

La Corte Costituzionale si pronuncia su sanzioni amministrative e principio di retroattività della *lex mitior*

di *Daniela Di Girolamo*

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA NUMERO 193 DEL 2016

PRESIDENTE GROSSI, REDATTORE AMATO

Sommario 1. Premessa – 2. Il fatto. – 3. Il principio della retroattività della *lex mitior* nella giurisprudenza costituzionale. – 4. Gli argomenti del giudice *a quo*. – 5. La soluzione della Corte. – 6. Note critiche alle conclusioni della Consulta. – 7. Alcune riflessioni conclusive.

1. Premessa

Con la sentenza numero 193 del 2016 la Corte Costituzionale torna ad escludere che l'applicazione retroattiva della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative sia costituzionalmente necessitata.

La novità rispetto al passato sta nel fatto che lo scrutinio di costituzionalità viene condotto anche con riferimento all'articolo 117 della Costituzione, assumendo gli articoli 6 e 7 della CEDU come parametro interposto della questione.

Viene infatti dichiarata “non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1 della legge n. 689/81, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955 (...)”

La Corte precisa che “non si rinviene nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative”. La Convenzione, infatti, non obbliga alla applicazione del principio della retroattività della *lex mitior* in materia di illeciti amministrativi *tout court*, bensì solo ove la sanzione amministrativa considerata sia da ritenersi come sostanzialmente penale in base ai noti criteri Engel.

2. Il fatto.

La questione viene sollevata dal Tribunale di Como¹, che ritiene censurabile l'articolo 1 l. 689/81 (legge recante la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati) nella parte in cui non prevede l'applicazione retroattiva della legge successiva più favorevole all'autore dell'illecito amministrativo.

Il giudice rimettente è investito della decisione sull'opposizione avverso l'ordinanza - ingiunzione con cui la Direzione territoriale del lavoro aveva irrogato agli opposenti la cosiddetta maxi – sanzione per il lavoro nero ex art. 3, comma 3, decreto legge 12/2002.

Il Tribunale – valutata infondata l'opposizione - rileva come la disciplina successivamente introdotta dall'articolo 4 comma 1 lettera a) legge 183/2010 sia da considerarsi più mite rispetto a quella vigente all'epoca dei fatti, dato che introduce la riduzione e l'elisione totale delle sanzioni in determinati casi di ravvedimento operoso.

Tuttavia, essendo tale ultima disciplina sopravvenuta rispetto alla commissione dei fatti, il rimettente ritiene di non poterne dare applicazione, non essendo contemplata dall'articolo 1 della legge 689/81 la retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative.

La norma, infatti, si limita a sancire la vigenza – anche in materia di illeciti amministrativi - del principio di irretroattività della legge sfavorevole, disponendo che nessuno possa essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione. Essa, tuttavia, non contiene il precetto dell'applicazione retroattiva della legge successiva più favorevole all'autore della violazione amministrativa (cosiddetta *lex mitior*), così come dettato per le sanzioni penali dal comma 2 dell'articolo 2 del Codice Penale.

Il Tribunale solleva dunque la questione di illegittimità costituzionale dell'articolo 1 sotto due profili, rinvenendone un contrasto sia con l'articolo 3 che con l'articolo 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli articoli 6 e 7 della CEDU.

3. Il principio della retroattività della *lex mitior* nella giurisprudenza costituzionale.

Il principio di retroattività della norma penale più mite trova espressione nell'ordinamento nazionale nell'articolo 2, comma 2 e seguenti del Codice Penale ed è oggi pacifico che abbia fondamento nell'articolo 3 della Costituzione.

Il principio di uguaglianza, infatti, “impone in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi

¹L'ordinanza di rimessione ricalca nella sostanza i medesimi argomenti di una precedente ordinanza del Tribunale di Cremona, datata 11 settembre 2013. Tuttavia, la questione sollevata dal Tribunale di Cremona non è stata all'epoca affrontata nel merito dalla Corte Costituzionale. La Consulta ha infatti disposto la restituzione degli atti al Tribunale perché valutasse la perdurante rilevanza della questione alla luce di un mutamento del quadro normativo, nel frattempo intervenuto. Corte Costituzionale, ordinanza n. 247/2014.

siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice.”²

Il collegamento del principio della retroattività *in mitius* al principio di eguaglianza ne segna, peraltro, anche il limite: a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole - assolutamente inderogabile perché essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta – quello della *lex mitior* deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli³.

La Corte Costituzionale ha in passato più volte escluso, invece, che dall'articolo 3 della Costituzione derivi l'obbligatorietà dell'applicazione retroattiva *in mitius* anche in materia di sanzioni amministrative.

Rientra nella discrezionalità del legislatore – con il limite del rispetto della ragionevolezza – modulare le proprie scelte secondo criteri di maggiore o minore rigore a seconda delle materie oggetto di disciplina ed è ben possibile che una disciplina diversificata sia applicata alla stessa categoria di soggetti, in momenti diversi nel tempo. A ritenere il contrario “ogni legge sarebbe immodificabile oppure tutte le leggi dovrebbero sempre valere retroattivamente. Più specificamente, la sottoposizione di fatti commessi in tempi diversi a discipline differenziate é semplicemente la conseguenza, sul piano applicativo, del principio di stretta legalità che sorregge la materia delle sanzioni amministrative pecuniarie”⁴.

D'altra parte, nelle materie diverse da quella penale la Corte ha sempre evidenziato come “il fatto che alla stessa categoria di soggetti si applichi un trattamento differenziato per effetto del mutamento della disciplina non contrasta col principio di eguaglianza, poiché il trascorrere del tempo costituisce di per sé un elemento differenziatore”⁵.

Considerazioni dissimili valgono in materia penale, non per una presunta irrilevanza del fattore tempo come elemento differenziatore, bensì alla luce della peculiare funzione che viene attribuita dall'ordinamento costituzionale alla pena⁶.

