame), in quanto *“si traduce in una sostanziale violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, esso deve essere usato con molta prudenza. È certo vero che, in forza dell'art. 137, c. 3, Cost., che sottrae le decisioni della Corte ad ogni impugnazione, tale violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato produce effetti negativi minori, soprattutto in caso di accoglimento, sulle parti del giudizio a quo rispetto a quanto accade in ogni altro giudizio in cui l'assorbimento si traduce in una negazione del suddetto principio. Non bisogna tuttavia dimenticare che anche le sentenze della Corte hanno il loro 'seguito' sicché l'assorbimento, se compiuto al di là dei limiti consentiti, rischia di produrre effetti 'indesiderati'. In estrema sintesi si può dire che ad esso può legittimamente ricorrersi tutte le volte in cui il rapporto tra le questioni sollevate sia tale da implicare che l'accoglimento di una di esse comporti l'inutilità dell'esame delle altre, in ragione, evidentemente, di un collegamento logico, che può assumere forme diverse, tra dette questioni.*” (R. Bifulco, *Sui limiti del c.d. assorbimento dei motivi nel giudizio di costituzionalità*, in A. Celotto (a cura di), *Il lodo Alfano. Prerogativa o privilegio?*, 2009, p. 21).

¹⁷ Criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie:

“Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”.

¹⁸ Corte Costituzionale, sent. n. 67 del 1963.

¹⁹ Corte Costituzionale, sent. n. 104 del 1968.

²⁰ Corte Costituzionale, sent. n. 50 del 1980.

Infatti, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale, salvo che *“per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest’ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato”*²¹.

Dunque, sono compatibili con il combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost. le pene fisse comminate per sanzionare fattispecie di reato non graduabili, cioè quelle che -per la loro peculiare struttura- sono considerate sempre espressive del medesimo livello di gravità, tanto da apparire (la sanzione fissa) sempre proporzionata in concreto²².

Come detto, anche le sanzioni amministrative a carattere punitivo che siano rigide (cioè che colpiscano in egual modo, equiparandoli, fatti in qualche misura differenti), sottostanno al medesimo vaglio di legittimità costituzionale avente a oggetto il principio di ragionevolezza.

Per tale motivo, la Corte ha, in passato, ritenuto costituzionalmente illegittima la previsione di sanzioni amministrative fisse sia in quanto incidenti in modo rilevante sui diritti dell’interessato per ipotesi di gravità marcatamente diversa²³, sia in quanto suscettibili di condurre, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori eccedenti il limite della proporzionalità rispetto all’illecito commesso²⁴.

²¹ Corte Costituzionale, sent. n. 50 del 1980 e n. 222 del 2018. Similmente al presente caso, nella sent. n. 222 del 2018 la Corte afferma che *“la durata fissa delle pene accessorie previste dall’art. 216, ultimo comma, della legge fallimentare non appare, in linea di principio, compatibile con i principi costituzionali in materia penale, e segnatamente con i principi di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio”*.

²² A. Galluccio, *La sentenza della consulta su pene fisse e “rime obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 dicembre 2018.

²³ Corte Costituzionale, sent. n. 88 del 2019 con la quale è stato dichiarato incostituzionale l’art. 222 co. 2, quarto periodo, del codice della strada, *“nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell’art. 444 del codice di procedura penale, per i reati di cui agli artt. 589-bis (Omicidio stradale) e 590-bis (Lesioni personali stradali gravi o gravissime) del codice penale, il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sospensione della stessa ai sensi del secondo e terzo periodo dello stesso comma 2 dell’art. 222 cod. strada allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi secondo e terzo degli artt. 589-bis e 590-bis cod. pen.”*

G. Leo, *Novità della Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 aprile 2019; R. Aniello, *La sentenza della corte costituzionale n. 88/2019: ma la revoca della patente è sempre identica?*, in *Giustizia Insieme*, 14 giugno 2019.

²⁴ Corte Costituzionale, sent. n. 112 del 2019 che ha dichiarato incostituzionale l’art. 187 *sexies* T.U.F. nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell’illecito, e non del solo profitto, in quanto *“la combinazione tra una sanzione pecuniaria di eccezionale severità (...) e una ulteriore sanzione anch’essa di carattere ‘punitivo’ come quella rappresentata dalla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l’illecito, che per di più non consente all’autorità amministrativa e poi al giudice alcuna modulazione quantitativa, necessariamente conduce, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati”*.

Tale evenienza ricorre anche nel caso di specie, in quanto *“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 tagliandi di giochi soggetti ad ampia diffusione, altro conto le inadempienze relative a sale da gioco o esercizi in cui vi sia offerta di giochi pubblici, la cui gravità varia in modo rilevante secondo la dimensione e l’ubicazione della sala o dell’esercizio, il grado di frequentazione, il numero di apparecchiature da gioco presenti e la circostanza che si sia di fronte a una violazione totale, ovvero solo parziale, degli obblighi previsti. Tutto ciò fa sì che la reazione sanzionatoria possa risultare manifestamente sproporzionata per eccesso rispetto al disvalore concreto di fatti pure ricompresi nella sfera applicativa della norma”²⁵.

Infine, in punto sanzioni che possano -eventualmente- essere sostituite, a opera della Corte, a quella dichiarata incostituzionale, in ragione dell’assimilabilità tra le condotte punite, al fine di evitare di lasciare sprovvista di tutela la presente materia, *“non soccorre la soluzione – che pure sembra ipotizzata dall’ordinanza di rimessione – di sostituire, alla sanzione colpita dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, quella prevista nei confronti di chi consenta la partecipazione al gioco a minori di anni diciotto”²⁶*, in quanto esse sono eterogenee²⁷.

Tuttavia, la lacuna di tutela conseguente alla declaratoria di illegittimità costituzionale non è, in realtà, tale, in quanto non è ostativa ad una pronuncia a contenuto puramente ablativo (e ciò sulla scorta delle medesime argomentazioni svolte per rigettare l’eccezione preliminare di inammissibilità sollevata dall’Avvocatura dello Stato, richiamate dalla Corte *per relationem*).

Infine, si riconosce che spetterà comunque *“al legislatore determinare, nel rispetto dei principi costituzionali, una diversa sanzione per i comportamenti considerati, stabilendone i relativi limiti minimo e massimo”²⁸.*

L. Roccataglia, *Dichiarata (probabilmente invano) la illegittimità costituzionale dell’articolo 187 sexies T.U.F., nella parte in cui prevede la confisca amministrativa obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell’illecito, e non del solo profitto*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 5 del 2019.

²⁵ §6 Considerato in diritto.

²⁶ La Corte si riferisce all’art. 24, co. 21 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni in l. 15 luglio 2011, n. 111.

²⁷ §7 Considerato in diritto.

²⁸ §7 Considerato in diritto.

3. Lo statuto costituzionale delle misure sostanzialmente sanzionatorie

La sentenza in commento sembra inserirsi lungo una linea giurisprudenziale in florida espansione e costantemente ribadita dalla Corte Costituzionale (soprattutto in ossequio alla giurisprudenza sovranazionale²⁹) in tema di riconoscimento autonomo, in capo a misure sanzionatorie, di principi e garanzie costituzionali già previsti in materia penale, eventualmente prescindendo da una loro definizione quali aventi natura “sostanzialmente penale”.

In primo luogo, la giurisprudenza della Corte EDU, attraverso i *Engel criteria*³⁰, ribaditi nel caso *Grande Stevens c. Italia*³¹, ha sviluppato una concezione c.d. autonomistica degli illeciti e delle pene, cioè rimessa alla libera e autonoma interpretazione della Corte stessa, svincolata dai criteri formali e nominalistici dei singoli ordinamenti nazionali.

