

# SANZIONI AMMINISTRATIVE SOSTANZIALMENTE PENALI: È DAVVERO LA SVOLTA?

**Christian D'Orazi**

**Abstract (It):** L'esatta individuazione dei confini della "materia penale" è da tempo oggetto di discussione. Abbandonati i criteri di classificazione formali, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha elaborato criteri sostanziali per stabilire se una sanzione formalmente amministrativa fosse in effetti espressione della potestà punitiva dello Stato. L'approccio sostanzialistico elaborato dalla Corte EDU si è imposto anche negli ordinamenti nazionali e ha determinato l'avvio di un processo di assimilazione, ancora in corso, fra pene in senso stretto e sanzioni amministrative punitive. Il presente lavoro intende fornire degli spunti per l'introduzione nel nostro ordinamento di rimedi processuali idonei ad attuare i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali.

**Abstract (En):** *The proper definition of what falls within the "criminal matters" has long been discussed. Once abandoned the formal classification criteria, the European Court of Human Rights Jurisprudence has developed substantial criteria to establish if a formally administrative sanction is rather the expression of the punitive authority of the State. The substantial approach developed by the ECtHR broke into national systems and kicked off a process of assimilation, still in progress, between criminal penalties and punitive administrative sanctions. This work intends to provide starting points for the introduction into our national system of procedural remedies suitable for implementing the principles expressed by constitutional and supranational case-law on substantially criminal administrative sanctions.*

**SOMMARIO:** **1.** Illecito penale e illecito amministrativo in una prospettiva costituzionalistica - **2.** La nozione di sanzione amministrativa sostanzialmente penale come prodotto del dialogo fra Corti - **3.** La "sostanza penale": nozione e criteri qualificatori - **4.** Spunti teorici per una riflessione pratica.

## 1. Illecito penale e illecito amministrativo in una prospettiva costituzionalistica.

Nella sua accezione tradizionale, la Costituzione si pone come testo di sintesi dei principi fondamentali, delle garanzie dei diritti e degli elementi organizzativi di uno Stato, e si compone di norme in larga parte inidonee a fornire puntuali regole di condotta, bensì, piuttosto, di principi e di valori, che necessitano di una più puntuale declinazione normativa<sup>1</sup>.

A conferma della limitata coercibilità<sup>2</sup> (almeno in via diretta) delle previsioni costituzionali, la dottrina ha osservato che «*il significato della Costituzione non è imposto con la forza, ma si sviluppa nella varie comunità secondo il particolare nomos che esse condividono*»<sup>3</sup>, sul presupposto che sia necessaria un'opera di attuazione<sup>4</sup> (anzi, di caratterizzazione) da parte delle fonti subordinate.

Come pure rilevato dalla giurisprudenza, la Costituzione «*non copr[e], per tutta la sua estensione, la materia regolata dalle norme ad essa sottordinate nella scala dei valori normativi*»<sup>5</sup>. La tutela dei valori, dei principi e delle norme costituzionali non potrebbe dirsi piena se le norme di rango subordinato non prevedessero forme di reazioni dello Stato rispetto a condotte idonee a pregiudicarla<sup>6</sup>.

La sanzione si connota, dunque, per un carattere di necessità rispetto al raggiungimento dei fini individuati nella Costituzione, giacché, «*non [è] pensabile che il precetto costituzionale possa, se veramente se ne vuole il rispetto, essere sprovvisto di*

1 \*Dottorando di ricerca nell'Università di Teramo e Cultore della materia in Diritto Amministrativo presso la Luiss Guido Carli.

Sulla distinzione fra principi e valori costituzionali, cfr. A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2012, p. 15 ss.. V. anche P. VON UNRUH, *Die Herrschaft der Vernunft*, Baden Baden, 1993.

2 Ciò non vale, comunque, ad escludere che i principi costituzionali – a differenza dei valori – siano dotati di struttura precettiva ed esprimano un dover essere giuridico.

3 R. BIN, *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*, in *Lo Stato*, 2015, 4, p. 12.

4 Cfr. Corte cost., 9 dicembre 2004, n. 372, secondo cui l'attuazione delle norme costituzionali spetta al legislatore, mentre la loro applicazione alla Corte costituzionale; spetta, invece, al giudice comune la funzione di applicare le norme costituzionali ai limitati fini di integrare e interpretare le fonti ad esse subordinate.

5 Corte cost., 7 luglio 1956, n. 9.

6 In generale, sul tema della mancata o tardiva attuazione della Costituzione, cfr. M.S. GIANNINI, *La lentissima fondazione dello Stato repubblicano*, in *Regione e governo locale*, 1981, 6, p. 17; S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, Bologna, 2011, p. 71, il quale rileva che la mancata o la ritardata attuazione dei precetti costituzionali hanno reso la realtà costituzionale non più rispondente ai principi e al modello da essa stabiliti. Cfr. anche G. BRUNELLI, *Ancora attuale. Le ragioni giuridiche della perdurante vitalità della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 1, secondo cui la Costituzione costituirebbe «*un documento aperto, dotato di un alto grado di elasticità e di adattabilità alle circostanze concrete, non fornisce una soluzione definitiva nemmeno al problema, posto soprattutto dalle norme costituzionali programmatiche e di principio, della delimitazione dei confini tra legge e giurisprudenza*».

sanzione»<sup>7</sup>. Pertanto, la sanzione concorre a rendere concreto il precetto costituzionale<sup>8</sup>.

L'illecito penale si caratterizza come una violazione di una norma cui l'ordinamento affida la tutela di interessi (*rectius*: beni giuridici) ritenuti particolarmente rilevanti; circostanza che giustifica una risposta particolarmente qualificata da parte dello Stato, consistente nell'irrogazione di una pena (in senso proprio).

Il legislatore, pur godendo di amplissimi margini di discrezionalità nell'individuare fattispecie di reato, non è – sostiene la Corte costituzionale – «sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve [...] circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della [...] libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante»<sup>9</sup>. Allo stesso modo si atteggia la scelta (di politica criminale) circa la definizione della cornice edittale delle pene, essendo il legislatore facoltizzato ad individuarne l'intervallo minimo e massimo, a reprimere più severamente «fattispecie penali ritenute maggiormente lesive di beni giuridici tutelati connotate da un accentuato allarme sociale»<sup>10</sup>, nonché a prevedere fattispecie delittuose complesse, pur richiedendosi «un'attenta considerazione da parte del legislatore, alla luce di una valutazione complessiva e comparativa dei beni giuridici tutelati dal diritto penale e del livello di protezione loro assicurato»<sup>11</sup>.

Come osservato in dottrina<sup>12</sup>, la previsione di una pena – ovvero sia la qualificazione formale della tipologia di reazione pubblica alla condotta illecita – assurge al rango di presunzione *iuris et de iure* circa la riconducibilità del fatto alla materia criminale, con conseguente, automatica ed indefettibile applicazione del relativo *corpus* normativo, sostanziale e processuale<sup>13</sup>.

Gli elementi materiali della condotta penalmente rilevante non divergono in modo apprezzabile rispetto al comportamento che dà luogo all'irrogazione di una sanzione amministrativa. In entrambi i casi si registra la violazione di una norma cui il legislatore ricollega conseguenze sfavorevoli per il soggetto responsabile<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> *Ivi*

<sup>8</sup> Cfr. S. ROSSI, *Costituzione e forze costituenti. Le suggestioni kantiane*, in *Il Politico*, 1997, 62, 3, p. 415, secondo cui «Se la costituzione è un concetto pratico, la sua validità dipende dall'attitudine ad essere applicata».

<sup>9</sup> Corte cost., 26 luglio 1989, n. 409.

<sup>10</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cost., 8 luglio 2020, n. 136; 27 dicembre 2019, n. 284; 12 dicembre 2018, n. 233; 16 giugno 2016, n. 148.

<sup>11</sup> Corte cost., 31 luglio 2020, n. 190.

<sup>12</sup> F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4, 2020, pp. 1775 ss.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., 19 gennaio 1957, n. 21, secondo cui «ogni norma che prevede la comminazione di una pena contiene una sanzione penale ed ha inconfondibilmente il carattere di norma penale».

<sup>14</sup> Tale ricostruzione è coerente con gli approdi della teoria pura del diritto, su cui cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, pp. 66 ss., per il quale elemento essenziale per la determinazione del

La Corte costituzionale, in una delle sue prime pronunce, ha osservato che «*La distinzione fra norme penali e norme contenenti sanzioni amministrative va riportata non tanto al carattere della materia a cui la norma si riferisce nel comminare una determinata sanzione, ma va piuttosto riferita al carattere intrinseco della sanzione stessa, all'organo che è chiamato ad applicarla, al procedimento da seguirsi nell'applicazione, alle conseguenze giuridiche di essa*»<sup>15</sup>.

Orbene, l'elemento discrezionale principale per stabilire la natura penale dell'illecito poggia sulle conseguenze sanzionatorie che l'ordinamento riconduce alla condotta dell'agente: la pena, infatti, si distingue per la sua idoneità ad incidere sulla libertà personale del punito<sup>16</sup>. Viceversa, secondo la tesi tradizionale, la sanzione amministrativa è diretta a colpire – in modo diretto e indiretto – esclusivamente «*beni giuridici del destinatario diversi dalla libertà personale*»<sup>17</sup>.

L'incidenza della reazione statale sulla libertà personale del punito determina il procedimento di irrogazione della sanzione e consente di individuare l'organo (anzi, il potere) chiamato a disporla<sup>18</sup>.

concetto di illecito «*è esclusivamente e soltanto la posizione del fatto in questione in seno alla proposizione giuridica: che questo sia condizione per la specifica reazione del diritto, per l'atto di coazione (che è atto dello Stato). Illecito è quel determinato comportamento dell'uomo, che nella proposizione giuridica viene posto come la condizione, per cui si rivolge contro di esso l'atto coattivo posto nella proposizione stessa come conseguenza. [...] In questa specie di trattazione, l'illecito, da negazione del diritto, come appare da un punto di vista politico-giuridico, diventa una condizione specifica del diritto e, soltanto così, un oggetto possibile della conoscenza giuridica*». Cfr. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1989, p. 3, il quale alla domanda «*Ma cosa è la pena?*», seppur in via di primissima approssimazione, così risponde: «*la pena è una sofferenza che lo Stato infligge alla persona che ha violato un dovere giuridico e sostanzialmente consiste nella privazione o diminuzione di un bene individuale (vita, libertà, patrimonio, ecc...)*».

<sup>15</sup> Corte cost., 26 giugno 1956, n. 6.

<sup>16</sup> S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017. Tale carattere, come osserva P. CERBO, *La nozione di sanzione amministrativa e la disciplina applicabile*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI, F.F. TUCCARI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, p. 10, sarebbe proprio anche delle pene pecuniarie (multa e ammenda), giacché l'irrogazione delle stesse incide comunque sulla possibilità del condannato di ottenere in futuro della sospensione condizionale della pena detentiva.