I fatti commessi prima e dopo l'entrata in vigore della *lex mitior*, infatti, anche se uguali materialmente, non lo sono sul piano della rimproverabilità: compiere una determinata condotta quando essa è penalmente rilevante è cosa diversa dal farlo quando la stessa condotta è lecita o punita in modo più mite. Ecco che, dunque, anche in materia penale il trascorrere del tempo costituisce un elemento differenziatore che, in ipotesi, potrebbe condurre all'applicazione di un trattamento differenziato alla stessa categoria di soggetti per effetto del mutamento della disciplina incriminatrice,

²Corte Costituzionale, sentenza n. 394/2006

³Corte Costituzionale, sentenza n. 394/2006

⁴Corte Costituzionale, ordinanza n. 140/2002. Conformi: Corte Costituzionale, ordinanze nn. 245/2003 e 501/2002

⁵Corte Costituzionale, sentenza n. 18/94

⁶Sul tema, IRENE PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in www.forumcostituzionale.it

il tutto astrattamente in coerenza con il principio di uguaglianza.

Tuttavia, in base alla concezione oggettivistica del diritto penale, emergente dal complessivo tessuto costituzionale, e sposata dalla Corte, una simile conclusione sarebbe costituzionalmente illegittima.

La sanzione criminale rappresenta “non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge ... quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati.”⁷ Se la valutazione della coscienza sociale in ordine al disvalore del fatto muta e la legge lo sanziona più lievemente, tale mutamento non può non riverberarsi a vantaggio anche di coloro che lo hanno posto in essere in un momento anteriore.

Solo in questo senso, allora, posto in connessione alla concezione oggettivistica del diritto penale ed ai principi di materialità e offensività che ne derivano, il principio della retroattività della legge più favorevole in materia penale trova fondamento nell'articolo 3 della Costituzione.

4. Gli argomenti del giudice *a quo*.

Nonostante la costante giurisprudenza costituzionale escluda – come si è visto – l'obbligo di retroattività della *lex mitior* in materia di illeciti amministrativi, il Tribunale di Como ritiene doveroso rimeditare tali arresti, alla luce dei vincoli ordinamentali derivanti dall'adesione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

L'articolo 7 comma 1 della Convenzione, infatti, secondo la pacifica giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁸ sancisce non solo, esplicitamente, il principio di irretroattività sfavorevole delle leggi penali, ma anche, implicitamente, quello della retroattività favorevole della legge penale meno severa. Esso si traduce “nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato”⁹

Una legge irrispettosa del principio della tendenziale retroattività della *lex mitior* in materia penale, allora, sarebbe incostituzionale anche ai sensi dell'articolo 117 della

⁷Corte Costituzionale, sentenza n. 394/2006

⁸Per pacifica giurisprudenza costituzionale, le norme della CEDU devono essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Corte Costituzionale, sentenze n. 1 e 113 del 2011; 348 e 349 del 2007.

⁹Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia. Per tutti, si vedano C. PECORELLA, Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, pp. 397 ss.; M. GAMBARDELLA, Il «caso Scoppola»: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole, in Cassazione penale, 2010, pp. 2020 ss. Il principio è stato poi confermato da Corte EDU, sentenza del 24 gennaio 2012, Mihai Toma c. Romania. Per l'analisi dell'articolo 7 della CEDU si rinvia a V. MANES, commento all'art. 7 C.E.D.U., in Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, (a cura di) S. BERTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, p. 260.

Costituzione, in relazione al parametro interposto rappresentato dall'articolo 7 della Convenzione.

Ciò è esattamente quanto il giudice rimettente ritiene avvenire nel caso in esame.

Se considerata ai sensi della CEDU, la maxi sanzione per il lavoro nero deve essere qualificata come penale.

Al fine di perimetrare le nozioni di materia penale e di pena, infatti, la Corte EDU adotta un approccio sostanzialistico e pragmatico. Ciò risponde all'esigenza di evitare pratiche elusive da parte dei Paesi aderenti alla Convenzione, dato che alcune fondamentali garanzie che la CEDU pone, quali quelle in tema di equo processo (art. 6), di *nullum crimen sine lege previa* (art. 7) e di *ne bis in idem* processuale (art. 4 Prot. n. 7), operano proprio con riferimento alla "materia penale"¹⁰. Soltanto svincolando la loro operatività dalle opzioni classificatorie delle legislazioni nazionali si accerta che il rispetto delle stesse non sia rimesso alla discrezionalità degli Stati membri e dunque se ne assicura la piena effettività.

La classificazione di una condotta quale reato e di una sanzione quale penale da parte del diritto interno opera come criterio decisivo "*one way only*": se è la stessa legge nazionale a qualificare l'illecito come penale, le garanzie sostanziali e procedurali operano senza necessità di ulteriori accertamenti. Nel caso inverso, è necessario operare una ricognizione circa la "reale" natura dell'illecito e della sanzione ai sensi della Convenzione, adottando i criteri elaborati dalla Corte EDU dalla storica sentenza Engel e successivamente costantemente adoperati dalla stessa¹¹, anche per giungere a classificare come sanzioni penali alcune tra quelle che l'ordinamento italiano qualifica quali mere misure amministrative.

Tali criteri, alternativi tra loro, sono quelli della natura della violazione, desunta anche dallo scopo punitivo e deterrente, piuttosto che meramente riparatorio, che si propone la sanzione, e quello della natura del male che viene minacciato dall'ordinamento nei confronti dell'autore dell'illecito. L'indice della gravità (in astratto) della sanzione, pur presente nella citata sentenza Engel, è invece oggi sempre meno preso in considerazione dalla giurisprudenza di Strasburgo¹².

¹⁰Sul concetto di materia penale, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, pp 74 ss.

¹¹Gli stessi criteri sono stati da ultimo utilizzati nelle note sentenze del 27 settembre 2011 Menarini v. Italia e del 4 marzo 2014 Grande Stevens v. Italia.