Attraverso tali criteri, è dunque possibile individuare se una determinata sanzione o un illecito abbiano, in realtà, un carattere concretamente penale, così da potervi estendere lo statuto delle garanzie (più favorevoli) CEDU e costituzionali vigenti in tale materia, in quanto essi entrano a far parte della materia “sostanzialmente penale”³².

L’elaborazione di tale giurisprudenza ha comportato rilevanti conseguenze (sostanziali e processuali) nella definizione e nell’estensione di garanzie tradizionalmente penalistiche agli illeciti formalmente amministrativi. Tra i principi maggiormente coinvolti si segnalano quelli di prevedibilità della pena, sufficiente precisione del precetto³³, il *ne bis in idem*³⁴, il diritto al silenzio³⁵, l’irretroattività sfavorevole e la retroattività favorevole³⁶.

²⁹ M. Scoletta, *L’impatto sostanziale della CEDU sui principi fondamentali della materia penale nell’ordinamento interno: resistenze, desistenze, prospettive*, in G. Grasso, A. M. Maugeri, R. Sicurella (a cura di), *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale*, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 203.

³⁰ Corte EDU, sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976. I criteri, di natura prettamente sostanziale, elaborati dalla giurisprudenza convenzionale per desumere la reale natura delle disposizioni nazionali, a prescindere dal loro *nomen iuris*, sono quattro: scopo afflittivo e non riparatorio della misura; gravità della misura, tanto nella sua previsione astratta da parte del Legislatore nazionale nel definirne la cornice edittale, quanto nella sua concreta applicazione giurisprudenziale; rilevanza attribuita dalla disposizione alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell’autore, e non invece all’offesa o al danno patito dalla persona offesa o danneggiata; connessione della misura a un illecito formalmente qualificato come penale nell’ordinamento nazionale.

Si v. R. Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Neldiritto Editore, Molfetta, 2020, p. 30.

³¹ Corte EDU, sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014.

³² C. E. Paliero, *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione classica a una svolta radicale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1985, p. 912; A. Bernardi, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 674.

³³ Corte Costituzionale, sentt. n. 121 del 2018 e n. 78 del 1967.

Nel caso di specie, tuttavia, va segnalata l'assenza di una chiara presa di posizione della Corte Costituzionale circa la natura "sostanzialmente penale", o meno, della misura (formalmente) amministrativa oggetto del suo giudizio. Infatti, benché estenda ed essa esplicitamente garanzie costituzionali tradizionalmente penali, il Collegio nulla afferma circa la sua reale natura.

Tale omissione discende -coerentemente- dalla tendenza giurisprudenziale (costituzionale e CEDU) citata in precedenza, che pare non preoccuparsi più di classificare una misura quale formalmente "penale", "amministrativa", "tributaria", "disciplinare" o simili, in quanto rileva -piuttosto- la sua portata "afflittiva", o meno.

Tant'è vero che la Corte ricorda che la prospettazione del giudice *a quo* riflette le sue indicazioni "*in punto di applicabilità del principio di proporzionalità, fuori dai confini della materia penale, anche alle sanzioni amministrative a carattere punitivo*³⁷. Tali sanzioni condividono, infatti, con le pene il carattere reattivo rispetto a un illecito, per la cui commissione l'ordinamento dispone che l'autore subisca una sofferenza in termini di restrizione di un diritto (diverso dalla libertà personale, la cui compressione in chiave sanzionatoria è riservata alla pena); restrizione che trova, dunque, la sua "causa giuridica" proprio nell'illecito che ne costituisce il presupposto. Allo stesso modo che per le pene – pur a fronte dell'ampia discrezionalità che al legislatore compete nell'individuazione degli illeciti e nella scelta del relativo trattamento punitivo – anche per le sanzioni amministrative si prospetta, dunque, l'esigenza che non venga

³⁴ Cfr. Corte EDU, sentenza Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014; Corte EDU, sentenza A. e B. c. Norvegia, 15 novembre 2016; Corte EDU, sentenza Bjarni Armannsson c. Islanda, 16 aprile 2019.

³⁵ Corte Costituzionale, sent. n. 117 del 2019 ha riconosciuto il diritto al silenzio nei procedimenti sanzionatori di competenza della Consob aventi a oggetto illeciti amministrativi sostanzialmente penali.

³⁶ Corte Costituzionale, sent. n. 193 del 2016 ha negato che l'art. 7 Convenzione EDU (così come interpretato dalla Corte EDU sentenza Scoppola c. Italia) possa affermare un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata del principio di retroattività della legge penale più favorevole, tale da essere trasposto nel sistema delle sanzioni amministrative, in quanto andrebbe valorizzata la persistente autonomia dell'illecito amministrativo rispetto a quello penale.

Recentemente, la Corte Costituzionale, sent. n. 63 del 2019 ha viceversa riconosciuto la necessità di estendere l'ambito applicativo del principio in questione agli illeciti e alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente punitivi in applicazione dei criteri Engel.

Sulla sentenza n. 63 del 2019 si v. M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 aprile 2019.

In generale, E. Bindi e A. Pisaneschi, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 27 novembre 2019.

³⁷ Corte Costituzionale, sent. n. 112 del 2019.

*manifestamente meno un rapporto di congruità tra la sanzione e la gravità dell'illecito sanzionato; evenienza nella quale la compressione del diritto diverrebbe irragionevole e non giustificata*³⁸.

A proposito della sua natura, l'originaria gravità della sanzione censurata (50.000 €) nonché il suo carattere fisso, testimoniano implicitamente una *ratio legis* improntata a particolare severità, tesa a perseguire finalità deterrenti particolarmente afflittive-punitive, piuttosto che semplicemente riparatorie³⁹. Tali dati fanno, dunque, propendere per una sua natura altamente punitiva, così da potervi estendere lo statuto di garanzie penalistiche anche prescindendo da una chiara affermazione della sua appartenenza alla materia "sostanzialmente penale".

Tuttavia, sempre seguendo i recenti approdi traslativi delle garanzie penali alla materia punitiva amministrativa, si potrebbe porre un'interessante questione circa gli effetti della presente dichiarazione di incostituzionalità su eventuali altri giudicati già intervenuti in applicazione della disposizione in discussione.

Infatti, un'ulteriore linea evolutiva della giurisprudenza citata riguarda la stabilità del giudicato di fronte a una dichiarazione di incostituzionalità del precetto o della sanzione.

Recentemente⁴⁰, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 30, co. 4 l. n. 87 del 1953⁴¹ nella parte in cui la tangibilità del giudicato non si estende alla sanzione

³⁸ §4 *Considerato in diritto*.

³⁹ L. Tomasi, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistema Penale*, 4 ottobre 2021.

⁴⁰ Corte Costituzionale, sent. n. 68 del 2021, pubblicata il 16 aprile 2021, Relatore e Redattore il Giudice Franco Modugno, che supera la propria precedente Corte Costituzionale, sent. n. 43 del 2017 con la quale aveva dichiarato infondata una questione analoga in base a tre considerazioni: impossibilità di rinvenire nella giurisprudenza CEDU una regola generale che imponga, in caso di sopravvenuta caducazione della base legislativa di una misura afflittiva, la rimozione del giudicato di condanna; esclusiva prerogativa del Legislatore nel compiere scelte in ordine alle garanzie da riservare alla materia penale; non indebita disparità di trattamento tra sentenze di condanna a una pena e sentenze comminatorie di sanzioni amministrative che non vengano travolte dalla dichiarazione di incostituzionalità, trattandosi di situazioni processuali differenti.