<sup>17</sup> Così, P. CERBO, *op. ult. cit.*, p. 8. Secondo altri il *discrimen* fra le due fattispecie nell'obiettivo perseguito dalla norma sanzionatoria: pena sarebbe la sanzione volta a tutelare l'interesse pubblico e, al contempo, a punire il reo, mentre mera natura amministrativa avrebbe la sanzione diretta ad assicurare l'efficacia e il buon andamento della pubblica amministrazione (G. NAPOLITANO, *Manuale dell'illecito amministrativo. Depenalizzazione e funzione sanzionatoria della Pubblica Amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2013; in senso analogo già C. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, I, Pisa, 1831, per il quale la norma penale scaturirebbe dalla necessità, mentre la repressione amministrativa si giustificerebbe nell'utilità di prevenire il delitto). Altre ricostruzioni individuano il criterio discrezionale fra reato e illecito amministrativo nell'idoneità della condotta a violare o meno le «regole di cultura» comuni ad un popolo (M.E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903, pp. 23 ss.)

<sup>18</sup> Talvolta, la Corte ha operato il ragionamento inverso, desumendo dalla natura della sanzione la qualifica, amministrativa o giurisdizionale, dell'organo chiamato a disporla. Tale è il caso deciso con sent. n. 32 del 1957, con la quale la Commissione di vigilanza prevista dall'art. 131 del R.D. n. 1165 del 1938 è stata qualificata come autorità amministrativa, in considerazione delle funzioni dalla stessa svolte. Tali funzioni consistevano in: (i) esprimere pareri; (ii) adempiere a incarichi speciali affidati dal Ministro; (iii) decidere in via definitiva su tutte le controversie attinenti alla prenotazione ed all'assegnazione degli alloggi, alla posizione e qualità di socio od

L'art. 13 della Costituzione, infatti, per i soli provvedimenti che dispongano la detenzione, l'ispezione o la perquisizione personale, oppure determinino una «qualsiasi altra restrizione della libertà personale», affianca alla riserva (tendenzialmente assoluta) di legge, la riserva di giurisdizione, richiedendo che tali misure siano adottate, oltre che «nei soli casi e modi previsti dalla legge», esclusivamente «per atto motivato dell'autorità giudiziaria».

La sanzione amministrativa è, invece, espressione tipica del potere esecutivo<sup>19</sup>, viene irrogata a mezzo di provvedimento amministrativo, che deve essere parimenti motivato<sup>20</sup> e trovare la propria giustificazione in «una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione»<sup>21</sup>.

---

aspirante socio nonché sulle controversie tra socio e socio ovvero tra socio e cooperativa, in quanto riguardino rapporti sociali; (iv) decidere su abusi, irregolarità, nonché sulle contravvenzioni alle norme vigenti e comminare le relative sanzioni. Con particolare riferimento a quest'ultimo profilo, latamente giurisdizionale, la Corte ha osservato che «*Trattasi di decisioni di controversie in sede amministrativa, come risulta anche dall'inciso "decidere in via definitiva", che è riferibile agli atti amministrativi non più suscettibili di ricorso gerarchico; e trattasi di sanzioni amministrative, inflitte da un organo amministrativo per violazione di carattere non penale (è evidente che la parola "contravvenzione" non è usata nel senso proprio di reato, bensì di violazione o infrazione). Per quanto il procedimento davanti alla Commissione di vigilanza presenti garanzie di difesa per gli interessati, queste non sono tali da attribuire al procedimento stesso carattere giurisdizionale, non mancando nel nostro ordinamento, quando trattisi di decisioni amministrative che toccano interessi in contrasto, garanzie del genere*».

19 Inizialmente, la dottrina riteneva che la funzione sanzionatoria da parte dell'Amministrazione rientrasse nel più ampio concetto di «tutela pubblica», all'interno della quale era ricompresa anche la funzione giurisdizionale: così G.D. ROMAGNOLI, *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1837. Tale posizione «unitarista» è stata successivamente abbandonata in favore della ricostruzione partita dalla fattispecie. Per tutti, cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, nel cui pensiero dovevano definirsi «*pene amministrative e non sanzioni penali tutte quelle la cui applicazione è dalla Legge riservata all'autorità amministrativa*». Sul punto, va comunque richiamata Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68, secondo cui «*Nella vastissima sfera dei suoi compiti pubblici l'Amministrazione è chiamata ad emettere una numerosa serie di atti le cui ripercussioni sulla stimabilità delle persone possono essere rilevanti: si pensi agli atti relativi a decadenze, dimissioni, divieti, sanzioni amministrative, fra le quali, relevantissime, quelle disciplinari, che possono giungere alla destituzione di pubblici dipendenti ed alla radiazione dagli albi professionali. Ben potrebbe il legislatore attribuire al giudice la competenza di adottare qualcuno di questi atti; ma non ha fondamento la tesi secondo cui tutti gli atti del genere debbano essere affidati esclusivamente al giudice. Le leggi ed i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa stabiliscono le garanzie formali e sostanziali che spettano al cittadino nei confronti dell'Amministrazione quando trattisi di provvedimenti inerenti alle persone; ma ciò non significa che, nell'ambito della legittimità costituzionale, sia necessario che tali garanzie siano sempre poste nelle mani del giudice. Questi ne conoscerà dopo; ed uno degli elementi essenziali del suo esame consisterà nel rilevare se quelle garanzie siano state o non rispettate dall'organo amministrativo*».

20 Cfr. art. 3, comma 1 della legge n. 241 del 1990.

21 Cfr. art. 1, comma 1 della legge n. 689 del 1981. La prima giurisprudenza della Corte costituzionale ha riconosciuto che, anche per le sanzioni amministrative, «*deve avere [...] applicazione il principio della legalità della pena, ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire*» (sent. n. 78 del 1967). In seguito, la Consulta ha escluso che, per le sanzioni amministrative, il principio dell'irretroattività della legge avesse copertura costituzionale.

Sulla base di tale assunto si giustifica il differente regime di garanzie costituzionali che presiedono all'irrogazione della pena, rispetto a quelle proprie della sanzione amministrativa<sup>22</sup>.

Rimangono, infatti, applicabili esclusivamente alla materia penale i principi costituzionali del *nulla poena sine praevia lege penali* (art. 25, comma 2 Cost.), della personalità della responsabilità penale<sup>23</sup>, nonché della presunzione di innocenza<sup>24</sup> (art. 27 Cost.). Inoltre, stante la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost., l'irrogazione della pena è subordinata al rispetto al complesso dei principi del giusto processo, fissati dall'art. 111 Cost.

Per ciò che, invece, attiene alle sanzioni amministrative, il principio di irretroattività<sup>25</sup> della legge non trova espressa copertura nel precetto costituzionale, bensì in norme di rango primario, quali l'art. 1, comma 1 della legge n. 689 del 1981 e l'art. 11 delle Disposizioni preliminari al Codice Civile. Ne consegue che, in applicazione del criterio cronologico, la norma (attributiva della potestà) sanzionatoria successiva potrebbe prevedere una sua applicazione retroattiva, senza incorrere in vizi di legittimità costituzionale<sup>26</sup>.

22 Per tutti, cfr. V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, Napoli, 1995, pp. 237 ss.; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.

23 E perciò si spiega l'idoneità delle persone giuridiche ad essere destinatarie di una sanzione amministrativa (v., ad es., il sistema della responsabilità amministrativa di cui al D.lgs. n. 231/2001), ma giammai di una pena. In una prospettiva comparata, appare interessante il riferimento alla risalente giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, che sostiene la natura costituzionale del principio personalistico e di colpevolezza, non solo con riferimento alla pena, ma anche, più in generale, a qualsiasi illecito al quale siano riconosciute conseguenze funzionalmente analoghe, come nel caso in cui la sanzione amministrativa abbia finalità repressiva e retributiva (cfr. BVerfG, 4 febbraio 1959; BVerfG, 25 ottobre 1966). Analoghi approdi sono stati raggiunti nell'esperienza spagnola, ove, per previsione costituzionale, «*La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*» (art. 25, par. 3). A partire da tale norma, il *Tribunal Constitucional* ha stabilito che «*Il diritto alla presunzione di innocenza non può ritenersi limitato allo stretto ambito del processo penale, bensì deve estendersi a qualsiasi procedimento che conduca ad una decisione, amministrativa o giurisdizionale, avente ad oggetto una condotta della persona e implicante una valutazione da cui deriva una conseguenza sanzionatoria o comunque limitativa dei suoi diritti*» (sent. n. 13 del 1982), ed inoltre «*Il principio di colpevolezza vale anche in materia di illeciti amministrativi [...] laddove la conseguenza prevista per tali illeciti rappresenti una delle manifestazioni dello ius puniendi dello Stato*» (sent. n. 76 del 1990 e n. 246 del 1991).

24 Anche sotto tale profilo, conviene richiamare l'esperienza costituzionale tedesca, nell'ambito della quale il *Bundesverfassungsgericht* ha finito per estendere al settore delle sanzioni amministrative la presunzione di innocenza: cfr. C. STUCKENBERG, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Berlino-New York, 1998, e riferimenti ivi citati. In generale, sull'ordinamento delle sanzioni amministrative punitive in Germania, v. U. SIEBER, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, pp. 35 ss.

25 In letteratura, sul principio di irretroattività nel diritto amministrativo punitivo, cfr. W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo: limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, 2017; P. CHIRULLI, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 2; V. PAMPANIN, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successione di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Diritto Amministrativo*, 2018, 1, pp. 141 ss.

Inoltre, l'attività provvedimentale che sfocia nell'irrogazione della sanzione amministrativa si atteggia alla stregua di un procedimento amministrativo, come tale soggetto al principio del c.d. "giusto procedimento", molto meno denso di significato garantistico<sup>27</sup> rispetto all'anzidetto principio del giusto processo.

La sanzione amministrativa, poi, come afferma autorevole dottrina<sup>28</sup>, si configura quale prestazione personale o patrimoniale imposta, e come tale ricade nel meno ampio perimetro di tutela costituito dalla riserva (relativa) di legge di cui art. 23 Cost.. Ciò non equivale ad affermare che la potestà sanzionatoria sia scevra da argini

26 La Corte costituzionale inizialmente ammetteva, valorizzando il dato letterale, che il divieto di irretroattività desumibile dall'art. 25, comma 2 Cost. potesse riferirsi alle "norme punitive" genericamente intese, e dunque anche alle sanzioni amministrative (sent. n. 66 del 1966). Tuttavia, successive pronunce hanno affermato che, in materia di sanzioni amministrative, "l'osservanza del principio stesso è rimessa alla prudente valutazione del legislatore" (così, sent. n. 68 del 1984; in materia tributaria, sent. n. 58 del 2009). La giurisprudenza amministrativa in proposito ha rilevato che «il principio di irretroattività, invero, sebbene non costituzionalizzato fuori dalla materia penale: rappresenta un principio generale dell'ordinamento, come si desume dall'art. 11 delle Preleggi», trovando "un suo fondamento ulteriore nei principi di tutela dell'affidamento e della certezza del diritto, la cui crescente importanza è confermata anche dalla giurisprudenza sovranazionale, tanto della Corte di giustizia quanto della Corte europea per la tutela dei diritti dell'uomo» (Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882). In dottrina, fra i primi ad affermare l'assenza di copertura costituzionale del principio di irretroattività della sanzione amministrativa F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto it.*, IX, 1973; E. DOLCINI, *Commento all'art. 1*, in E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle "modifiche al sistema penale" (Legge 24 novembre 1981, n. 689)*, Milano, 1982, p. 10. In generale, sul tema dell'efficacia nel tempo delle norme attributive del potere sanzionatorio amministrativo, v. P. CERBO, *Il principio di irretroattività*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, che, tuttavia, appare criticabile nella parte in cui attribuisce copertura costituzionale al principio in esame, desumendolo da Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, la quale, invero, trae spunto dagli interventi della Corte EDU in materia di confisca, e dunque riferiti non all'illecito amministrativo *tout court*, ma alla particolare categoria delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Un caso di retroattività della sanzione amministrativa si è, peraltro, verificato durante la prima fase del periodo pandemico, allorché il legislatore ha deciso di punire con sanzione amministrativa retroattiva il mancato rispetto delle misure di contenimento emanate per fronteggiare lo stato di emergenza pandemico (art. 4, comma 1 del d.l. n. 19 del 2020); condotta, questa, in precedenza costituente reato (art. 3, comma 4 del d.l. n. 6 del 2020).

