

UN'ALTRA CONFERMA DEL SUPERAMENTO DEL TERTIUM COMPARATIONIS E DELLE RIME OBBLIGATE: C. COST. 14.4.2022 N. 95

di Riccardo Battistoni

(Dottorando presso l'Università del Piemonte orientale)

Sommario: 1. La questione. - 2. Il contesto normativo e l'evoluzione delle fattispecie - 3. La sanzione sproporzionata e gli altri illeciti amministrativi richiamati. - 4. Il principio di proporzionalità delle sanzioni. - 5. Il ruolo del *tertium comparationis*. - 6. Una sentenza che corrobora il superamento delle rime obbligate. - 7. L'individuazione della pena sostitutiva. - 8. Conclusioni

1. Con la sentenza C. cost. 14.4.2022 n. 95, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 726 Cp, come sostituito dall'art. 2 co. 6 d.lgs. 15.1.2016 n. 8, nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa pecuniaria «da euro 5.000 a euro 10.000» anziché «da euro 51 a euro 309».

Il giudizio nasce da una vicenda molto semplice: il ricorrente è stato colto urinare in un parcheggio vicino ad una discoteca anche se i servizi igienici della stessa risultavano assolutamente agibili e funzionanti. Il fatto è stato sussunto nella fattispecie di cui all'art. 726 Cp, che sanziona gli atti contrari alla pubblica decenza e, trattandosi di un illecito amministrativo, è stato sottoposto all'attenzione del Prefetto. Questi ha ritenuto di comminare una sanzione amministrativa pari a 5.000 euro.

Interessa evidenziare un punto: quella irrogata risulta, in effetti, la sanzione minima configurabile per i fatti di atti contrari alla pubblica decenza, laddove la massima si quantifica in 10.000 euro. Il giudice rimettente, infatti, osserva come per gli illeciti amministrativi si risponda indifferentemente per dolo o per colpa, così come previsto dall'art. 3 l. 24.11.1981 n. 689. Ne deriva che l'ammontare concreto della sanzione sarà tanto più vicino al massimo al ricorrere del dolo, e tanto più prossimo al minimo al ricorrere della colpa. Nel caso di specie, non sono stati rinvenuti gli estremi del dolo: non poteva ritenersi che il ricorrente volesse ledere, nemmeno eventualmente, il bene giuridico tutelato dall'art. 726 Cp. Pertanto, poichè il fatto traduceva la sola trascuratezza delle normali regole di civiltà, non poteva che qualificarsi come colposo. Ciononostante, l'unica sanzione applicabile corrispondeva alla non trascurabile cifra di 5.000 euro.

Effettuato ricorso contro l'ordinanza-ingiunzione emessa dalla Prefettura, il giudice di pace si è risolto nel proporre questione di legittimità costituzionale, in ragione della sproporzione, per eccesso, della cornice edittale dell'art. 726 Cp. Il ricorrente, in particolare, evidenzia che se per gli atti contrari alla pubblica decenza la cornice edittale è compresa tra 5.000 e 10.000 euro, invece per l'illecito amministrativo degli atti osceni in luogo pubblico, nella variante colposa di cui all'art. 527 co. 3 Cp, la sanzione è

compresa tra i 51 e i 309 euro. Tanto premesso, il giudice di pace ha sollevato questione di incostituzionalità dell'art. 726 Cp nella parte in cui punisce gli atti contrari alla pubblica decenza con una sanzione amministrativa da 5.000 a 10.000 euro, anziché con una sanzione amministrativa da 51 a 309 euro.

2. Il giudice delle leggi, nella sentenza in commento, prende le mosse da un inquadramento normativo delle fattispecie richiamate. Entrambe, gli atti contrari alla pubblica decenza e gli atti osceni, sono presenti nel codice fin dal 1930. Per quanto contigue da un punto di vista logico, le norme sono assai distanti l'una dall'altra da un punto di vista topografico. L'art. 726 Cp si colloca nel Libro III delle contravvenzioni in particolare del codice penale. Più precisamente nel Titolo I, delle contravvenzioni di polizia, al Capo II, delle contravvenzioni concernenti la polizia amministrativa sociale, Sezione I, delle contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi. Gli atti osceni sono invece siti nel Libro II, dei delitti in particolare, e tanto basta per ravvisare il maggior disvalore che i compilatori del codice riconoscevano in detta fattispecie.

Il diverso disvalore degli illeciti in questione, tuttavia, non si esauriva nella natura di contravvenzione degli atti contrari alla pubblica decenza e di delitto degli atti osceni. Infatti era desumibile anche dal differente trattamento sanzionatorio, con riferimento in particolare alle varianti colpose: se gli atti osceni erano puniti con la pena pecuniaria da 300 a 3.000 lire, gli atti contrari alla pubblica decenza, in quanto contravvenzione, potevano essere puniti indifferentemente per dolo o per colpa, e la pena era alternativa: o l'arresto fino a un mese, verosimilmente per i casi di dolo, ovvero l'ammenda, più consona alla colpa, compresa tra le 100 e le 2.000 lire.

Per quanto concerne gli atti osceni nella variante colposa, questi sono stati trasformati da delitto a illecito amministrativo con l'art. 44 d.lgs. 30.12.1999 n. 507. Gli atti dolosi del primo comma rimanevano, invece, ancora qualificati come delitto. Fu con l'art. 3, co. 22 l. 15.7.2009 n. 94 che venne inserito un nuovo secondo comma, nell'art. 527 Cp, che punisce il soggetto attivo qualora gli atti osceni dolosi siano compiuti nelle vicinanze di luoghi frequentati dai minori. Infine, l'art. 2 co. 1 let. a d.lgs. 15.1.2016 n. 8 ha trasformato gli atti osceni dolosi del primo comma in illecito amministrativo, sicché l'unico delitto sopravvissuto nell'art. 527 Cp è quello di cui al secondo comma, qualora gli atti siano commessi nelle vicinanze di luoghi frequentati da minori. Per il resto, gli atti osceni, siano essi dolosi o colposi, sono oggi illeciti amministrativi. I primi puniti con sanzione compresa tra i 5.000 e i 30.000 euro, mentre i secondi, come si è visto, con sanzione compresa tra i 51 e i 309 euro.

Riguardo agli atti contrari alla pubblica decenza, questi conobbero una prima modifica con l'art. 113 l. 24.11.1981 n. 689, che ne aumentò la pena originaria. Successivamente, l'art. 18 l. 26.6.1999 n. 205 abrogò il secondo comma relativo al turpiloquio, e inserì la sanzione alternativa dell'arresto fino ad un mese ovvero l'ammenda da 20.000 a 400.000 lire. L'ultima modifica si è avuta con l'art. 2 co. 6 d.lgs. n. 8/2016, con cui la contravvenzione ex art. 726 Cp è stata tramutata in illecito amministrativo, punito con sanzione pecuniaria compresa tra i 5.000 e i 10.000 euro.

3. Una volta inquadrato il contesto normativo, la Corte evidenzia che il sindacato di costituzionalità sulla proporzione delle sanzioni per illeciti amministrativi è stato ormai recepito da tempo, dal giudice delle leggi. Si mette in luce come il fondamento di tale sindacato si rinverga nell'art. 3 Cost., applicato con le norme della costituzione che, caso per caso, tutelano i diritti violati dalla sanzione amministrativa in questione. Posta, infatti, la natura sostanzialmente sanzionatoria degli illeciti amministrativi, anche per questi, come per le pene, non può che sussistere un rapporto di congruità tra sanzione ed illecito¹.