M. Scoletta, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in *Sistema Penale*, 20 aprile 2021; M.C. Ubiali, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3 del 2017; A. Chibelli, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4 del 2017; M. Belletti, *La declaratoria di incostituzionalità della sanzione amministrativa non produce l'estensione dell'effetto retroattivo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2017.

⁴¹ Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale:

"Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali."

amministrativa della revoca della patente di guida dichiarata incostituzionale, in quanto essa assume natura sostanzialmente penale ai sensi della giurisprudenza EDU⁴².

Nel caso qui annotato, dunque, il silenzio della Corte circa la eventuale appartenenza della sanzione alla materia penale *lato sensu*, non permette di comprendere chiaramente se la sua statuizione possa avere effetti c.d. iper- o ultra- retroattivi⁴³ ai sensi della sua recente giurisprudenza.

Tuttavia, per risolvere tale dubbio, ci si dovrebbe -ancor prima- domandare se sia possibile riconoscere una generalizzata estensione della tangibilità del “giudicato amministrativo” alle sanzioni amministrative punitive, così conferendo portata generale al principio che la Corte Costituzionale sent. n. 68 del 2021 ha statuito limitatamente alla sola sanzione amministrativa della revoca della patente⁴⁴.

Nel caso in cui si accedesse a tale interpretazione estensiva, si testimonierebbero ulteriormente i progressi giurisprudenziali circa l'estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative punite, nonché un notevole innalzamento dei principi costituzionali attingenti le

⁴² V. Marcenò, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, n. 2 del 2021, compara la precedente Corte Costituzionale, sent. n. 43 del 2017 e l'opposto principio recentemente espresso dalla Consulta (anche alla luce dello spartiacque costituito dalla Corte Costituzionale, sent. n. 63 del 2019), domandandosi se i contesti sottostanti siano realmente diversi e se la situazione giuridica che ha portato a tale *revirement* giurisprudenziale sia realmente mutata.

Si v. anche A. Venegoni, *La Corte Costituzionale ritorna sul tema della “materia penale”: verso uno statuto della disciplina delle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali?*, in *Giustizia Insieme*, 23 luglio 2021.

⁴³ In ciò l'eventuale riconoscimento di travolgimento generalizzato del giudicato anche per le sanzioni amministrative punitive, si salderebbe con il loro processo di assimilazione a quelle penali, quanto a garanzie costituzionali, che già vi ha esteso la garanzia penalistica della retroattività favorevole (Corte Costituzionale, sent. n. 63 del 2019). Infatti, muovendo da tale approdo, che impedisce di continuare ad applicare la sanzione amministrativa oggetto di una modifica normativa *in mitius* (cioè oggetto di un “semplice ripensamento” da parte del Legislatore), tanto più sarebbe intollerabile continuare a fare applicazione di una sanzione punitiva dichiarata costituzionalmente illegittima, cioè “affetta addirittura da un vizio genetico”. M. Scoletta, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, cit.

⁴⁴ Il riconoscimento di un generalizzato travolgimento del giudicato per qualunque sanzione amministrativa punitiva sembra, infatti, non essere stato ancora esplicitamente riconosciuto dalla Corte, a maggior ragione considerando che nella citata sentenza ha “rimodulato” la questione in termini in parte differenti da quelli prospettati nell'ordinanza. “Non si tratterebbe di decidere sulla generale estensione di applicabilità dell'art. 30 comma 4 (e sul conseguente potere spettante del giudice dell'esecuzione penale) alle sanzioni amministrative a carattere punitivo, bensì esclusivamente di vagliare la legittimità costituzionale della estromissione della specifica tipologia di sanzione amministrativa sub iudice (la revoca della patente) dal novero della materia penale” (M. Scoletta, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, cit.). Inoltre, va ricordato che solo con questa sentenza ha statuito un primo *revirement* della propria giurisprudenza in tema di travolgimento del giudicato (non più solo strettamente penale), prima espressamente rigettato da Corte Costituzionale, sent. n. 43 del 2017.

seconde⁴⁵. Tuttavia, ciò alimenterebbe i non sopiti dubbi circa l'estensione e la forza che ancora oggi riveste il c.d. giudicato⁴⁶.

4. Il principio di ragionevolezza intrinseca alla sanzione e le rime obbligate

La presente sentenza sembra inserirsi nell'alveo di un ricco filone giurisprudenziale che, nel tempo, ha portato la Corte a superare parzialmente (o quantomeno marginalizzare a una fase secondaria ed eventuale) la centralità del c.d. *tertium comparationis*, modellando il suo scrutinio piuttosto sulla c.d. ragionevolezza-proporzionalità intrinseca della sanzione⁴⁷.

⁴⁵ V. Marcenò, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, cit., secondo cui la reale novità del solco giurisprudenziale in tale materia sta nella "scelta della Corte costituzionale di fare un ulteriore passo in avanti nel processo di superamento del modello di "coesistenza" tra le garanzie penali costituzionali e quelle convenzionali (sentenza n. 43 del 2017) per approdare al modello di "assimilazione" delle sanzioni amministrative punitive alle sanzioni penali (sentenza n. 68 del 2021)".

⁴⁶ M. Scoletta, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, cit. parla di "quasi definitivo tramonto del dogma del giudicato, che – anche al di fuori della materia penale – non pare costituire un limite costituzionalmente accettabile alla illegittima (in quanto priva di base legale) limitazione di diritti individuali."

R. Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit. parla di "erosione o flessibilizzazione del principio di c.d. intangibilità del giudicato penale", e di "erosione della concezione assolutistica del giudicato, il cui "mito" era espressione del precedente regime autoritario e della mistica ideologica dello "Stato forte", e di "progressivo ridimensionamento del dogma dell'intangibilità registratosi prima a livello giurisprudenziale nazionale, poi a livello normativo e infine, in maniera per certi versi travolgente, a livello giurisprudenziale sovranazionale".

Circa gli effetti del superamento del giudicato e il ruolo che la Corte Costituzionale avrà in tale eventuale opera continua, V. Marcenò, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, cit., p. 9: "la Corte sarà chiamata, d'ora in avanti, su sollecitazione dei giudici rimettenti (privati del compito di valutare la natura della sanzione amministrativa che devono applicare), a integrare l'elenco delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali cui non deve applicarsi il limite della tangibilità del giudicato (ovviamente nei soli casi di annullamento della corrispondente disposizione sanzionatoria). E perché una delle fondamentali disposizioni relative al processo costituzionale ha assunto (e verrà sempre più assumendo) una configurazione nuova rispetto a quella originaria: da prescrizione di principio generale a prescrizione di una serie (tendenzialmente infinita) di regole puntuali. La Corte costituzionale prosegue, anche lungo questa via, nella sua opera di accentramento della giustizia costituzionale. Con l'evidente rischio, però, di diventare sempre più giudice dei diritti del caso concreto".

⁴⁷ Sull'abbandono delle c.d. rime obbligate v. Corte Costituzionale sentt. n. 156 del 2020 (con commento di E. Contieri, *Una ragionevolezza "a rime sciolte". Breve commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 156 del 2020*, in *Questione Giustizia*, 8 settembre 2020), n. 152 del 2020, n. 113 del 2020 (commento di D. Martire, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 6 del 2020, p. 244), n. 242 del 2019 (commento di S. Catalano, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Osservatorio AIC*, n. 2 del 2020, p. 288; A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 27 novembre 2019), n. 99 del 2019 (commento di G. Spinelli, *L'inderogabilità e la tutela del diritto alla salute (anche)*

Infatti, il vaglio di proporzionalità delle sanzioni penali (estendibile, per quanto detto prima, anche alle sanzioni amministrative punitive) è stato recentemente arricchito di una componente intrinseca all'oggetto dello scrutinio⁴⁸.

