



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. II

(ESTRATTO)

FRANCESCO SEVERA

**LA PROPORZIONALITÀ DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE
NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE:
QUESTIONI DI SOSTANZA E QUESTIONI DI PROCESSO**

(UNA RIFLESSIONE A PARTIRE DA CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA N. 40 DEL 2023)

3 LUGLIO 2023

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Francesco Severa

**La proporzionalità delle sanzioni amministrative nella giurisprudenza costituzionale:
questioni di sostanza e questioni di processo
(una riflessione a partire da Corte costituzionale, [sentenza n. 40 del 2023](#))***

ABSTRACT: *The paper draws up a reflection regarding the proportionality of administrative sanctions starting from the most recent constitutional jurisprudence, in particular from sentence n. 40 of 2023. The reflection examines the topic from the aspect of both its substantive and procedural implications. Under the first point of view, reference is made to the qualification of proportionality as a right or as a principle and to the consequences of preferring one or the other definition. Under the second point of view, it is investigated the sustainability of the so-called “schema Modugno”, noting its critical points and proposing new rules of procedural method that impose recourse to “rime obbligate” only as an extrema ratio.*

SOMMARIO: 0. Qualche suggestione a partire da recenti letture. - 1. La ricchezza ermeneutica dell’art. 3 Cost. - 2. La precedente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di proporzionalità della sanzione amministrativa. - 3. I contenuti della sentenza [n. 40 del 2023](#). - 4. Questioni di sostanza. - 5. Questioni di processo. - 6. Conclusioni.

0. *Qualche suggestione a partire da recenti letture*

L’atto di annotare un testo di natura giuridica, abbia esso il valore generale e astratto di un atto dell’autorità politica ovvero sia esso la puntuale decisione su una controversia da parte di un giudice, mantiene sempre un certo sapore antico. L’idea che si debba provare a sistematizzare le spurie manifestazioni del diritto, ricondurre ad unità il particolarismo proprio partendo dagli elementi emergenti della realtà giuridica. La glossa, l’annotazione critica a margine, nobilita l’irrinunciabile fluidità delle decisioni, provando a tenere insieme la necessità di rincorrere le contingenze con quella ragione del diritto che fonda poteri e antipoteri, diritti e prerogative, doveri e vincoli. La sovrastruttura, meglio l’epi-struttura, che tiene insieme società e comunità.

Questa intuizione affonda le sue radici in un’altra epoca, che troppo simile appare rispetto alla nostra. Quei mille anni dell’età di mezzo in cui fiorì la scienza giuridica europea, intorno al vuoto lasciato dal crollo dell’edificio politico romano e del diritto ad esso servente. La svolta di quella contingenza storica fu tutta nell’emancipazione dello *ius* dal potere, nella sottrazione dello stesso alla sua funzione di controllo sociale, nella sua conversione ai “fatti primordiali”, ai rapporti autentici, alle realtà comunitarie. Dice Paolo Grossi che «si trattò di un diritto scientifico, costruito da una scienza giuridica che si sentì investita di un enorme compito costruttivo; si trattò di una scienza che non trovava copertura e non derivava autorevolezza (e quindi sicura osservanza) nel proprio coinvolgimento in solidi apparati politici; si trattò di una scienza che, affidandosi e appoggiandosi nella sua solitudine al diritto romano e a quello canonico, volle qualificarsi come “interpretazione”, come uno stuolo di interpreti di fonti romane e canoniche; si trattò formalmente di interpretazione, formalmente ossequiosa delle sue fonti, ma fu nella sostanza opera creativa di sapienti che, coscienti e vigili nel loro ruolo attivo, si fecero mediatori tra testi autorevoli e bisogni della società a essi contemporanea, elasticizzando con disinvoltura la rigidità testuale ai bisogni emergenti e costruendo un diritto sostanzialmente nuovo»¹.

Forse oggi non è il vuoto il vero problema, ma il moltiplicarsi di sovranità contrapposte e sovrapposte. Un potere diluito nel particolarismo, che sfugge perfino al “monumento amministrativo” statale; che si fa sovranazionale, internazionale, e infine privato. Un diritto che diviene allora funzione tecnica, strumento contingente, sradicato da ogni coscienza sociale, da ogni conflitto, da ogni

* 

¹ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 54 e ss.

materialità, al servizio esclusivo delle piccole sovranità. E se questa è la questione, forse non è sbagliato, per i giuristi, ruminare quel passato di cui abbiamo detto. Tutelare la dimensione “inintenzionale” del diritto e la sua autonomia logica e ideale. Direbbe Carl Schmitt: «rimaniamo scienza e giurisprudenza»! Continua così il giurista di Plettenberg in un suo scritto del 1943: «è questa la realtà della nostra esistenza intellettuale, che non possiamo lasciare che venga distrutta dall'esterno per opera di categorie metodologiche, psicologiche o genericamente filosofiche. Noi possiamo sceglierci dunque una missione che nessun'altra forma o metodo di attività umana può sottrarci. Non possiamo sceglierci a nostro piacimento governanti e regimi, sempre mutevoli, ma nelle mutevoli situazioni preserviamo il fondamento di un essere umano razionale, che non può fare a meno dei principi del diritto. Di tali principi fa parte un riconoscimento della persona che non venga meno neanche nella lotta e che si basi sul rispetto reciproco; una sensibilità per la logica e la coerenza dei concetti e delle istituzioni; il senso della reciprocità e del minimo richiesto per una regolare procedura, per un *due process of law*, senza cui non c'è diritto. È nel nostro preservare questo nucleo indistruttibile di ogni diritto di contro a qualsiasi disgregante statuizione che sta la dignità posta nelle nostre mani, oggi in Europa più che in qualsiasi altra epoca e in qualsiasi altra parte della terra»².

E se questo dobbiamo fare, se dobbiamo difendere il modo europeo di essere del diritto, cioè questa autonomia fondativa della scienza giuridica e la sua diretta e vitale connessione con il “ribollire dei fatti sociali”, sarà essenziale curare una solida ermeneutica dei principi. Quei principi costitutivi del sistema giuridico, che oggi non troviamo più nella raccolta di Giustiniano, ma nella nostra Carta costituzionale. Nella Costituzione è la libertà della scienza giuridica contemporanea. E al costituzionalista spetta, allora, un compito assai delicato. Quello di tutelare tale istanza prima di libertà, di darle vita, di tirarne fuori gli elementi più arcaici (originari, dunque) e condivisi, di renderne effettivi ed efficaci i contenuti. Infatti, «le costituzioni appartengono a tempi che aspirano a durare. [...] Dire che per i costituzionalisti la costituzione è un compito è come dire ch'essi devono garantirne la durata. [...] Il compito sta nelle domande vecchie e nuove che a essa si rivolgono, alle quali essa, attraverso la voce dei giuristi, deve dare risposta. La vita delle costituzioni è un susseguirsi di domande e di risposte: domande fondamentali che provengono dalla società e risposte date dalla costituzione. Spetta ai costituzionalisti sia dare la forma giusta alle domande sia formulare le risposte adeguate»³. Niente passività dunque, niente arrendevolezza, ma coscienza del dato originario del diritto, della sua *vis construens*, della sua autonomia scientifica e logico-razionale. Niente ideologia, l'idea non è certo quella di ricavare dalla Costituzione una religione, di cui i costituzionalisti sarebbero i sacerdoti. Si tratta, più propriamente, del tentativo di attingere al dato fondativo, a quelle regole che edificano l'identità di una comunità a prescindere dal contingente detentore del potere, perfino al dato prepolitico che nella Costituzione ogni volta torna a vivere e che va discusso e recuperato dai giuristi. Il diritto come antipotere.

1. La ricchezza ermeneutica dell'art. 3 Cost.

A rendere di un certo interesse la sentenza della Corte costituzionale [n. 40 del 2023](#) (Pres. Sciarra, Red. Modugno) è il fatto che essa può essere iscritta in quel novello orientamento del giudice delle leggi, che gli impone (gli permette) di verificare il rispetto di un generale principio di proporzionalità nella dosimetria delle scelte sanzionatorie del legislatore che rimandino ad una responsabilità di tipo amministrativo. Gli elementi essenziali di questa giurisprudenza sono nati in realtà nell'ambito di una più ampia riflessione sulla ricchezza ermeneutica dell'art. 3 Cost.⁴, che, declinato nel triplice

² C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, Macerata, 2020, 66 e ss.

³ G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la Costituzione*, Roma-Bari, 2023, 74 e ss.

⁴ Resta di grande efficacia l'affermazione secondo cui «non v'è nessuna contraddizione tra il ritenere che il sindacato ex art. 3, comma 1, si atteggi come controllo della sola eguale sottoposizione alla legge o della giustificabilità di norme

significato di principio di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità, sta sempre più attestandosi nell'azione della Consulta quale fondativo valore di giudizio (in un'accezione di tipo sostanziale) sulla coerenza dell'ordinamento e sull'adeguatezza del potere esercitato dalle istituzioni, nonché quale schema di valutazione e verificabilità (in un'accezione processuale) a cui la stessa Corte ritiene di dover conformare le proprie decisioni. In questo senso, anche lo spazio di discrezionalità del legislatore, tradizionalmente riferito al suo potere di individuare, da una parte, i comportamenti da ritenere penalmente rilevanti e, dall'altra, le corrispondenti sanzioni, trova un limite nella necessaria proporzionalità che deve intercorrere tra questi due elementi, in quanto l'eventuale assenza di congruità tra fatto illecito e misura della sanzione non può che comportare un abuso, tanto più se la pena deve tendere alla rieducazione del condannato (art. 27 Cost.).

Gettare un così ingombrante sasso nello stagno, non ha potuto che generare una serie ampia di cerchi concentrici, linee collaterali di derivazione che, nei provvedimenti della Corte, sembrano avanzare, in realtà, in maniera occasionale e ondivaga, con il serio problema di metterli poi a sistema. E allora bisogna innanzitutto rilevare come (a) la valutazione sulla proporzionalità non debba per forza effettuarsi in via comparativa, stabilendo cioè un *tertium* rispetto al quale verificare una corrispondenza, ma ben riguarda un carattere intrinseco della norma sottoposta al sindacato di costituzionalità; (b) lo schema logico così individuato trova applicazione in tutti i casi in cui il legislatore esprime una volontà "punitiva", non solo in ambito penale; (c) nel caso di rilevata costituzionalità in questioni normative che toccano settori in cui la tutela punitiva resta necessaria, l'utilizzo della mera ablazione nelle decisioni della Consulta mal si concilia con l'idea che si debbano evitare vuoti sanzionatori; (d) sicuro è allora il ricorso a soluzioni creative che evitino la produzione di un *vulnus*, pur senza riconoscere alla Corte il potere di sostituirsi alle scelte discrezionali del legislatore. Ognuno di questi frammenti di ragionamento si aggiunge ad una linea consequenziale in continuo accrescimento. I casi concreti chiamano soluzioni differenziate, che vanno però ricondotte alla piattaforma logica creata dall'interpretazione dell'art. 3 Cost. Indugiare troppo però sul particolarismo delle contingenti questioni, rischia di impedire una necessaria razionalizzazione, rischia di ritardare l'emersione di uno schema fisso, che funzioni da modello di riferimento per una verificabilità organica delle decisioni della Corte costituzionale. Questo sia da un punto di vista sostanziale che processuale.