Ciò premesso, per potersi pronunciare, la Corte ritiene di dover operare un vaglio del disvalore dell'illecito sanzionato dall'art. 726 Cp. A questo fine ricostruisce il bene giuridico tutelato dalla norma, la pubblica decenza, che si traduce nel "normale sentimento di costumatezza", sentimento che viene leso da quelle condotte capaci di ingenerare un senso di fastidio e riprovazione. Tra queste condotte viene pacificamente fatta rientrare quella di urinare in un luogo pubblico². Il limite rispetto agli atti osceni è segnato dalla natura sessuale dei comportamenti posti in essere, con una precisazione: gli atti osceni ledono il pudore sessuale, offeso quando vengono ingenerate sensazioni di disgusto o rappresentazioni o desideri erotici³.

Si evidenzia come il pudore sia la specifica sensibilità riservata a pensieri e condotte legate alla sfera della sessualità. Sarebbe il sentimento che porta al riserbo nell'ambito della riproduzione e dell'attività sessuale. Se, indubbiamente, il pudore assume una dimensione anzitutto individuale, ai fini degli atti osceni ecco che ne tradurrà una declinazione più collettivistica. Circa il "comune sentimento del pudore" non può, inoltre, ignorarsene la forte mutevolezza, legata ad una nozione storico relativistica del pudore stesso: il sentimento comune alla maggioranza, il sentimento medio della collettività in un particolare momento storico e la percezione risultante dalla media dei sentimenti dei consociati sono le principali declinazioni della nozione di "comune sentimento del pudore" evocate dalla dottrina⁴.

Si sottolinea, invece, che gli atti contrari alla pubblica decenza non devono per forza suscitare ripugnanza, essendo sufficiente il disgusto, il disagio, la disapprovazione. Inevitabilmente, inoltre, la nozione di pubblica decenza deve ricercarsi nel sentimento comune della persona media, non sulla base della sensibilità individuale, calato nel

¹Cfr. le pronunce richiamate dalla sentenza in commento: C. cost. 16.3.2021 n. 39, C. cost. 23.9.2021 n. 185, C. cost. 10.5.2019 n. 112, C. cost. 12.9.2019 n. 212, C. cost. 17.4.2019 n. 88, C. cost. 9.2.2018 n. 22.

² Cfr. A. Bassi, *sub art. 726 Cp*, in *Codice penale commentato*, IV, a cura di G.L. Gatta, Milano 2021, 392, ove viene operata la distinzione tra luogo pubblico (sempre aperto alla collettività), luogo aperto al pubblico (accessibile in determinate fasce orarie) e luogo esposto al pubblico (non accessibile, ma visibile dal pubblico); cfr. Cass., 27.10.2017, n. 16477.

³Cass. 27.10.2017, n. 16477.

⁴ Cfr. A. Bassi, *sub art. 529 Cp*, in *Codice penale commentato*, III, a cura di G.L. Gatta, Milano 2021, 569-571; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale parte speciale, I delitti contro la persona*⁵, II, tomo I, Torino 2020, 155-156, che individuano uno stretto legame tra pudore pubblico e buon costume ravvisandone financo una vera e propria tutela costituzionale nell'art. 21, Cost.; cfr. G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova 1984, 67 ss, ove l'Autore riflette sul buon costume come tutelato dall'art. 21, Cost.; Ivi, 8-12 per una differenziazione tra concezione storico relativistica e concezione storico statistica del pudore; Ivi, 12, ove l'Autore riflette sull'interpretazione minoritaria del concetto di pudore che segue l'impostazione deontologica. Questa individua nel pudore un bene oggettivo, non suscettibile di essere soggettivizzato.

contesto storico sociologico attuale⁵. È di tutta evidenza, dunque, quanto la nozione di pudore e di pubblica decenza siano connotate da una forte indeterminatezza⁶. La continua evoluzione della società impedisce, infatti, di dare una precisa concretizzazione ai beni giuridici in esame. Il che pone non pochi problemi in punto conoscibilità e prevedibilità, elementi che la Corte EDU⁷ richiede per qualsiasi norma abbia connotazione sostanzialmente punitiva, indipendentemente dal fatto che il diritto interno la qualifichi come reato ovvero illecito amministrativo⁸.

Quanto alla nudità, la Corte evidenzia non essere di per sé indice di atti osceni: questi possono configurarsi anche senza, così come taluni atti di esposizione della nudità possono fermarsi alla soglia d'offesa degli atti contrari al pubblico pudore⁹. Il discrimine è dunque segnato dall'effetto che la condotta suscita: se offende il pudore sessuale si avranno atti osceni, senza che sia necessaria la nudità; invece, qualora l'offesa si limiti ad offendere il normale sentimento di costumatezza, anche al ricorrere della nudità, si avranno atti contrari alla pubblica decenza.

Da ciò si evince il limitato disvalore degli atti contrari alla pubblica decenza: ingenerano fastidio, ma nulla di più. Alla luce di tali considerazioni, la Corte evidenzia come la sanzione compresa tra 5.000 e i 10.000 euro sia manifestamente sproporzionata, frutto non di esercizio di ragionevolezza, ma di mero arbitrio da parte del legislatore. Questa conclusione viene poi rafforzata attraverso due comparazioni. In primo luogo, gli atti osceni sono sempre stati considerati più gravi degli atti contrari alla pubblica decenza: tanto premesso, non può ritenersi proporzionata la sanzione maggiore prevista dal legislatore del 2016 per i fatti relativi a quest'ultima fattispecie. In secondo luogo, la sanzione è posta a paragone anche con quelle di illeciti amministrativi commessi nella circolazione stradale: superare di 60 km/h il limite massimo di velocità consentito, anche in un centro abitato, prevede una sanzione compresa tra gli 845 euro e i 3382 euro¹⁰. Come può punirsi meno una condotta che espone al pericolo la pubblica

⁵ Cfr. A. Bassi, *sub art. 726 Cp*, in *Codice penale commentato*, IV, cit., 388-389; sulla differenza tra "pubblica decenza" e "pudore" cfr. Ivi, 389, laddove viene individuato il criterio qualitativo, che riconosce nel pudore un bene giuridico speciale rispetto alla pubblica decenza, nonché il criterio quantitativo, che ritiene possa configurarsi lesione del pudore solo ove sia offeso in modo assai rilevante. Viene inoltre ricordata la sintesi delle due impostazioni, individuata dal criterio misto.

⁶ Così G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale parte speciale, I delitti contro la persona*⁵, cit., 156, con specifico riferimento al buon costume, cui riportano la nozione di pubblico pudore come menzionato in nota 4; cfr. G. Fiandaca, *op. cit.*, 84-93, si vedano le considerazioni dell'Autore sul rapporto tra buon costume e principio di determinatezza.

⁷ C. eur. GC, 8.6.1976, *Engel e alt. c. Paesi Bassi*.

⁸ Impostazione avallata anche dalla Corte costituzionale, con specifico riferimento alle sanzioni amministrative, cfr. C. cost. 7.6.2018, n. 121, punto 15.3.

⁹ Cfr. sentenza in commento punto 3.1: «Sulla base di tale criterio, si è ad esempio ritenuto che costituiscano atti contrari alla pubblica decenza l'urinare in luogo pubblico (supra, punto 2), l' esporre il corpo nudo in una spiaggia pubblica non riservata ai nudisti (Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenze 20 giugno 2012, n. 28990 e 27 giugno 2005, n. 31407), l'essere sorpresi addormentati e completamente nudi in un'autovettura al fianco di una donna semisvestita (Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza 22 maggio 2012, n. 23234), il palpeggiarsi i genitali davanti ad altri soggetti in modo scostumato e scomposto ma non espressivo di "concupiscenza" e di "dimostrazione di libido"» (Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza 11 giugno 2004, n. 26388)».