La Corte, cioè, non richiede più -necessariamente- al rimettente di indicare una disposizione simile a quella censurata, rispetto alla quale vagliare (a parità di disciplina tra le due) la ragionevolezza-proporzionalità, o meno, di quella sottoposta al suo giudizio.

Prima di tale innovativa giurisprudenza, invece, siccome ogni intervento sulle opzioni di criminalizzazione comporta valutazioni *“autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili nell'ambito del giudizio costituzionale”*⁴⁹, la mancata osservanza, da parte del Legislatore, dei criteri costituzionali poteva essere censurata dalla Corte *“solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto”*⁵⁰.

In conseguenza di ciò, per lungo tempo, interventi manipolativi (sia additivi sia sostitutivi) in materia penale sono stati esclusi, ricorrendo a dichiarazioni di inammissibilità della questione per c.d. discrezionalità del Legislatore, in quanto non è consentito alla Corte operare una (o più) tra le scelte possibili, precipuamente rimesse all'organo politico⁵¹.

mentale del soggetto detenuto: la sentenza Corte cost. n. 99/2019, in Osservatorio AIC, n. 4 del 2019, p. 115), n. 40 del 2019 (con nota di D. Martire, Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”. Note a margine della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale, in Giurisprudenza costituzionale, n. 2 del 2019, p. 696), n. 233 del 2018, n. 222 del 2018 (commento di 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, 2019, p. 592), n. 236 del 2016, ordd. n. 132 del 2020 (G.L. Gatta, Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema-Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno, in Sistema Penale, 10 giugno 2020) e n. 207 del 2018 (commento di M. Ruotolo, L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale, in Rivista AIC, n. 2 del 2019, p. 644; M. Massa, Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura, in Rivista italiana di medicina legale, n. 4 del 2018, p. 1323). In generale: D. Tega, La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva, in Sistema penale, n. 2 del 2021, p. 5.

⁴⁸ I. Grimaldi, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 5 del 2020; P. Insolera, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità*, in *Indice penale*, n. 1 del 2017, p. 176; N. Recchia, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2 del 2015, p. 55.

⁴⁹ Corte Costituzionale, sent. n. 409 del 1989.

⁵⁰ Corte Costituzionale, sent. n. 409 del 1989.

⁵¹ V. Giannelli, *Dalle rime obbligate al dispositivo “cedevole”*. *Brevi note sugli ultimi approdi del sindacato costituzionale sulla proporzionalità delle sanzioni penali*, in *federalismi.it*, n. 15/2020: *“La materia dei reati e delle pene rientra geneticamente nell'area delle decisioni politiche, riservate in quanto tali al legislatore. Basta riferirsi alla letteratura penalistica sulla sussidiarietà dell'intervento penale e, più in generale, al ruolo di extrema ratio assegnato a tale forma di tutela giuridica.”*

Tuttavia, per impedire la creazione di c.d. zone d'ombra dell'ordinamento (cioè aree sottratte allo scrutinio della Corte che legittimerebbero eventuali scelte legislative incostituzionali non censurabili), la Consulta ha ammesso di poter operare interventi manipolativi con effetti favorevoli.

Condizione di ciò, era che sussistesse una sola “soluzione costituzionalmente obbligata”⁵² (indicata dal remittente o individuata dalla Corte stessa⁵³) da impiegare in sostituzione di quella censurata. In tale modo essa non avrebbe compiuto un'operazione discrezionale, perché dalla sua decisione sarebbero discesi i medesimi effetti automatici che sarebbero derivati dall'unica soluzione che -eventualmente al suo posto- anche il Legislatore non avrebbe potuto che perseguire⁵⁴.

Tale schema, che appunto ruota attorno al ruolo cardine del *tertium comparationis* elevato a criterio di ammissibilità della questione, è stato recentemente superato facendo leva sull'intrinseca sproporzione del *quantum* sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto⁵⁵.

La Corte ha precisato, cioè, di poter sostituire il trattamento sanzionatorio censurato con altro previsto altrove dal Legislatore, anche qualora non si tratti dell'unica soluzione idonea a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza della norma censurata⁵⁶.

⁵² La definizione “rime obbligate” affonda le sue radici negli studi di Vezio Crisafulli, tra i quali si v. V. Crisafulli, *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1 del 1976, p. 1694. Sull'analisi del suo pensiero e di tale nomenclatura si v. L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, CEDAM, Padova, 1985, p. 313; AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale, Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Atti delle giornate di studio di Trieste, 1-2 ottobre 1993, CEDAM, Padova, 1994; M. Sirimarco, *Vezio Crisafulli. Ai confini tra diritto e politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003; AA.VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte costituzionale Vezio Crisafulli*, Grafica editrice Romana, 2011.

⁵³ F. Modugno, P. Carnevale, *Sentenze additive, “soluzione costituzionalmente obbligata” e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del “verso” della richiesta addizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1 del 1990, p. 519.

⁵⁴ G. Repetto, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta online*, 3 febbraio 2020, p. 5, segnala tuttavia come tale meccanismo possa trasformarsi in un argine per la Corte stessa: “non può che stupire la complessiva torsione della teorica delle rime obbligate: esse, come si sa, nascono inizialmente come giustificazione del potere della Corte di disporre contenuti aggiuntivi, diventano poi, nella fase di consolidamento della giurisprudenza costituzionale, l'argine entro il quale si devono svolgere gli interventi aggiuntivi della Corte, per poi infine trasformarsi (e a stupire è proprio che ciò avvenga nella materia penale, ambito tradizionalmente associato nella giurisprudenza costituzionale a un marcato self restraint) in un ostacolo al pieno sindacato della Corte, a tal punto bisognoso di essere trasceso che ad esso è addirittura finito per associarsi, come visto, lo stigma di una zona franca da superare”.

⁵⁵ D. Martire, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, cit.; D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate*, cit.; M. D'Amico, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2016 ripercorrono approfonditamente tutta l'evoluzione giurisprudenziale in tema di rime obbligate e loro parziale superamento.

⁵⁶ V. Giannelli, *Dalle rime obbligate al dispositivo “cedevole”. Brevi note sugli ultimi approdi del sindacato costituzionale sulla proporzionalità delle sanzioni penali*, cit.

In tal modo, la Corte è giunta a valorizzare maggiormente il principio di proporzionalità quale parametro autonomo di costituzionalità, su cui fondare il sindacato di intrinseca irragionevolezza della norma penale, a prescindere dall'esistenza del *tertium comparationis*⁵⁷.

Ciò perché *“essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte ‘precisi punti di riferimento’ e soluzioni ‘già esistenti’, esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non ‘costituzionalmente obbligate’ – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima”*⁵⁸.

Ciò pare essere accaduto anche nel caso in esame, come testimoniano i richiami in motivazione alle medesime sentenze che hanno inaugurato tale nuovo corso.

Infatti, nel rigettare l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato, per non aver il giudice rimettente indicato un'altra disposizione con la quale la Corte avrebbe potuto colmare il vuoto normativo generato dall'eventuale accoglimento della questione, il Collegio ha ricordato che (proprio alla luce della sua giurisprudenza più recente) *“la rimozione del vulnus costituzionale resta necessariamente condizionata all'individuazione di soluzioni sanzionatorie che – nel rispetto dei limiti ai poteri di questa Corte, che escludono interventi di tipo “creativo” – possano sostituirsi a quella censurata: soluzioni rinvenibili – secondo la più recente giurisprudenza della Corte stessa, ispirata dall'esigenza di evitare la creazione di “zone franche” intangibili dal controllo di legittimità costituzionale – anche fuori dal tradizionale schema delle “rime obbligate”, facendo leva su «precisi punti di riferimento» offerti dal sistema normativo vigente, anche alternativi tra loro, salvo un sempre possibile intervento legislativo di segno differente, purché rispettoso della Costituzione”*⁵⁹.