Ecco, la sentenza in commento è l'ultimo atto del processo di accrescimento appena descritto, che ha finito per trasferire la valutazione di proporzionalità nel campo delle sanzioni amministrative. Un passaggio che presuppone, appunto, che la proporzionalità debba essere rispettata ogni volta che il legislatore eserciti la sua funzione punitiva, non solo penale quindi (qui sta la questione di sostanza), e che la necessità di sindacare la discrezionalità sanzionatoria del legislatore possa giustificare interventi creativi della Corte, finalizzati ad evitare *vulnera* sistemici (qui sta la questione processuale). Entrambi tali presupposti si possono ritrovare nella giurisprudenza della Consulta e hanno modellato uno schema decisorio abbastanza riconoscibile, anche se non estraneo ad alcuni profili critici (che nella [40 del 2023](#) sembrano in realtà emergere) e non poco scombinato (soprattutto nella definizione delle soluzioni processuali) dalla stretta contingenza delle questioni. Prima allora di analizzare la decisione in commento, proviamo a recuperare dall'attività pretoria gli elementi presupposti che abbiamo detto.

derogatorie oppure come controllo della parità di trattamento in situazioni diverse, o ancora come sovrapposizione di una razionalità "esterna" a quella del legislatore: tutte le posizioni (e le loro diverse sfumature) giacciono infatti in un *continuum*, al cui estremo vi è nient'altro che il controllo della conformità della singola disposizione all'interno del sistema» - così B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale*, Padova, 1984, 45 ss. Si veda anche, sul tema, F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, in cui si declina la ragionevolezza quale criterio di giudizio, indicandone tre ambiti possibili: (1) congruità, (2) uguaglianza, (3) bilanciamento. Alcuni autori hanno poi mostrato come la valutazione in punto di ragionevolezza non sia altro che uno sviluppo dei tradizionali metodi ermeneutici della nostra cultura giuridica, basati sul ragionamento analogico e ispirati al modello della coerenza intrinseca del sistema giurisdizionale. In questo senso, R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*; M. La Torre e A. Spadaro (curr.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.

2. La precedente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di proporzionalità della sanzione amministrativa

Per indagare il profilo sostanziale, di sicuro interesse è la sentenza [n. 88 del 2019](#) (Pres. Lattanzi, Red. Amoroso). La Corte si trovò a giudicare la conformità a Costituzione dell'art. 222, comma 2, quarto periodo, del Codice della Strada, il quale prevedeva la comminazione della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente come conseguenza della condanna per il reato di omicidio stradale (art. 589 bis c.p.) o di lesioni personali stradali gravi o gravissime (art. 590 bis c.p.). La fattispecie possiede elementi peculiari, perché, in questo caso, la sanzione amministrativa ha un carattere complementare rispetto alla condanna penale: in qualche modo diversifica il regime sanzionatorio previsto per i detti reati e lo accresce, anche con finalità preventiva (tale aspetto avrà una sua importanza). Questo elemento ha portato la Consulta ad estendere nei fatti, senza particolari dubbi teorici, il principio di proporzionalità anche alla sanzione di tipo amministrativo, in particolare sotto il profilo dell'automatismo applicativo: «nell'art. 222 cod. strada l'automatismo della risposta sanzionatoria, non graduabile in ragione delle peculiarità del caso, può giustificarsi solo per le più gravi violazioni contemplate dalle due citate disposizioni [...]. Porsi alla guida in stato di ebbrezza alcolica [...] o sotto l'effetto di stupefacenti costituisce un comportamento altamente pericoloso per la vita e l'incolumità delle persone, posto in essere in spregio del dovuto rispetto di tali beni fondamentali; e, pertanto, si giustifica una radicale misura preventiva per la sicurezza stradale consistente nella sanzione amministrativa della revoca della patente nell'ipotesi sia di omicidio stradale, sia di lesioni personali gravi o gravissime. Al di sotto di questo livello vi sono comportamenti pur gravemente colpevoli, ma in misura inferiore sicché non è compatibile con i principi di eguaglianza e proporzionalità la previsione della medesima sanzione amministrativa. In tal caso, l'automatismo della sanzione amministrativa più non si giustifica e deve cedere alla valutazione individualizzante del giudice»⁵. La rigidità applicativa della sanzione scade chiaramente nell'impossibilità di stabilirne una proporzione con la serie ampia di comportamenti esecrabili che la norma punisce e i loro differenti gradi di disvalore. Per quel che a noi interessa, in quest'ultima decisione si osserva, tra le righe, una prima espansione del principio di proporzionalità a tutte quelle norme che sono diretta manifestazione del potere punitivo dello Stato, anche se non di natura penalistica e anche se pensate con obiettivi più di prevenzione che di punizione. Estensione qui giustificata dalla natura accessoria della sanzione amministrativa rispetto a quella penale.

Sarà però con la successiva [sentenza n. 112 del 2019](#) (Pres. Lattanzi, Red. Viganò) che la Corte arriverà a teorizzare il meccanismo estensivo in via generale e autonoma. Si discuteva, in quel caso, della conformità a Costituzione di quella norma che sanziona la condotta di abuso di informazioni privilegiate con la confisca amministrativa del prodotto dell'illecito: prodotto che si sostanzialmente, almeno nell'interpretazione che della norma dava la CONSOB, nella sottrazione dell'intero valore delle azioni acquistate dal soggetto in possesso delle informazioni privilegiate e non meramente la plusvalenza ottenuta mediante l'operazione. A prescindere dalle questioni di merito, la Consulta, nella parte motiva, apertamente argomenta sull'estensione del principio di proporzionalità alle sanzioni amministrative, quando queste manifestino una natura "sostanzialmente punitiva": «questa Corte ha esteso in molteplici occasioni alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente "punitivo" talune garanzie riservate dalla Costituzione alla materia penale. Ciò è accaduto, in particolare, in relazione ad una serie di corollari del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost., quali il divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* [...], della sufficiente precisione del precetto sanzionato [...], nonché della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* [...]. Una tale estensione non è avvenuta, invece, in relazione ai

⁵ [Corte cost. 19 febbraio 2019, n. 88](#), punto 19 del *Considerato in diritto*. Si veda anche la ricostruzione ragionata della decisione presente in G. LEO, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 29 aprile 2019.

principi in materia di responsabilità penale stabiliti dall'art. 27 Cost. [...] strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale, e che resta sempre più o meno direttamente sullo sfondo anche nell'ipotesi in cui vengano irrogate pene di natura diversa, come rimedio di ultima istanza in caso di inadempimento degli obblighi da esse derivanti. Cionondimeno, non può dubitarsi che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito sia applicabile anche alla generalità delle sanzioni amministrative. [...], rispetto [alle quali] - peraltro - il principio in parola non trae la propria base normativa dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., bensì dall'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione»⁶. Lo sganciamento sta nel parametro. Il principio di proporzionalità di cui all'art. 3 Cost. pervade l'ordinamento costituzionale e si manifesta in forma relazionale, ogni volta ponendosi al servizio del singolo diritto o principio che si prenda in causa (che si ritenga leso)⁷.

Sull'onda dello sviluppo di questi principi, il primo caso in cui la Corte costituzionale costruisce uno specifico schema decisorio sul tema è la pronuncia [n. 185 del 2021](#) (Pres. Coraggio, Red. Modugno). Il Tribunale di Trapani aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale sull'art. 7, comma 6, del decreto-legge n. 158/2012 (poi convertito con la legge n. 189/2012) nella parte in cui, al secondo periodo, puniva con una sanzione amministrativa pecuniaria pari a cinquantamila euro l'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 5 del medesimo articolo, le quali prevedono, a carico di coloro che offrono giochi o scommesse con vincite in denaro, una serie di obblighi a carattere informativo, intesi a porre sull'avviso il fruitore riguardo ai rischi di dipendenza da una simile pratica. Memore della precedente giurisprudenza della Consulta in materia di sanzioni amministrative, il giudice *a quo* denunciava l'irragionevolezza di applicare una sanzione fissa di eccezionale severità per punire una serie plurale e differenziata di condotte; in questo senso, il riferimento parametrico individuato dal giudice è stato l'art. 3, in combinato disposto con gli artt. 41 e 42 Cost. L'impianto sostanziale dell'ordinanza di rimessione regge. Ed è la stessa Corte a ribadire come il principio secondo cui «previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale [...] si prest[ri] ad essere estes[o], *mutatis mutandis*, anche alle sanzioni amministrative a carattere punitivo»⁸. Ciò che però emerge in quest'ultima decisione è il problema di tipo processuale, sollevato da un'eccezione dell'Avvocatura di Stato. Secondo la difesa erariale, il giudice rimettente si sarebbe in questo caso limitato a denunciare l'illegittimità costituzionale della norma censurata, senza indicare in alcun modo se e come la lacuna conseguente alla sua ablazione possa essere colmata, con il rischio di lasciare senza risposta sanzionatoria fatti illeciti di una certa gravità. La Corte costituzionale, respingendo la detta contestazione, sviluppa un articolato ragionamento su come il giudice costituzionale debba vagliare il rischio lamentato. I passaggi sono tre: (1) in via generale e per risalente giurisprudenza, non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti, poiché spetterà ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione, e, comunque sia, al

⁶ [Corte cost. 6 marzo 2019, n. 112](#), punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

⁷ Osservazioni assimilabili a quelle qui proposte si possono ritrovare anche in altre successive pronunce della Consulta. Ad esempio, in [Corte cost. 3 luglio 2019, n. 212](#) (Pres. Lattanzi, Red. Antonini), la Corte precisa come, quando si struttura uno schema sanzionatorio, non può escludersi qualche elemento di fissità dato dalla necessità di circoscrivere nel minimo e nel massimo la misura dell'azione punitiva: «ogniquale volta la legge preveda un limite minimo edittale, a questo potranno essere ricondotti una pluralità di fatti e situazioni concrete che, secondo dati di comune esperienza, sul piano fenomenico necessariamente ammettono una molteplicità di variabili» (punto 6.2.1 del *Considerato in diritto*). Ciò però non toglie che «previsioni sanzionatorie rigide [...] che colpiscono in egual modo, e quindi equiparano, fatti in qualche misura differenti, debbano rispondere al principio di ragionevolezza, dovendo tale omologazione trovare un'adeguata giustificazione» (sempre al punto 6.2.1 del *Considerato in diritto*). La posizione della Corte sembra qui meno rigida di quella che invece si affermerà nella successiva giurisprudenza: un profilo di fissità nella dosimetria della sanzione appare quasi fisiologico, ma va giustificato alla luce della necessaria proporzione tra fatto illecito e trattamento sanzionatorio.