¹⁰ Art. 142 co. 9 *bis*, codice della strada.

incolumità, rispetto a quella che si limita ad ingenerare un fastidio? Tanto è sufficiente per ravvisare la sproporzione della sanzione *ex art. 726 Cp.*

Una volta accertata la sproporzione, la Corte si interroga su come individuare una sanzione, per gli atti contrari alla pubblica decenza, costituzionalmente conforme con il principio di proporzionalità. A questo fine ricorda come sia ormai recepita la giurisprudenza che svincola il giudice delle leggi dalle c.d. rime obbligate: nell'individuare una sanzione conforme, la Corte non può più ritenersi ancorata all'unica soluzione possibile, anche se si versi in materia riservata alla discrezionalità del legislatore¹¹. Basta che nell'ordinamento ricorrano una o più soluzioni costituzionalmente conformi, individuabili attraverso un'interpretazione sistematica, coerente con la logica perseguita dal legislatore¹². Alla luce di questa considerazione, la Corte ritiene congrua la soluzione proposta dal rimettente: sostituire la sanzione con quella prevista dagli atti osceni che prevede una cornice edittale compresa tra i 51 e i 309 euro.

4. La pronuncia in commento offre l'occasione per ragionare sul ruolo del termine di comparazione nel sindacato di costituzionalità delle sanzioni. La Corte, infatti, non rinuncia a ravvisare l'irragionevolezza della risposta sanzionatoria attraverso la valutazione della sola norma oggetto di scrutinio: d'altronde la sproporzione di una cornice edittale compresa tra 5.000 e 10.000 euro per gli atti contrari alla pubblica decenza emerge *ictu oculi*. Eppure, quasi a rafforzamento di questa conclusione, il giudice delle leggi argomenta anche attraverso un paragone col disvalore espresso dagli atti osceni, da una parte, e dagli illeciti amministrativi stradali, dall'altra.

Prima di analizzare il ragionamento della Corte, è bene ricordare che, sia quando la teoria del *tertium comparationis* poteva ritenersi prevalente, sia oggi, che si favorisce un sindacato interno alla fattispecie, la Corte si è sempre interrogata sulla ragionevolezza delle sanzioni. Detto giudizio di (ir)ragionevolezza chiama in causa il principio di proporzionalità della pena, principio che, com'è noto, non è riportato nel testo della Costituzione. Nonostante questa lacuna, puramente testuale, è tuttavia ben possibile ravvisare l'immanenza del principio nel sistema costituzionale italiano.

In primo luogo, la proporzionalità è naturale conseguenza del principio di uguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3 co. 2 Cost.¹³: a fronte di più consociati che abbiano commesso il medesimo reato, non sarebbe ragionevole punirli allo stesso modo, senza tenere conto di elementi che possano dosare la risposta sanzionatoria di ciascuno. Una simile impostazione porterebbe a trattare in modo uguale situazioni completamente diverse. Allo stesso tempo, com'è noto, è possibile individuare anche nel sistema costituzionale più specificamente penale taluni principi che implicano, e allo stesso tempo presuppongono, la proporzionalità. Si pensi, all'art. 27 co. 1, Cost.: posto che la norma impone un accertamento della responsabilità personale dal punto

¹¹C. cost. 10.3.2022 n. 62.

¹²Cort. cost. 1.2.2022 n. 28, C. cost. 13.4.2021 n. 63, C. cost. 26.11.2020 n. 252, C. cost. 27.10.2020 n. 224, C. cost. 19.4.2019 n. 99, C. cost. 8.3.2019 n. 40, C. cost. 17.12.2018 n. 233, C. cost. 5.12.2018 n. 222.

¹³F. Mantovani, *Diritto penale*, Milano 2020, 794.

di vista oggettivo (non si risponde che per fatto proprio), nonché da quello soggettivo (non si risponde che per fatto proprio colpevole), il principio di personalità della responsabilità penale non può che avere, come corollario, quello della personalizzazione della pena¹⁴. E d'altronde ciò risulta imprescindibile anche alla luce del già citato art. 27 co. 3, Cost.: solo al ricorrere di una pena adeguata c'è possibilità che il consociato percepisca un rimprovero riferito al fatto commesso, senza avvertire un senso di ingiustizia nella risposta sanzionatoria¹⁵. Di talché ne diviene auspicabile la risocializzazione¹⁶, come conseguenza dell'accettazione della pena¹⁷.

Le norme costituzionali richiamate trovano massima espressione, appunto, nel c.d. principio di proporzionalità¹⁸ e devono esser tenute presenti nell'ambito di qualsiasi riflessione venga sviluppata al riguardo. Il legislatore, in primo luogo, non può prescindere dal principio in sede di legiferazione penale: la discrezionalità del Parlamento dev'essere sempre guidata da ragionevolezza, onde ponderare la pena più adatta al disvalore del fatto previsto come reato¹⁹. Successivamente, anche il giudice dovrà tenere a mente il principio, al fine di comminare la pena che meglio si adatti al caso concreto²⁰. Considerazioni simili valgono, infine, anche in sede di esecuzione della sanzione²¹. Com'è evidente, in questo commento ci si limiterà a riflettere su una situazione patologica attinente alla prima fase di vita della pena: quella in cui il legislatore abbia esorbitato dalla sua discrezionalità e prodotto una sanzione manifestamente irragionevole.

Dal momento che ci si occupa di un illecito amministrativo, inoltre, giova ancora ricordare che sul punto, sebbene risulti possibile un sindacato sulla proporzionalità della sanzione, il principio di proporzionalità non potrà tenere in considerazione l'art. 27 co. 3 Cost. Ciò in quanto la funzione rieducativa della pena opera solo, appunto, per le pene in senso stretto. Per gli illeciti amministrativi sarà infatti necessario richiamare

¹⁴ Cfr. B. Romano, *Diritto penale parte generale*⁴, Milano 2020, 49, che richiama l'importanza dell'art. 133 Cp.

¹⁵ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale parte generale*⁸, Torino 2019, 746.

¹⁶ F. Mantovani, op. cit., 797-798, sottolinea che sia preferibile parlare di "risocializzazione" e non di "rieducazione" a prescindere dal dettato costituzionale. Ciò fermo restando che i percorsi di risocializzazione non possano mai essere imposti: di qui il carattere eventuale della funzione rieducativa della pena; così anche G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale parte generale*⁸, cit., 760; F. Palazzo, *Corso di diritto penale parte generale*⁸, Torino 2021, 31, evidenzia come le tecniche rieducative possano contare sull'appoggio della vastità delle scienze umane; D. Pulitanò, *Diritto penale*⁹, Torino 2021, 128-129, che legge nella funzione rieducativa della pena una declinazione dell'art. 3 co. 2 Cost.: se la Repubblica deve rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana, allora lo Stato dovrà sanzionare in un modo che sia «umanamente significativo per il condannato».

¹⁷ F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 61-67; F. Palazzo, op. cit., 28-29; sulla prevalenza della funzione rieducativa della pena cfr. E. Dolcini, *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in *RIDPP* 2021, 405-408.

¹⁸ Si segnala il lavoro di N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale parte generale*⁹, Milano 2020, 761; cfr. G. Bettiol, L. P. Mantovani, *Diritto penale parte generale*², Padova 1986, 808; per un recente contributo sui rapporti tra pena e principi costituzionali cfr. E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, in *RIDPP* 2019, 9-11.