¹²F. MAZZACUVA, in *L'incidenza della definizione convenzionale di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Diritto Penale Contemporaneo, rivista trimestrale* 3-2015 pp 6 ss, nota come dalla sentenza Öztürk la Corte abbia iniziato ad affermare l'irrelevanza del grado di severità della sanzione, inevitabilmente esposto a derive arbitrarie, e la priorità dell'indagine sulle funzioni della medesima. Sulla sentenza Öztürk si veda anche C. E. PALLIERO, *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo una questione classica a una questione radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 894 ss. Sul punto, V. MANES, *comment... op. cit.*, evidenzia come "né la mancata incidenza sulla libertà personale, né l'assenza di contenuto economico immediato e diretto nella sanzione sono determinanti, rilevando piuttosto il complessivo effetto limitativo (e potenzialmente incapacitante) per la sfera personale dell'autore...".

Nel caso in esame, la sanzione ha una evidente funzione deterrente e repressiva rispetto al fenomeno del lavoro nero, oltre ad essere astrattamente idonea a raggiungere importi rilevanti, tali da comportare un significativo sacrificio per l'autore dell'illecito.

Dovendo la maxi sanzione essere qualificata come penale rispetto alla Convenzione, l'esclusione dell'applicabilità retroattiva della norma successiva più favorevole si pone allora in contrasto con l'articolo 7 della CEDU e di conseguenza con l'articolo 117 della Costituzione.

Detto contrasto non può, a parere del giudice a quo, essere risolto attraverso una interpretazione della legge nazionale conforme alla Convenzione, data l'esistenza di un diritto vivente consolidato nel ritenere il principio della retroattività della *lex mitior* non applicabile al diritto amministrativo.

Il secondo profilo di illegittimità dell'articolo 1 l.689/81 individuato dal Tribunale di Como risiede nella sua presunta contrarietà con l'articolo 3 della Costituzione, sia sotto il profilo della ragionevolezza che sotto quello dell'uguaglianza.

In primo luogo il principio di retroattività favorevole, sebbene non previsto espressamente dalla Costituzione nemmeno in materia penale, andrebbe considerato nondimeno “espressione di un principio generale dell'ordinamento, legato ai principi di offensività e materialità della violazione”, lo stesso rispondendo alla necessità di adeguare la sanzione alle modificazioni della percezione della gravità degli illeciti da parte dell'ordinamento giuridico¹³.

Perché tale principio possa essere derogato e perché tale deroga sia ragionevole è necessario individuare positivamente interessi superiori, di rango almeno pari allo stesso, che ne giustifichino il sacrificio. Ciò non pare avvenire nel caso di specie.

In secondo luogo il Tribunale denuncia la violazione dell'articolo 3 della Costituzione anche per quanto riguarda il principio di uguaglianza, assumendo come *tertium comparationis* una serie di disposizioni di leggi speciali che ricalcano il principio di cui all'articolo 2, commi secondo e quarto del Codice Penale, nonostante disciplinino anch'esse sanzioni amministrative.

5. La soluzione della Corte.

La Corte Costituzionale ritiene non fondata la questione di legittimità costituzionale rispetto ad entrambi i parametri considerati.

Con riferimento al denunciato contrasto con le garanzie poste dalla CEDU, la Corte riconosce come la giurisprudenza della Corte EDU sia pacifica nel riconoscere che l'articolo 7 comma 1 della Carta sancisca il principio della retroattività della legge penale meno severa.

Tuttavia, la Corte di Strasburgo, nell'affermare il principio della retroattività del trattamento sanzionatorio più mite, “non ha mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come

¹³Corte Costituzionale, sentenza n. 349/2006

amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche punitive alla luce dell'ordinamento nazionale”¹⁴.

La Convenzione non vincola dunque alla previsione generalizzata, da parte degli Stati aderenti, del principio della retroattività della *lex mitior* anche in materia di illeciti amministrativi e “l'intervento additivo invocato dal rimettente risulta travalicare l'obbligo convenzionale”.

In altre parole, a parere della Consulta, la portata del *petitum* definito dal rimettente è troppo ampia, nella misura in cui si riferisce a tutte le sanzioni amministrative disciplinate dalla legge 689/81 e non solo a quelle, tra queste, descrivibili come sostanzialmente penali.

Il ragionamento della Consulta appare dogmaticamente ineccepibile. Tuttavia, non si può fare a meno di domandarsi quale sarebbe stato l'esito della vicenda nel caso in cui il rimettente avesse posto la questione in termini diversi, ossia limitando la questione di illegittimità costituzionale dell'articolo 1 solo alla parte in cui lo stesso omette di prevedere il principio della *lex mitior* per le sanzioni amministrative “convenzionalmente” penali.

Quanto all'asserita illegittimità costituzionale dell'articolo 1 per la violazione dell'articolo 3 della Costituzione, la Corte dichiara anche in questo caso non fondata la questione.

I giudici liquidano le considerazioni del rimettente ribadendo come, per costante giurisprudenza, non sia dato rinvenire un vincolo costituzionale nel senso

¹⁴ I giudici costituzionali sottolineano inoltre di dover invocare, nel dare applicazione dell'articolo 7 della CEDU nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo, il cosiddetto margine di apprezzamento. Secondo costante giurisprudenza alla Corte Costituzionale spetta il compito di valutare come ed in quale misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento italiano, in modo da “tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma Convenzionale è destinata ad inserirsi”. Ciò a causa delle ontologiche differenze tra le pronunce dell'una e dell'altra Corte. Le sentenze della Corte europea hanno ad oggetto casi concreti e restano dunque legate alla concretezza delle situazioni che le hanno originate. Quelle della Corte Costituzionale si risolvono in giudizi su norme, il che “postula, appunto, l'esigenza di un margine di apprezzamento, che consenta, a questa Corte, di discostarsi dal dictum di Strasburgo ove l'adesione a questo possa avere effetti sistemici negativi sull'ordinamento complessivamente inteso.”

Di conseguenza, “una volta penetrato nel nostro ordinamento, con assunzione di rango costituzionale, ... quel diritto (di provenienza europea) [deve] comunque – al pari di ogni altro diritto / valore considerato nella Carta Costituzionale – essere sottoposto ad un giudizio di bilanciamento con altri (eventuali) valori antagonisti, parimenti apicali”.