27 Il principio del giusto procedimento è stato teorizzato per la prima volta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 13 del 1962, ove esso è definito come «principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato». La Corte ivi afferma che "Quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico». La successiva giurisprudenza costituzionale ha messo in ombra tale principio, dubitando, invero, che lo stesso goda di copertura costituzionale (cfr. sentt. n. 59 del 1965, n. 212 del 1972, n. 23 del 1978), oppure affermando che lo stesso rivesta rango costituzionale solo in determinate materie, come nel caso di apposizione di limiti alla proprietà privata: sul punto, v. specificamente, sent. n. 143 del 1989. Con riferimento alle pronunce più recenti, la natura non costituzionale del principio del giusto procedimento è stata affermata a chiare lettere dalla sent. n. 71 del 2015, a mente della quale «il principio del "giusto procedimento" (in virtù del quale i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni, e in particolare prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti), non può dirsi assistito in assoluto da garanzia costituzionale (sentenze n. 312, n. 210 e n. 57 del 1995, n. 103 del

costituzionali, o che possa esplicarsi secondo l'arbitrio del legislatore o dell'autorità pubblica chiamata per legge ad integrare il precetto normativo.

Anzi, il richiamo alle garanzie previste dall'art. 23 Cost. consente di fare applicazione, anche in materia sanzionatoria, dei principi fissati dalla giurisprudenza sulle prestazioni imposte. Più in particolare, la Corte costituzionale ha statuito che, per dirsi compatibile con il parametro costituzionale evocato, la legge deve determinare preventivamente sufficienti criteri e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa<sup>29</sup>, oltre a consentire di desumere chiaramente l'entità della prestazione imposta<sup>30</sup>.

Nello stesso senso depone anche il costante indirizzo del Consiglio di Stato, per il quale *«la regola di irretroattività dell'azione amministrativa è espressione dell'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici, oltreché del principio di legalità che, segnatamente in presenza di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato (tali sono quelli introduttivi di prestazioni imposte), impedisce di incidere unilateralmente e con effetto «ex*

---

1993 e n. 23 del 1978; ordinanza n. 503 del 1987). Questa constatazione non sminuisce certo la portata che tale principio ha assunto nel nostro ordinamento, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), e successive modifiche, in base alla quale «il destinatario dell'atto deve essere informato dell'avvio del procedimento, avere la possibilità di intervenire a propria difesa, ottenere un provvedimento motivato, adire un giudice» (sentenza n. 104 del 2007)». Nella giurisprudenza successiva, la Corte ha fatto scarsamente ricorso al principio in esame: v. sent. n. 15 del 2017, nella quale ha statuito che, in materia di cessazione di incarichi dirigenziali, *«la esistenza di una previa fase valutativa risulta essenziale anche per assicurare il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che ne consenta comunque un controllo giurisdizionale»*. Si v. anche sent. n. 66 del 2018, che ha dichiarato l'incostituzionalità di norme di legge regionale che vietava l'apertura di nuove cave di sabbia e ghiaia, e al contempo consentiva, a determinate condizioni, ampliamenti di cave esistenti: in tale occasione, la Corte ha ritenuto che *«la Regione è intervenuta con legge laddove avrebbe dovuto operare con atti di pianificazione, da adottarsi a seguito di un'adeguata istruttoria e di un giusto procedimento, aperto al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati e preordinato alla sintesi delle plurime istanze coinvolte (statali, locali e private) [...] È all'esito del procedimento, infatti, che l'amministrazione realizza la ponderazione degli interessi emersi nella sequenza procedimentale, in vista del perseguimento del primario interesse pubblico, in coerenza con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97, secondo comma, Cost»*. Sul giusto procedimento, in dottrina, v. L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2009, pp. 277-302; L. PEDULLÀ, *Giusto procedimento e diritto europeo ad una "buona amministrazione": l'individuo e la sua dignità quale principio cardine dello Stato di diritto*, in *Koreuropa*, 2019; L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio AIC*, 2014; nonché l'insuperato V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 132.

28 F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, 1974, pp. 77 ss.

29 Cfr. Corte cost., 22 novembre 2017, n. 240; 17 dicembre 2013, n. 307; 29 febbraio 2012, n. 33; 26 ottobre 2007, n. 350; 1° aprile 2003, n. 105; 2 gennaio 2002, n. 435; 20 maggio 1996, n. 157; 26 gennaio 1957, n. 4.

30 Cfr. Corte cost., 27 luglio 2020, n. 168; 31 marzo 2010, n. 115; 14 giugno 2007, n. 190; 15 giugno 1994, n. 236.

*ante» sulle situazioni soggettive del privato (cfr. Cons. St., Sez. IV<sup>^</sup>, n. 1317 del 07.03.2001; Sez. VI<sup>^</sup>, n. 2045 del 01.12.1999; Sez. IV<sup>^</sup>, n. 502 del 30.03.1998)»<sup>31</sup>.*

I principi in materia di prestazioni imposte si aggiungono a quelli dettati con specifico riferimento alle sanzioni amministrative, e determinano la costituzione di un duplice ordine di garanzie di rango costituzionale.

E così, si rivelano illegittime quelle norme attributive di potere sanzionatorio, che si risolvano in prescrizioni normative in bianco, genericamente orientate «*ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini*»<sup>32</sup>.

A ciò si aggiungano la garanzia, prevista dall'art. 113 Cost., della necessaria giustiziabilità del provvedimento sanzionatorio, contro il quale «*è sempre ammessa la tutela giurisdizionale*», che «*non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*»<sup>33</sup>.

Sotto questo profilo, per garantire la tutela giurisdizionale effettiva avverso il provvedimento sanzionatorio, il relativo sindacato deve poter accedere «*sia agli aspetti procedurali dell'irrogazione della sanzione, sia all'accertamento fattuale della violazione e della sua gravità*»<sup>34</sup>.

Così individuati gli elementi distintivi della pena e della sanzione amministrativa, quest'ultima può definirsi, a livello dogmatico, in termini residuali, come «*misura afflittiva non consistente in una pena criminale o in una sanzione civile, irrogata*

<sup>31</sup> Così, Cons. Stato, Sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4301.

<sup>32</sup> Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139.

<sup>33</sup> Come rilevato da S. CARDIN, *L'illecito punitivo-amministrativo: principi sostanziali, procedurali e processuali*, Padova, 2012, p. 201, «*Il giudizio di opposizione assume dunque una portata fondamentale nel sistema sanzionatorio amministrativo, perché costituisce il momento in cui il provvedimento sanzionatorio amministrativo, anche in relazione ai profili di responsabilità del soggetto individuato come trasgressore, viene sottoposto, in contraddittorio, all'esame di un organo dotato di «terzietà»; tale finale garanzia del contraddittorio e della «terzietà» dell'organo giudicante è ciò che, in definitiva, assicura la non contrarietà alla Costituzione del sistema sanzionatorio amministrativo*».

<sup>34</sup> M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi*, 2018, 8, p. 6. Cfr. anche J. GOLDSCHMIDT, *Le contravvenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo*, in AA.VV., *Per il cinquantenario della "rivista penale" fondata e diretta da Luigi Lucchini*, Città di Castello, 1925, 413, secondo cui nel diritto sanzionatorio avrebbero dovuto sempre essere rispettati il principio di legalità e il diritto alla tutela giurisdizionale. Quanto al tema del riparto di giurisdizione in materia di impugnazione di provvedimenti amministrativi sanzionatori, la dottrina (per tutti, C. MEZZABARBA, *Sanzioni amministrative. Rassegna di giurisprudenza della Cassazione*, in *Foro it.*, 1994, I, pp. 1468 ss.) e la giurisprudenza (fra le pronunce più risalenti: Cass., S.U., 24 febbraio 1978, n. 926; Cons. Stato, Ad. Plen, 17 maggio 1974, n. 9) sono solite distinguere fra «misure punitive», sindacabili dal giudice ordinario in quanto espressione di un potere non autoritativo e sostanzialmente vincolato, e «misure ripristinatorie», devolute alla cognizione del giudice amministrativo in quanto solo sussidiarie rispetto ad altro potere amministrativo.

*nell'esercizio di potestà amministrative come conseguenza di un comportamento assunto da un soggetto in violazione di una norma o di un provvedimento amministrativo»<sup>35</sup>.*

La definizione in esame, seppure corretta e condivisibile nella sua impostazione, appare, tuttavia, idonea a ricomprendere una vasta gamma di fattispecie provvedimentali, alcune delle quali non effettivamente ascrivibili al concetto di "sanzione".

Ciò ha indotto la giurisprudenza costituzionale ad intervenire al fine di arginare tentativi di strumentalizzazione del concetto.

Più nello specifico, la Corte ha negato la natura sanzionatoria delle misure di sospensione dalla carica elettiva e a quelle della decadenza e dell'incandidabilità<sup>36</sup>.

È stata parimenti ritenuta priva di contenuto sanzionatorio la norma che prevede la revoca della patente nei casi previsti dall'art 120 del codice della strada in quanto rappresenta la constatazione della mancanza dei requisiti richiesti per la titolarità di quel titolo di abilitazione<sup>37</sup>.