¹⁹ C. F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Diritto penale parte generale*³, Milano 2020, 645-646.

²⁰ Ivi.

²¹ M. Donini, *Pena agita e pena subita, il modello del delitto riparato*, in www.questionegiustizia.it, 29.10.2020, per una riflessione sul rapporto tra proporzione e teoria del delitto riparato.

l'art. 3 Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali che di volta in volta si ritengono violate dalla sanzione²².

Sebbene immanente, ma non espresso nella Costituzione, il principio di proporzionalità è infine riconducibile all'art. 49 della Carta di Nizza. Non solo, ma anche l'art. 20 dir. 2014/67/UE lo prevede e, al riguardo, bisogna segnalare che recentemente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avuto modo di tornare sulle norme in questione: si fa riferimento alla sentenza C.G.UE Grande Sezione 8.3.2022 C-205/20 *NE*. In questo provvedimento, di poco precedente rispetto alla sentenza in commento, la Corte di giustizia ha stabilito che il principio di proporzionalità ha efficacia diretta negli ordinamenti interni.

Trattasi di un intervento estremamente significativo per due motivi: interessa il caso di una sanzione sproporzionata astrattamente prevista dal legislatore austriaco²³, e consiste in un vero e proprio *overruling* operato dalla stessa Grande Sezione. Infatti in un caso di poco precedente²⁴, la Quinta Sezione della Corte di Giustizia aveva ribadito che il principio di proporzionalità non possa avere efficacia diretta. Ciò in quanto l'art. 20 della direttiva conferirebbe un potere discrezionale ai singoli Stati, tale per cui la norma non potrebbe considerarsi incondizionata e sufficientemente precisa²⁵.

Nel richiamato caso *NE*, trattato dalla Grande Sezione, i giudici addivengono ad una conclusione diametralmente opposta. Com'è stato autorevolmente sintetizzato²⁶, la Corte ha stabilito che la proporzionalità come prevista dall'art. 20 dir. 2014/67/UE si limita a richiamare l'art. 49, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e che il principio ha carattere imperativo in materia penale. Esso si traduce nel divieto, per gli Stati, di adottare sanzioni sproporzionate. La norma è poi di certo sufficientemente precisa, al punto di non ostacolare un controllo da parte del giudice del caso concreto. Queste caratteristiche permettono di riconoscere l'efficacia diretta del principio di proporzionalità, con tutto ciò che ne consegue: in primo luogo la possibilità, per i giudici, di disapplicare una normativa interna in contrasto con l'art. 20 della direttiva e con l'art. 49 della Carta, purchè rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. L'obbligo di disapplicazione, tra l'altro, non riguarda l'intero precetto, ma solo la sanzione nella misura minima necessaria per ricondurla a proporzione.

²² Sulla proporzionalità in rapporto alle sanzioni amministrative cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 86-87; L. Tomasi, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in www.sistemapenale.it, 4.10.2021; C. GABBIANI, *Legalità ed efficacia deterrente delle sanzioni amministrative. Riflessioni a partire da Corte costituzionale n. 5 del 2021*, in *SP* 2021, 10, 105-135.

²³ Cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in www.sistemapenale.it, 26.4.2022.

²⁴ C.G.UE 4.10.2018 C-384/17 *Link Logistic*.

²⁵ F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, cit.

²⁶ *Ivi*.

Tutto ciò richiamato, la dottrina arriva a chiedersi se «a conti fatti, l'ordinamento italiano non sia già in grado di offrire una risposta rispettosa di tutti i principi in gioco, attraverso il consolidato meccanismo di controllo accentrato della proporzionalità delle sanzioni punitive da parte della Corte costituzionale»²⁷. Controllo che, come si vedrà, sino alla nota C. cost. 10.11.2016 n. 236 è stato operato solo all'interno degli stretti confini della teoria del *tertium comparationis*, in combinato disposto con quella delle rime obbligate.

5. Come si menzionava, da alcuni anni la Corte ha iniziato a superare la teoria del *tertium comparationis*, che, ai fini del sindacato sulla proporzionalità delle pene, imponeva di ravvisare una disparità di trattamento operando un raffronto tra fattispecie contigue. Con riferimento all'*iter* di superamento della teoria *de qua*, si pensi anzitutto al caso dell'art. 186 del codice penale militare di pace, su cui la Corte si era pronunciata con sentenza C. Cost. 25.5.1979 n. 26²⁸. In quella sede, la norma puniva, con l'ergastolo, l'insubordinazione nei confronti di un superiore, commessa indifferentemente con il tentato omicidio ovvero con l'omicidio consumato. Allora la Corte aveva sindacato l'irragionevolezza intrinseca della pena prevista dal reato: è manifestamente irragionevole una pena che tratti allo stesso modo situazioni così tanto diverse. In quella sede, dunque, non veniva ricercato un termine di paragone in altre fattispecie, onde comparare il disvalore dell'art. 186 Cmp; si è piuttosto ritenuto che l'insubordinazione tramite tentato omicidio non potesse ragionevolmente punirsi con la pena dell'ergastolo.

Più recentemente, inoltre, la sentenza C. cost. 10.11.2016 n. 236²⁹ ha segnato un ancor più netto cambio di prospettiva, con riferimento al *tertium comparationis*³⁰. La pronuncia interessava il delitto di alterazione di stato, di cui all'art. 567 co. 2 Cp, laddove punisce chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità. La pena detentiva compresa tra i cinque e i quindici anni venne ritenuta manifestamente irragionevole e sproporzionata. Qui interessa osservare quanto la Corte sia stata lucida nell'effettuare una valutazione del disvalore, in rapporto alla sanzione, completamente interna all'art. 567 co. 2 Cp, senza paragoni rispetto ad altre fattispecie. In particolare la Corte evidenziava come sia per il primo che per il secondo comma «è un medesimo bene ad essere leso, sia pur in forme diverse. Ma le differenti modalità esecutive non esprimono, in sé stesse, connotazioni di disvalore tali da legittimare una divergenza di trattamento sanzionatorio. Ed anzi, tale divergenza, che si traduce in una cornice edittale marcatamente più severa nel caso del secondo comma, appare manifestamente irragionevole». Tanto premesso, il termine di comparazione emergeva quanto alla sola individuazione della sanzione da sostituire. Posta la medesima intensità di lesione del bene giuridico, per il primo e per il secondo comma, la modalità della condotta applicata

²⁷ Ivi.

²⁸ Cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 55-56.

²⁹ Cfr. Ivi, 69-70.

³⁰ Per un approfondimento della sentenza in questione cfr. F. Viganò, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPC* 2017, 2, 61-66.

nel secondo non aggrava il disvalore, e pertanto ben potrà applicarsi la sanzione prevista dal primo.

Da ultimo, anche la sentenza C. cost. 8.3.2019 n. 40³¹ pare inserirsi nel solco delle pronunce che tendono ad un superamento, o quantomeno a discostarsi, della logica del *tertium comparationis* e ricercano, piuttosto, un'irragionevolezza della pena individuata nella fattispecie oggetto dello scrutinio del giudice delle leggi. In quell'occasione, la Corte si è pronunciata sull'incostituzionalità del minimo edittale previsto per il delitto di cui all'art. 73 co. 1, D.P.R. 9.10.1990 n. 309, computato in otto anni di reclusione. È vero che, in qualche modo, la pronuncia sembri richiamare la logica del termine di paragone, laddove viene evidenziato il notevole iato intercorrente con la pena massima per il traffico di lieve entità di cui all'art. 73 co. 5, individuata in 4 anni di reclusione, ma autorevole dottrina³² ha posto l'accento sul ragionamento, operato dalla Corte, del tutto interno alla fattispecie di cui al primo comma.