Il richiamo al margine di apprezzamento, tuttavia, pare inconferente, o quantomeno superfluo. La Corte, infatti, non opera qui un bilanciamento tra il valore retroattività della *lex mitior* di matrice Convenzionale ed il complesso degli altri diritti fondamentali con cui esso interagisce nell'ordinamento interno e che potrebbero essere incisi dall'espansione di detta singola tutela. Sul tema del margine di apprezzamento, si veda MARIO ROSARIO MORELLI, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte Costituzionale*, intervento all'incontro di studio “Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli Stati nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo”, in www.cortecostituzionale.it

dell'applicazione della *lex mitior*. Per il Tribunale di Como la mancanza di retroattività della legge favorevole in materia amministrativa è una deroga irragionevole ad una regola espressione di un principio generale dell'ordinamento. Nelle considerazioni della Corte Costituzionale, al contrario, non applicandosi da principio la regola della retroattività *in mitius* alla materia amministrativa, non è possibile valutare la ragionevolezza di una inesistente deroga allo stesso.

Inoltre, la scelta legislativa dell'applicabilità della *lex mitior* solo ad alcune sanzioni amministrative, per esempio quelle tributarie e valutarie, non viola di per sé il principio di uguaglianza, costituendo invece espressione della discrezionalità del legislatore, sindacabile come noto solo ove trasmodi nella manifesta irragionevolezza.

La Corte rileva come il mancato riconoscimento della retroattività *in mitius* circoscritto a determinati settori dell'ordinamento risponda alla scelta di politica legislativa di “potenziare l'effetto preventivo della comminatoria, eliminando per il trasgressore ogni aspettativa di evitare la sanzione grazie a possibili mutamenti legislativi”.

Infine, la pronuncia sottolinea come l'invocata declaratoria di illegittimità costituzionale sancirebbe il principio della retroattività della *lex mitior* per le sanzioni amministrative in maniera persino più ampia di quanto stabilito per le sanzioni penali, dato che l'articolo 2 del codice penale fa salvi i limiti del giudicato e delle leggi eccezionali e temporanee.

6. Note critiche alle conclusioni della Consulta.

La pronuncia merita qualche considerazione.

Innanzitutto, suscita qualche perplessità (e sembra in un certo senso suffragare la tesi del rimettente) l'argomento da ultimo adoperato dalla Corte per validare la scelta legislativa di applicare la retroattività *in mitius* solo ad alcune sanzioni amministrative.

La sentenza pare infatti riconoscere esplicitamente la funzione dissuasiva delle sanzioni amministrative considerate ed anzi collega la scelta legislativa della irretroattività *in mitius* proprio alla necessità di potenziarne tale efficacia.

Ebbene, non si può negare che l'obiettivo di eliminare ogni aspettativa di impunità del trasgressore grazie a mutamenti legislativi possa essere perseguito, a maggior ragione, anche in materia penale. Tuttavia, si è visto come in virtù della concezione oggettivistica del diritto penale e della funzione della pena accolta dal nostro ordinamento tale, lecita, finalità non possa essere perseguita tramite la pretermissione del principio della retroattività *in mitius*.

Una volta che si è riconosciuta la funzione sostanzialmente punitiva delle sanzioni amministrative, allora, ci si può legittimamente chiedere se le stesse considerazioni non debbano valere anche in questa materia. Altrimenti ciò che la Costituzione nega alla sanzione penale, quando le vieta di rappresentare la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, concederebbe invece a quella amministrativa.

Se il principio della retroattività *in mitius*, che non è previsto espressamente dalla

Costituzione neanche in ambito penale, viene ricavato dalla funzione della sanzione ed è legato ai principi di materialità ed offensività della violazione, una volta riconosciuta la funzione punitiva della sanzione amministrativa sarebbe coerente estendere di conseguenza la portata applicativa dello stesso¹⁵.

Ciò, dunque, a prescindere dalla classificazione dell'illecito come penale ai sensi della CEDU e da eventuali vincoli derivanti dall'adesione alla suddetta Convenzione. D'altra parte, sembra che recentemente la stessa Corte Costituzionale stia progressivamente avviandosi ad abbandonare l'orientamento per cui sanzioni amministrative e sanzioni penali farebbero riferimento a diversi parametri costituzionali: gli articoli 23 e 97 le prime, gli articoli 25 e 27 le seconde.

Già nel 2010 i giudici costituzionali hanno affermato che il principio di irretroattività di tutte le sanzioni afflittive, comunque denominate, oltre che essere imposto dalla CEDU, è desumibile anche dall'articolo 25 comma 2 della Costituzione. Questo, infatti, “data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito [...]») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato”¹⁶.

La stessa Corte, nel 2014, ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale di una

¹⁵M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, pp. 81 ss., secondo cui il principio di retroattività favorevole va “correlato all'essenza afflittiva della potestà sanzionatoria, la quale opportunamente dev'essere rapportata alla valutazione che l'ordinamento “storicamente” operi della condotta che si intende reprimere”; A. BARLETTA, *La Corte di giustizia (C-45/06) ritorna sul principio della lex mitior, il problema italiano rimane*, in *www.giustamm.it*, p. 2, sottolinea l'iniquità derivante dalla mancata applicazione del principio in parola alle sanzioni amministrative; C. AMATUCCI, *La disciplina sostanziale dell'illecito amministrativo*, in *Modifiche al sistema penale, (a cura di) Bertolini - Lattanzi - Lupo - Violante, Milano, 1982, vol. I, pp. 164 ss Contra*, C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 173 sgg, secondo cui “il favor libertatis, che nel diritto penale legittima la retroattività della lex mitior, non è in discussione [nel diritto amministrativo]”; G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, pp. 229 ss.; V. SIANI, *Illeciti amministrativi: inapplicabilità dello ius supervenientes più favorevole*, in *Corr. giur.*, 1994, pp. 876 ss.; A. VIGNERI, *Profili generali della sanzione amministrativa*, in *N.L.C.*, 1982, p. 1133; G. DE MARZO, *Abolizione delle sanzioni amministrative in materia previdenziale e ultrattività delle Leggi previgenti*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1574; C. MEZZABARBA - A. TRAVI, *Sanzioni amministrative. Rassegna di giurisprudenza della Cassazione: illecito amministrativo, procedimento e sanzioni accessorie*, in *Foro it.*, 1994, I, p. 777 ss.