⁸ [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#), punto 6 del *Considerato in diritto*.

legislatore provvedere a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che, in conseguenza della decisione stessa, apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione; (2) val bene precisare che «tale principio è riferibile [...] anche ai casi in cui lo scrutinio di legittimità costituzionale verta su una norma sanzionatoria e le censure investano l'entità o la strutturazione del trattamento punitivo»⁹, lasciando al legislatore il ruolo di rimodulare la sanzione nel rispetto dei principi costituzionali; (3) «l'esigenza di far ricorso 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 incisa: come, ad esempio, quando ne derivasse una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali»¹⁰. Stabilita la necessità dello sforzo manipolativo della Corte, «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»¹¹. Nel caso della sentenza [n. 185 del 2021](#), la Corte costituzionale deciderà per la mera ablazione.

Emerge con chiarezza lo schema decisorio creato dalla Consulta in queste circostanze (potremmo chiamarlo "schema Modugno"). Una volta accertata l'illegittimità costituzionale della disposizione punitiva indubbiata - con il riferimento al parametro dell'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali a tutela del singolo diritto leso -, alla Corte (anche senza specifica indicazione e motivazione del giudice *a quo*) spetta scegliere se procedere alla mera ablazione (soluzione generale) ovvero se sia necessario un intervento manipolativo, che scongiuri eventuali insostenibili effetti negativi del vuoto di tutela (soluzione speciale). Tale seconda ipotesi può ricorrere solo nel caso in cui il *vulnus* creato comporti una violazione di obblighi puntivi costituzionali o sovranazionali. Infine, le possibilità manipolative della Consulta debbono comunque muoversi nell'ambito delle specifiche linee di intervento ricostruite dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare seguendo gli sviluppi della lettura estensiva (forse meglio, originalista) della teorica delle "rime obbligate", inaugurata dalla sentenza [n. 40 del 2019](#). L'elemento sostanziale qui emerso e la derivata soluzione processuale ritornano, in qualche modo, nella sentenza in commento, e offrono non pochi spunti di riflessione.

3. I contenuti della [sentenza n. 40 del 2023](#)

È la Corte di Cassazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 297/2004, applicazione nell'ordinamento interno del regolamento CEE n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche protette e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari; il tutto in riferimento all'art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 42 e 117 Cost., quest'ultimo a richiamo dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La detta disposizione punisce con la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura fissa di euro cinquantamila le inadempienze delle strutture di controllo delle produzioni agroalimentari

⁹ [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹¹ [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

registrate con DOP o IGP. Il giudice rimettente, nell'ordinanza con cui ha sollevato la questione, ha fatto aperto riferimento al precedente della sentenza [n. 185 del 2021](#), quale schema logico e processuale presupposto. In particolare, la Cassazione ha sottolineato come, anche nel caso di specie, si fosse davanti ad una sanzione amministrativa fissa nell'ammontare, ma indirizzata a punire una pluralità eterogenea di condotte. L'entità della sanzione, che il giudice ritiene essere non modesta, dovrebbe, infatti, essere applicata a tutte le ipotesi in cui il soggetto controllore risulti inadempiente alle prescrizioni o agli obblighi dell'autorità pubblica competente, «comprensivi delle disposizioni del piano di controllo e del relativo tariffario concernenti una denominazione protetta»¹². Si passa dall'omessa verifica di mere irregolarità formali alla mancata registrazione dei prodotti alimentari utilizzati per la lavorazione: un ventaglio ampio e diversificato per gravità e disvalore, per il quale difficilmente si potrebbe giustificare un trattamento sanzionatorio indifferenziato e quantitativamente equivalente. Il giudice *a quo* si premura infine di segnalare come non abbia potuto rinvenire nell'ordinamento modelli normativi da utilizzare in via analogica, non potendo, dunque, esercitare i suoi poteri di adeguamento ermeneutico a Costituzione.

Nella parte motiva della sentenza, la Corte costituzionale procede innanzitutto a compiere un'approfondita disamina del contesto normativo di riferimento. La prima osservazione riguarda la natura della disposizione censurata: essa, infatti, è stata adottata in attuazione di un regolamento europeo ed «è, dunque, di matrice europea la regolazione del sistema di registrazione, tutela e valorizzazione dei prodotti connotati da qualità peculiari, la cui reputazione è dovuta all'ambiente geografico d'origine, nonché alle specifiche modalità di produzione»¹³. Nello stesso regolamento europeo presupposto si rinviene l'indicazione normativa che vede la possibilità da parte delle autorità statali di controllo di delegare le funzioni di verifica sul rispetto del disciplinare e sul corretto uso del nome a organismi privati¹⁴, con specifiche caratteristiche, sempre normate dal decisore europeo¹⁵. Ancora, si specifica inoltre la necessità per lo Stato membro di prevedere sanzioni avverso la mancata applicazione delle dette verifiche; sanzioni che siano effettive, proporzionate e dissuasive¹⁶. Una normativa di chiusura, che però marca un residuale vincolo di attuazione e di punizione a tutela delle previsioni del regolamento, che impegna direttamente lo Stato membro attuatore. La base perfetta, come vedremo, per giustificare l'intervento manipolativo della Corte.

Venendo alla normativa interna, la Consulta sottolinea come la disposizione indubbiata si inserisca in uno schema sanzionatorio disarmonico. Mentre le sanzioni amministrative pecuniarie previste contro i produttori di DOP e IGP che facciano un uso commerciale scorretto delle denominazioni protette sono graduabili entro un minimo ed un massimo (artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 297/2004), quelle stabilite per gli organismi privati di controllo che vengano meno ai loro compiti sono in misura fissa (artt. 4 e 6 del d.lgs. 297/2004). Disarmonia che però non si ritrova, nota sempre in filigrana il giudice delle leggi, nel «sistema parallelo» di tutela delle produzioni di agricoltura biologica. Anche qui la verifica del rispetto dei protocolli di settore è affidata in maniera concorrente all'autorità pubblica e a organismi privati delegati. Nella disciplina interna attuativa (d.lgs. n. 20/2018) però, il sistema punitivo si sviluppa in un'ottica di tipo casistico, «indicando le condotte illecite per ripartirle, sul piano sanzionatorio, in ragione della loro decrescente gravità»¹⁷.

Partendo da queste osservazioni preliminari, si procede ad analizzare nel merito le questioni sollevate, dichiarandone subito la fondatezza. Dal punto di vista sostanziale, la Corte costituzionale chiarisce che «la norma in esame prevede che ogni inadempienza alle prescrizioni o agli obblighi impartiti dalle competenti autorità pubbliche agli organismi di controllo delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, comprensivi delle disposizioni del piano di controllo

¹² [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 1 del *Considerato in diritto*.

¹³ [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Così previsto dall'art. 28 del regolamento n. 625/2017/UE.

¹⁵ Elenco specificatamente definito all'art. 29 del regolamento n. 625/2017/UE.

¹⁶ Così previsto dall'art. 139 del regolamento n. 625/2017/UE.

¹⁷ [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.5.1 del *Considerato in diritto*.

e del relativo tariffario, è punita con la sanzione amministrativa fissa di euro cinquantamila. La gamma di condotte riconducibili alla medesima fattispecie sanzionatoria è quanto mai vasta», con il serio rischio che «[si equiparino] le condotte più gravi e pericolose a quelle di minor rilievo, stabilendo per tutte una sanzione in misura fissa. Ciò è in aperto contrasto con il principio di proporzionalità delle sanzioni»¹⁸. Su questo la linea sembra chiaramente tracciata e la Consulta si lancia in un ragionato riepilogo della propria giurisprudenza sull'estensione del rispetto del principio di proporzionalità al campo delle sanzioni amministrative: «pure per le sanzioni amministrative si prospetta, dunque, l'esigenza che non venga manifestamente meno un rapporto di congruità tra la sanzione e la gravità dell'illecito sanzionato. Ciò discende, appunto, dal dovere di assicurare l'attuazione del principio di proporzionalità, il quale, in questo ambito, trae il proprio fondamento nell'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione»¹⁹. Il giudice *a quo* coglie nel segno, individuando con precisione il parametro fisso (art. 3 Cost.) e i due parametri relazionali (artt. 42 e 117 Cost.). La sproporzione sanzionatoria importa una incongrua incisione del patrimonio proprio degli organismi privati di controllo. E per questo è viziata da illegittimità costituzionale.

Ormai questa linea collaterale dell'espansione del principio di proporzionalità, che permette alla Corte di sindacare le scelte sanzionatorie del legislatore non solo in campo penale, ma anche amministrativo, sembra solida e pacifica. Non scontati appaiono però gli sviluppi processuali. Lo “schema Modugno” (quello che abbiamo visto teorizzato nella sentenza [n. 185 del 2021](#)) viene qui seguito con precisione e convinzione *perinde ac cadaver* (sarà che il Relatore delle due decisioni è poi lo stesso). La pura ablazione non sarebbe operabile nel caso di specie, in quanto il *vulnus* in questo caso impedirebbe all'ordinamento di reagire efficacemente contro condotte illecite per le quali vige un obbligo punitivo di natura sovranazionale. Come più volte detto, l'origine euromunitaria della disciplina interna importa che «l'ablazione secca della norma censurata lascerebbe le inadempienze sformite di ogni sanzione, rischiando di minare la stessa credibilità del sistema italiano dei controlli sulle produzioni di qualità, e si presterebbe a generare una situazione di contrasto con obblighi derivanti dal diritto dell'Unione»²⁰. L'intervento manipolativo si rende, dunque, necessario, nelle forme emerse negli ultimi anni dalla giurisprudenza della Corte in materia: individuazione di precisi punti di riferimento normativo già rinvenibili nel sistema legislativo, intesi come soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata (*ex plurimis*, la sentenza [n. 40 del 2019](#)). A questo punto del ragionamento si comprende il precedente riferimento, inserito nella decisione, al parallelo sistema di tutele dell'agricoltura biologica (d.lgs. n. 20/2018). Anch'esso di matrice europea, ma impostato su un sistema sanzionatorio diversificato in ragione della gravità dell'illecito. Ora, la Corte ritiene che la sanzione da cinquantamila euro, benché di certo severa, sia giustificata dall'alto tasso di disvalore che alcune condotte punite nel caso di specie possono raggiungere. Dunque, la necessità di una “alta capacità deterrente” giustifica la conservazione della detta sanzione quale massimo edittale a cui il giudice può far riferimento per gli illeciti più gravi. Resta allora da fissare il minimo edittale, questo sì da ricercare in altre parallele disposizioni dell'ordinamento. All'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 20/2018, che punisce gli organismi di controllo delle produzioni agricole biologiche, si prevede un minimo edittale di euro diecimila. Afferma la Consulta che «la piena omogeneità finalistica consente di assumere la disposizione in questione come “punto di riferimento” per l'individuazione della soglia minima della sanzione da applicarsi alla struttura di controllo di produzioni DOP e IGP»²¹. Conclude la Corte dichiarando l'illegittimità della norma impugnata «nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa

¹⁸ [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

²⁰ [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

²¹ [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.5.1 del *Considerato in diritto*.

pecuniaria “di euro cinquantamila”, anziché “da un minimo di diecimila a un massimo di cinquantamila euro”»²².