Di recente, con la sentenza n. 194 del 2021, la Corte si è espressa circa l'obbligo di restituire la somma percepita a titolo di NASpI, al ricorrere di determinate condizioni.<sup>38</sup>

La Corte ha affermato che *«In quest'ottica l'obbligo restitutorio non è una "sanzione" per il fatto che il beneficiario dell'incentivo all'autoimprenditorialità abbia instaurato un*

35 E. CASSETTA, voce "Sanzione amministrativa", in *Dig. Disc. Pubb.*, XIII, p. 598 ss.

36 Corte cost., 25 novembre 2015, n. 236 ha affermato che *«tali misure non costituiscono sanzioni o effetti penali della condanna, ma conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate o per il loro mantenimento: «nelle ipotesi legislative di decadenza ed anche di sospensione obbligatoria dalla carica elettiva previste dalle norme denunciate non si tratta affatto di "irrogare una sanzione graduabile in relazione alla diversa gravità dei reati, bensì di constatare che è venuto meno un requisito essenziale per continuare a ricoprire l'ufficio pubblico elettivo" (sentenza n. 295 del 1994), nell'ambito di quel potere di fissazione dei "requisiti" di eleggibilità, che l'art. 51, primo comma, della Costituzione riserva appunto al legislatore» (sentenza n. 25 del 2002). In sostanza il legislatore, operando le proprie valutazioni discrezionali, ha ritenuto che, in determinati casi, una condanna penale precluda il mantenimento della carica, dando luogo alla decadenza o alla sospensione da essa, a seconda che la condanna sia definitiva o non definitiva.»*

37 Corte cost., 9 febbraio 2018, n. 22 ha statuito che *«la revoca della patente, nei casi previsti dall'art. 120 in esame, non ha natura sanzionatoria, né costituisce conseguenza accessoria della violazione di una disposizione in tema di circolazione stradale, ma rappresenta la constatazione dell'insussistenza (sopravvenuta) dei "requisiti morali" prescritti per il conseguimento di quel titolo di abilitazione.»*

38 Corte cost. 20 ottobre 2021, n. 194. Nel caso specifico, infatti, il ricorrente aveva richiesto ex art. 8 comma 1 del d. lgs. 22 del 2015 la liquidazione anticipata della NaSpI in un'unica soluzione a titolo di incentivo all'avvio di un'attività lavorativa autonoma o di impresa individuale, ma aveva instaurato nel mese di maggio un rapporto di lavoro subordinato con un'altra società. L'INPS aveva pertanto richiesto la restituzione della somma ricevuta a titolo di anticipazione in quanto il presupposto del beneficio era la situazione di disoccupazione del lavoratore ed il relativo reimpiego di quest'ultimo, a nulla rilevando l'importo percepito dal lavoro dipendente ed il tempo di impiego. Il giudice *a quo* aveva dunque sollevato una questione di legittimità costituzionale in quanto la decadenza dal beneficio – ed il relativo obbligo di restituzione dell'importo percepito – risultava essere sproporzionato nel caso concreto in quanto per la limitata durata del rapporto (22-27 maggio) non sarebbe stata vanificata la *ratio* del beneficio.

*rapporto di lavoro subordinato nel periodo di spettanza della NASpI periodica. Bensì tale circostanza, in quanto verificatasi proprio nel periodo suddetto, è stata considerata dal legislatore come elemento fattuale indicativo della mancanza o insufficienza del presupposto stesso del beneficio – ossia dell’inizio, e poi prosecuzione, di un’impresa individuale (o cooperativa) ovvero di un’attività di lavoro autonomo – secondo un criterio semplificato, tale da non richiedere all’Istituto previdenziale un’indagine in ordine alla maggiore o minore incidenza e portata della contestuale prestazione di lavoro subordinato».*

## **2. La nozione di sanzione amministrativa sostanzialmente penale come prodotto del dialogo fra Corti.**

Se la nozione di sanzione amministrativa deve essere desunta per riduzione del concetto di pena, allora, conseguentemente, tanto più si espande la materia penale, quanto meno residuerà l’autonomia del diritto amministrativo sanzionatorio.

Il concreto dispiegarsi della realtà ordinamentale dimostra, tuttavia, come la netta bipartizione fra ciò che è penale e ciò che non lo è sia inidonea a garantire il corretto bilanciamento fra le esigenze (pubblicistiche) e le garanzie (privatistiche) sottese alla vicenda punitiva<sup>39</sup>.

Nel tentativo di operare tale bilanciamento, si è venuta a determinare in via pretoria una «ricostruzione a geometria variabile della materia penale»<sup>40</sup>, con

39 Cfr. F. ANTOLISEI, *op. cit.*, pp. 11 ss., secondo cui «molto delicata è la determinazione dei rapporti fra il nostro ramo [penale] e il diritto amministrativo. La linea di demarcazione è tutt’altro che rigida ed ha subito in passato vari spostamenti. La difficoltà della delimitazione deriva anche dal fatto che il diritto amministrativo contiene norme che stabiliscono, come conseguenza delle rispettive violazioni, sanzioni che in sostanza sono pene, in quanto implicano una diminuzione di beni dell’individuo». Richiamandosi esplicitamente alla dottrina dello Zanobini, l’Autore ricomprende fra le “pene amministrative”: (i) le pene disciplinari, (ii) le pene pecuniarie per la violazione di precetti generali, (iii) le pene fiscali e di finanza, (iv) le pene o misure di polizia. Sulla problematica ricostruzione dei rapporti fra diritto penale e diritto amministrativo punitivo, v. ancora G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano, 2019, per cui «Nei rapporti con l’illecito amministrativo l’unico criterio per identificare i reati è offerto dal nome delle pene principali. In particolare, quando la legge commina la multa (pena pecuniaria per i delitti: art. 18 c.p.) o l’ammenda (pena pecuniaria per le contravvenzioni: art. 18 c.p.) ci si trova in presenza di un reato, mentre sanzioni non pecuniarie non designate come multa o come ammenda (né designate come sanzione pecuniaria civile) hanno natura di sanzione amministrativa»; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, secondo il quale «sussiste un certo grado di fungibilità tra sanzioni penali e sanzioni amministrative [...]. Entrambi i tipi di sanzione hanno infatti l’analoga finalità di prevenzione generale e speciale di illeciti e ciò spiega una certa affinità di regime. Il legislatore italiano, per tradizione, ha impostato la distinzione sulla base di criteri formali (qualificazioni legislative dell’illecito come penale o amministrativo) con piena libertà di scegliere il tipo sanzione da applicare a seconda dei mutevoli indirizzi della politica legislativa volti a criminalizzare o a depenalizzare gli illeciti».

40 L’espressione si ritrova in F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 79, il quale – nell’analisi dell’esperienza tedesca – sottolinea come il *Bundesverfassungsgericht* costantemente escluda l’applicabilità alla materia delle sanzioni

l'applicazione al settore delle sanzioni amministrative di istituti e garanzie costituzionali tipici della materia penale.

Tale situazione discende dal limite ontologico che incontra il legislatore nella determinazione della fattispecie penale. Infatti, la necessaria determinatezza della fattispecie criminosa non consente di concepire formule flessibili e non immediatamente qualificanti, con la conseguenza che sarebbe affidata all'interprete la corretta individuazione delle condotte che costituiscano illecito amministrativo da quelli che, al contrario, meritano una sanzione penale.

In questo contesto, le Corti e il loro dialogo hanno svolto una funzione cruciale nell'individuazione di quegli illeciti peculiari, in relazione ai quali la risposta statutale si muove formalmente sul piano amministrativo, ma che, tuttavia, condivide la sostanza della pena.

Il tema in esame, invero già conosciuto dalla letteratura degli anni '60 e '70 del Novecento<sup>41</sup>, è emerso con particolare vigore allorché, nei diversi ordinamenti europei, è andato diffondendosi il fenomeno della depenalizzazione.

Pur non essendo questa la sede per trattare analiticamente tale complesso fenomeno, occorre, tuttavia, rilevare come l'impianto della legge n. 689 del 1981 – che comunque ha il pregio di aver introdotto una disciplina generale in materia di sanzioni amministrative<sup>42</sup> – lasci sostanzialmente inavasa la questione di fondo.

Il legislatore, infatti, appiattendosi sulla dicotomia, che già appariva inadatta<sup>43</sup>, fra illecito penale e illecito amministrativo, ha omesso di distinguere «*chiaramente e con coscienza disegno, nell'ambito delle sanzioni amministrative, le sanzioni amministrative punitive, vere e proprie «pene» amministrative (e per le quali, a dire il vero, il termine «depenalizzazione» potrebbe apparire inadatto), e le sanzioni amministrative in senso stretto, da prevedere per taluni tipi di illecito. In altri termini, si sarebbe dovuto prevedere una disciplina delle sanzioni amministrative, che offrisse all'ordinamento e, per esso, alla p.a., che è il soggetto nel quale s'investono gli interessi dell'ordinamento, la possibilità, nei confronti delle violazioni dei suoi comandi, di una reazione non soltanto afflittiva, ma anche di una reazione positiva. Una reazione, cioè, volta, seppure in qualche caso in modo indiretto, alla realizzazione dell'interesse che si vuol perseguire attivamente, eppertanto una reazione più*

---

amministrative della riserva di giurisdizione e del principio del *ne bis in idem*.

41 Cfr. P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 63; V. BACHELET, *Problemi e prospettive della depenalizzazione delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, Padova, 1964, IV, pp. 2237 ss..

42 S. CARDIN, *op. cit.*, p. 13 afferma che «*Nel 1981 si è con ciò aperta la via per un incardinamento «codificato», in capo alla pubblica amministrazione, di una certa, estesa competenza nell'ambito delle sanzioni punitive, rivolta alla cura di interessi generali*».

43 Cfr. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Novissimo Digesto it.*, XVI, 1969, 537, il quale ritiene che il concetto di sanzione amministrativa non possa essere indagato se non avendo a riguardo la funzione dalla stessa in concreto svolta.

*duttile e manovrabile, esercizio di discrezionalità in senso proprio, ed espressione di quello stesso potere il cui esercizio s'intende rafforzare con la sanzione. E mentre per le sanzioni punitive si sarebbe potuto pure far ricorso ad una disciplina garantistica quale quella dettata dalla l. n. 689, per le sanzioni amministrative più propriamente tali una simile disciplina non appare né congrua, né pertinente»<sup>44</sup>.*

L'omissione legislativa può probabilmente essere spiegata con il timore che un'eccessiva espansione delle garanzie penalistiche al campo dell'illecito amministrativo potesse determinare un intasamento dei sistemi giurisdizionali, frustrando l'obiettivo primario sotteso alle misure di depenalizzazione.

Sulla spinta decisiva dell'ordinamento sovranazionale – e particolarmente della giurisprudenza della Corte EDU, che certo non soffre il sovrannumero di ricorsi che affliggono le Corti domestiche<sup>45</sup> – è stata coniata l'espressione di “sanzione sostanzialmente penale”.

Si tratta di una tipologia sanzionatoria ibrida, non aprioristicamente definibile, la cui individuazione è riservata all'opera dell'interprete, la sensibilità del quale, in assenza di precisi criteri definitivi, determina, in ultima analisi, la disciplina in concreto applicabile.

Il concetto di sanzione sostanzialmente penale sfugge, per sua natura, a tentativi di classificazione o di categorizzazione, e deve essere letto alla luce delle esigenze che ne hanno giustificato l'introduzione.

Tali esigenze consistono nell'«assicurare, per via ermeneutica, uno standard minimo di armonizzazione tra ordinamenti profondamente divergenti, nella materia delle sanzioni “afflittive” e delle pertinenti garanzie di tutela”, nonché nello “scongiorare il rischio che diverse catalogazioni formali degli illeciti producano un effetto elusivo dell'applicazione delle guarentigie convenzionali stabilite per le sanzioni penali (c.d. “truffa delle etichette”)»<sup>46</sup>.

In tale prospettiva, emerge come il conio della “materia sostanzialmente penale” null'altro sia che un tassello del più ampio mosaico dell'integrazione reciproca fra

<sup>44</sup> L. GIAMPAOLINO, *La depenalizzazione e l'illecito amministrativo*, in *Foro it.*, V, 105, 1982, p. 248.

<sup>45</sup> Basti far riferimento ad alcuni dati emblematici. Secondo la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020* (ultima disponibile) del Primo Presidente della Corte di Cassazione, il numero dei soli procedimenti civili complessivamente pendenti in Italia ammontava a 3.321.149 unità, cui si aggiungono i 2.644.787 giudizi penali, nonché le controversie pendenti innanzi agli organi delle giurisdizioni speciali (amministrativa, contabile, militare, tributaria). Invece, la Corte EDU – organicamente meno dotata degli apparati giurisdizionali domestici – tratta in media 50.000 ricorsi/anno, e, secondo gli ultimi dati disponibili (riferiti al 2020) risultano pendenti circa 62.000 controversie, con un incremento del 22% rispetto all'anno 2019, probabilmente a causa delle difficoltà operative collegate all'emergenza sanitaria.