Tuttavia, come detto, nel caso di specie la Corte non ha ravvisato una simile ipotesi. Infatti, benché la tutela della salute (cui sono volte le misure di contrasto della ludopatia) sia un obiettivo di rilievo costituzionale, le inosservanze di obblighi informativi di cui si tratta hanno un carattere preventivo sensibilmente antecedente la concreta offesa all'interesse protetto. IN tale modo, è

⁵⁷ V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6 del 2016.

⁵⁸ Corte Costituzionale, sent. n. 222 del 2018, con commento di S. Leone, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a “rime possibili”*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1 del 2019, p. 183.

⁵⁹ Espressione variamente utilizzata in Corte Costituzionale, sentt. n. 99 del 2019, n. 40 del 2019, n. 222 del 2018 e n. 236 del 2016.

possibile operare una rimozione pura e semplice della sanzione, spettando al Legislatore eventualmente stabilirne una nuova.

Tale schema motivazionale (benché destinato a escludere il ricorso a una decisione manipolativa che sostituisca immediatamente la sanzione dichiarata incostituzionale con un'altra, secondo lo schema recente che tende a superare le c.d. rime obbligate) sembra, in realtà, confermarlo implicitamente, ascrivendolo comunque tra i casi di sindacato incentrato sulla proporzionalità intrinseca alla sanzione, piuttosto che sul vaglio della sua legittimità utilizzando un *tertium comparationis*.

Infatti, non è chiaro se il giudice rimettente abbia realmente sottoposto all'attenzione della Corte una disposizione avente identica struttura e *ratio* di quella scrutinata, tale eventualmente da sostituirla.

In ogni caso, se tale *tertium comparationis* fosse stato rinvenuto dal rimettente nella sanzione prevista nei confronti di chi consenta la partecipazione al gioco a minori di anni diciotto⁶⁰, essa sarebbe stata insoddisfacente a integrare i requisiti di ammissibilità della questione "anteriori" al nuovo corso giurisprudenziale della Corte.

Infatti, le due fattispecie non sono assimilabili, stante l'eterogeneità delle condotte punite. Inoltre, rispetto a essa sono "*previste, in aggiunta alla sanzione amministrativa pecuniaria, di minor importo e graduabile (da cinquemila a ventimila euro), sanzioni accessorie di significativo spessore (chiusura temporanea dell'esercizio, del locale o del punto di offerta; in determinati casi di recidiva, revoca delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative), la cui estensione ai comportamenti che qui interessano sarebbe contraria allo stesso "verso" delle questioni e certamente estranea, comunque sia, alle competenze di questa Corte*"⁶¹.

Dunque, piuttosto che essere interpretata quale ritorno alla propria giurisprudenza anteriore ai recenti superamenti delle rime obbligate grazie a "grandezze interne all'ordinamento" e altri "punti di riferimento", la presente sentenza potrebbe essere letta senza soluzione di continuità con essa, in quanto conferma i nuovi approdi, benché escluda di poterne rinvenire i mezzi per -altrimenti- applicarli⁶².

⁶⁰ Art. 24, co. 21 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni in l. 15 luglio 2011, n. 111.

⁶¹ §7 *Considerato in diritto* della sentenza in commento.

⁶² A dimostrazione che il presente procedimento motivazionale si pone in continuità con gli altri casi di "emancipazione" dal modello del *tertium comparationis*, valga applicare al presente caso espressioni efficacemente

Il più significativo precipitato di tale cambio di rotta nella giurisprudenza costituzionale (apprezzabile anche nel caso concreto) risiede nel fatto che la ragionevolezza-proporzionalità della sanzione rispetto alla condotta punita (spostandosi in sede di valutazione della misura da eventualmente sostituire con un'altra), non rimane più a esclusivo presidio della preliminare ammissibilità della questione⁶³.

In tale modo, si ampliano le maglie del giudizio della Corte in quanto, ogni volta in cui non sia possibile rintracciare un *tertium comparationis* idoneo, comunque essa potrà vagliarne la legittimità costituzionale, facendo leva sulla ragionevolezza-proporzionalità intrinseca della sanzione, così non dovendo arrestare il proprio giudizio⁶⁴.

Va tuttavia segnalato che nel caso in esame, data la sua specificità (in quanto coinvolge una misura fissa e non stabilita entro un minimo e un massimo) la portata innovativa di tale giurisprudenza potrebbe reputarsi affievolita.

Infatti, le sanzioni fisse, per loro stessa natura⁶⁵, piuttosto che (ma soprattutto, prima ancora di) essere confrontate con eventuali *tertium comparationis*, sono soggette a un giudizio di proporzionalità simile a quello cui è approdata la giurisprudenza recente rispetto alle pene mobili.

formulate da I. Grimaldi, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale*, cit., p. 5 nel parlare del generale sviluppo della razionalità intrinseca alla fattispecie incriminatrice, che sembrano trovare piena cittadinanza anche nel caso in esame: “È la razionalità intrinseca alla fattispecie incriminatrice, dunque, il punto focale dell’analisi di costituzionalità man mano costruita dalla Consulta: un’attenzione maggiore alla sanzione penale in sé considerata, da un punto di vista esonormativo, ha condotto così all’emancipazione del principio di proporzionalità dalla dinamica trilaterale ex art. 3 Cost., in particolar modo attraverso la compenetrazione della proporzione con il nuovo tessuto costituzionale, rectius, con la finalità rieducativa della pena. [...] È proprio tramite questo innovativo schema di intervento costituzionale che la Corte ha attribuito maggiore nitidezza al principio di proporzionalità, che diviene peculiarità interna alla fattispecie considerata, ora valutata nella propria stessa ratio: disancorando il giudizio di proporzione dallo schema triadico del *tertium comparationis*, l’attenzione del giudice costituzionale si focalizza, quindi, sulla conformità della disposizione normativa alla sua causa interna”.

⁶³ E. Cottu, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Diritto penale e processo*, n. 4 del 2017, p. 477: “Il giudizio trilatero parrebbe mutare, quindi, in senso radicale il proprio ruolo nel controllo sulla misura della pena. Originariamente arcigno guardiano kafkiano della porta del giudizio di ragionevolezza - filtro iniziale e inaggirabile di ogni doglianza sulla entità della sanzione - si converte in strumento successivo e servente rispetto all’accertamento del vizio e alla sua rimozione”.

⁶⁴ A. Mazzola, *La questione di legittimità delle pene tra il divieto di impugnazione delle pronunce della Corte costituzionale e l’assenza di soluzioni obbligate. Alcune considerazioni a margine della sentenza n. 40 del 2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2 del 2020, p. 54: “Il *tertium comparationis* è utilizzato esclusivamente ex post, così da offrire una sola risposta sanzionatoria coerente al quadro normativo vigente. Per di più, entra in gioco solo in un secondo momento e funge da modello al quale attingere per individuare la soluzione normativa idonea a riempire il vuoto che altrimenti residuerebbe all’indomani di una declaratoria di incostituzionalità. Con questa pronuncia peraltro il sindacato di costituzionalità della pena diventa a rime “possibili” e non più “obbligate”, integrando una sostituzione sanzionatoria immediatamente applicabile onde evitare vuoti di tutela penale provvisori e transitori”.

⁶⁵ R. Bartoli, *La Corte Costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2 del 2019, p. 149.