¹⁶Corte Costituzionale, sentenza n. 196/2010. Interessante notare come il TAR Lazio abbia successivamente annullato una sanzione amministrativa irrogata sulla base di una norma retroattiva in quanto “le sanzioni amministrative, siano esse meramente pecuniarie, ovvero siano dotate di un carattere afflittivo che prescinde dall'effetto ripristinatorio della situazione compromessa dalla violazione e/o dalla eventuale riparazione dell'interesse leso, hanno come scopo primario quello di punire il contravventore, nel presupposto che non ripeta più la condotta antiggiuridica e, dunque, devono essere assoggettate alle regole comuni che governano le sanzioni penali, a cominciare dal divieto di retroattività di cui all'art. 25 Cost.” TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 21 gennaio 2013, n. 682.

legge della Regione Valle D'Aosta, nella parte in cui prevedeva sanzioni amministrative applicabili retroattivamente, perché contrastante con l'articolo 25 comma 2 della Costituzione¹⁷.

Una volta riconosciuto fondamento costituzionale al principio di irretroattività della sanzione amministrativa punitiva in quella che tradizionalmente è una norma dettata per gli illeciti penali, ha senso continuare a sostenere, invece, l'inesistenza di un vincolo costituzionale per l'applicazione della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative, come ritenuto dalla sentenza in commento?

In secondo luogo, la Corte lascia irrisolto il problema della sorte della legge che dispone la mancata retroattività *in mitius* di una sanzione amministrativa avente natura penale ai sensi della CEDU.

Si è detto che la questione di legittimità costituzionale viene rigettata in quanto il *petitum* avanzato eccede rispetto all'obbligo di retroattività *in mitius* derivante dalla Convenzione, limitato alle sole misure punitive sostanzialmente penali.

La Consulta, nell'escludere che detto obbligo debba valere in maniera generalizzata per tutte le sanzioni amministrative, non sancisce in maniera esplicita che il principio di retroattività della legge favorevole sia tuttavia da estendere a ogni sanzione amministrativa convenzionalmente penale.

Una simile conclusione, nondimeno, si può forse dedurre implicitamente dal testo della sentenza. L'intervento additivo richiesto dal rimettente viene censurato perché, travalicando l'obbligo convenzionale, finisce “per disattendere la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata “amministrativa” dal diritto interno) come convenzionalmente penale, alla luce dei cosiddetti criteri Engel”. Ragionando *a contrario*, dunque, di fronte ad una sanzione amministrativa - punitiva ai sensi CEDU, il principio in parola dovrebbe trovare applicazione.¹⁸

Per una prima ricostruzione, allora, la pronuncia in commento sancirebbe la necessità di sollevare tante questioni di legittimità costituzionale quante sono le singole sanzioni amministrative, ma sostanzialmente penali, la cui disciplina non prevede la retroattività favorevole.

In altre parole, il Tribunale di Como avrebbe dovuto sollevare la questione con riferimento alla norma che, nel riformare *in melius* la disciplina della maxi sanzione,

¹⁷Corte Costituzionale, sentenza n. 104/2014. Sul tema, PIERMASSINO CHIRULLI, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2014, pp. 1-11

¹⁸Nel senso del riconoscimento di un rango sovraordinato anche in materia extra-penale al principio della *lex mitior* è V. MANES, *Commento... op. cit.*, secondo cui “incrociando la prospettiva di Strasburgo con l'ordinamento interno si può concludere che, se principi quali quello di irretroattività e colpevolezza sono recepiti proprio dalla legge n. 681/1981 – dove parallelamente al più significativo processo di depenalizzazione si è delineato un modello generale di illecito e di sanzione amministrativa ..., a tali principi dovrebbe essere riconosciuto oramai rango sovraordinato anche in ambito extra-penale, estendendo una analoga *upgradation* al canone della applicazione retroattiva della *lex mitior* ...” L'autore segnala tuttavia che “quando si è trattato di estendere le garanzie sostanziali, piuttosto che quelle processuali, al settore amministrativo, la Corte ha mostrato maggiori tentennamenti nel riqualificare misure che pur avevano una finalità, almeno parzialmente, punitiva”.

non ne prevedeva la retroattività *in mitius*. Se così formulate, simili questioni di legittimità costituzionale dovrebbero trovare, in futuro, sicuro accoglimento.

La tesi è autorevolmente sostenuta e di certo non priva di fondamento.¹⁹

Tuttavia, sembra doveroso interrogarsi circa la possibilità di interpretare il diritto nazionale in modo conforme ai dettami della CEDU, prima di invocare la necessità di declaratorie di illegittimità costituzionale per tutte quelle – numerose – norme che, disciplinando sanzioni amministrative sostanzialmente penali, non ne prevedono la retroattività *in mitius*.

Per pacifica giurisprudenza, “in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa”, giacché soltanto “ove l’adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l’eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge”²⁰.

Ebbene, è doveroso interrogarsi circa la presenza o meno di fattori che ostino alla possibilità di interpretare la legge nazionale conformemente alla CEDU, nello specifico all’articolo 7 della Convenzione.

Il Tribunale di Como ha ritenuto una simile operazione interpretativa non praticabile, data l’esistenza di un diritto vivente consolidato nel ritenere il principio della retroattività della *lex mitior* non applicabile al diritto amministrativo.

La giurisprudenza di Cassazione e Consiglio di Stato ha infatti ripetutamente escluso la possibilità di applicare la disposizione contenuta nell’articolo 2 comma 2 del Codice Penale in via analogica all’illecito amministrativo.

“Tale applicabilità è esclusa dall’art. 1 della legge 24 novembre 1981 n. 689, che ha recepito il principio di irretroattività delle norme sanzionatorie amministrative. Rispetto a tale principio la retroattività della sopravvenuta *abolitio criminis* si pone come eccezione, la quale perciò non può ritenersi implicitamente insita in quel principio, ma ad esso al contrario apporta deroga ... La assenza di deroghe al principio di irretroattività delle disposizioni sulle sanzioni amministrative (art. 1) non costituisce una lacuna di detta legge (da colmare mediante l’applicazione analogica delle regole dettate dal codice penale), ma rappresenta una scelta del legislatore, che, per la disciplina generale dell’illecito amministrativo, ha recepito molti istituti del diritto penale, senza però pervenire ad una completa assimilazione dell’illecito amministrativo al reato”²¹.