Attraverso una lettura combinata degli artt. 3 e 27 co. 3, Cost., il giudice delle leggi evidenzia come le norme in questione impongano al legislatore di limitare la privazione della libertà personale nella misura minima necessaria, e comunque tenendo sempre in considerazione il processo di recupero e di risocializzazione. Posto tale obiettivo, una pena manifestamente sproporzionata, che individua come minimo otto anni di reclusione per anche solo una condotta di traffico di stupefacenti, sia pure appartenenti alle c.d. "droghe pesanti", influenzerebbe assai in negativo il percorso rieducativo.

Le sentenze in analisi pongono l'accento non tanto sulla incostituzionalità della norma per motivi legati alla disparità di trattamento, quanto piuttosto sull'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio in rapporto al disvalore del fatto. D'altronde, la disparità di trattamento assume un maggior rilievo in quelle pronunce del giudice delle leggi in cui si è dato maggior spazio alla logica del *tertium comparationis*: si pensi a casi di incostituzionalità di una pena più severa di quella prevista per un reato meno grave, come nel caso della pronuncia della C. cost. 14.7.1976 n. 176³³. In quell'occasione venne sindacato l'art. 32 del testo unico delle norme per la protezione della selvaggina e per l'esercizio della caccia, approvato con regio decreto 5.6.1939 n. 1016, modificato dall'articolo 10 l. 2.8.1967 n. 799, che per il relativo delitto puniva, con la multa e con la revoca temporanea della licenza di caccia, chi trasportasse senza motivo un fucile in zona di ripopolamento. Il motivo risiedeva nel fatto che, invece, l'effettivo esercizio abusivo della caccia allora veniva sanzionato come illecito amministrativo. Detto termine di paragone rendeva irragionevole la risposta sanzionatoria dell'art. 32, per via di una ingiustificata disparità di trattamento.

³¹ M. Passione, *La fine è ignota. Un commento alla sentenza n. 40/2019 della Corte costituzionale*, in *GPW*, 3, 13.3.2019, Alla luce della sentenza *de qua*, l'Autore commenta: «Breve: si rivendica l'opzione ermeneutica capace di dare piena attuazione alla Costituzione, sganciata dall'individuazione di precisi, ed unici, riferimenti testuali, ma si riconosce la primazia del legislatore nell'esercizio delle scelte politiche, purché ragionevoli e misurate. Parrebbe la quadratura del cerchio, ma è difficile immaginare un'interlocuzione virtuosa, rebus sic stantibus, con un legislatore interessato alla ricerca di facili consensi, più che al rispetto dei principi costituzionali e convenzionali»

³² Cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 70-72.

³³ Ivi, 55.

Ora, nella sentenza in commento, da una parte la Corte pare non voler rinunciare, stante il percorso sopra descritto, ad una ricerca del reale disvalore unicamente all'interno dell'art. 726 Cp³⁴, ma dall'altra il paragone col disvalore espresso dagli atti osceni permea l'intera pronuncia. La Consulta, infatti, evidenzia che: «l'eccessività del minimo di 5.000 euro si coglie agevolmente anche nel confronto con lo specifico trattamento sanzionatorio oggi previsto per gli atti osceni: illecito, quest'ultimo, che – a dispetto della distinta collocazione sistematica nel codice penale – è sempre stato considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in rapporto di gravità maggiore rispetto a quello, fenomenologicamente contiguo, di atti contrari alla pubblica decenza; tanto che il principale problema esegetico relativo all'illecito in esame è rappresentato proprio dalla definizione della linea di demarcazione rispetto agli atti osceni, in relazione a tipologie di condotte spesso caratterizzate dal comune denominatore dell'esposizione di parti intime del corpo (supra, punto 3.1.)»³⁵.

Dato il percorso volto al superamento della teoria del *tertium comparationis*, questi riferimenti devono intendersi come rafforzativi della già di per sé manifesta irragionevolezza della cornice edittale prevista per gli atti contrari alla pubblica decenza. Si vuole dire che un paragone con gli atti osceni, probabilmente, non era necessario. Se la Corte si fosse limitata a ravvisare la sproporzione della cornice edittale in relazione, unicamente, al disvalore espresso dell'art. 726 Cp, difficilmente un simile provvedimento avrebbe destato sorprese. Le richiamate sentenze in materia di superamento del *tertium comparationis*, in combinato disposto con l'irragionevole cornice edittale immediatamente percepibile come tale anche dal *quavis de populo*, rendeva scontata una simile conclusione.

D'altra parte, il riferimento agli atti osceni e agli illeciti stradali potrebbe suggerire che la Corte costituzionale non si senta vincolata da teoria alcuna, se non da quella che le impone di non sfociare, una volta per tutte, sul terreno del Parlamento. Il *tertium comparationis* e la teoria delle rime obbligate, come meglio si dirà nel prossimo paragrafo, hanno per tanto tempo rappresentato i due massimi livelli di garanzia posti dalla stessa Corte per tutelare la discrezionalità del legislatore. In primo luogo, il sindacato sulla proporzionalità della pena poteva operarsi solo ove ricorresse una sanzione che trattasse casi simili in modo irragionevolmente diverso (primo livello di garanzia); superato questo vaglio, una pronuncia di incostituzionalità poteva aversi solo ove la Corte fosse vincolata ad un'unica scelta ai fini della pena sostitutiva (secondo livello di garanzia).

Questo meccanismo, alla luce della giurisprudenza descritta, può essere allentato senza però ritenersi abolito. Allora ciò che suggerisce la sentenza in commento non è che la teoria del *tertium comparationis* debba ritenersi bandita dall'ordinamento. Come potrebbe “abolirsi” una teoria che si pone come primo baluardo della discrezionalità legislativa? La Corte, piuttosto, potrebbe atteggiarsi diversamente in base al caso concreto. Potrebbero ricorrere situazioni in cui un richiamo ad un termine di paragone risulti opportuno, così come altre in cui potrebbe essere superfluo o comunque inutile.

³⁴Cfr. punti 4.2 e 4.3.

³⁵Punto 4.3.2.

Nel caso di specie è lo stesso rimettente che ha proposto la comparazione tra gli atti contrari alla pubblica decenza e gli atti osceni: ai fini di una compiuta risposta al giudice del caso concreto, la Corte potrebbe aver ritenuto utile ragionare tenendo in considerazione entrambe le fattispecie.

6. Il tema del sindacato delle pene da parte della Corte costituzionale porta sempre a trattare quella che, forse, è la questione più delicata: l'individuazione della pena sostitutiva di quella dichiarata incompatibile con la carta fondamentale.

L'impostazione tradizionale prende le mosse dalla teoria delle rime obbligate: la Corte costituzionale potrebbe operare un sindacato di costituzionalità, e conseguentemente sostituire la pena oggetto del giudizio con un'altra, solo ove la possibilità di pena alternativa sia vincolata. Diversamente si verificherebbe una ingiustificata intromissione, da parte del giudice delle leggi, nella discrezionalità legislativa. Se è il solo legislatore a poter decidere quali fatti considerare reati, allora solo esso potrà individuare la pena adeguata. E se la pena individuata si rivela manifestamente irragionevole, la Corte potrebbe intervenire solo ove lo stesso Parlamento, trovandosi ipoteticamente a dover rivalutare la sanzione, potesse determinarsi verso un'unica soluzione vincolata.