4. *Questioni di sostanza*

Un primo elemento di sostanza su cui ragionare riguarda la natura del giudizio di proporzionalità che, in questo preciso schema logico, utilizza la Corte costituzionale. Abbiamo già detto come il punto di partenza sia una (quasi ineluttabile) estensione, sempre più incisiva, del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. A pensarci bene, ciò che si predica nella decisione in commento è la vera e propria esistenza di un autonomo diritto ad un trattamento punitivo proporzionato, ricavabile in virtù di una forma parametrica relazionale, imperniata sul citato articolo 3 Cost. in combinazione con le altre disposizioni costituzionali via via operanti. È una dimensione, questa, che emerge con chiarezza in un recente saggio di Francesco Viganò. Stando al professore meneghino, nei trattamenti sanzionatori, penali o amministrativi che siano (nessuna differenza tra i due tipi di responsabilità), la Costituzione vincola il legislatore al rispetto di un generale principio di proporzionalità, che dunque non si attegga a modello logico-valutativo, ma che rappresenta, a tutti gli effetti, un'istanza fondante della legalità costituzionale. Istanza con piena autonomia assiologica e che si esplica secondo due modalità fenomeniche: una proporzionalità ordinale, che emerge per relazione e che, dunque, presuppone la comparazione della fattispecie indubbiata con altra assimilabile, che fungerà da modello del rapporto tra gravità dell'illecito e sanzione; una proporzionalità cardinale, che si rivela nella necessaria congruità intrinseca del rapporto fatto-sanzione indubbiato²³. A questi due modi di essere della proporzionalità corrispondono due specifiche formule di valutazione in mano al giudice costituzionale. Nel caso della misurazione ordinale, il test avviene su una comparazione tra due scale ideali: la prima che ordina la gravità dei reati e la seconda che ordina la gravità delle sanzioni, cosicché ad una fattispecie di reato con disvalore di grado x dovrà corrispondere la pena che si intende afflittiva al medesimo grado x . Il limite di tale impostazione sta nel fatto che la valutazione segue sempre una dimensione comparatistica e dunque non riesce a misurare la sproporzionalità in sé della pena, in termini assoluti. Qui entra in gioco la proporzionalità cardinale, che invece si propone di misurare la proporzione non in termini di confronto con altri reati e altre pene, ma per il singolo caso specifico e nel mero rapporto tra sanzione e fatto. Ciò che viene in rilievo in questo secondo caso è la congruità tra afflizione della sanzione e gravità del fatto. Il discrimine è sottile, ma dirimente. Esiste una differenza tra proporzionalità sostanziale, quale vincolo ideale presente nella Costituzione, e proporzionalità processuale (o metodologica), quale procedimento logico che individua la sproporzione²⁴.

La definizione della prima tipologia è forse sfuggente. Se è innegabile il fatto che dalla giurisprudenza della Consulta si possa ricavare un concetto di proporzionalità quale dato ordinamentale costituzionalmente rilevante, più difficile è comprendere se esso debba intendersi più come principio o più come diritto. La proporzionalità come principio implicherebbe «l'idea che la

²² Così il dispositivo di [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#).

²³ La ricomposizione organica di questa teorica viene magistralmente ricostruita in F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.

²⁴ Su questo è interessante richiamare la posizione di Modugno, secondo cui il profilo metodologico e processuale della ragionevolezza (di cui la proporzionalità è un corollario) non è solo quello prevalente, ma perfino l'unico a dover essere considerato dal giudice (anche dal giudice delle leggi). La ragionevolezza, per lo studioso romano, è innanzitutto canone logico-ermeneutico e solo dopo principio/diritto. Posizione di recente ribadita dal citato autore nella relazione introduttiva di un incontro dal titolo “[Alle radici del principio di ragionevolezza](#)”, tenutosi presso la Biblioteca della Corte costituzionale il 23 marzo 2023. Su questo punto lo stesso MODUGNO riprende le osservazioni di Paladin, che sostiene la “non esistenza” della ragionevolezza come principio, dovendosi intendere questo termine come «una denominazione riassuntiva di tecniche o di criteri valutativi assai diversi» (così L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in Enc. Dir., Aggiornamento, I, Milano 1997, 901 ss.).

pena da applicare in risposta a ogni singolo reato debba essere proporzionata alla sua gravità. E ciò per ragioni che non potrebbero che costruirsi in chiave “oggettiva” e “ordinamentale”: non pensate dunque nell’interesse del condannato, ma nell’interesse dell’intera collettività»²⁵. La proporzionalità come diritto implicherebbe, al contrario, l’esistenza di «una garanzia stabilita a favore del singolo condannato contro pene non ragionevolmente difendibili (anzitutto nei suoi confronti!) come “giusta” reazione al male causato con il reato; restando però libero l’ordinamento di comminare o infliggere pene che si discostino verso il basso dal limite della proporzionalità o addirittura di rinunciare del tutto alla pena, in funzione di finalità che i decisori democratici sono liberi di perseguire»²⁶.

Una duplice opzione che possiamo provare a disciogliere da un punto di vista processuale. Non ogni forma possibile del giudizio di proporzionalità si adatta in via indifferenziata ad ogni concezione sostanziale della stessa. Il test di proporzionalità ordinale, di tipo comparatistico, ha una chiara dimensione sistemica (misura la proporzionalità di uno schema sanzionatorio mettendolo in relazione con un altro presente nell’ordinamento) e quindi è più sensibile alle sfumature di principio, ad intercettare cioè la più ampia logica che il legislatore segue nel correlare pene e fatti illeciti. Il test di proporzionalità cardinale rifiuta, invece, apertamente la vocazione sistematica, provando a determinare in concreto e nella singola fattispecie il grado di sproporzione/proporzione esistente. Il primo test ammette di inserire nella valutazione di proporzionalità alcuni possibili elementi distorsivi a carattere sociale, come ad esempio una riconosciuta finalità preventiva (e non meramente punitiva), rilevante nel più ampio complesso dell’ordinamento. Il secondo test agisce in prospettiva soggettiva e impone un limite ai detti correttivi sociali, mal tollerati nello schema logico di applicazione. Il primo, dunque, è il giudizio proprio della proporzionalità principio; il secondo della proporzionalità diritto.

Non c’è dubbio sul fatto che il giudice costituzionale italiano ci stia sempre più abituando al test di proporzionalità cardinale, soprattutto in ambito penale²⁷. L’elemento carsico di questa tendenza è, appunto, l’isolamento di un vero e proprio diritto soggettivo alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio, costituzionalmente garantito. E ciò cambia radicalmente il suo peso specifico all’interno dell’ordinamento e quindi le modalità della sua inculturazione, in concreto operate dal legislatore e sottoposte al giudizio di bilanciamento della Corte. La dottrina ha, infatti, sempre individuato una differenza tra il bilanciamento dei valori (dei diritti duri) e il bilanciamento dei principi, data anche dalla diversa natura dei due termini. Stando a Modugno, i valori sarebbero incerti e indeterminati nella sostanza, rispetto ai principi, perché implicherebbero un presupposto sforzo di chiarezza di contenuto. Ad esempio, «con riferimento al significato del valore di “libertà”, non si sa se esso corrisponda all’intento originario del costituente, oppure al significato sedimentato come

²⁵ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 228.

²⁶ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 229.

²⁷ Basti pensare che «il percorso evolutivo del principio di proporzionalità della pena nell’ordinamento italiano è descritto da una parabola ascendente [...]. Il focus su cui si concentra l’analisi della Consulta muove da iniziali valutazioni prettamente formalistiche, di raffronto sistematico della scala dei reati disegnati dal legislatore e delle rispettive corrispondenti reazioni sanzionatorie, al fine di rilevare incongruenze ed incoerenze: alla luce di un generale principio di eguaglianza sanzionatoria, la proporzionalità, pur in via implicita ed indiretta, richiede una uniformazione delle reazioni punitive dell’ordinamento nei confronti di reati posti a confronto sulla base di una non bene precisata analogia. La mancata pregnanza ed incisività di tale tipologia di intervento costituzionale, nonché l’incertezza del meccanismo comparativo, tuttavia, hanno progressivamente richiesto una maggiore profondità di sindacato, che analizzasse più da vicino la distonia prodotta da alcune sanzioni penali previste nel Codice rispetto la stessa conformazione strutturale del reato di riferimento, rispetto la concreta e reale lesività manifestata dal comportamento posto in essere, piuttosto che guardando ad un raffronto con altre fattispecie incriminatrici» (così I. GRIMALDI, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale* n. 5/2020). Spartiacque in questo senso è di certo [Corte cost. 21 settembre 2016, n. 236](#) (Pres. Grossi, Red. Zanon), con uno schema decisorio allora inedito, tutto strutturato intorno ad un giudizio di intrinseca irragionevolezza del trattamento sanzionatorio previsto dall’art. 567 c.p. (alterazione di stato). Su quest’ultima pronuncia si veda F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2017. Si vedano anche [Corte cost. 25 settembre 2018, n. 222](#) sul reato di bancarotta fraudolenta e [Corte cost. 23 gennaio 2019, n. 40](#) sul reato per fatti di non lieve entità aventi ad oggetto droghe pesanti.

valore condiviso in un dato contesto di comunità»²⁸. Un dato, dunque, sempre cangiante e aperto, che non può che respingere standard valutativi fissi e assoluti, proprio perché questi negherebbero tale sua “inesauribile produzione di senso”. Il principio, invece, non sarebbe altro che un «precetto di ottimizzazione in relazione alle possibilità di fatto e di diritto», quindi un elemento atto ad orientare le scelte discrezionali del legislatore. È interessante questa riflessione, perché in sostanza inserisce valori e principi in momenti differenti di uno stesso piano logico di ragionamento. Il valore è già di per sé stesso un approdo di un’opera ampia di bilanciamento, a cui partecipa la cultura giuridica e la cultura sociale. Il bilanciamento di interessi e ideali si è già compiuto (può essere solo riscoperto e precisato dalla Corte) e quindi il valore costituzionale diviene assioma, che si impone come stella fissa nell’ordinamento e si può bilanciare, ma solo con altri assiomi della medesima sostanza. Il principio, al contrario, è chiamato a orientare un bilanciamento tra interessi e ideali che avviene a valle, che ancora deve avvenire. Il legislatore, nell’esercizio della sua discrezionalità, opera bilanciamenti, orientati dal principio, e li cristallizza; la Corte costituzionale si appresta a verificare se tali bilanciamenti siano ragionevoli. Ecco perché, sul piano dell’attività ermeneutica della Corte costituzionale, il valore-diritto, una volta individuato nella sua specifica forma di inculturazione, non permette altro che una verifica in concreto sul proprio effettivo imperio nella legislazione e quindi nell’ordinamento giuridico; il principio impone alla Consulta una valutazione dialettica, relazionale, attenta alle istanze ulteriori che il legislatore ha la necessità di far valere. Il test di proporzionalità cardinale è funzionale alla prima tipologia; il test di proporzionalità ordinale alla seconda.