<sup>46</sup> Così C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *Federalismi*, 2019, 23, p. 3.

ordinamenti costituzionali, compulsata principalmente, ma non esclusivamente, dal dialogo fra le rispettive Corti<sup>47</sup>.

La dottrina, in questo senso ha anche osservato che «*per via dell'influenza della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e, più precisamente, dell'interpretazione estensiva, da essa propugnata, delle garanzie di matrice penalistica contenute nella CEDU. Interpretazione che sta sempre più rendendo liquido il fin qui impermeabile confine concettuale che è stato erto a separazione di detti due sistemi sanzionatori. In tale ottica, non sembra quindi avventato dire che quanto sta accadendo in materia di sanzioni amministrative rappresenti uno degli esempi più luminosi del modo in cui talvolta le Corti sovranazionali irrompono con la propria giurisprudenza negli ordinamenti nazionali ponendo in dubbio (talvolta in modo condivisibile, talaltra meno) talune tradizionali certezze*»<sup>48</sup>.

A livello metodologico, gli sviluppi del concetto di sanzione amministrativa sostanzialmente penale possono individuarsi quali linee di tendenza del c.d. "transcostituzionalismo"<sup>49</sup>, il quale presuppone non un mero scambio dialogico<sup>50</sup> fra le Corti nazionali e sovranazionali, bensì un'«*scambi permanenti nelle relazioni tra i Poteri Legislativi, governi e amministrazioni di differenti paesi, che spingono l'evoluzione dei sistemi giuridici in direzioni comuni. Anche in questo caso, viene messa in risalto una concezione basata sul dialogo, piuttosto che sulla forza e sulla sovranità, presupponendo che il diritto costituzionale e i vari attori del diritto interno non adottino un modello di resistenza, né di convergenza servile, ma di articolazione con fonti e pratiche esterne, il che serve come banco di prova per le tradizioni proprie del paese messo faccia a faccia con altre esperienze*»<sup>51</sup>.

Per effetto di tale processo si registra un sensibile rafforzamento dei diritti e degli interessi individuali, cui corrisponde una simmetrica compressione dell'interesse

47 In argomento, fra i molti contributi dottrinali, cfr. F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *Federalismi*, 4, 2018; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018; L.S. ROSSI, *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi*, 16, 2018; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2019; G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. e Soc.*, 4, 2019.

48 P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 6.

49 L'espressione è dello studioso brasiliano M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, San Paolo, 2009.

50 In generale, sul dialogo fra Corti in materia di diritti cfr. G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2016; A. BARBERA, *Le Carte dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, 4. Con particolare riferimento al dialogo fra Corti in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, v. M. MANCINI, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riferimento alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi*, 2018, 1.

51 B. MAKOWIECKY SALLES, P. MÁRCIO CRUZ, N. BASIGLI, *Attivismo giudiziale e dialoghi transgiudiziali: parametri per l'interazione tra decisioni nazionali e straniere*, in *Rivista AIC*, 3, 2021.

pubblico<sup>52</sup>. Per quanto più specificamente attiene al panorama sanzionatorio, la tendenza ad applicare agli illeciti amministrativi le garanzie riservate dall'ordinamento alla materia penale<sup>53</sup> potrebbe, in effetti, rendere meno intensa la tutela degli interessi pubblici presidiati dalla sanzione amministrativa.

Dunque, viene almeno da chiedersi, in assenza di puntuali indicazioni da parte del diritto positivo, (i) quale sia il punto massimo di espansione del c.d. "metapprincipio della massimizzazione della tutela"<sup>54</sup>, e (ii) quale impatto esso produca in concreto sul sistema dei poteri costituzionali, specie in relazione alla possibilità per l'amministrazione di qualificare una sanzione come sostanzialmente penale, e per l'effetto di disapplicare una norma sanzionatoria, ritenendola in contrasto con i principi propri della materia.

La prima delle questioni deve essere affrontata alla luce dell'impianto assiologico costituzionale e delle Carte sovranazionali dei diritti. I sistemi costituzionali moderni, perlomeno nelle ricostruzioni oggi dominanti, assistono alla compresenza di valori in reciproco e ontologico conflitto, configurati come entità tiranniche<sup>55</sup> ciascuna delle quali reclama la propria assoluta affermazione a scapito delle altre.

Del resto, «è nell'idea stessa di Costituzione la sua vocazione alla massima affermazione possibile, in specie nei suoi valori di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), la coppia assiologica fondamentale – come si è veduto – che dà senso agli stessi principi fondamentali restanti, piegati a darvi il più adeguato servizio in ragione dei casi»<sup>56</sup>.

In questa prospettiva, alla massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali concorrono tutte le fonti di rango superiore alla legge, in un rapporto di reciproca integrazione e nel rispetto della regola aurea del *plus* di tutela<sup>57</sup>.

La tendenza espansiva dei diritti fondamentali incontra, tuttavia, alcuni limiti, funzionali ad evitare che una o più situazioni giuridiche costituzionalmente o

52 B. SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del "dialogo" tra Corti in materia di diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021.

53 In letteratura, D. BIANCHI, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1, pp. 322 ss. ha parlato di "garantismo panpenalistico".

54 Come è definito in letteratura: cfr., *ex multis*, A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Diritti comparati*, 1/2020, 217; *Un'opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e Costituzione, nella opinione di P. Pinto de Albuquerque in G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Diritti comparati*, 7, 2020; A. RANDAZZO, *Il "metapprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020. Più di recente, A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*, *Diritti comparati*, 3, 2021.

55 Secondo la nota definizione di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1970, 6 ss, poi ripresa da G. ZAGREBELSKY, *Valori e diritti nei conflitti della politica*, consultabile in [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it).

56 A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta online*, 2016, II, 274.

57 Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317.

convenzionalmente tutelate possano divenire tiranne rispetto ad altri interessi parimenti rilevanti.

Ciò si verifica, in primo luogo, quando l'incontrollata espansione di un diritto fondamentale pregiudica il godimento di una posizione giuridica distinta e parimenti tutelata, appartenente ad altri. Esempio, in tal senso, è la celebre sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013, sul c.d. "caso ILVA", nell'ambito della quale è stata negata la preminenza del diritto alla salute rispetto al diritto al lavoro<sup>58</sup>. In tale ipotesi, si individua un limite interno al metapprincipio della massimizzazione della tutela, che impone un contemperamento fra i valori, i principi e i diritti in conflitto, così da conferire il necessario equilibrio al sistema di garanzia dei diritti fondamentali.

Un secondo limite, questa volta esterno al metapprincipio della massimizzazione della tutela, si rinviene nei casi in cui l'espansione delle garanzie dei diritti individuali metta a repentaglio principi organizzativi di struttura dell'ordinamento repubblicano. All'interno di tali ipotesi rientra, esemplificativamente, la vicenda decisa dalla Consulta nella sentenza n. 230 del 2012, con la quale è stata rigettata la q.l.c. avente ad oggetto l'art. 673 c.p.p. *«nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna (nonché del decreto penale e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti), anche il «mutamento giurisprudenziale», determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato»*. In proposito, la Corte costituzionale ha osservato che *«la richiesta pronuncia additiva comporterebbe una vera e propria sovversione «di sistema», venendo a creare un generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e i giudici dell'esecuzione, al di fuori del giudizio di rinvio: con risultati, peraltro, marcatamente disarmonici, stante la estraneità della regola dello stare decisis alle coordinate generali dell'ordinamento»*.

In senso analogo, la Consulta, più di recente<sup>59</sup>, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Trapani con riferimento all'art. 4 *ter*, comma 3 del d.l. n. 255 del 2001, che preclude al personale educativo di sesso femminile di essere affidatario di attività convittuali in convitti maschili, e viceversa. Nella specie, la Corte ha affermato che poiché *«la realizzazione delle*

---

<sup>58</sup> Giova, in tal senso, richiamare il celeberrimo passaggio in cui la Corte afferma che *«Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»*.

<sup>59</sup> Corte cost., 5 gennaio 2022, n. 1.

*finalità che la vigente disciplina annette alle istituzioni educative presuppone che la suddetta distinzione operi simmetricamente in relazione a entrambi i termini del rapporto educativo, l'ablazione della norma censurata – che tale differenziazione assicura con riferimento a coloro che svolgono la funzione educativa – inciderebbe sulla funzionalità dell'assetto così congegnato, generando, di conseguenza, disarmonie nel sistema complessivamente considerato».*

Il metapprincipio della massimizzazione della tutela è altresì limitato, sempre dall'esterno, dagli interessi finanziari dello Stato<sup>60</sup>, che certo devono servire allo sviluppo della persona umana e alla tutela dei diritti fondamentali, ma che possono al contempo rappresentare un argine all'illimitata espansione delle libertà e dei diritti sociali. In tale contesto, si inserisce la giurisprudenza costituzionale di cui è espressione la sentenza n. 10 del 2015 (sulla c.d. "Robin Hood tax"), nella quale la Corte ha limitato *pro futuro* gli effetti della declaratoria di incostituzionalità<sup>61</sup>, sul presupposto che «*nella specie, l'applicazione retroattiva della presente declaratoria di illegittimità costituzionale determinerebbe anzitutto una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost. L'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, determinerebbe, infatti, uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime. Pertanto, le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata finirebbero per richiedere, in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole».*

Una peculiare applicazione di tale limite è, a mio avviso, riscontrabile anche nell'ambito della diatriba legata all'imposizione dell'obbligo vaccinale contro il Covid-19, il cui fondamento – come altrove ho provato a sostenere<sup>62</sup> – dovrebbe rinvenirsi, oltre che nell'art. 32 Cost., anche nell'interesse a «*evitare la spesa, da parte dello Stato, di enormi quantità di risorse pubbliche al fine di fornire adeguata assistenza*

<sup>60</sup> In generale, con riferimento alle "sentenze che costano", cfr. le fondamentali riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, l'8 e il 9 novembre 1991, Milano, 1993, pp. 99 ss.

<sup>61</sup> In senso conforme, da ultimo, v. Corte cost., 20 luglio 2020, n. 152.

<sup>62</sup> C. D'ORAZI, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il Covid-19, fra autodeterminazione e necessità*, in *Rivista AIC*, 2021, 3.

sanitaria ai propri cittadini, nel perseguimento dei paradigmi di welfare che traspaiono nelle pieghe della Carta costituzionale».

Veniamo ora ad analizzare quale impatto il metapprincipio della massimizzazione della tutela produca sul sistema dei poteri costituzionali, con particolare riferimento alla possibilità per l'amministrazione di qualificare autonomamente una sanzione come sostanzialmente penale e conseguentemente applicarvi i relativi principi, sino al punto di disapplicare la norma sanzionatoria, in quanto con essi ritenuta incompatibile.

In altre parole, ci si chiede se l'amministrazione possa sottrarsi alla legge che è chiamata ad applicare, quando ciò è necessario per massimizzare la tutela dell'individuo che rischia di subire una sanzione amministrativa sostanzialmente penale, in violazione delle garanzie, di origine pretoria, che presidiano la materia.