La teoria in esame ha radici risalenti: la dottrina³⁶ le individua già nelle sentenze della Corte costituzionale n. 3/1956 e 8/1956. Com'è noto, la prima questione interrogava la Corte se, ai fini dell'applicazione dell'art. 57 Cp, in capo al direttore di una testata giornalistica, si dovesse ravvisare una responsabilità quantomeno colposa per omessa vigilanza; mentre la seconda riguardava il fatto se l'art. 2 TULPS permettesse al Prefetto di adottare ordinanze che vietassero strillonaggio e vendita di giornali a domicilio. In entrambi i casi, come ricorda la citata dottrina³⁷, la Corte non dichiarò l'incostituzionalità delle norme, ma suggerì interpretazioni conformi alla ancora neonata Carta fondamentale. *L'horror vacui*, la paura di lasciare lacune in un ordinamento nuovo, con un legislatore lento, tratteneva il giudice delle leggi dal pronunciare l'incostituzionalità delle norme.

Al contempo era iniziato il percorso che avrebbe portato la Corte a superare le strette maglie dell'art. 136 Cost., che la vincola a sentenze di accoglimento o rigetto, e a ideare le categorie delle sentenze interpretative di rigetto e accoglimento, nonché le manipolative ablativo, additive e sostitutive³⁸. La critica fondamentale a questa impostazione ravvisava un eccessivo esercizio di creatività da parte della Corte costituzionale: molto meglio sarebbe stato, anche nella materia penale, che il giudice delle leggi decidesse di dichiarare una norma incostituzionale, piuttosto che "crearne" una nuova. L'Autrice, al riguardo, commenta: «[...] tuttavia è chiaro il costo che questo approccio comporta: il legislatore potrebbe non intervenire tempestivamente;

³⁶ D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate*, in *SP* 2021, 2, 11.

³⁷ *Ivi*.

³⁸ *Ivi*, 12.

comunque, si getterebbe un alone di incertezza su tutte le condotte aggressive tenute medio tempore, e anche su quelle anteriori [...]»³⁹.

Sul solco di questa impostazione, la teoria delle rime obbligate venne da sempre vista come un'eccezione da applicare solo come *extrema ratio*. La stessa Corte, d'altronde, in diverse occasioni ravvisò l'incostituzionalità di una norma, senza però intervenire sulla stessa. Si pensi alla sentenza C. cost. 17.6.1987 n. 230: si trattava della questione di costituzionalità di una molteplicità di norme che non garantivano l'indipendenza dei magistrati della Corte dei conti⁴⁰ e, in quanto tali, vennero ritenute in contrasto col dettato della Carta fondamentale. Sul punto, tuttavia, la Consulta si espresse in questi termini: posta «[...] la pluralità delle soluzioni prospettate dai giudizi a quibus, il magistero inteso a ricondurre la Corte dei Conti nell'area della Costituzione compete non alla Corte costituzionale, che è giudice delle norme sott'ordinate e non produttore di queste, ma al Parlamento che non ha mancato di dar vita a leggi per le giurisdizioni ordinaria e amministrativa, e vi si dedica anche per la Corte dei Conti da non poco tempo seppure senza attingere concrete mete. A ciascuno il suo»⁴¹.

È poi possibile richiamare un altro importante, successivo intervento: con sentenza C. cost. 4.7.1996 n. 235⁴², la Corte non ravvisò i margini per applicare le rime obbligate con riferimento alla questione di costituzionalità relativa agli artt. 30 *bis*, co. 3 e 30 *ter*, co. 6 dell'ordinamento penitenziario, ove concedono sole 24 ore per reclamare il provvedimento del magistrato di sorveglianza che negasse il permesso premio al detenuto. Sebbene il termine esiguo suscitasse dubbi di ragionevolezza, la Corte evidenziò come ricorressero troppi, diversificati termini di paragone perché potesse adattarne uno all'istituto in esame⁴³. Era tuttavia evidente come sentenze di questa entità, che di fatto privavano i consociati della tutela di diritti fondamentali onde evitare invasioni di campo da parte della Corte nella materia normativa, non potessero ripetersi per molto.

Emblematica, in questo senso, fu la sentenza Torreggiani⁴⁴. È noto come la questione abbia interessato il tema dell'esecuzione della pena in carcere e del

³⁹ Ivi, 21.

⁴⁰ artt. 14 co. 2 e 4, art. 15 co. 2 e 3 l. 20.12.1961 n. 1345 (Istituzione e funzionamento di una quarta e di una quinta Sezione speciale per i giudizi su ricorsi in materia di pensioni di guerra ed altre disposizioni relative della Corte dei Conti) in riferimento agli artt. 3 e 108, co. 2, Cost.; art. 8 co. 3 r.d. 12.7.1934 n. 1214 (Approvazione del t.u. delle leggi sulla Corte dei Conti) in riferimento agli artt. 100 co. 3, 108 co. 2, 97 co. 1 e 2, 24 co. 2 e 3, Cost.; art. 2 co. 2 l. 21.3.1953, n. 161 (Modificazioni al testo unico delle leggi sulla Corte dei Conti) in riferimento agli artt. 3 co. 1, 97 e 108 co. 1 e 2, Cost.

⁴¹ La sentenza è richiamata anche da 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 OC 2020, 6, 255.

⁴² Ivi, 247-250.

⁴³ Cfr., punto 6, non poteva utilizzarsi il termine di dieci giorni ex art. 14 *ter* per il reclamo contro il provvedimento che dispone o proroga la sorveglianza particolare, e tantomeno quello per i «reclami avverso il decreto che esclude dal computo della pena detentiva il tempo trascorso dal detenuto o dall'internato in permesso o in licenza in caso di mancato rientro o di gravi comportamenti da cui risulta che il soggetto non si è dimostrato meritevole del beneficio», cfr. punto 6. Nemmeno potevano aiutare i termini di impugnazione previsti nel Codice di procedura penale: le tre ipotesi richiamate, infatti, in alcun modo svolgevano funzioni accomunabili con i provvedimenti di concessione o di diniego dei permessi premio.

⁴⁴ C. eur., 8.1.2013, Torreggiani e alt. c. Italia; C. cost. 22.11.2013 n. 279; Cfr. D. TEGA, op. cit., 22, l'Autrice

sovraffollamento, e come abbia portato anche ad una condanna dell'Italia da parte della CEDU. A seguito di questa, la Corte venne interrogata sulla compatibilità, con la Costituzione, dell'art. 147 Cp, nella parte in cui non permette di rinviare facoltativamente l'esecuzione della pena, quando questa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità. Ebbene, ancora con questa sentenza, la n. 279/2013⁴⁵, il giudice delle leggi evidenziò la massima importanza della questione, ma altresì l'inammissibilità per la pluralità di soluzioni normative che potevano essere adottate, «pluralità che fa escludere l'asserito carattere "a rime obbligate" dell'intervento additivo sull'art. 147 cod. pen.»⁴⁶. È nota la conclusione della motivazione del provvedimento *de quo*, con cui la Corte sottolineò come sarebbe stato intollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia del Parlamento sul tema del sovraffollamento carcerario.