Venendo al caso di specie, che prima abbiamo provato a delineare, l’approdo sostanziale, esteso alle sanzioni amministrative, viene seguito da un test di valutazione di natura essenzialmente intrinseca, orientato a valutare i fattori in gioco (fatti illeciti e conseguenti sanzioni) sulla base di una relazione rigida e di natura presuntiva. Sottoposta al giudizio della Corte una sanzione pecuniaria fissa, applicabile ad una pluralità di condotte equiparate a dispetto del loro differente grado di offensività, se ne deve dedurre «in via di principio» l’incompatibilità con il “volto costituzionale” del sistema. Questa presunzione di incompatibilità per le sanzioni di natura fissa semplifica molto lo schema logico-motivazionale al giudice delle leggi: se il legislatore ha previsto di assoggettare ad una sanzione fissa nell’ammontare una pluralità di condotte, di diversa gravità, pur se omogenee per il bene della vita vulnerato, la sproporzione deve esistere, a prescindere dalla valutazione di merito sulla possibile funzione riparativa o preventiva che la sanzione, nella logica dell’ordinamento, avrebbe dovuto esercitare. Un rigido test cardinale, che implica e presuppone che la proporzionalità vada ormai intesa, a tutti gli effetti, come un diritto fondamentale.

Questo approdo non è di poco conto quando si guarda alle sanzioni di natura amministrativa, per la specifica funzione che esse sono chiamate a svolgere nell’ordinamento. La dottrina, invero, non ha mai inteso risolvere la loro funzione in una mera istanza punitiva. Al contrario, la dosimetria sanzionatoria amministrativa risponde anche a ulteriori esigenze di natura riparatoria e perfino preventiva. Di base, «la decisione di optare per un regime di responsabilità amministrativa dipende soprattutto da una valutazione critica circa la capacità del sistema penale di svolgere efficacemente la sua funzione repressiva e deterrente»²⁹. La responsabilità amministrativa per fatto illecito sembra, dunque, trovare la sua *ratio* soprattutto nella necessità di offrire un’alternativa al più lungo e aggravato percorso di accertamento della responsabilità penale (la cosiddetta “depenalizzazione”). Ma tale funzione alternativa, la sanzione amministrativa la svolge anche con riguardo ad alcune particolari forme di illecito civile. L’ambito esemplificativo classico è quello della tutela della concorrenza. La possibilità che un operatore privato, in via autonoma, possa avviare azioni civili risarcitorie nel caso in cui un altro operatore realizzi comportamenti lesivi della libera concorrenza, causandogli un danno, spesso non sono ritenuti sufficienti ad un contrasto reale, efficiente, generalizzato e uniforme di questi illeciti. Così, lo Stato interviene attraverso sanzioni di natura

²⁸ Così F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 99 ss.

²⁹ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 172.

amministrativa, che oltre ad una specifica natura punitiva si atteggiano a strumenti ulteriori di prevenzione, spesso attraverso pene pecuniarie di alto valore. La dottrina parla, appunto, di “doppio binario”, in cui «specifici apparati pubblici [l’autorità antitrust, ad esempio] sono chiamati a verificare, anche d’ufficio, il compimento da parte delle imprese di eventuali infrazioni [ai divieti di condotte anticoncorrenziali]. Le azioni civili promosse dalle singole imprese (o dalle associazioni dei consumatori) [...] hanno carattere residuale, fungendo da strumenti di chiusura del sistema, a tutela di interessi meramente privati»³⁰. In questa visione sistemica, non conta più solo l’entità astratta dalla sanzione, ma anche la sua capacità di scoprire davvero il comportamento illecito e di impedirne la reiterazione: «una sanzione di cento euro applicata a un quarto delle sanzioni commesse ha la stessa efficacia deterrente di una sanzione di venticinque euro applicata nel cento per cento dei casi. Talora, l’innalzamento dell’entità della sanzione prevista dalla legge rivela semplicemente l’incapacità dell’ordinamento di scoprire la maggior parte dei comportamenti vietati»³¹.

Attenzione, però. Una logica di questo genere, in cui la sproporzione tra fatto e sanzione è consapevolmente prevista a fini preventivi, non è giustificabile se letta alla luce della proporzionalità diritto, che non ammette deroghe e diluizione, nemmeno se ad essere perseguito è un interesse pubblico di un certo valore, come può essere il contrasto alle attività anticoncorrenziali delle imprese (nel caso specifico, un obiettivo con copertura perfino sovranazionale). La sanzione, con il suo dato afflittivo, non può divergere dallo schema che la vuole legata nella misura ad una proporzionata relazione con il fatto commesso dalla persona ovvero dal soggetto privato. E, dunque, ogni elemento di natura teleologica che infici tale schema è evidentemente contrario al “volto costituzionale” del sistema. Tranne che non si voglia limitare l’applicazione della proporzionalità diritto a quelle che nella sentenza [n. 112 del 2019](#) vengono definite “sanzioni amministrative sostanzialmente punitive”. Possiamo chiederci cioè se la Corte costituzionale non abbia poi ricavato una nuova *species* nel più ampio *genus* delle sanzioni amministrative, a cui solo applicare la garanzia costituzionale più alta. Una categoria isolabile in ragione di tale esclusivo carattere “sostanzialmente punitivo”; termini che, verrebbe da pensare, non indichino una mera natura afflittiva (quella è generalmente riferibile a ogni tipologia di sanzione), ma escludano finalità differenti rispetto a quella propria di contrasto dell’illecito (preventive o riparative - per quanto poi i confini tra queste differenti funzioni non siano così marcati)³². Una traccia di questa logica potrebbe forse rinvenirsi in una pronuncia di poco precedente rispetto a quella in commento, la sentenza [n. 5 del 2023](#) (Pres. Sciarra, Red. Vigandò). In quel caso, veniva indubbiata innanzi alla Consulta la disposizione che impone al giudice di disporre la confisca delle armi al soggetto possessore che abbia ommesso di comunicarne lo spostamento presso nuova residenza (fattispecie penalmente rilevante), anche nel caso il detto reato sia stato estinto per oblazione. Il rimettente tribunale sollevava due questioni di legittimità che la stessa Corte riconosceva essere tra loro in rapporto di subordinazione: (1) se sia conforme a Costituzione disporre la confisca anche in caso l’imputato sia ricorso all’oblazione e, più in generale, (2) se non sia sproporzionato

³⁰ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 173.

³¹ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 174.

³² Resta difficile determinare i caratteri di questa categoria anche facendo riferimento ai cosiddetti “criteri Engel”. Parliamo di una risalente sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea (Engel e altri contro il Regno dei Paesi Bassi, giugno 1976), nella quale il giudice di Lussemburgo ha tentato di creare dei criteri oggettivi per qualificare la natura penale di una sanzione, a prescindere dal *nomen iuris* da essa assunto nel singolo ordinamento di appartenenza. Tale giurisprudenza, poi consolidata dalla Corte di giustizia in una successiva sentenza del 1984 (Öztürk c. Germania), stabilisce tre elementi da analizzare per determinare il regime sostanzialmente punitivo di una sanzione: (1) la qualificazione giuridica interna; (2) la natura dell’illecito e la funzione del conseguente provvedimento previsto, che deve essere applicabile in modo generale e avere scopo preventivo e repressivo; (3) la gravità della sanzione, che non deve necessariamente essere privativa della libertà personale. Tale soluzione definitiva non sembra però aiutarci con riguardo alla proporzionalità principio, perché, come visto, lo schema del giudice europeo non esclude nella valutazione quegli scopi di prevenzione che, invece, risultano altamente distorsivi di quel necessario rapporto di congruità tra sanzione e illecito. Per un approfondimento organico del tema, si veda F. BAIO, *Le sanzioni amministrative punitive e uno “statuto costituzionale” in costruens (tra battute d’arresto e rapide accelerate) nel dialogo tra le Corti*, in [federalismi.it](#), n. 31/2022.

disporre la confisca (di armi solitamente di alto valore patrimoniale) nel caso di una condotta di reato di relativo allarme sociale. La Corte, dichiarando l'infondatezza di entrambe le questioni, sottolinea innanzitutto la natura non punitiva della detta confisca, in quanto finalizzata innanzitutto a contenere la circolazione non tracciata di armi sul territorio nazionale, anche in conformità agli obblighi europei, e solo dopo strumentale alla punizione del reato connesso. Ancora, proprio tale natura securitaria della confisca ne comporta una autonomia rispetto al reato commesso, che ne è mero presupposto da valutare in sede giudiziaria. La Consulta arriva ad affermare che dalla natura preventiva, e non punitiva, della misura si deve ricavare il fatto che essa resti «non soggetta a quei principi di personalità della responsabilità penale e di necessaria funzione rieducativa frequentemente invocati dalla giurisprudenza di questa Corte, unitamente all'art. 3 Cost., a fondamento del principio di proporzionalità delle pene»³³. Certo, differenziare natura punitiva e natura preventiva non è sempre così semplice; tanto più che spesso i due profili coesistono nella medesima disposizione³⁴. E, dunque, verrebbe da concludere che solo nei casi in cui la natura preventiva della sanzione emerga come assolutamente prevalente, se non totalizzante, questa potrà essere esclusa dal rispetto della proporzionalità diritto³⁵.

D'altra parte, più semplicemente, riprendendo la suddivisione proposta da Napolitano, potremmo considerare “sostanzialmente punitive” le sole sanzioni introdotte nell'ordinamento in alternativa a quelle penali. Una soluzione che però non convince fino in fondo. Innanzitutto, perché le decisioni della Consulta hanno applicato lo schema logico della proporzionalità cardinale anche (se non soprattutto, fino ad ora) a sanzioni amministrative estranee ai processi di depenalizzazione. In secondo luogo, perché un tale limite alla pervasività di un diritto costituzionale sarebbe forse giustificabile qualitativamente, ma sarebbe difficile da accettare negli effetti provocati, che apparirebbero vere e proprie sgrammaticature del sistema. Forse, allora, un più generale chiarimento teorico da parte della Corte sul tema potrebbe servire, anche solo per restituire un canone organico, che con più chiarezza potrebbe orientare l'attività del legislatore.

5. *Questioni di processo*

Anche lo “schema Modugno”, che abbiamo visto la prima volta applicato nella sentenza [n. 185 del 2021](#) e poi reiterato nella sentenza in commento (*einmal ist keinmal*, direbbero i tedeschi), si fonda su una presunzione logica. Quando la declaratoria di incostituzionalità corre il serio rischio di creare un *vulnus* ordinamentale, la Corte costituzionale ha l'obbligo di riempirlo (e dunque di non lasciare tale compito al giudice in prima istanza e al legislatore in seconda) solo quando tale *vulnus* comporti un insostenibile vuoto di tutela. Tale insostenibilità, stando alla Consulta, di certo emerge quando «ne derivasse una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per la collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione

³³ [Corte cost. 22 dicembre 2022, n. 5 \(2023\)](#), punto 6.2.1 del *Considerato in diritto*.