Ad essere rigorosi, l'amministrazione, al pari dell'autorità giurisdizionale, è tenuta ad interpretare il diritto positivo domestico in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato, essendogli preclusa la possibilità di disapplicare una norma interna di cui dubita la compatibilità con la Costituzione o la CEDU.

La disapplicazione della norma interna è consentita (*rectius*: doverosa) da parte dell'amministrazione nei casi di contrasto con il diritto eurounitario *self-executing*, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza della CGUE<sup>63</sup>, della Corte costituzionale<sup>64</sup> e del Consiglio di Stato<sup>65</sup>. In proposito, la dottrina ha acutamente

63 Cfr. CGUE, 22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*, per cui «tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali», sono tenuti ad applicare le disposizioni UE *self-executing*, «disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi».

64 Corte cost., 26 luglio 1989, n. 389, a mente della quale «tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme» eurounitarie nell'interpretazione datane dalla CGUE.

65 Da ultimo, v. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 18, la quale ha ribadito che «tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante le norme comunitarie, non applicando le norme nazionali contrastanti. Opinare diversamente significherebbe autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto». Valga osservare che, nel caso di specie, la difesa di una delle parti aveva prospettato la tesi per cui occorrerebbe distinguere norme non applicabili sia dal giudice che dall'amministrazione e norme non applicabili solo dal giudice, ma non dall'amministrazione, a seconda che le norme stesse richiedano o meno complesse attività interpretative per giungere all'individuazione delle ragioni di inapplicabilità. L'Adunanza Plenaria ha scartato tale tesi, sul presupposto per cui «delle due l'una: o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell'Unione diventa stridente) oppure si ammette che l'Amministrazione è “costretta” ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione “costretta” ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive *self-executing*) appare una contraddizione in termini».

osservato che «*la pubblica amministrazione, mentre può sollevare la questione di costituzionalità della legge, ma non deciderla, può decidere essa stessa la questione di convenzionalità (della conformità ai trattati e al diritto europeo) della legge nazionale, anche se successiva alla norma comunitaria*»<sup>66</sup>.

Se tuttavia la norma europea non presenta carattere *self-executing* – come nel caso delle norme della Carta di Nizza – né il giudice, né tantomeno l'amministrazione potranno disapplicare la norma interna confliggente, dovendosi provvedere alla rimessione della relativa questione di legittimità alla Consulta, secondo le forme proprie del processo costituzionale.

Calando i principi in esame nel contesto delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, dovrebbe a mio avviso escludersi la possibilità per l'amministrazione di rifiutare l'applicazione di una norma sanzionatoria ritenuta in contrasto con le garanzie in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali.

Il contrasto, in questo caso, si porrebbe fra norma legislativa attributiva di potestà sanzionatoria, da un lato, e norme della Carta di Nizza, della CEDU o costituzionali dall'altro.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui una sanzione amministrativa sia idonea a integrare uno degli *Engel criteria* e sia viziata da sproporzione, con riferimento alla sua entità rispetto al disvalore della condotta illecita<sup>67</sup>.

In queste ipotesi, consentire all'amministrazione di non applicare la sanzione (o di applicarla in forma ridotta o attenuata), oltre a contrastare con il costante indirizzo della giurisprudenza costituzionale, condurrebbe ad esiti interpretativi incerti e, di

---

66 S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, I, p. 508.

67 La situazione descritta è analoga a quella alla base di Corte cost., 23 settembre 2021, n. 185 nella quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma che puniva con una sanzione amministrativa pecuniaria fissa di € 50.000,00 la violazione, da parte dei gestori di sale giochi e centri scommesse, degli obblighi informativi contro la ludopatia. La Corte ha rilevato che «*La norma censurata punisce indistintamente l'inosservanza dei plurimi obblighi di condotta [...] con una sanzione amministrativa pecuniaria di considerevole severità e, al tempo stesso, fissa; dunque, non suscettibile di graduazione da parte dell'autorità amministrativa, e del giudice poi, in correlazione alle specifiche circostanze del caso concreto*». Nel caso di specie, è stato ritenuto applicabile alle sanzioni amministrative punitive il criterio della "mobilità" o "individualizzazione" della pena, e sulla scorta di essi la Corte ha ritenuto che «*la fissità del trattamento sanzionatorio impedisce di tener conto della diversa gravità concreta dei singoli illeciti, che è in funzione dell'ampiezza dell'offerta di gioco e del tipo di violazione commessa. Un conto è l'omissione delle formule di avvertimento in schedine o tagliandi di giochi soggetti ad ampia diffusione, altro conto le inadempienze relative a sale da gioco o esercizi in cui vi sia offerta di giochi pubblici, la cui gravità varia in modo rilevante secondo la dimensione e l'ubicazione della sala o dell'esercizio, il grado di frequentazione, il numero di apparecchiature da gioco presenti e la circostanza che si sia di fronte a una violazione totale, ovvero solo parziale, degli obblighi previsti*».

fatto, non giustiziabili<sup>68</sup>, così mettendo a repentaglio le finalità di ordine generale cui la sanzione tende.

### 3. La "sostanza penale": nozione e criteri qualificatori.

Le considerazioni che precedono impongono una ulteriore riflessione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, e sul processo di contaminazione che reciprocamente li interessa.

Se infatti, come pure rilevato in esordio, i principi costituzionali rischiano di rimanere ineffettivi se non sono tradotti in regole di condotta puntuali, allo stesso modo i precetti del diritto amministrativo potrebbero non corrispondere alla loro originaria funzione di tutela per il privato nei confronti del potere pubblico, se interpretati e applicati non in conformità con l'intero statuto garantistico fissato dalle norme di rango sovraordinato<sup>69</sup>.

Letta in questa prospettiva, l'individuazione dei limiti della materia penale diventa, a ben vedere, un problema di diritto costituzionale. La Costituzione, infatti, nel riferirsi alla "responsabilità penale", alla "pena", alla "legge penale, alla "sentenza penale", all'attività del "punire", al "processo penale", e all'"azione penale", omette di definire il relativo concetto, evidentemente rinviando a qualche nozione presupposta<sup>70</sup>.

68 La possibilità di far valere in giudizio l'illegittimità della condotta amministrativa sarebbe relegata a casi meramente teorici, stante il difetto di interesse del privato a dolersi di un provvedimento o di una condotta amministrativa a sé favorevole.

69 Il tema è indagato da S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, I, il quale sostiene che il processo di penetrazione del diritto costituzionale nel diritto amministrativo consta di tre fasi: (i) la separazione dell'amministrazione rispetto all'esecutivo; (ii) il riconoscimento formale dell'amministrazione nel testo costituzionale; (iii) l'acquisto di rilevanza dell'amministrazione a livello sovranazionale e globale. Al contempo, l'A. individua un parallelo processo di amministrativizzazione del diritto costituzionale: «*Ma questa costituzionalizzazione non avviene senza un effetto di retroazione, nel senso che il diritto amministrativo reagisce, conquistando il diritto costituzionale. Si consideri, infatti, che il primo è molto più vasto e più ampiamente regolato del secondo. E che esso costringe i giudici costituzionali ad addentrarsi in campi prima ignoti, contagiando i principi costituzionali stessi. Questo corrisponde alla tendenza generale ad assicurare il principio di effettività: i principi costituzionali rimangono "law in books" finché non divengono parte del diritto amministrativo, cioè della realtà effettiva, "law in action", diritto vivente*».

70 Secondo G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 25, 3, pp. 1007 ss., «*la Costituzione prevede meccanismi in funzione garantista, circonda la materia penale sostantiva e processuale di disposizioni volte a tutelare il cittadino, ma non identifica il punto di riferimento cui le garanzie sono preordinate, non ne individua espressamente l'ambito di applicazione. Ci si chiede pertanto come mai il Costituente abbia trascurato di affrontare la questione di fondo. [...] Orbene, con tutta probabilità, il Costituente non si è realmente posto il problema dei confini dell'illecito penale [...]. È celeberrimo il dilemma di Rocco secondo il quale o le conseguenze di un fatto non si risolvono in pene in senso proprio (in quanto aventi natura di sanzioni civili, di nullità, decadenze, ecc.) e allora non vi è reato; oppure le*

La nozione cui la Costituzione fa implicito rinvio appare a chi scrive non solo presupposta, ma anche pregiuridica: si tratta, invero, della sostanza o dell'essenza (οὐσία) penale.

La sostanza penale sembra preesistere al diritto e, in qualche modo, risulta indifferente alle sue qualificazioni. Essa ha il carattere del  $\tau\iota\ \eta\upsilon\ \epsilon\acute{\iota}\nu\alpha\iota$  aristotelico<sup>71</sup>, pertiene al mondo della natura ed è sottratta alla disponibilità del legislatore, le cui determinazioni contingenti non costituiscono che un mero accidente.

Quanto sin qui osservato trova conferma empirica nell'esperienza sociale. Qualsiasi individuo, seppur privo di conoscenze giuridiche specialistiche, presuppone una propria nozione (platonicamente, una propria *idea*) di "pena". La tendenziale coincidenza dell'*idea* individuale con quella della generalità dei consociati e la corrispondenza con quanto stabilito dalla norma penale consente di garantire l'effettività («*applicazione reale*») del precetto, ossia «*la sua "media osservanza" da parte dei consociati*»<sup>72</sup>.

Si comprende, dunque, come l'individuazione della *substantia* penale risenta delle tradizioni e del costume sociale diffusi in una data comunità e in un determinato periodo storico.

L'unico approccio utile allo studio del problema della sostanzialità è allora quello del diritto vivente, di matrice giurisprudenziale. Infatti, le Corti, a differenza dei legislatori, riescono ad adattarsi meglio e più velocemente al mutare della coscienza sociale, non risentono (o dovrebbero risentire) di condizionamenti politici, e la loro attività non risulta astretta dai vincoli procedurali che invece connotano la legislazione.

Inoltre, il diritto giurisprudenziale somministra una tutela calibrata sul caso concreto, procede *per exempla*, e non soffre delle problematiche che incontra il legislatore, chiamato a stabilire norme generali e astratte e dunque ad operare *per praecepta*<sup>73</sup>.

Tanto basta a spiegare la ragione per cui la nozione di "sanzione sostanzialmente penale" sia stata coniata dalla Corte EDU<sup>74</sup> – il cui unico parametro di riferimento è

*conseguenze in parola sono vere e proprie pene e allora vi è diritto penale materiale anche in assenza di diritto penale processuale. Si può veramente affermare che di fronte all'alto-là di Rocco, la dottrina italiana si sia fermata come davanti alla Sfinge che impediva l'accesso a Tebe».*

71 La locuzione compare nella *Metafisica* di Aristotele.

72 La citazione, al pari del precedente virgolettato, è di M. AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi*, Padova, 1986.

73 Chiaro è il riferimento a Lucio Anneo Seneca, *Epistulae ad Lucilium*, VI, 5.

74 In senso apertamente contrario alla ricostruzione proposta nel testo e, più in generale, sulla attitudine della CEDU e della Corte di Strasburgo a svolgere una funzione unificatrice della disciplina dei diritti costituzionali, cfr. il recentissimo volume di R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, secondo cui «*la CEDU non è stata concepita come strumento destinato a governare gli sviluppi futuri e ad adattare le proprie previsioni all'evoluzione della società; tantomeno consente di modificare significati e equilibri tra i principi per farli corrispondere ai programmi che il corpo sociale e le sue istituzioni politiche aggiornano di continuo. La CEDU*

rappresentato dalle elastiche clausole convenzionali –, che costantemente rivendica «il carattere di diritto vivente, di *living instrument*, della CEDU»<sup>75</sup>.