Si è cioè sempre rapportata la misura comminata, in quanto rigida, con il fatto sanzionato, al fine di scrutinare la ragionevolezza-proporzionalità della scelta compiuta (una volta per tutte) dal Legislatore nel prevedere un *quantum* fisso. Esso, come detto, è infatti tollerabile quando i fatti sanzionati vadano considerati sempre espressivi del medesimo livello di gravità, così che la sanzione fissa appaia, in concreto, sempre proporzionata⁶⁶.

Dunque, benché per tali motivi la presente sentenza possa subire un affievolimento nel suo carattere innovativo rispetto all'orientamento giurisprudenziale incentrato sulla c.d. proporzionalità intrinseca, si ritiene che possa essere comunque legittimamente segnalata all'interno di tale percorso evolutivo. Ciò perché (pur non utilizzando un *tertium comparationis* in sede di critica dell'adeguatezza del *quantum* fisso) lo recupera, per escluderlo, in sede di eventuale sostituzione con altra misura, così nuovamente testimoniando che esso non è strettamente necessario al fine di una dichiarazione di incostituzionalità di una sanzione (fissa o mobile che sia), rilevando piuttosto la sua intrinseca proporzionalità-ragionevolezza rispetto al fatto commesso⁶⁷.

5. Criticità?

Al di là dei già citati dubbi circa la natura della sanzione qui censurata, nonché dei suoi possibili effetti iper-retroattivi, tali da investire il giudicato già formati, la motivazione della sentenza esaminata suscita ulteriori profili di riflessione.

In particolare, confrontando tale tecnica decisoria con altre già utilizzate dalla Corte in casi simili, potrebbero alimentarsi nuovamente i mai sopiti dubbi circa i criteri con i quali la Consulta

⁶⁶ A. Galluccio, *La sentenza della consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, cit.

⁶⁷ Sembra, infatti, pienamente applicabile anche al caso concreto la considerazione di E. Cottu, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, cit., p. 476, secondo cui "Affermata la rilevanza di un difetto di proporzione già in forza di un giudizio diadico (basato, cioè sul diretto riscontro di una violazione del parametro da parte della norma impugnata) la Corte aggiunge che solo la ricerca del momento "terapeutico" del vizio in questione le imporrebbe il ritorno al consueto modello di giudizio triangolare di uguaglianza-ragionevolezza, il quale, come noto, implica l'esame congiunto (in triangolazione, appunto, col principio di uguaglianza formale posto dall'art. 3 Cost.) di più disposizioni di legge ordinaria ritenute affini sotto i profili di disciplina interessati dal giudizio di costituzionalità. Ma tale stazione ermeneutica viene ora collocata a posteriori, rispetto a una già compiuta diagnosi di illegittimità della pena per difetto di proporzione".

decida di ricorrere a uno specifico strumento motivazionale piuttosto che all'altro, pur in presenza dei medesimi requisiti.

Com'è stato attentamente osservato, a parità di situazioni censurate, è sempre più difficile comprendere i criteri con i quali la Corte acceda a una tecnica decisoria piuttosto che a un'altra, rendendo talvolta imprevedibile *ex ante* l'esito dei suoi giudizi, oltre che facendola procedere secondo un percorso *prima facie* "creativo"⁶⁸.

La presente dichiarazione ablativa "secca" può, ad esempio, essere confrontata con i sempre più frequenti c.d. moniti al Legislatore⁶⁹ ovvero i c.d. rinvii a udienza fissa⁷⁰.

Infatti, a tali formule decisorie la Corte ha fatto spesso ricorso in materie altamente sensibili (socialmente e politicamente) proprio nei casi in cui, dato l'alto tasso di discrezionalità legislativa che caratterizza le scelte in questione, soprattutto penali, ha ritenuto non adeguato (almeno in prima battuta) un suo intervento manipolativo⁷¹. Per tali motivi, ha spesso rigettato la questione e "lanciato" un monito al Legislatore, ovvero fissato una nuova udienza per la prosecuzione della discussione, lasciando al Parlamento tempo (e parziali indicazioni) per intervenire.

Così come il citato giudizio di proporzionalità intrinseca alla sanzione penale (qui amministrativa-punitiva) ha contribuito a superare, parzialmente, il limite delle rime obbligate, allo stesso modo tali due tecniche decisorie hanno comportato significative incursioni nella sfera tradizionalmente attribuita al Parlamento.

Infatti, rifuggendo dichiarazioni di inammissibilità per discrezionalità del Legislatore, e viceversa approdando a sentenze manipolative, anche innovative, con esse la Corte stessa ha compiuto, in seconda battuta (cioè in caso di monito rimasto inascoltato ovvero, alla nuova udienza fissata, trascorso inutilmente il tempo concesso), una delle possibili scelte che il Parlamento -inerte- non ha *medio tempore* compiuto⁷².

⁶⁸ A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2 del 2019, p. 284; D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

⁶⁹ N. Zanon, *I rapporti tra la Corte Costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, n. 3 del 2021, p. 86.

⁷⁰ E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3 del 2019, p. 531.

⁷¹ F. Politi, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1 del 2020, p. 639.

⁷² M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2019, p.

Tuttavia, tale sequenza decisoria (monito al Legislatore/rinvio dell'udienza a data fissa - successiva sentenza manipolativa nel caso di infruttuoso trascorrere del tempo) si giustifica in ragione di criteri interpretativi che possono apparire labili e che, probabilmente, anche nel presente caso si sarebbero potuti rinvenire, che rendono dunque necessario indagare sulla base di quali motivazioni la Corte decida di accedere a una tecnica ovvero alle altre.

Infatti, le tecniche qui portate a paragone sono motivate sulla base della intollerabilità (alla luce dell'inutile scorrere del tempo concesso al Parlamento) della permanenza di un *vulnus* costituzionale già accertato, in prima battuta, dalla Corte, ma non dichiarato immediatamente⁷³.

Solo in un secondo tempo, dunque, essa ritiene che il perdurante bilanciamento tra discrezionalità legislativa (in virtù della quale non ha fatto la "prima mossa") e l'accertata incostituzionalità, debba essere risolto in favore della dichiarazione di quest'ultima, pur permanendo ancora, benché affievolito, il limite della discrezionalità del Parlamento⁷⁴.

Ebbene, nel caso qui in commento, benché attinente scelte sanzionatorie particolarmente rigide e frutto di una precisa politica di contrasto a quello che la Corte stessa riconosce essere un bene di sicuro rilievo costituzionale (la salute), il Collegio ha deciso di non "attendere" quel lasso di tempo viceversa presente nello schema motivazionale dei c.d. moniti al Legislatore o nei rinvii a udienza fissa.

Non ha, cioè, ritenuto che il bilanciamento tra discrezionalità legislativa nelle scelte penali (o amministrative sostanzialmente penali) e incostituzionalità delle stesse, necessitasse di una "seconda chance" in virtù della meritevolezza degli interessi sottostanti, tanto da poter invitare il Legislatore a porre rimedio, e non lasciare *medio tempore* sprovvista di tutela la materia⁷⁵.

650 parla di tendenza, della giurisprudenza costituzionale, ad "attenuare la 'morsa' delle rime obbligate, almeno in una ipotesi specifica, che è quella del mancato o inidoneo intervento legislativo a seguito del monito della Corte".

Similmente si v. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2019, p. 264.

⁷³ A. Giubilei, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3 del 2019, p. 100 illustra efficacemente questa scansione in due tempi.

⁷⁴ A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 27 novembre 2019, parla, riguardo al c.d. caso Cappato, di possibili effetti simili a una "vera e propria legislazione rivestita delle candide forme della sentenza".