¹⁹MARCO GALDI, *La Corte esclude ancora l’estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell’applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso. Commento a Corte costituzionale, 20 luglio 2016, n. 193*, in *Osservatorio Costituzionale, Fascicolo 3/2016*

²⁰Corte Costituzionale, sentenza n. 239/2009

²¹Corte di Cassazione, sentenza n. 13246/1992. Similmente, Corte di Cassazione, sentenze n.

L'autonomia razionale e funzionale del sistema sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale²², l'assenza di una vera lacuna nella disciplina degli illeciti amministrativi, insieme al divieto di applicazione analogica di norme di carattere eccezionale (articolo 14 delle Preleggi) ed al generale principio di irretroattività della legge (articolo 11 delle Preleggi) militerebbero dunque contro l'applicazione analogica del principio della *lex mitior* alle sanzioni amministrative²³.

Il diritto vivente creatosi sul punto, a sua volta, precluderebbe un'interpretazione conforme a CEDU del diritto nazionale.

A tale conclusione si possono, tuttavia, muovere obiezioni.

In primo luogo, il diritto vivente osta ad un'applicazione analogica dell'articolo 2 comma 2 e seguenti c.p. alla disciplina degli illeciti amministrativi, non invece alla sua interpretazione estensiva e conforme alla Convenzione.

Interpretando la locuzione “reato” adoperata nell'articolo 2 c.p. come comprensiva anche degli illeciti amministrativi punitivi, penali secondo i criteri Engel, si opera una lettura della norma del Codice Penale necessitata, che permette all'ordinamento interno di rispettare i vincoli della Convenzione EDU.

D'altra parte, non sembrano esistere neppure dati preclusivi rispetto ad un'applicazione diretta della Convenzione, nella specie del suo articolo 7, nell'ordinamento interno.

Certa dottrina ricorda, infatti, come la CEDU sia convenzione ratificata e resa esecutiva con la legge 9 aprile 1990, n. 98, che ne ha determinato l'incorporazione nell'ordinamento italiano con il rango di norma primaria.²⁴ Ne deriva che tutte le sue disposizioni *self executing*, (tali anche in quanto rese dettagliate e specifiche dalla giurisprudenza della Corte EDU) sono direttamente applicabili perché “parte di quella “legge” (intesa come sinonimo di “diritto”) che vincola ciascun giudice ai sensi dell'art. 101 co. 2 Cost., e che questi ha l'obbligo di applicare nei casi sottoposti al suo esame.”²⁵

Ciò, tuttavia, a condizione che la norma convenzionale non si ponga in diretto

2058/1998, 11928/1995, 6318/1986, Consiglio di Stato, sentenze n. 3497/2010 e 2544/2000

²²Sul punto, G.DE MARZO, *Abolizione delle sanzioni amministrative in materia previdenziale e ultrattività delle Leggi previgenti*, in *Corriere giuridico*, 2002, pp. 1574 ss.

²³Sul punto, PAOLO PROVANZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2012, fascicolo V.

²⁴FRANCESCO VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni e Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?* entrambi in www.dirittopenalecontemporaneo.it

²⁵Così, FRANCESCO VIGANÒ, in *Omesso versamento ...*, *op. cit.*, spiega come nel Caso Polo Castro del 1989 “le Sezioni Unite intesero per l'appunto sciogliere in senso affermativo il dubbio circa la possibilità per il giudice di applicare direttamente le disposizioni della CEDU, dichiarando perentoriamente che la CEDU conferisce al singolo «la legittimazione attiva per garantir[e] la tutela giurisdizionale» dei diritti da essa riconosciuti, e che «nel nostro paese, in linea di massima, le norme della Convenzione sono di immediata applicazione e, soprattutto, che all'interno dello Stato aderente alla Convenzione, i diritti da questa riconosciuti all'individuo sono 'sogettivi e perfetti'».

conflitto con una legge ordinaria nazionale, la quale regola in modo antinomico la stessa fattispecie, bensì si inserisca in uno spazio giuridico vuoto, non altrimenti normato dalla legge italiana. Solo in tal caso il Giudice potrà applicare direttamente la disposizione della CEDU, senza essere obbligato a sollevare dinanzi alla Corte Costituzionale una questione di legittimità della norma nazionale, con riferimento al parametro interposto rappresentato dalla norma della Convenzione.

Ebbene, se prendiamo come parametro di riferimento il diritto penale, la retroattività *in mitius* non assume carattere eccezionale, essendo piuttosto un principio generale della materia. Principio che, aderendo alla giurisprudenza di Strasburgo, potrebbe e dovrebbe essere applicato anche alla più vasta materia del diritto punitivo, perlomeno a quello convenzionalmente penale, senza che a ciò osti il dettato dell'articolo 14 delle Preleggi.

Il primo comma dell'articolo 1 della l. 689/81, allora non va letto come preclusivo rispetto alla diretta applicabilità dell'articolo 7 della CEDU agli illeciti amministrativi. Esso, infatti, nel dettare il principio di irretroattività delle norme che dispongono sanzioni amministrative (ricalcando il dettato dell'articolo 2 del codice penale) si oppone alla sola retroattività *in pejus* delle stesse.

Né pone problemi il comma secondo dell'articolo 1 in questione, laddove detta il principio di stretta legalità in materia di sanzioni amministrative: “Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati.”

La norma non si pone in antinomia con l'articolo 7 della CEDU e non ne preclude la diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale.

D'altra parte, le leggi che prevedono sanzioni amministrative, a cui fa riferimento l'articolo 2 comma 1, se non impongono la retroattività delle disposizioni *in mitius*, neanche la vietano espressamente. Le stesse, allora, potrebbero essere eterointegrate dall'articolo 7 della CEDU, esattamente allo stesso modo in cui esse sono normalmente eterointegrate dall'intera legge 689/81, lo statuto normativo dell'illecito amministrativo.