Orbene, la teoria delle rime obbligate cominciò a vacillare in modo significativo con la già citata sentenza C. cost. 10.11.2016 n. 236. In quella sede, come si è visto, a cadere fu il dogma del *tertium comparationis*, utile solo ai fini della definizione della pena sostitutiva⁴⁷, in quanto la Corte, individuata la sostanziale identità di disvalore dell'art. 567, co. 1 e 2 Cp, operò un ragionamento completamente interno alla norma. Ciò posto, in quell'occasione le rime obbligate trovarono ancora uno spiraglio di applicazione, in quanto la Corte ritenne che: «alla luce dei limiti dei poteri d'intervento di questa Corte, l'unica soluzione praticabile consiste nel parificare il trattamento sanzionatorio delle due fattispecie nelle quali si articola l'unitario art. 567 cod. pen., trattandosi, appunto, di utilizzare coerentemente "grandezze già rinvenibili nell'ordinamento"»⁴⁸. Eppure già nel 2016 era possibile notare che, venuto meno il *tertium comparationis*, presupposto applicativo delle rime obbligate, non sarebbe passato molto tempo prima che la Corte decidesse di mettere in discussione anche questa teoria.

Teoria che cadde con la sentenza della C. cost. 5.12.2018 n. 222⁴⁹. In quell'occasione, si trattava di sindacare la legittimità dell'art. 216, co. 4, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, in materia di reati fallimentari. In particolare, venne ritenuta incostituzionale la pena accessoria fissa di dieci anni⁵⁰, consistente nell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e nell'incapacitazione all'esercizio di uffici direttivi presso qualsiasi impresa. È noto come le pene fisse non siano guardate con favore dal giudice

ricostruisce la storia della teoria delle rime obbligate fino alla famosa sentenza Torreggiani, e rievoca un intervento di Gaetano Silvestri a seguito di quella pronuncia: «Silvestri ricorda la "sofferta" pronuncia costituzionale sul sovraffollamento – un "estremo atto di deferenza verso il legislatore" – e il monito in essa contenuto. E conclude con le seguenti parole: "[q]uando la judicial deference finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*».

⁴⁵ Cfr. G. Leo, *Sovraffollamento carcerario: dalla corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/>, 25.11.2013.

⁴⁶ Cfr. punto 8.

⁴⁷ F. Viganò, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 64.

⁴⁸ Punto 5.

⁴⁹ Cfr. A. Galluccio, *La pronuncia della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/>, 10.12.2018.

⁵⁰ Cfr. E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, cit., 11.

delle leggi: si giustificano solo ove colpiscano fatti che traducono sempre e comunque il medesimo disvalore⁵¹.

Allora la Corte aveva diverse strade interpretative per sostituire la pena accessoria: la prima era quella di lasciare, semplicemente, che si riespandesse la disciplina dell'art. 37 Cp⁵². Optò, tuttavia, per una riqualificazione della pena "fino" a dieci anni. In questo modo si tenne conto del fatto che gli artt. 217 e 218 della legge fallimentare prevedono pene accessorie simili punite "fino a", rispettivamente, due e tre anni. Ciò che rileva, in questo provvedimento, è la lucidità con cui la Corte superò la teoria delle rime obbligate⁵³, pur rimanendo fedele alla ricerca di una risposta sanzionatoria che non dimenticasse l'orientamento del legislatore nell'ambito, in questo caso, delle pene accessorie per reati fallimentari.

Deve ancora ricordarsi la già citata C. cost. 8.3.2019 n. 40⁵⁴. In quel provvedimento si scorge il senso fondamentale del superamento delle rime obbligate: a fronte dell'inerzia legislativa, la Corte non tollerò più di lasciar violati diritti fondamentali, per non rischiare di invadere il campo dell'attività normativa. Come si è ricordato, si trattava di censurare la legittimità costituzionale della pena minima di otto anni di reclusione ex 73, co. 1, D.P.R. n. 309/1990, laddove la pena massima prevista per lo spaccio di lieve entità ex 73, co. 5 è computata in quattro anni. Lo iato era il frutto del sovrapporsi di normative e sentenze dello stesso giudice delle leggi⁵⁵, senza che il legislatore fosse intervenuto per riportare a ragionevolezza la pena minima per il fatto di non lieve entità. Questa inerzia non venne più tollerata dalla Corte, che accettò di modificare la pena minima della fattispecie in sei anni di reclusione. Non si trattò di attività creativa, ma di una ricostruzione della volontà legislativa ricavabile da previsioni già ricorrenti nell'ordinamento⁵⁶.

Il bilanciamento tra l'esigenza di tutelare i diritti e quella di rispettare la discrezionalità legislativa ha, peraltro, trovato una delle sue massime espressioni nella

⁵¹ D. Pulitanò, op. cit., 134-135; F. Palazzo, op. cit., 537.

⁵² In questo modo, la pena accessoria si sarebbe dovuta computare nella stessa quantità della sanzione principale concretamente comminata. Poiché quest'ultima è già frutto di personalizzazione, da parte del giudice, ai sensi dell'art. 133 Cp, allora anche la pena accessoria sarebbe stata oggetto di un processo di individualizzazione, sebbene mediato. Questa soluzione, sebbene sicuramente compatibile con la Costituzione, non venne valorizzata, in quanto comunque avrebbe sostituito un automatismo, quella della pena fissa, con un altro automatismo: il necessario ancoraggio della pena accessoria con quella principale. Non poteva trascurarsi che il legislatore storico avesse individuato la pena accessoria in un ammontare che poteva anche superare quello della pena principale: in ossequio alla funzione speciale preventiva negativa, la Corte riteneva costituzionalmente legittima una simile impostazione. Pertanto dichiarò incostituzionale la pena accessoria fissa di dieci anni e la sostituì con la pena "fino" a dieci anni.

⁵³ Cfr. Punto 8.1.

⁵⁴ Sul ruolo delle sentenze C. cost. 5.12.2018 n. 222 e C. cost. 8.3.2019 n. 40 nella storia della teoria delle rime obbligate, cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 286-290; Cfr. C. Bray, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/>, 18.3.2019.

⁵⁵ Si tratta dell'originaria formulazione dell'art. 73, D.P.R. n. 309/1990, del d.l. 30.12.2005 n. 272, il cui art. 4 bis venne poi dichiarato incostituzionale con sentenza C. cost. 25.2.2014 n. 32, del d.l. 23.12.2013 n. 146, nonché del d.l. 20.3.2014 n. 36.

⁵⁶ Punto. 5.3.

sentenza della C. cost. 23.9.2021 n. 185⁵⁷. In quella sede venne censurato l'art. 7 co. 6 d.l. 13.9.2012 n. 158 nella parte in cui, al secondo periodo, punisce con una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 50.000 euro l'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 5, che impongono adempimenti onde avvertire chi pratici giochi con vincita dei rischi inerenti detta attività. In quel caso, la Corte ravvisò la manifesta sproporzionalità della pena prevista, ma al contempo non individuò, in quanto mancanti, riferimenti normativi limitrofi onde operare la sostituzione. Al riguardo la Consulta considerò che: «ciò non rappresenta tuttavia ostacolo alla declaratoria di illegittimità costituzionale, la quale dovrà assumere un contenuto meramente ablativo. Spetterà al legislatore determinare, nel rispetto dei principi costituzionali, una diversa sanzione per i comportamenti considerati, stabilendone i relativi limiti minimo e massimo»⁵⁸. In questa decisione, da una parte la Corte intese eliminare dall'ordinamento una sanzione così severa per una condotta dal disvalore limitato; dall'altra, tuttavia, non "inventò" risposte sanzionatorie sostitutive, in ossequio alla discrezionalità del legislatore⁵⁹.