³⁴ È interessante osservare come non manchino casi in cui la stessa Corte si è trovata davanti alla necessità di bilanciare la necessaria proporzionalità con altre finalità sociali riscontrabili nel dettato normativo, derubricando, dunque, implicitamente la proporzionalità diritto in proporzionalità principio. Da segnalare [Corte cost. 6 febbraio 2023, n. 46](#) (Pres. Sciarra, Red. Antonini), in cui la Consulta teorizza l'estensione del principio di proporzionalità anche alle sanzioni tributarie, pur con l'idea che sia necessario bilanciare tale esigenza con il carattere di deterrenza, insito nella tipologia sanzionatoria predetta. Lo sforzo dovrà allora essere quello di trovare soluzioni ermeneutiche che «senza minare in radice l'effetto deterrente, [siano] in grado di ricondurre entro i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza la sanzione prevista dalla norma censurata» (punto 12 del *Considerato in diritto*).

³⁵ Per approfondire i caratteri propri della natura afflittivo-punitiva delle sanzioni non formalmente penali si veda A. BONOMI, *Sanzioni amministrative “di seconda generazione”, principio di proporzione, diritti fondamentali*, in [federalismi.it](#), n. 5/2022; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017; E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.

di obblighi costituzionali o sovranazionali»³⁶. Le due situazioni sono citate come esemplificative dalla Corte, con l'idea che non esauriscano esse stesse i casi in cui l'intervento manipolativo è richiesto al giudice delle leggi. Di certo, nelle due fattispecie indicate, esiste una chiara presunzione di insostenibilità, che, sostanzialmente, impone alla Corte di intervenire e che, processualmente, richiede certo un minor onere motivazionale. Nella stessa sentenza di cui stiamo trattando, sono bastate poche righe nel testo per richiamare la copertura europea della normativa sanzionatoria *sub iudice*, senza dunque approfondire in concreto quali reali profili di contraddizione dovrebbe far nascere l'eventuale *vulnus* rispetto agli obblighi eurolunitari: la stessa Corte afferma che la sanzione delle violazioni del regolamento europeo di riferimento risponde ad un obbligo di tutela inserito in una previsione di "carattere generale"; elemento che forse rendeva necessario qualche chiarimento logico ulteriore nella parte motiva³⁷. Sta di fatto che l'*horror vacui* da cui sembra affetta la Corte restituisce qui una regola processuale fortemente rigida, che tramuta lo sforzo creativo della Consulta da assoluta eccezione a strumento ordinario di intervento al ricorrere di specifiche fattispecie³⁸. Un salto ideale per nulla scontato.

Vi è però anche un secondo tempo. Una volta accertata, pur in via sillogistica, la necessità di esercitare uno sforzo creativo nella rimozione dell'incostituzionalità, la Corte deve individuare le modalità più opportune per evitare la pura ablazione e scongiurare gli effetti negativi che un suo intervento meramente demolitorio comporterebbe. Nel caso di specie, il giudice delle leggi ha deciso per una sostituzione della sanzione censurata con altra più rispettosa dei vincoli costituzionali. La linea giurisprudenziale richiamata è quella modellata sulla formula crisafulliana delle "rime obbligate", che la Corte ha nel tempo fatto propria nella sua forma originaria (tornano le sentenze [n. 40 del 2019](#), [n. 222 del 2018](#) e [n. 236 del 2016](#))³⁹. L'idea cioè che la sostituzione operata dalla Corte

³⁶ [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.4 del *Considerato in diritto*. Considerazione ripresa in maniera letterale da [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

³⁷ «Sia pure con previsione di carattere generale, è richiesto agli Stati membri di stabilire sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" per le violazioni del regolamento sui controlli ufficiali sulle produzioni alimentari, comprese quelle DOP e IGP (art. 139 del regolamento n. 625/2017/UE)», così la stessa [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

³⁸ L'osservazione è presente già nel commento di Pinardi al precedente di [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#). Il giurista modenese sottolinea, infatti, come nel ragionamento della Corte di quella prima pronuncia, poi nella sostanza ripetuto in quella del 2023, sia presente una lieve contraddizione tra una prima affermazione solenne della generale liceità dell'azione ablativa della Consulta, a prescindere dalle conseguenze demolitorie colmate dalla giurisprudenza dei giudici comuni, e la successiva elencazione di ipotesi in cui, invece, è proprio l'*horror vacui* del giudice delle leggi a imporgli l'intervento manipolativo. Si veda R. PINARDI, *L'horror vacui nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)*, in [Nomos](#), n. 3/2021. Dello stesso autore 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*, Torino, 2007. Per un commento alla detta sentenza del 2021 si veda anche G. CASAVECCHIA, *Sanzioni amministrative fisse e rime obbligate. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 185 del 2021*, in [Osservatorio AIC](#), n. 6/2021.

³⁹ Con riguardo alla teorica delle "rime obbligate", parte della dottrina ha sostenuto come i recenti sviluppi giurisprudenziali abbiano segnato una forzatura di quello che doveva essere inteso dalla Corte costituzionale come un limite ai suoi sforzi creativi. L'eventuale azione surrogatoria della Consulta rispetto al vuoto normativo di una sua decisione doveva essere orientata dall'individuazione di una soluzione conforme a Costituzione già esistente all'interno dell'ordinamento. Il passaggio graduale a formule sostitutive meno aderenti a questa lettura (la stessa sentenza [n. 40 del 2023](#) sembra segnare un passaggio nuovo da questo punto di vista quando introduce la categoria della "congruità finalistica") non è però così estranea all'ambito originario in cui quella teorica era nata. La riflessione di Vezio Crisafulli riteneva soddisfatta l'esigenza di rime obbligate attraverso l'estensione o l'esplicitazione di «qualcosa che, seppure allo stato latente», sia «già compreso nel sistema normativo in vigore» (così V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhicupo (cur.), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84). In buona sostanza, «tale intuizione fu originariamente proposta in chiave "giustificazionista", ossia per legittimare l'impegno delle decisioni manipolative, ma poi in concreto utilizzata come argine alla creatività della Corte» (così M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in B. Caravita (cur.), *Un riaccostamento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, 2021, 123). Ecco perché si può parlare di un progressivo recupero

debba avvenire seguendo le indicazioni normative ricavabili dal più ampio sistema ordinamentale, sia quelle presenti in forma esplicita, sia quelle presenti in forma “latente”. Qui un punto di interesse della sentenza in commento. L’individuazione di un riferimento normativo a cui attingere in funzione sostitutiva veniva tradizionalmente spiegato dalla Corte in ragione dell’esistenza di un “nesso reale e stretto”: nella sentenza [n. 40 del 2023](#) tale legame si tramuta in una meno stringente “congruità finalistica”. Individuata, dunque, la norma di riferimento per la sostituzione, lo sforzo creativo della Corte si realizza nel caso di specie in un lavoro di manipolazione e ricomposizione. Come detto, tramutata la sanzione pecuniaria fissa in massimo edittale, la somma minima della stessa sanzione viene recuperata e trapiantata dalla “disposizione riferimento” alla “disposizione sostituita”, indicata nel dispositivo della sentenza nella formulazione definitiva. Un’azione segnata da un alto grado di discrezionalità, che fa nascere alcuni dubbi sulla sua reale idoneità allo scopo.

Andiamo con ordine. Un primo elemento critico di questa ricostruzione riguarda il ragionamento presuntivo iniziale, tutto giocato sulla natura eccezionale ovvero ordinaria dello sforzo creativo della Corte costituzionale, meglio della necessità di ricorrere a formule alternative rispetto alla mera ablazione. Il principio fondamentale, la regola, è che l’azione ablativa della Consulta non possa trovare limiti nelle possibili conseguenze negative di tale stessa azione. Pare così che si voglia sottolineare il fatto che la Corte agisca, in fin dei conti, nel più ampio sistema ordinamentale e che essa non posseda il preciso compito di assicurare la certezza organica del diritto, affidato invece all’attività ermeneutica dei giudici, nella loro struttura gerarchica; organicità su cui mantiene l’ultima parola il legislatore. Esistono però dei casi in cui l’azione demolitoria della Corte potrebbe avere conseguenze “insostenibili”, perché magari da ciò potrebbe derivare una mancata tutela dei diritti costituzionali, a cui solo con lentezza il sistema giudiziario o il legislatore stesso potrebbero porre rimedio. Allora la Consulta dovrà premurarsi di scongiurare tali negative conseguenze. Il passaggio delicato sta proprio nell’individuazione di queste negative conseguenze. Se lo schema logico è presuntivo, cioè stabilisce casi specifici in cui la mera ablazione non basta, si rinuncia alla eccezionalità dell’intervento e soprattutto si rinuncia all’approfondita motivazione della scelta della

da parte della giurisprudenza costituzionale della formula originaria della teorica delle “rime obbligate”, come ha sostenuto lo stesso M. Ruotolo, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953*, relazione al [Convegno annuale dell’Associazione Gruppo di Pisa, Como 2023](#). Ora, che si tratti di una lettura estensiva del metodo ovvero del recupero del più ampio significato originario dello stesso, non sono mancate letture critiche in dottrina su questo orientamento della Corte, chiamato a giustificare interventi di manipolazione spesso assai incisivi e resi ben oltre la lettera del testo: si vedano, *ex plurimis*, 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 *Giur. cost.*, n. 2/2019 e, dello stesso autore, 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. 6/2020; per osservazioni più generali sul tema delle forzature giurisprudenziali della Consulta, si veda A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019; sull’applicazione del metodo alla misura delle sanzioni penali si veda A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019 e D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in [Sistema Penale](#), n. 2/2021. In una recentissima pubblicazione, Massimo Luciani prova a dare una lettura rinnovata del metodo delle rime obbligate, focalizzando l’attenzione sulla dimensione contestuale entro cui vanno ricercati i precisi punti di riferimento normativo nel sistema legislativo. In buona sostanza, mentre lo sforzo di ricerca di una razionalità generale e organica dell’ordinamento resta più difficile da afferrare e dunque difficile è anche l’individuazione di elementi normativi di comparazione da usare in via sostitutiva *in gurgite vasto*, restringere il focus sulla razionalità interna della sola normativa indubbiata può certo aiutare la Corte a recuperare soluzioni praticabili. Scrive il professore romano, prendendo spunto da una lettura inedita di [Corte cost. 4 dicembre 2013, n. 1 \(2014\)](#), che «in un ordinamento disarticolato qual è l’attuale le rime obbligate non sono quasi mai reperibili se si adotta un approccio “macro” che contempra l’intero sistema normativo o anche semplicemente i suoi interi blocchi, mentre possono esserlo e in genere lo sono entro un approccio “micro” che si attenga alla logica specifica delle singole previsioni normative censurate e le riconduca a costituzionalità nella loro distinta individualità. Se - in altri termini - una razionalità complessiva dell’ordinamento è difficilmente ricostruibile non è affatto detto che non lo sia nemmeno quella d’una sua limitata e ben definita porzione: lacerti di razionalità sono sempre disponibili e l’interprete non può prescindere, pensando di poter sostituire la perdita di razionalità di sistema con la sua razionalità soggettiva» (così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 198).