7. Alcune riflessioni conclusive.

La soluzione della lettura conforme a CEDU dell'articolo 2 del Codice Penale e quella dell'applicazione diretta della Convenzione, tuttavia, non sono prive di criticità.

La valutazione circa la natura intrinsecamente penale o meno della sanzione – dal cui esito deriva l'applicabilità o meno della retroattività *in mitius* – è infatti così rimessa di volta in volta al giudice nazionale.

Sebbene essa sia ancorata ai parametri dettati dalla giurisprudenza di Strasburgo (i criteri Engels), il rischio di valutazioni contrastanti è piuttosto evidente, con tutti i riflessi in punto di legalità, certezza del diritto e libertà di autodeterminazione che ne derivano.

Dalla sentenza emerge allora come sempre più impellente un intervento del legislatore nel riordinare la materia del diritto punitivo, dare un coordinamento ai

due sistemi macro sanzionatori – penale ed amministrativo - allo stato scollegati tra loro perché pensati come pienamente autonomi e tendenzialmente impermeabili, dettare infine le coordinate di uno statuto normativo minimo comune a tutto il diritto *latu sensu* punitivo.²⁶

Le pronunce degli ultimi anni delle Corti sovranazionali hanno portato a galla alcune incongruenze dell'ordinamento nazionale – si pensi al conflitto tra doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem* processuale o alla stessa questione affrontata dalla sentenza che si annota – che la giurisprudenza italiana non è sempre riuscita a comporre, in mancanza di un intervento legislativo.

Tuttavia, quelle citate sono solo alcune delle discrasie derivanti dal considerare diritto amministrativo punitivo e diritto penale come separati, rispondenti a principi diversi e con connotati pienamente autonomi.²⁷

Senza pretesa di esaustività, si pensi, ad esempio, al fenomeno della successione di leggi penali ed amministrative nel tempo; ci si riferisce in particolare alla iniquità della decriminalizzazione totale frutto della applicazione irretroattiva della sanzione amministrativa, in occasione dell'abolizione della norma sanzionatoria penale²⁸.

Né si dimentichi come, attualmente, dall'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. anche ai reati caratterizzati dalla presenza di soglie di punibilità può derivare il paradossale effetto per cui l'autore dell'illecito minore va incontro ad una sanzione amministrativa, mentre l'autore dell'illecito penale evita qualunque punizione, quando al di sotto della soglia di

²⁶Sul punto, si veda A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Diritto Amministrativo*, 2014, pagg 627 ss. Anche F. MAZZACUVA, in *L'incidenza della...*, op. cit., segnala l'esistenza di “solidi argomenti a favore di una piena estensione delle garanzie penalistiche collegate al principio di colpevolezza anche al sistema delle sanzioni amministrative, i quali consentono di respingere la tradizionale obiezione secondo cui tale soluzione comporterebbe un'indebita riduzione dell'efficacia dei sistemi punitivi periferici ...Anzitutto, in chiave personalistico-liberale, se è vero che tale istanza si ricollega intimamente al concetto di punizione inteso come reazione volutamente afflittiva alla commissione di un illecito, non si vede allora il motivo per cui l'utilizzo in chiave iper-deterrente della responsabilità incolpevole possa ritenersi legittimo richiamando sic et simpliciter l'argomento della “modestia” della sanzione...” L'autore vede nella accelerazione al processo di depenalizzazione data dalla legge delega n. 67/2014 “l'occasione per una compiuta generalizzazione di tali conclusioni – considerata anche l'assenza di contro-interessi costituzionali in grado di giustificare una deroga rispetto agli standard convenzionali – e per un conseguente superamento di taluni profili di illegittimità che emergono nella stessa disciplina prevista dalla legge n. 689/1981”.

²⁷Così Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 13681/2016: “Invero, come già evidenziato dalla sentenza Longoni, l'illecito penale e quello amministrativo, pur essendo parti del più ampio diritto punitivo, presentano differenze tanto evidenti quanto rilevanti, che delineano autonomi statuti. Tale condivisa enunciazione si pone sulla scia di ripetute prese di posizione delle Sezioni Unite che, da ultimo, hanno avuto occasione di ribadire la piena autonomia dei connotati e dei principi delle violazioni amministrative rispetto a quelli penali (Sez. U., n. 25457 del 29/03/2012, Campagne Rudie, Rv. 252694).”

²⁸Sul punto, D. BIANCHI, *Il problema della successione impropria: un'occasione di (rinnovata) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, pp. 322 ss.

rilevanza penale esiste una fattispecie minore che integra un illecito amministrativo.²⁹

Ancora, sebbene la giurisprudenza di Strasburgo li abbia per il momento valutati come compatibili con il principio della *full jurisdiction*³⁰, non ci si può esimere dal domandarsi se molti dei procedimenti che conducono all'irrogazione di una sanzione amministrativa afflittiva – in particolare quelli propri delle Autorità Amministrative Indipendenti - siano effettivamente rispettosi delle garanzie minime previste dalla CEDU e dalla Costituzione.

Innanzitutto, v'è chi nota come esistano diritti, quali quello al silenzio, all'assistenza legale ed all'informazione, la cui importanza si rivela anche e soprattutto nella fase delle indagini, ben prima che abbia inizio l'eventuale processo di opposizione alla sanzione amministrativa.³¹

In secondo luogo, non si può fare a meno di accorgersi del *vulnus* alla presunzione di innocenza dato dall'immediata esecutività dei provvedimenti afflittivi delle Autorità Amministrative Indipendenti, l'opposizione giudiziale successiva non essendo dotata di efficacia sospensiva sull'esecuzione della sanzione.