7. Nella sentenza in commento, la Corte prende le mosse proprio dalla giurisprudenza richiamata che supera la teoria delle rime obbligate che, seppure recente, risulta comunque decisamente abbondante⁶⁰. Sulla base di questa nuova impostazione, il giudice delle leggi rammenta proprio il fatto di essere libero nell'individuare una pena costituzionalmente legittima e ciò proprio in ossequio a quella necessità di tutelare i diritti fondamentali dei consociati, soprattutto quando il legislatore si appalesi troppo lento o manifestamente irragionevole nell'intervenire. Eppure, nonostante questa rivendicazione di fondo, l'intervento della Corte, in mancanza di un'unica opzione possibile, deve ricercare soluzioni «che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore»⁶¹. Impostazione, questa, che dunque non dimentica il ruolo centrale del Parlamento. Se il giudice delle leggi dovrà sostituire una sanzione, potrà farlo solo ricostruendo la volontà del legislatore.

Ora, nel perseguire questo proposito, la Corte non fa mistero di condividere l'opzione suggerita dal ricorrente, cioè quella di sostituire la sanzione prevista per gli atti contrari alla pubblica decenza, con quella individuata per gli atti osceni colposi. La soluzione sottintende un giudizio di eguale disvalore delle due fattispecie, anzitutto se commesse con colpa. In particolare rileva la seguente considerazione: «la visione involontaria di atti sessuali compiuti da altri senza alcuna intenzione aggressiva o comunque maliziosa nei confronti di terzi potrà, al più, ingenerare nello spettatore un senso di fastidio e di

⁵⁷ L. Tomasi, op. cit.

⁵⁸ Cfr. Punto 7.

⁵⁹ Scettico sul netto superamento della teoria delle rime obbligate e favorevole a soluzioni che ne conservino la ratio di fondo R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via. A proposito della questione di legittimità costituzionale sollevata in rapporto all'art. 73, co. 1 d.P.R. n. 309/1990 (minimo edittale)*, in *DPC* 2019, 2, 151-152.

⁶⁰ Cort. cost. 1.2.2022 n. 28, C. cost. 13.4.2021 n. 63, C. cost. 26.11.2020 n. 252, C. cost. 27.10.2020 n. 224, C. cost. 19.4.2019 n. 99, C. cost. 8.3.2019 n. 40, C. cost. 17.12.2018 n. 233, C. cost. 5.12.2018 n. 222.

⁶¹ Punto 5 della sentenza in commento.

molestia sostanzialmente analogo a quello provocato dalla generalità degli atti inurbani e scostumati riconducibili, appunto, alla fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza»⁶².

Questa conclusione, tuttavia, porta ad equiparare sotto il profilo sanzionatorio anche gli atti contrari alla pubblica decenza dolosi, con gli atti osceni di natura colposa. Infatti gli atti contrari alla pubblica decenza prevedono la medesima cornice sia per i casi di dolo che per quelli di colpa: la sostituzione della sanzione con quella degli atti osceni colposi opera per entrambe le ipotesi. Alla luce di ciò, la Corte anticipa l'obiezione, infondata, secondo cui sarebbe poco sensato equiparare atti osceni colposi e atti contrari alla pubblica decenza dolosi. Infatti, gli atti contrari alla pubblica decenza sono illeciti amministrativi e pertanto, così come per le contravvenzioni, tutto sommato poco importa l'elemento soggettivo, utile solo per la quantificazione della sanzione. Il disvalore è fondamentalmente espresso dalla condotta, tenendo conto della sua oggettiva offensività. Ciò posto, la Corte evidenzia l'oggettiva coincidenza dell'offensività degli atti contrari alla pubblica decenza, dolosi o colposi, con gli atti osceni meramente colposi. Tanto basta per applicare la sanzione prevista per questi ultimi alla fattispecie amministrativa di cui all'art. 726 Cp.

La soluzione appare, in effetti, in linea anche con il recente arresto della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea sopra richiamato. Come si è detto, il principio di proporzionalità richiamato dall'art. 49 della Carta di Nizza, nonché dall'art. 20 dir. 2014/67/UE, ha efficacia diretta negli ordinamenti degli Stati membri. Il che permette, al giudice del caso concreto, di disapplicare una sanzione sproporzionata, come anche, naturalmente, di sollevare questione di pregiudizialità.

La disapplicazione, tuttavia, attiene solo alla misura minima necessaria per riportare la norma a proporzione. Nel caso in esame, il giudice di merito non ha ritenuto di procedere in questo senso (d'altronde, al momento del giudizio, la Grande Sezione non si era ancora espressa sull'efficacia diretta del principio), così come non ha sollevato questione pregiudiziale. Piuttosto, ha deciso di passare attraverso il controllo di costituzionalità accentrato richiesto dalla Corte costituzionale con sentenza C. cost. 14.12.2017 n. 269, suggerendo al giudice delle leggi come riportare a proporzione la sanzione. L'accoglimento della richiesta, da parte della Corte, ha quindi portato ad una decisione valida *erga omnes*, assai più rispettosa dei diritti dei consociati della semplice disapplicazione nel caso concreto.

8. Nella sentenza in commento, la Corte costituzionale colpisce con la scure del giudizio di manifesta irragionevolezza la sanzione compresa tra 5.000 e 10.000 euro, per gli atti contrari alla pubblica decenza. Irragionevolezza che emergeva *ictu oculi*, al punto che lo stesso buon senso comune, a prescindere dalle valutazioni giuridiche, suggeriva di per sé quanto la sanzione fosse sproporzionata. Alla luce di ciò, la Corte ravvisa questo vizio della risposta sanzionatoria senza cercare altri riferimenti normativi, pur rafforzando l'argomentazione con un rimando agli atti osceni e agli illeciti stradali.

⁶²Ivi.

La sentenza si inserisce, dunque, nel solco tracciato dalla recente giurisprudenza costituzionale che, sostanzialmente, rigetta i vincoli imposti dal *tertium comparationis* e dalla teoria delle rime obbligate. Teorie che se, da una parte, non possono che ritenersi rispettose della discrezionalità del legislatore, dall'altra troppe volte hanno impedito al giudice delle leggi di intervenire per rimediare ad insanabili violazioni di diritti fondamentali.

Interessa rilevare, in ogni caso, come il provvedimento paia suggerire che il giudice delle leggi possa scegliere, di volta in volta, se sia necessario o meno richiamare un termine di paragone ai fini della motivazione del provvedimento che dichiara incostituzionale una sanzione. Se fino alla C. cost. 10.11.2016 n. 236 il sindacato di costituzionalità della pena doveva passare per forza attraverso le "forche caudine" del *tertium comparationis*, oggi non è più così: sanzioni manifestamente sproporzionate ben possono essere sindacate attraverso una valutazione autonoma del disvalore descritto dalla fattispecie. Allo stesso tempo, la teoria in questione pare potersi ritagliare un nuovo spazio, quale argomento *ad abundantiam* al fine di rendere più solide talune motivazioni delle sentenze costituzionali. L'unico limite imprescindibile che la Corte si pone pare allora essere che la sanzione sostitutiva debba sempre ricercarsi attraverso l'interpretazione sistematica del contesto normativo in cui si inserisce la relativa fattispecie.

Infine, la sentenza in commento può far concludere che il controllo di costituzionalità accentrato, in combinato disposto con il superamento del necessario uso della teoria del *tertium comparationis* nonché della teoria delle rime obbligate, sia rispettosa di quanto stabilito dalla sentenza C.G.U.E Grande Sezione 8.3.2022 C-205/20 NE. Com'è stato autorevolmente suggerito⁶³ è possibile ritenere, infatti, che nel nostro ordinamento già da tempo operi un sistema che permetta il ridimensionamento di una pena astratta manifestamente sproporzionata per eccesso, pur sussistendo altresì un meccanismo di tutela della discrezionalità legislativa

⁶³ F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, cit.