Come noto, il *leading case* della Corte di Strasburgo in materia di sanzioni amministrative è rappresentato dalla sentenza dell'8 giugno 1976, *Engel et al. c. Paesi Bassi*<sup>76</sup>. In tale celeberrimo arresto, la Corte è stata chiamata sostanzialmente a valutare la compatibilità rispetto al parametro convenzionale delle sanzioni, di natura formalmente disciplinare<sup>77</sup>, irrogate ad una serie di soggetti per violazione di norme dell'ordinamento militare. La valutazione dei Giudici di Strasburgo prende le mosse dall'analisi degli articoli 6 (rubricato "*Diritto ad un equo processo*"<sup>78</sup>) e 7

---

*è nata con gli occhi rivolti al passato, come programma di difesa dello status quo diretto a scongiurare che l'evoluzione politica portasse a sgretolare le conquiste raggiunte dalle democrazie occidentali; ed anche il rapporto che la Convenzione istituisce tra i suoi organi e i parlamenti nazionali è pensato per questo obiettivo, Tale era lo spirito di conservazione intrinseco alla Carta, che si evitò di inserire nel catalogo dei diritti riconosciuti quello che è il suo architrave storico, il diritto di proprietà, per non minare il programma di nazionalizzazioni a quei tempi promosso dal governo laburista britannico. Suonare il campanello di allarme davanti al rischio di un ritorno al totalitarismo è una funzione perfettamente compatibile con una Corte internazionale; interpretare l'evoluzione politica e sociale della società. Che la Convenzione sia un «*living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions*», e che questa debba essere «*"progressive"*, in the sense that they have gradually extended and raised the level of protection afforded to the rights and freedoms guaranteed by the Convention to develop the "European public order"» è francamente un'aspirazione fuori luogo».*

75 F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015, p. 3. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Corte EDU, Grande Camera, 12 luglio 2001, causa n. 44759/98, *Ferrazzini c. Italia*; Corte EDU, Sez. IV, 2 giugno 2010, causa n. 13102702, *Kozak c. Polonia*. Per una panoramica comparata sull'incidenza del metodo interpretativo della Corte EDU sull'attività delle Corti nazionali, v. E. BJORGE, *National supreme courts and the development of ECHR rights*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2011, 9, *passim*.

76 Corte EDU, Plen., 8 giugno 1976, cause riunite nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel et al. c. Paesi Bassi*.

77 Le sanzioni irrogate avevano un grado di afflittività variabile: si andava dal c.d. "arresto leggero" (*light arrest*) di 4 giorni (Sig. van der Wiel), poi convertito in 6 giorni di "arresto aggravato" (*aggravated arrest*), e successivamente rimodulato in riduzione (Sig. Engel), alla reclusione per tre mesi in una unità disciplinare (Sig. de Wit, Sig. Dona e Sig. Schul).

78 Così dispone l'art. 6 della CEDU: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non

(rubricato “*Nulla poena sine lege*”<sup>79</sup>) della CEDU, entrambi riferiti ai soli “reati”, e non anche agli illeciti amministrativi.

Assai significativo è il passaggio motivazionale in cui la Corte statuisce che, mentre risulta insindacabile la compatibilità convenzionale della scelta statale di dare rilievo penale ad una condotta antiggiuridica, rendendo così applicabili le garanzie apprestate dagli artt. 6 e 7 CEDU, «*l’opposta scelta è tuttavia soggetta a più stringenti limiti. Se agli Stati contraenti fosse concesso di classificare a loro discrezione un illecito come disciplinare invece che penale, o di perseguire l’autore di un illecito di carattere misto sul piano disciplinare invece che penale, l’applicabilità di disposizioni fondamentali quali gli artt. 6 e 7 risulterebbe subordinata alla loro volontà sovrana. Una tale ampia possibilità di scelta risulterebbe incompatibile con gli obiettivi e il contenuto della Convenzione*».

Inoltre, prosegue la pronuncia, «*la Corte [...] ha competenza stabilire da sé se la materia disciplinare non invada in realtà la sfera del penale. In breve, l’autonomia del concetto di penale opera a senso unico*».

La Corte di Strasburgo si è, dunque, arrogata il potere di accertare in autonomia i confini della “*sfera del penale*”, presupponendo che gli stessi possano essere giuridicamente definibili, perlomeno ai sensi e per gli effetti della CEDU, pur in presenza di una qualificazione non penale della fattispecie secondo il diritto nazionale.

Alla stregua del ragionamento *Engel*, la Corte si qualifica come interprete esclusivo, o comunque come giudice di ultima istanza<sup>80</sup>, in ordine all’interpretazione della sostanza penale di una sanzione diversamente definita dal punto di vista formale.

Al legislatore la *forma*, alla Corte l’*essenza*.

L’*actio finium regundorum* della sostanza penale deve essere condotta attraverso l’applicazione di criteri definiti nella stessa sentenza *Engel* (dalla quale hanno assunto la denominazione), i quali operano secondo un criterio di alternatività, nel senso che, per stabilire il carattere sostanzialmente penale di una sanzione, è sufficiente che anche uno solo di essi sia soddisfatto.

*comprende o non parla la lingua usata in udienza*».

79 Così dispone l’art. 7 della CEDU: «*1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*».

80 Basti solo ricordare che, ai sensi dell’art. 35 CEDU, condizione di ricevibilità del ricorso individuale alla Corte EDU è il previo esaurimento dei rimedi interni all’ordinamento statale. In argomento, v. anche le interessanti riflessioni di C. MASCIOTTA, *Il ricorso “diretto” a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile “cortocircuito” tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1.

Il primo criterio elaborato consiste nella qualificazione giuridica della misura all'interno dell'ordinamento nazionale. Se la sanzione è qualificata come formalmente penale, l'analisi dovrà arrestarsi in quanto l'applicazione delle garanzie convenzionali sarà automatico.

Se invece alla sanzione è attribuita una qualificazione formalmente diversa, il *nomen iuris* dato dal legislatore statale non avrà un peso dirimente all'interno della valutazione, ma costituirà un mero punto di partenza dal valore relativo, da esaminare comunque «*alla luce di un comune denominatore ricavabile dalle legislazioni dei vari stati contraenti*».

Si giunge, così, all'applicazione degli ulteriori criteri *Engel*, dettati per evitare che il sindacato giurisdizionale in materia sanzionatoria risulti solo "illusorio".

Il secondo criterio è volto ad indagare la c.d. *very nature of the offence*, e consiste nella valutazione della natura dell'illecito, alla luce della struttura della norma, della platea dei destinatari a cui è rivolta – se una specifica categoria<sup>81</sup> o *erga omnes* – la finalità deterrente o punitiva della norma e la caratura del bene protetto.

Il terzo ed ultimo livello di analisi – per prassi, il più decisivo – è diretto a soppesare il grado di severità della sanzione «*che può essere inflitta*»<sup>82</sup>, e in particolare la "significativa afflittività" della stessa, desunta dalla sua «*natura, durata o modalità di esecuzione*». La valutazione sulla "gravità" della sanzione riguarda il «*grado di incidenza ed afflittività della sanzione in termini di privazione o limitazione della libertà personale del destinatario e quindi al suo contenuto restrittivo-custodiale oppure meramente patrimoniale*»<sup>83</sup>. Ne discende che alle misure restrittive della libertà personale, anche se di modesta entità, è tendenzialmente riconosciuto carattere penale. Più complesso è il discorso relativo alle sanzioni pecuniarie, in relazione alle quali bisogna avere a riguardo all'ammontare, all'idoneità a risultare dal casellario giudiziale, e alla loro convertibilità in pena detentiva. In definitiva, la gravità della sanzione è desunta in applicazione di «*un criterio di degradazione, avuto riguardo al complessivo effetto limitativo spiegato sulla sfera personale del destinatario, anche per quanto concerne le sue potenzialità relazionali, economiche e lavorative e quindi, in ultima analisi, al suo carattere "infamante" (c.d. degree of stigma)*»<sup>84</sup>.

81 In linea generale, la circostanza che la norma attributiva della potestà sanzionatoria si rivolga alla generalità dei consociati è un indice del suo carattere penale. Tale rilievo non assume comunque carattere decisivo nel ragionamento della Corte EDU, come dimostra il caso *Engel*, nel quale veniva in rilievo una disciplina sanzionatoria settoriale.

82 Corte EDU, Grande Camera, 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*; nello stesso senso, Corte EDU, 11 giugno 2009, *Dubus S.A.v. c. Francia*.

83 M. MANCINI, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi*, 1, 2018, 6.

84 *Ivi*, 7.

Quanto, invece, alla “natura” della sanzione, la Corte EDU ha dimostrato di dare rilievo (i) alla sua accessorietà rispetto all’accertamento in giudizio di un fatto costituente reato, (ii) alla tipologia di procedura (giurisdizionale, paragiurisdizionale, amministrativa) prevista per la sua applicazione ed esecuzione, nonché (iii) alla finalità e alla funzione, riparatoria-compensativa o repressivo-punitiva, perseguita dalla norma attributiva della potestà sanzionatoria (criterio teleologico).

I criteri *Engel*, come pure rilevato in dottrina, «non brillano per capacità connotativa»<sup>85</sup>, ma, del resto, tali non potrebbero atteggiarsi dei canoni ermeneutici che aspirano a definire la sostanza delle pene e ad evitare abusi qualificatori in danno dei privati interessati.

La materia penale convenzionale, individuata secondo i predetti criteri, risulta più ampia di quella presa in esame dal diritto domestico, ed anzi può essere considerata alla stregua di un concetto autonomo (*autonomous concept*) dell’ordinamento CEDU<sup>86</sup>, ricavato dall’autonoma interpretazione (*autonomous interpretation*) data dalla Corte EDU<sup>87</sup> alle disposizioni della Convenzione<sup>88</sup>.

In effetti, l’applicazione di tali concetti autonomi ha condotto a risultati interpretativi sorprendenti e all’elaborazione di una ricca e particolareggiata casistica giurisprudenziale, le cui tappe fondamentali, pur nei limitati fini di questo scritto, conviene succintamente ripercorrere.

Celebre è il caso deciso dalla Corte EDU con la sentenza del 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Repubblica Federale Tedesca*, nell’ambito del quale una sanzione amministrativa pecuniaria, di modesta entità, irrogata a seguito della commissione di un illecito depenalizzato è stata ritenuta di carattere sostanzialmente penale sulla base dei seguenti argomenti: (i) l’illecito era punito con sanzioni penali dalla maggior parte degli Stati contraenti, (ii) la misura aveva finalità deterrente, nonché (iii) carattere punitivo, in quanto la norma che la prevedeva era diretta alla generalità dei consociati, e non ad una categoria specifica di essi.

Nel giudizio della Corte EDU nell’ambito della sentenza *Ozturk*, nessun rilievo è stato accordato al fatto che la sanzione non era idonea ad incidere sulla reputazione

85 F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità “costituzionale” vs. legalità “convenzionale”?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017, p. 4. Cfr. anche S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, 30.