⁷⁵ Come ricorda M. Ruotolo, *Oltre le "rime obbligate"?*, cit., p. 59, ciò è, viceversa, avvenuto in tutti i casi in cui la Corte ha fatto ricorso a pronunce manipolative oltre le rime obbligate, utilizzando "soluzioni già esistenti, ancorché non costituzionalmente obbligate": sent. n. 222 del 2018, riguardante il sistema delle pene accessorie dei delitti di bancarotta, preceduta da monito contenuto nella sent. n. 132 del 2012; sent. n. 40 del 2019, in tema di trattamento

Infatti, la Corte ben avrebbe potuto ritenere tanto rilevante la tutela della salute e il contrasto alla ludopatia (in quanto incidente sulla sfera fisica-psichica e sugli interessi economici e relazionali della vita del giocatore) da non dover lasciare la materia immediatamente sfornita di sanzione, così procedendo a una sentenza monito che rigettasse la questione, pur invitando il Legislatore a intervenire quanto prima in senso conforme a Costituzione, prevedendo una sanzione mobile.

Nel caso di specie, invece, si è assistito a una differente valutazione sotto numerosi profili.

In primo luogo, la gravità dell'attuale incostituzionalità (che incide sull'adeguamento della sanzione al caso concreto, personalizzandola rispetto al soggetto e a fattori circostanti) è stata ritenuta tanto elevata e intollerabile da dover essere rimossa immediatamente.

Inoltre, il Collegio ha valorizzato la centralità del criterio di ragionevolezza intrinseca alla sanzione, che gli consente di operare immediatamente, senza un *tertium comparationis* e senza concedere al Parlamento un lasso di tempo per compiere una delle possibili scelte, così testimoniando la forza espansiva di tale principio.

A maggior ragione, non discutendosi della materia prettamente penale (presidiata dalla precipua competenza legislativa in materia punitiva), la Corte può aver ritenuto di non dover soprassedere prima di adottare un'eventuale dichiarazione manipolativa.

Ciò costituisce, a ben vedere, il punto nodale che differenzia la presente tecnica dalle sentenze di "incostituzionalità accertata ma non (ancora) dichiarata". Esse, infatti, riguardano sempre questioni in cui è richiesto, o necessario, un intervento manipolativo, essendo molteplice il "verso" dell'incostituzionalità. Per tale motivo la Corte, prima di intervenire direttamente, interpella il Legislatore, evitando così di essere tacciata di "operare in solitaria"⁷⁶.

Nella sentenza in commento, invece, è stata semplicemente e puramente dichiarata incostituzionale, *in toto*, una norma sanzionatoria. Si è trattato, dunque, di un accoglimento "secco" di kelseniano sapore. Solo le motivazioni della Corte hanno lasciato eventuali spazi d'intervento al Legislatore per riformulare la sanzione, ma la sentenza in sé considerata, volutamente, in nulla ha

sanzionatorio per i reati riguardanti gli stupefacenti, preceduta da monito contenuto nella sent. n. 179 del 2007; sent. n. 99 del 2019, che ha esteso la possibilità di concessione della detenzione domiciliare c.d. umanitaria per le ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta (sino ad allora limitata ai casi di infermità fisica sopravvenuta), preceduta da monito contenuto nella sent. n. 111 del 1996; sent. n. 113 del 2020, sui termini per la proposizione del reclamo avverso provvedimenti relativi ai permessi premio, preceduta da monito contenuto nella sent. n. 235 del 1996.

⁷⁶ A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit., a proposito del c.d. caso Cappato parla di "vera e propria legislazione rivestita delle candide forme della sentenza".

rimodulato la materia, così non “imponendo” alla Consulta di interpellare preventivamente il Parlamento.

Il vero dubbio, dunque, riguarda i criteri secondo i quali la Corte decide -talvolta- di attendere un lasso di tempo, coinvolgendo il Legislatore, prima di operare una manipolazione, talaltra di intervenire direttamente attraverso la guida di “grandezze interne all’ordinamento” e “punti di riferimento”, così come sembra che avrebbe sicuramente fatto se avesse trovato tali strumenti.

La scelta di campo è suscettibile di interpretazioni discrezionali, eventualmente basate su fattori non solo giuridici e neutri, ma anche sociali, culturali, storici e politici (in senso lato), tanto da riflettersi sulla tecnica con la quale essa decide di procedere.

A tal proposito, è stato segnalato⁷⁷ un potenziale effetto di incertezza circa il grado di rigoroso controllo che la Corte è chiamata a rispettare (evitando di sconfinare nelle prerogative legislative) nel meccanismo triadico recuperato in un momento logicamente successivo al vaglio di costituzionalità, cioè quando essa deve rinvenire -all’interno del sistema- un trattamento sanzionatorio cui sostituire quello censurato.

Infatti, benché ciò testimoni l’irrinunciabilità della guida di un *tertium comparationis* (non del tutto espunto dal giudizio costituzionale, solamente postergato⁷⁸), esso può diventare fattore di incertezza e “discrezionalità” nel giudizio della Corte, in quanto due o più fattispecie sanzionatorie poste a confronto difficilmente saranno perfettamente equiparabili o esattamente eterogenee, così determinando, in realtà, una possibile assenza di geometria nell’individuazione della misura sostitutiva, e l’accesso a “rime sciolte”⁷⁹.

Lungi dal riproporre dibattiti circa il tasso di “politicalità” delle scelte della Corte⁸⁰, si vuole piuttosto riflettere circa il reale grado di obbligatorietà (tra i numerosi possibili) dell’esito raggiunto, mostrando l’esistenza di percorsi alternativi, non seguiti, così da interrogarsi sulle ragioni

⁷⁷ I. Grimaldi, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale*, cit., p. 13.

⁷⁸ Il *tertium comparationis* finisce per rivestire il ruolo di mero “sostitutivo sanzionatorio”, I. Grimaldi, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale*, cit., p. 20.

⁷⁹ Per un esempio di ciò, si v. C. Bray, *Stupefacenti: la Corte Costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, cit. che esprime perplessità circa la soluzione del caso di specie, in quanto la Corte Costituzionale ha sostituito una pena con un’altra già contenuta nella legge Fini-Giovanardi, dichiarata incostituzionale con sent. n. 32 del 2014, nonché probabilmente non coerente con altre misure ancora presenti nell’ordinamento.

⁸⁰ G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005, p. 131.

sottostanti alle diverse soluzioni in punto tecniche decisorie, non dando per scontato la loro indispensabilità nel caso di specie⁸¹.

Un secondo nodo critico riguarda lo spazio che realmente la Corte Costituzionale ha lasciato al Legislatore per intervenire al fine di disciplinare la materia, e come tale “invito” si inserisca nei rapporti tra i due Organi.

Infatti, l’eventuale nuova regolazione dovrà -ovviamente- rispettare il metro costituzionale già indicato dalla Corte, per non incorrere in una nuova censura. Dunque, non potrà prevedere una nuova misura fissa, bensì una mobile⁸².

Tuttavia, ci si potrebbe domandare se e come il nuovo Legislatore possa rapportarsi con la misura (cinquantamila euro) qui censurata, da egli originariamente ritenuta adeguata a punire le violazioni commesse.

Essa è stata espunta dall’ordinamento in quanto fissa, cioè non differenziatrice delle situazioni specifiche, senza tuttavia nulla dire (probabilmente, in ossequio alla discrezionalità legislativa) circa la sua utilità quale parametro dell’eventuale nuova misura, che -dunque- forse potrebbe prevedere un minimo o massimo ritagliato sul *quantum* qui censurato. Infatti, dalla presente motivazione nulla sembra vietare al Parlamento di utilizzare l’attuale ammontare come bussola per parametrare il nuovo *range* sanzionatorio.