Al di là di ciò, con riguardo ai procedimenti innanzi alle *Authority*, ci si può interrogare sul tipo di sindacato che il giudice amministrativo è chiamato ad esercitare sugli atti sanzionatori delle stesse³² e sul modo in cui esso sia dal giudice,

²⁹Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 13681/2016

³⁰La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha più di una volta indagato la coerenza dei procedimenti sanzionatori amministrativi con i principi dell'equo processo, con particolare riferimento ai procedimenti innanzi alle cosiddette Autorità Indipendenti. Il tema è stato affrontato dalla Corte EDU in particolare nella nota sentenza *Menarini*. I giudici di Strasburgo hanno riconosciuto come la fase del procedimento sanzionatorio che si svolge di fronte all'autorità indipendente presenti alcune frizioni con il diritto ad un *fair trial*. Ciononostante, hanno escluso la violazione dell'articolo 6 della CEDU. La Corte EDU, infatti, opera una distinzione tra *hard core* della materia penalistica e *minor offences*. Con riguardo a queste ultime, ammette che possano essere irrogate da un'autorità amministrativa a seguito di un procedimento non perfettamente coerente con i dettami dell'articolo 6, a patto che alla fase amministrativa possa seguire una fase giudiziale di cosiddetta *full jurisdiction*. Tale fase, questa sì necessariamente rispettosa dei principi del giusto processo, deve poter investire il merito della pretesa punitiva, sia in fatto che in diritto, con potere di piena sostituzione rispetto alla decisione amministrativa.

³¹Sul punto, G. LASAGNI, in *Processo penale, diritto amministrativo punitivo e cooperazione nell'Unione Europea. Verso la definizione di uno statuto comune dei diritti dell'indagato e del soggetto sottoposto ad accertamento amministrativo* in www.penalecontemporaneo.it, che nota come “Le garanzie di cui all’art. 6 CEDU, infatti, sebbene tradizionalmente riferite alla fase processuale, si applicano ugualmente anche durante quella precedente, specialmente per quanto riguarda il secondo e terzo paragrafo”

³²Secondo parte della dottrina il g.a. esercita un sindacato non già sostitutivo, bensì intrinseco sugli atti dell'autorità: egli verifica se la soluzione tecnica individuata dall'autorità rientri nei margini di elasticità consentiti dal concetto giuridico indeterminato che la stessa è chiamata a “colorare” di significato. Le autorità indipendenti, infatti, al fine di comminare una sanzione, devono riempire di significato concetti giuridici indeterminati quali “abuso di posizione dominante”, per individuare gli elementi costitutivi dell'illecito. L'articolo 134 lett c) del nuovo c.p.a. non deporrebbe in senso contrario, esplicitando solo la possibilità per il giudice di rideterminare il *quantum* sanzionatorio.

nei fatti, esercitato³³

Per non parlare dei dubbi sulla fungibilità del procedimento amministrativo (di opposizione alla sanzione) con il procedimento penale, anche ad esempio con riferimento ai mezzi di prova previsti, e dunque sulla sua concreta idoneità all'accertamento dell'illecito para-penale ed alla garanzia, ancora una volta, dei principi fondamentali in tema di *fair trial*³⁴.

Tuttavia, la sentenza in nota impone, forse, una riflessione ulteriore rispetto alla descritta esigenza – pure di certo non trascurabile – di coordinamento dei due circuiti punitivi allo stato esistenti in Italia.

Si è già detto di come la più recente giurisprudenza di Strasburgo stia progressivamente svalutando il criterio della gravità del male minacciato, al fine della qualificazione di una sanzione come sostanzialmente penale.

Ebbene, con l'eccezione delle misure ripristinatorie, le sanzioni amministrative non si distinguono da quelle penali se non proprio per la ridotta misura della loro afflittività, essendo indiscutibili, invece, le finalità di punizione e dissuasione che esse perseguono.

Seguendo tali premesse, è facile concludere che tutte le sanzioni amministrative “punitive” debbano essere considerate, con ogni probabilità, materia penale ai sensi della Convenzione.

In altre parole, sfumato il criterio della gravità della pena sembra dunque sfumare ogni tentativo di distinguere illecito penale da illecito amministrativo.

³³Ci si domanda se il giudice amministrativo valuti solo la scelta di quantificazione della sanzione o se piuttosto riesamini anche le scelte discrezionali e di valutazione tecnica complessa attinenti all'*an* della responsabilità. D'altra parte, con riguardo alla già citata sentenza Menarini, la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque si fondava proprio sul dato per cui i giudici amministrativi non avrebbero realizzato un controllo interno garanzia reale e pratica per i soggetti condannati, limitandosi invece a dare un beneplacito formale alle scelte dell'autorità amministrativa.

³⁴G. LASAGNI, in *Processo penale...*, *op. cit.*, evidenzia come, sul piano penale, gli Stati Membri dell'Unione Europea stiano per sperimentare un nuovo livello di armonizzazione in tema di garanzie processuali, grazie alle direttive approvate in materia processuale penale sulla scorta del programma di Stoccolma. Tuttavia, sottolinea come “in tutti gli interventi compiuti, l'estensione delle tutele sia stata circoscritta all'ambito del processo penale inteso solo nel senso più tradizionale del termine... La direttiva limita esplicitamente la sua applicazione ai soli procedimenti penali. La portata di questa disposizione viene esplicitata ... con una formula che dà luogo a qualche ambiguità...Si afferma che l'ambito di applicazione della stessa dovrebbe essere riferita “solo ai procedimenti penali, nell'accezione data dall'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, fatta salva la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”. Se però si volesse, effettivamente, fare salva l'interpretazione della Corte di Strasburgo, rimettendo la definizione della materia penale ad un approccio sostanziale, parrebbe difficile giustificare l'esplicita esclusione dallo scopo della direttiva ... dei principali ambiti di esplicazione del diritto amministrativo punitivo, “quali i procedimenti in materia di concorrenza, commercio, servizi finanziari, circolazione stradale, fiscalità o maggiorazioni d'imposta, e alle indagini connesse svolte da autorità amministrative”

Per tali ragioni, l'autrice auspica – in modo condivisibile - che la trasposizione in sede nazionale della direttiva tralasci di dare valore interno alle suddette limitazioni.

Pare allora avere sempre meno ragion d'essere la stessa presenza di un doppio binario sanzionatorio ancorché, eventualmente, corretto e coordinato; di contro, da sentenze come quella in nota emerge come sempre più urgente una globale rifondazione del diritto punitivo, una complessiva riforma che superi l'argomento della differenza ontologica tra sanzioni penali ed amministrative, per riconoscere invece la necessità di garanzie minime comuni a tutta la materia del diritto afflittivo.