Corte. Vada pure per l'ampio concetto della "menomata protezione di diritti fondamentali", elemento più liquido e che quindi impone una ricostruzione logica, ma con riguardo alla copertura di obblighi sovranazionali, non sempre la ricercata "insostenibilità" emerge con chiarezza perché collegata al mero dato dispositivo. Andrebbe quindi ampiamente spiegata e argomentata.

Individuare con precisione (con attenta e approfondita motivazione) le ragioni di insostenibilità della mera ablazione nel caso specifico, non solo serve a giustificare l'*an* dello sforzo creativo, ma ne definisce il successivo *quomodo*. Qui il secondo elemento critico. Le modalità con cui la Corte decide di ricomporre la normativa per renderla conforme a Costituzione non hanno tutte lo stesso peso. Nel caso in commento, la scomposizione e ricomposizione della sanzione appare davvero un esercizio di ingegneria giuridica, che pone un serio dubbio sulla sua proporzionalità rispetto allo scopo. Ci si può chiedere se per affermare in concreto la congruità della sanzione rispetto all'illecito fosse davvero necessario stabilire un nuovo e arbitrario minimo edittale; ovvero se non fosse ugualmente efficace trasformare la sanzione fissa (cinquantamila euro) nell'indicazione massima comminabile ("fino a"), lasciando all'amministrazione il compito di modulare la stessa sanzione. In sostanza, introdurre nell'ordinamento un principio di dosaggio della detta sanzione, agganciato al solo massimo edittale, con l'obbligo per l'amministrazione di individuare la sanzione proporzionata al caso di specie; il tutto sotto il successivo ed eventuale controllo dei giudici, a cui sempre potrebbe rivolgersi il privato sanzionato ove ritenesse la stessa sanzione incongrua. In capo al legislatore, rimarrebbe sempre e comunque la possibilità di intervenire *ex post* per introdurre una nuova disposizione in conformità a Costituzione.

Entrambe le opzioni sono rinvenibili nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁴⁰, pur rispondendo a linee teoriche profondamente diverse. Quando la Corte, infatti, interviene con la sostituzione, pur sotto la copertura più o meno ampia delle "rime obbligate", si pone in un atteggiamento di surroga, pur cautelare e temporanea, del legislatore. Ben più del kelseniano legislatore negativo, essa si atteggia a positiva creatrice di quel diritto generale e astratto che di più spetterebbe all'organo rappresentativo primo (al Parlamento); si pone insomma fuori dalla normale sistematica dell'ordinamento. Nell'altro caso, la Consulta si pensa come parte del sistema istituzionale e tenta di recuperare il dato letterale della disposizione alla Costituzione. Riprende un principio di base (nel caso, la dosimetria proporzionata delle sanzioni) e lo predica nel testo (la nuova formulazione "fino a"), ne chiede la verifica nel diritto vivente (amministrativo e giudiziario), genera una spinta esterna al legislatore perché alla fine intervenga (l'invito monitorio finale). È come se l'ablazione attiva (la vera e propria cancellazione della disposizione censurata) si tramutasse in una ablazione passiva (la ridefinizione del principio recuperato dalle scorie della legislazione indubbiata e la sua riaffermazione nei plurali meccanismi dell'ordinamento). La prima (la sostituzione a rime obbligate) è una soluzione a-sistemica, la seconda (l'ablazione passiva) è una soluzione sistemica; la prima è impositiva, la seconda dialettica. Non si contesta qui il fatto che in alcune situazioni la prima soluzione possa essere giustificata, che anzi forse possa essere l'unica efficace. Essa però deve restare l'ultimo possibile strumento a cui ricorrere, quello a cui fare affidamento solo quando gli altri sembrano non essere sufficienti e utili.

Il meccanismo sistemico non è stato mai estraneo alla giurisprudenza della Corte. La tecnica decisoria dell'addizione di principio, presente già nella sentenza [n. 1 del 1956](#), risponde a questa idea. Se bisogna presumere la costituzionalità delle leggi, l'incostituzionalità è solo un accidente, ben possibile nell'esercizio della funzione legislativa. Alla Consulta spetta una funzione catartica, che non solo si manifesta nella cancellazione pura, ma anche nel recupero del principio di diritto compatibile con la Carta e con la sua rinnovata immissione nel sistema. Questa immissione avviene in via mediata. Sono i giudici ordinari a veicolare il principio, di volta in volta reinterprestando la

⁴⁰ Linea seguita da [Corte cost. 25 settembre 2018, n. 222](#), ad esempio. Ivi la Corte, accertata la sproporzione della sanzione, individua una soluzione di tipo sistemico, stabilendo il solo limite massimo edittale della pena e lasciando al giudice la definizione della misura proporzionata della sanzione rispetto alla singola fattispecie.

disposizione in maniera compatibile alla Costituzione⁴¹. Fedeli al pensiero di Betti, bisogna dire che il giudice, nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale, non crea nuove norme, ma "massime di decisione" con valore esclusivamente *inter partes*⁴². La Corte costituzionale, limitandosi a introdurre nel sistema quel principio ermeneutico utile alla lettura costituzionale della norma censurata, orienta le future massime di decisione dei giudici, finché queste non divengono orientamento prevalente, finché non giungono al giudice di legittimità che ne sancisce la vincolatività (più o meno forte). In questo senso, tale modello di intervento può essere inteso anche come vero e proprio "pungolo" per il legislatore, che sarà portato ad impedire il formarsi di un'interpretazione giudiziaria, coperta dalla giurisprudenza costituzionale, in contrasto con la lettera della disposizione e dunque con le sue scelte discrezionali⁴³. Non è un caso che la dottrina abbia sottolineato l'alternatività tra l'aggiunta di principio e l'aggiunta classica (appunto il modello puro sostitutivo, a "rime obbligate"). Mentre al secondo caso si dovrebbe ricorrere quando sia possibile individuare un'unica soluzione costituzionalmente orientata per il caso concreto, la seconda interverrebbe nei casi in cui le soluzioni costituzionalmente possibili si rivelino plurali, tanto che la Consulta non sarebbe nella condizione di sceglierne una in particolare senza ledere la discrezionalità del legislatore⁴⁴. Ma più che in un rapporto

⁴¹ Il rapporto tra Corte costituzionale e ordine giudiziario è sempre più ispirato ad una precisa suddivisione dei ruoli. In particolare, l'interpretazione della legge è l'elemento fondante e primigenio dell'attività giurisdizionale. Il generale obbligo di previa interpretazione conforme (sentenza [n. 356 del 1996](#)), come anche la "dottrina del diritto vivente", sono ormai i sintomi più vistosi di un dialogo solido tra Consulta e giudici comuni. Per una ricostruzione in chiave storico-giuridica di questo scambio, si veda S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Napoli, 2022, 57 ss. Con riguardo agli strumenti del dialogo, Barbareschi scrive che, alla base del dialogo tra Corte e giudici, «vi è anche la convinzione che alcuni risultati si possano conseguire in modo più efficace e tempestivo attraverso un adeguamento della legge alla Costituzione limitata al singolo caso, per come esso si presenta nelle aule di tribunale. Parimenti, la Corte fa ricorso a decisioni "aperte", ove - in luogo di regole stringenti - sono indicati dei principi costituzionalmente rilevanti diretti a guidare l'attività interpretativa. Tale fenomeno si palesa sia attraverso le risalenti decisioni interpretative, sia per mezzo delle pronunce additive a dispositivo generico ovvero con delle decisioni che invitino il rimettente ad applicare in via immediata il testo costituzionale per colmare una laguna legislativa» (pag. 84). In buona sostanza, «la Corte costituzionale si presenta come il maestro d'orchestra di due opposti e, allo stesso tempo, complementari fenomeni: da una parte, con le "nuove" sentenze interpretative legittima delle letture audaci dei testi legislativi, mostrando la praticabilità di adeguamenti capaci di superare il recinto della lettera. Dall'altra, invece, censura con l'inammissibilità la questione prospettata dal giudice *a quo*, proprio perché quest'ultimo non ha sperimentato un'esegesi particolarmente creativa del dettato normativo. Il risultato complessivo consiste in un'accentuazione del compito di adeguamento interpretativo della legge, e più in generale del processo attuativo della Costituzione, a carico dei giudici comuni, al punto da affermare [...] che "prima del controllo di costituzionalità accentratore ne esiste uno diffuso, che ciascun giudice è tenuto ad esercitare compiutamente, prima di sollevare la questione di costituzionalità» (pag. 91). Sul tema, resta insuperato il libro di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Napoli, 2021; si veda anche M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Un contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015 e A. ANZON, "Diffusione" del controllo di costituzionalità o "diffusione" del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione? in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (curr.), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002.

⁴² Betti ne scrive nel lontano 1949, volendo segnare una differenza tra la decisione normativa del legislatore, dal carattere generale e astratto, e l'intervento giudiziario finalizzato a colmare una lacuna dell'ordinamento. In quest'ultimo caso, il giudice crea sì norme, ma a carattere "individuale", cioè con efficacia tra le sole parti del giudizio: v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 50 ss. Per un approfondimento critico, v. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, 298 ss.

⁴³ L'additiva di principio (detta anche additiva a dispositivo generico) è stata in realtà pensata dalla Corte costituzionale quale strumento dialettico tra giudice delle leggi e legislatore. In sostanza, questa specifica tecnica decisoria permetteva alla Corte di colmare la lacuna limitandosi «ad individuare il principio dal quale il giudice potrà ricavare la regola da applicare al caso concreto, in attesa che il legislatore la definisca, una volta per tutte, nell'esercizio della sua discrezionalità» (così M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 96). Il legislatore è stato però sempre poco sensibile a queste forme di cooperazione, facendo decadere l'utilizzo dello strumento. Eppure, la logica sistemica insista in questa tipologia decisoria potrebbe oggi darle nuova vita.