Viceversa, ci si potrebbe domandare se la Corte (nel caso in cui fosse chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell’eventuale nuova misura), possa utilizzare come *tertium comparationis*, ai fini di un eventuale giudizio sulla sproporzione-irragionevolezza dei nuovi minimi o massimi edittali, la medesima misura già dichiarata incostituzionale, benché per altri motivi.

⁸¹ In generale, M. Ruotolo, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *federalismi.it*, n. 3 del 2021, p. 54 afferma che: “la riflessione sulle evoluzioni della giurisprudenza costituzionale de[ve] essere condotta avendo presente il contesto storico-politico nelle quali si collocano. Quella che può apparire come una “inquietante” novità, nei termini ora di un presunto “stravolgimento” delle regole processuali ora di un’ardita “creazione” sul piano delle tecniche decisorie, potrebbe magari essere intesa nella forma di una lettura evolutiva dei principi o delle regole del processo costituzionale funzionale all’esigenza di “rendere giustizia costituzionale”. Non dico che questa esigenza possa giustificare tutto, ma affermo con forza che alla luce della stessa occorra valutare la tenuta della singola “novità” entro il quadro normativo (e storico-politico) nel quale si colloca. [...] Quella che oggi può apparire una culpa, domani potrà essere considerata una culpa felix”.

⁸² §7 *Considerato in diritto*: spetterà al Legislatore determinare, nel rispetto dei principi costituzionali, una diversa sanzione per i comportamenti considerati, stabilendone i relativi “limiti minimo e massimo”.

Dubbio simile potrebbe porsi rispetto alla disposizione che nel presente giudizio è stata portata all'attenzione del Collegio in quanto -probabilmente- avrebbe potuto essere utilizzata come *tertium comparationis*, e che essa ha già detto non essere assimilabile a quella censurata, in quanto eterogenea⁸³.

Dunque, la Corte, nel caso in cui fosse chiamata a un nuovo sindacato sulla medesima disposizione così come riformulata, in punto sanzione, dal Legislatore, potrebbe trovarsi di fronte a un bivio: richiedere che il *tertium comparationis*, per eventualmente giudicare la proporzionalità-ragionevolezza della nuova misura, sia sopravvenuto alla sua decisione (in quanto a oggi la Consulta ha dichiarato di non averne potuto rinvenire un altro nell'ordinamento); ovvero recuperare la misura attualmente dichiarata incostituzionale, distinguendo in modo specifico gli effetti della presente statuizione, ricordando che essa investe la misura di 50.000 € in quanto fissa, e non perché astrattamente inidonea a sanzionare le violazioni degli obblighi informativi a cui presidio era volta.

Sotto altro profilo, si segnala che la Corte non ha mai dubitato (e nemmeno ha considerato tale eventuale criticità al fine di escluderla esplicitamente) che il suo intervento sostitutivo in punto pena potesse estendersi tanto da “trasformare” (se avesse trovato un utile *tertium comparationis*) una pena fissa in una mobile.

Spesso, infatti, la Corte ha operato modulazioni dei minimi o dei massimi (anche congiuntamente) laddove già il Legislatore aveva, appunto, già operato una scelta sanzionatoria entro una cornice edittale, benché incostituzionale⁸⁴.

Nel caso di specie, invece, la *ratio* sottostante, oltre a essere ben diversa (misura fissa, e per questo incostituzionale), comportava anche effetti volutamente lontani da quelli che si sarebbero potuti produrre con un intervento sostitutivo della Corte (e che adesso invita il Legislatore a compiere), cioè con la previsione di una cornice edittale.

Infine, si sottolinea che, in passato, parte della dottrina ha auspicato in capo alla Corte una soluzione “audace”, che cioè dimostrasse realmente l'acquisita centralità del principio di

⁸³ Ci si riferisce alla fattispecie di minore gravità che punisce con una sanzione da cinquemila a ventimila euro chi consente la partecipazione di minori di anni diciotto ai giochi pubblici, art. 24, co. 21 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni in l. 15 luglio 2011, n. 111.

⁸⁴ Corte Costituzionale, sent. 40 del 2019 che ha dichiarato illegittimo il minimo edittale previsto per il delitto di cui all'art. 73, co. 1 D.P.R. n. 309 del 1990, che incrimina i fatti di non lieve entità aventi a oggetto c.d. droghe pesanti (reclusione di otto anni che andrà sostituito con quello, più mite, di sei anni). C. Bray, *Stupefacenti: la Corte Costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 marzo 2019.

ragionevolezza intrinseca alla misura censurata. Essa sarebbe stata testimoniata da un'immediata dichiarazione di incostituzionalità *tout court*, omettendo alcuna rimodulazione della stessa a opera della Corte⁸⁵.

Ebbene, il medesimo esito si è avuto nel caso di specie.

Tuttavia, non pare potersi affermare che esso sia dipeso dalle medesime motivazioni, cioè da una scelta volontaria della Corte di restringere il campo delle proprie tecniche (sempre più) espansive e invasive della sfera legislativa, parimenti attribuendo completa rilevanza al principio di ragionevolezza intrinseca, tanto da espungere immediatamente la disposizione dall'ordinamento.

Non si è, infatti, trattato di un regresso alla giurisprudenza delle rime obbligate "ferme". Bensì di un'attuale impossibilità (in quanto non offerte dall'ordinamento) di rintracciare "grandezze interne" e "punti di riferimento" idonei a proseguire tale linea evolutiva del proprio giudizio verso rime "mobili".

6. Conclusioni

In conclusione, la sentenza in commento appare rilevante per almeno due profili.

In primo luogo, per l'incessante estensione di garanzie convenzionali e costituzionali, tradizionalmente appartenenti alla materia penale, alle sanzioni punitive-afflittive, così conferendovi maggiore autonomia nel sistema sanzionatorio, tanto da svincolare -a lungo andare- quest'ultima materia da necessarie derivazioni dalla prima.

In secondo luogo, dietro una soluzione apparentemente di regresso a rime obbligate "ferme", la Corte conferma implicitamente (in quanto ne avrebbe fatto ricorso se ne avesse rinvenuto i mezzi) il ricco filone giurisprudenziale di superamento delle stesse attraverso "grandezze interne all'ordinamento".

⁸⁵ F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2 del 2017, p. 66: "Una Corte che volesse giustiziare sino in fondo il principio di proporzionalità della pena potrebbe anche limitarsi a dichiarare incostituzionale l'intera disposizione, lasciando poi che sia il legislatore a intervenire per introdurre un nuovo quadro sanzionatorio in linea con l'imperativo costituzionale. [...] O ancora, ben potrebbe la Corte limitarsi a travolgere in casi siffatti il minimo edittale [...] lasciando che sia il giudice a individuare poi la pena adeguata tra il minimo legale della reclusione ai sensi dell'art. 23 c.p. (quindici giorni) e il massimo edittale che di volta in volta venga in considerazione".

Nel fare ciò, posticipa l'utilizzo di un -eventuale- *tertium comparationis* alla successiva fase di sostituzione di una misura con un'altra, valorizzando maggiormente la ragionevolezza-proporzionalità intrinseca alla sanzione censurata rispetto ai fatti commessi, nonché la sua personalizzazione rispetto al soggetto agente.

Tuttavia, tale implicito riconoscimento della piena consapevolezza in capo alla Corte Costituzionale di disporre di un ricco armamentario decisorio, cui è disposta a ricorrere se le si presentasse l'occasione, suscita continui dubbi sui reali rapporti tra la Consulta e il Legislatore.

Infatti, gli strumenti motivazionali del Giudice delle Leggi hanno il pregio di testimoniare il suo posizionamento nell'ordinamento e nella tutela dei diritti non solo quando essi siano attivamente impiegati, ma anche quando la Corte decida di non ricorrervi, come nel caso di specie.