⁴⁴ Una posizione che si ritrova in gran parte della manualistica (si pensi, *ex plurimis*, a M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale*, Torino, 2022, 254), ma che nei fatti è stata superata dalla Corte costituzionale, la quale è arrivata ad affermare che «a consentire l'intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e

di alternative, queste varie forme dell'intervento creativo andrebbero ordinate secondo una gerarchia logica. Verificata l'incostituzionalità della disposizione censurata, la Corte costituzionale dovrebbe innanzitutto verificare la possibilità dell'ablazione demolitoria (ablazione attiva), appurando in concreto (senza troppo ricorrere a forme di presunzione) la sostenibilità o meno del conseguente vuoto normativo. Ove non fosse possibile la rimozione semplice della sanzione, la Consulta dovrebbe procedere ad una verifica di funzionalità di una soluzione di ablazione passiva, cioè l'affermazione di un principio e il ricorso alla tutela organica del sistema giudiziario. Sarebbe un vero e proprio test di proporzionalità della modalità di ablazione rispetto all'insostenibilità dell'eventuale vuoto generato. Solo dopo aver escluso la praticabilità di tali ipotesi, l'opzione della sostituzione a "rime obbligate" potrà essere percorsa. In sostanza, buona regola processuale sarebbe quella secondo cui, una volta stabilita l'impossibilità dell'ablazione secca, la Corte debba preferire una soluzione di sistema ad una *extra ordinem*; debba preferire una soluzione giurisdizionale ad una politica; debba preferire una soluzione che sussuri i motivi di incostituzionalità all'orecchio del giudice, piuttosto che una soluzione che urla contro il legislatore il vizio di costituzionalità riscontrato. E il tutto va motivato. Il ricorso all'una o all'altra soluzione processuale deve risultare idoneo, necessario e proporzionale, con uno stringente onere motivazionale della Corte, anche a tutela della propria legittimazione.

6. Conclusioni

Questa dimensione della costituzionalità sussurrata è, forse, quella in cui, per naturale inclinazione di sistema, la Corte costituzionale dovrebbe muoversi. È certo vero che la Consulta partecipa in forme tutte particolari all'inveramento dell'indirizzo politico costituzionale; è vero anche che questo compito non lo assolve in via esclusiva, affiancata dall'unica altra figura di razionalizzazione del nostro ordinamento, il Presidente della Repubblica. Questo "fronte costituzionale" non esercita funzioni attive, ma agisce di rimessa: riceve la spinta dell'indirizzo politico di maggioranza (costruito nel *continuum* tra Parlamento e Governo) e la converte, la corregge anche, insomma la orienta e la indirizza secondo i valori e i principi costituzionali. I due profili di indirizzo, che per primo Barile ha rinvenuto nel sistema, operano in due differenti dimensioni di legalità, una, appunto, costituzionale e una meramente legale, come ci insegna Mezzanotte. Alla Corte costituzionale (e, in maniera diversa e certo più marcatamente politica, al Presidente della Repubblica) è affidato il compito di attrarre l'ordine legale nell'ordine costituzionale. Un vero e proprio potere trasformatore, che molti hanno reso nella fortunata formula del "rendere giustizia costituzionale"⁴⁵: l'istanza suprema, fondativa,

individualizzazione del trattamento sanzionatorio - non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e ratio, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. 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; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell'immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia. Resta ferma, d'altra parte, la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra - e in ipotesi più congrua - soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali» (così [Corte cost. 25 settembre 2018, n. 222](#), punto 8.1 del *Considerato in diritto*). Nel presente scritto si prova ad affermare che essa sarebbe superata anche sotto il profilo sostanziale.

⁴⁵ L'espressione si ritrova per la prima volta in G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. Violante (cur.), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, 979; si veda dello stesso G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 13 novembre 2020. La stessa è stata poi ripresa da M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in [Diritto e Società](#), n. 1/2020, proprio a voler significare l'urgenza, costitutiva per la Consulta, di rendere effettivo il portato valoriale della Costituzione, in determinati casi anche oltre i

assoluta che la Corte persegue, e che è politica nella sua pura essenza. Ma è questa una funzione ultimativa? Si arriverà alla fine (si deve ogni volta arrivare, in una forma subitanea e totalizzante) alla piena identificazione tra ordine legale e ordine costituzionale?

Carlo Mezzanotte risponderebbe affermativamente⁴⁶. Predicare la prevalenza dell'istanza politica della Corte, anche sulle regole del processo, significa valorizzare tale dimensione trasformatrice; pensare, dunque, che l'ordine costituzionale debba, prima o poi, inglobare l'ordine legale, convertirlo in via assoluta. Da qui l'idea che non possano esistere "zone franche" nell'ordinamento, non possano cioè esistere disposizioni non assoggettabili alla razionalizzazione costituzionalmente orientata che la Corte opera. Un dato questo che però, se portato alle estreme conseguenze, nega il ruolo istituzionale della Consulta, cioè la sua funzione sistemica, che resta di natura giurisdizionale. Un giudice che dialoga (per obbligo di incidentalità) con gli altri giudici; che vive in relazione dialettica con il legislatore, alla cui discrezionalità deve ossequio. Crisafulli ha inquadrato con precisione il problema, quando ha affermato che «la rigidità costituzionale, garantita da un controllo giurisdizionale sulle leggi, è un limite al potere politico. Un limite - almeno di regola - negativo [...] ma sempre un limite, che viene ad intaccare il vecchio dogma ottocentesco della sovranità del Parlamento. [...] Ma, in realtà, se osserviamo le cose serenamente, la giustizia costituzionale non tanto rappresenta un'antinomia, quanto piuttosto un'alterazione dello schema democratico-parlamentare, ma un'alterazione intenzionalmente posta in essere dai costituenti, in funzione di un preciso disegno politico»⁴⁷. Un'alterazione, non una sovversione. Il sistema democratico-parlamentare resta in piedi, pur corretto e razionalizzato dall'attività della Corte costituzionale, che ben deve guardarsi dal porsi fuori da questa sistematica, proprio attingendo al suo carattere giurisdizionale. Sul piano della giurisdizionalità si misurano i limiti dell'intervento della Corte; sotto tale profilo si fonda la sua legittimazione, che è innanzitutto verificabilità delle scelte (quindi adesione ad un modello processuale che non possa essere sottoposto all'emersione delle contingenze), come anche approfondita motivazione giuridica della decisione⁴⁸. Da ciò derivano due corollari.

limiti giurisdizionali (e quindi processuali) del sindacato di costituzionalità. Prospettiva che trova resistenze in letture più fedeli al dato procedurale. Ne scrive recentemente Luciani: «il "rendere giustizia costituzionale" è di certo la funzione sistemica della Corte costituzionale, ma questa sua funzione sistemica è esercitabile nei confini delle sue competenze, che il limite del divieto per il giudice costituzionale di assumere decisioni "politiche" definisce inesorabilmente. E va dunque rispettato non perché sia prevalente sull'esigenza di rendere giustizia costituzionale, ma solo perché di questa determina, in prevenzione, i contorni, senza alcuna possibilità di immaginare un "bilanciamento" tra il principio di garanzia della Costituzione e il principio della separazione dei poteri, ché questo non è un problema di principi ma di competenze. E le competenze non si bilanciano» (così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 221).

⁴⁶ L'invito è ad una lettura sistematica delle due principali opere sul tema del giurista modenese: C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Milano, 1979 e *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984. L'emersione delle due sfere di legalità, costituzionale e legale, ben chiara nello scritto del 1979, è stata spesso considerata come un modello di lettura della struttura ordinamentale italiana. In realtà, Mezzanotte considera la coesistenza di questa doppia legalità come un elemento contingente del sistema, conseguenza di ragioni storico-culturali, ma che va risolto assicurando una prevalenza alla Costituzione. Lo smantellamento dei residui dell'ordine legale è affidato alla Corte costituzionale, che è chiamata a compierlo in via ultimativa, nell'esercizio di un potere che è tutto politico. Ai problemi fatti emergere con lo scritto del 1979, Mezzanotte offre una soluzione (e che soluzione!) con lo scritto del 1984.

⁴⁷ Così V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 73 ss. Nell'annotare queste parole del suo maestro, Modugno arriva ad affermare con solennità che «l'organo di chiusura del sistema non è più il Parlamento, bensì la Corte costituzionale: s'intende dal punto di vista di uno "Stato di diritto", di uno Stato cioè "regolato" dal diritto che esso stesso ha posto, costituendosi come tale» (così F. MODUGNO, *Divagazione sulla nozione di "revisione costituzionale"*. In *onore di Stefano Cicconetti*, in *Liber amicorum in onore di Stefano Maria Cicconetti*, Napoli, 2016, 291). Una deduzione che certo rende onore alla convinzione crisafulliana del superamento della centralità del Parlamento nel sistema (mito ottocentesco), ma che forse va recuperata ad un più complesso valore sistemico, soprattutto guardando all'uso, nell'affermazione di Crisafulli, della parola "alterazione", che sottende invece una concezione organica del ruolo della Corte.

⁴⁸ Sul tema della legittimazione "democratica" della Corte va certo ripreso l'argomento di Viganò, secondo cui gli sforzi creativi della Consulta fondati sul ripristino della proporzionalità della sanzione (penale soprattutto) sarebbero giustificati da una specifica esigenza di tutela dei diritti, che sfuggirebbe ai normali canali di rappresentanza politica e

Innanzitutto, questa lettura sistematica del ruolo del giudice delle leggi esclude che egli possa atteggiarsi a organo di chiusura dell'ordinamento. Potrebbe sembrare un'ovvietà, ma è bene ribadire come la Corte debba pensarsi nel sistema e non al di sopra di esso; rispondendo alla logica interna dell'ordine istituzionale, solo con grande prudenza può decidere di operare sostituendo altri poteri, recuperando le loro omissioni, mai potrà invadere quello spazio che è proprio della politica (un'incursione avvenuta invece con le sentenze in tema di legge elettorale). Il secondo corollario del ragionamento ha un risvolto più materiale e riguarda il rispetto, per i giudici della Consulta, di una regola aurea, che è sembrata emergere commentando il testo di questa sentenza.

Esiste un generale principio processuale di proporzionalità che deve ispirare gli sforzi creativi della Corte. Esso si fonda su una gradualità logica dell'intervento, che avanza per necessità e funzionalità: ablazione attiva, ablazione passiva, sostituzione a "rime obbligate". Si impone prudenza nella discesa, motivazione delle scelte, congruità rispetto allo scopo. Ritrarsi verso i giudici, per lasciare che la Costituzione, con più dolcezza, possa farsi effettiva.

democratica: «i condannati costituiscono [...] un segmento della società caratterizzato da un deficit pressoché totale di rappresentanza politica, dal quale deriva la strutturale insufficienza dei meccanismi democratici a garantire la tutela dei diritti. Questo deficit richiede, in modo particolarmente pressante, di essere compensato da corti in grado - se necessario - di agire contro le determinazioni della maggioranza, a tutela dei diritti fondamentali di cui i condannati restano comunque titolari. E a tutela, in ogni caso, della loro dignità di persone» (così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 322). Forse è questa una lettura iperbolica dell'intervento a-sistemico della Corte, che certo esplicitamente ritaglierebbe per la Consulta un ruolo *totus politicus*, almeno in questo preciso ambito (*ratione materiae*, verrebbe da dire). Qualche dubbio viene sul fatto che i compiti contro-maggioritari del giudice delle leggi possano spingersi così avanti, invadendo il *corpus* vivo della discrezionalità del decisore politico. A una legittimazione stabilita in via teoretica, in una logica di progressivo straniamento e nobilitazione del ruolo della Corte rispetto al resto dell'ordinamento, è certo da preferire una legittimazione che si incarni nelle forme, in meccanismi processuali chiari e nuovi crismi relazionali tra poteri e tra istituzioni, come stiamo provando a sostenere in questo scritto.