86 Cfr. G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR*, in *Eur. Journ. Int. Law*, 15, 2, 2004, p. 282, secondo cui «This is what the adjective 'autonomous' stands for: the autonomous concepts of the Convention enjoy a status of semantic independence: their meaning is not to be equated with the meaning that these very same concepts possess in domestic law. In other words. 'ECHR criminal charge' does not necessarily mean 'domestic-law criminal charge'».

87 J. BOUCHT, *Civil Asset Forfeiture and the Presumption of Innocence under Article 6(2) ECHR*, in *New Journ. Eur. Crim. Law*, 5, 2, 2014, p. 234.

88 G. UBERTIS, *L’autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Archivio Penale*, 2012, 1.

dell'interessato, in quanto «*There is in fact nothing to suggest that the criminal offence referred to in the Convention necessarily implies a certain degree of seriousness [...]. The relative lack of seriousness of the penalty at stake [...] cannot divest an offence of its inherently criminal character*».

Un settore particolarmente inciso dagli interventi ortopedici della Corte EDU è stato quello del diritto dell'economia e, in particolare, delle sanzioni *antitrust*.

Tale circostanza si spiega alla luce del fatto che «*le sanzioni antitrust (come le altre del diritto dell'economia) sembrano lasciare all'amministrazione un margine di scelta che potrebbe apparire eccessivo proprio in relazione alla relativa «prevedibilità»*»<sup>89</sup>.

Nella sentenza *Menarini c. Italia* del 27 settembre 2011 – il primo caso in cui la Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi sulle sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) – è stata qualificata in termini penalistici una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro per pratiche anticoncorrenziali (nella specie, intese restrittive della concorrenza) nel mercato dei test per la diagnosi del diabete.

Nel citato arresto, la Corte EDU ha osservato che le norme che sanzionano l'illecito di cui trattasi sono volte a tutelare la libera concorrenza nel mercato, e, pertanto, ad incidere «*sugli interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale*», nonché «*a punire al fine di evitare il ripetersi degli atti incriminati. Si può dunque concludere che la sanzione inflitta era basata su norme aventi uno scopo sia preventivo che repressivo*». Nel caso di specie, la sostanza penale della sanzione è parsa altresì evidente alla Corte EDU alla luce dell'elevato importo della stessa, nonché della finalità perseguita dal legislatore, giudicata «*repressiva, in quanto era volta a perseguire una irregolarità, e preventiva poiché lo scopo perseguito era quello di dissuadere la società interessata dal reiterare la condotta*».

Ad analoghe conclusioni la Corte EDU è pervenuta nella sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens et al. c. Italia*, con la quale è stata rilevata la natura penale della sanzione prevista per la «*manipolazione di mercato*», dall'art. 187-ter, n. 1) del D.lgs. n. 58 del 1998, nel testo allora vigente<sup>90</sup>. In questo caso, la Corte ha attribuito valenza decisiva ai seguenti indici: la norma aveva come obiettivo quello di «*garantire l'integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni*»; la sanzione era irrogata da un'Autorità (la CONSOB) che «*ha tra i suoi scopi quello di assicurare la tutela degli investitori e l'efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei*

<sup>89</sup> P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Diritto amministrativo*, 2015, 4, pp. 767 ss.

<sup>90</sup> Tale norma così disponeva: «*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 20.000 a euro 5.000.000 chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari*».

mercati borsistici [...]. Si tratta di interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale»; inoltre, le misure in esame perseguivano «uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità», e non meramente riparatorio<sup>91</sup>.

Dal punto di vista qualitativo, la Corte EDU ha ulteriormente distinto la materia penale in senso stretto («*hard core of criminal law*») dalla materia penale allargata. Alle due fattispecie la giurisprudenza convenzionale riserva un trattamento differenziato riguardo alle garanzie applicabili. Così, ad esempio, ha ritenuto che l'applicazione di una sanzione tributaria per errori nelle dichiarazioni IVA avesse natura sostanzialmente penale, e ciononostante ho escluso che il diniego di un'audizione dell'interessato prima dell'irrogazione della sanzione costituisse in questo caso una violazione dell'art. 6 della CEDU: «*the obligation to hold a hearing is not absolute*»<sup>92</sup>. Tale garanzia – che è comunque icasticamente descritta come «*fundamental principle enshrined in Article 6 § 1*» – può essere esclusa nei casi in cui i fatti sono documentalmente provati<sup>93</sup>, oppure quando al suo esercizio ostino esigenze di ordine pubblico, specie nei casi in cui si discorra di «*“criminal charges” of differing weight*», come li definisce la Corte EDU.

Dinanzi a queste sanzioni, estranee all'*hard core* del diritto amministrativo-penale sostanziale, anche la garanzia della terzietà ed imparzialità dell'autorità sanzionante trova un'applicazione ben più mite, ritenendosi sufficiente che tali caratteristiche siano possedute dall'organo giudiziario dotato di piena giurisdizione in ordine al sindacato dell'atto sanzionatorio<sup>94</sup>.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, seppur con qualche iniziale esitazione<sup>95</sup>, ha concorso alla ricerca della sostanza penale, confortata dalla

91 In dottrina, cfr. A. E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *Rivista AIC*, 2011, 4. In giurisprudenza, cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, ord., 7 gennaio 2022, n. 68.

92 Corte EDU, 23 novembre 2006, 73053/01, *Jussila c. Finlandia*.

93 Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 25 novembre 2003, 57795/00, *Pursiheimo c. Finlandia*.

94 Corte EDU, 4 marzo 2004, 47650/99, *Silvester's Horeca Service c. Belgio*. Nella giurisprudenza interna, cfr., in particolare, Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, che, applicando le coordinate ermeneutiche descritte nel testo, ha escluso che il sistema di irrogazione di sanzioni CONSOB violasse le garanzie prescritte dalla CEDU.

95 Il riferimento è a Trib. UE, 14 maggio 1998, in causa T-347/94, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH c. Commissione*, nella quale la CGUE si è dichiarata «non [è] competente per valutare la legittimità di un accertamento in materia di diritto della concorrenza alla luce delle disposizioni della CEDU, in quanto queste ultime non rientrano in quanto tali nel diritto comunitario», pur rilevando che «secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi giuridici generali dei quali la Corte garantisce l'osservanza (v., in particolare, parere della Corte 28 marzo 1996, 2/94, *Racc. pag. I-1759, punto 33; sentenza della Corte 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow, Racc. pag. I-2629, punto 14*). A questo proposito la Corte e il Tribunale si ispirano alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri nonché alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo ai quali gli Stati membri hanno cooperato e aderito. La CEDU riveste a questo proposito particolare importanza (sentenze della Corte 15

circostanza che la Carta di Nizza<sup>96</sup> contiene principi corrispondenti a quelli, già esaminati, della CEDU.

La giurisprudenza europea ha mostrato di condividere gli indirizzi ermeneutici invalsi presso la Corte di Strasburgo, e ne ha fatto puntuale applicazione, ritenendo che, ai fini dell'applicazione dei criteri *Engel*, il diritto UE «*dev'essere assimilato, nella specie, al «diritto nazionale» ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»*<sup>97</sup>.

In ossequio alle tesi già consolidate presso la Corte EDU, la CGUE ha affermato che il principio di certezza del diritto, nonché il corollario principio della legalità delle pene, costituisce un principio generale del diritto comunitario, alla stregua del quale una norma che «*impone o consente di imporre sanzioni»* deve essere «*chiara e precisa, affinché le persone interessate possano essere inequivocabilmente consapevoli dei diritti e degli obblighi che ne derivano e possano agire in modo adeguato (v., in tal senso, sentenze della Corte 9 luglio 1981, causa 169/80, *Gondrand Frères e Garancini*, Racc. pag. 1931, punto 17; *Maizena*, cit. supra al punto 37, punto 15; 13 febbraio 1996, causa C-143/93, *van Es Douane Agenten*, Racc. pag. I-431, punto 27, e X, cit. supra al punto 35, punto 25)»*<sup>98</sup>.

Il principio in esame affonda, secondo la CGUE, nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, oltre ad essere sancito, nell'ordinamento internazionale, dall'art. 7 CEDU, il quale «*informa sia le norme di carattere penale, sia gli strumenti amministrativi specifici che impongono o consentono di imporre sanzioni amministrative»*.

Inoltre, con specifico riguardo al contenzioso in materia di concorrenza, la CGUE ha avuto modo di chiarire che devono applicarsi i principi fondamentali del diritto punitivo, nonché lo statuto garantistico della CEDU. Più in particolare, a mente della sentenza *Anic Partecipazioni c. Commissione* dell'8 luglio 1999, le sanzioni amministrative in materia di concorrenza dovrebbero soggiacere al principio di personalità delle pene, nonché – secondo quanto affermato dalla sentenza *Hüls c. Commissione* – alla presunzione di innocenza, in considerazione della natura delle

---

*maggio 1986, causa 222/84, *Johnston, Race*, pag. 1651, punto 18, e *Kremzow*, citata, punto 14). D'altro canto, ai sensi dell'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea, «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla [CEDU] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario»».*

<sup>96</sup> Il riferimento è agli artt. 47 (Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale), 48 (Presunzione di innocenza e diritti della difesa), 49 (Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene), 50 (Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato) della Carta di Nizza.

<sup>97</sup> CGUE, Grande Sezione, 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Lukasz Marcin Bonda*, che ha affermato la natura meramente amministrativa dell'esclusione di un agricoltore dai benefici connessi all'erogazione di aiuti pubblici per l'agricoltura come conseguenza della presentazione di una falsa dichiarazione.

<sup>98</sup> Così, Trib. UE, 5 aprile 2006, in causa T-279/02, *Degussa AG c. Commissione*.

infrazioni di cui trattasi, nonché della natura e del grado di severità delle sanzioni connesse<sup>99</sup>.

La centralità del tema in esame è emersa, assai di recente, con riferimento alle sanzioni comminate nell'ambito del diritto dei contratti pubblici.

Più in particolare, la giurisprudenza amministrativa ha riflettuto sulla natura del provvedimento di iscrizione al Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio dell'ANAC.

La vicenda trae spunto dall'impugnazione del provvedimento con cui l'ANAC ha rigettato la richiesta di riesame dell'annotazione nel casellario a carico di un'impresa ritenuta responsabile, nel vigore del D.lgs. n. 163 del 2006, di aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione alla stazione appaltante nell'ambito di una procedura di gara.

La condotta contestata all'impresa era consistita nell'aver omesso di presentare la dichiarazione circa l'insussistenza (poi acclarata in giudizio), in capo alla propria procuratrice speciale, dei requisiti generali di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163 del 2006, allora vigente.

Il Consiglio di Stato<sup>100</sup>, con sentenza n. 491 del 25 gennaio 2022, ha rilevato, anzitutto, che il procedimento di iscrizione nel casellario ANAC, proprio per l'afflittività del provvedimento cui è preordinato, deve essere comunicato all'interessato, che deve essere posto nella condizione di interloquire con l'Autorità.

Inoltre, la pronuncia in esame riconosce, seppur implicitamente, la natura sostanzialmente penale della sanzione dell'iscrizione nel casellario ANAC e ne vieta qualunque interpretazione estensiva, in ossequio al «*principio di stretta tipicità legale della fattispecie sanzionatoria*».

Ciò posto, il Consiglio di Stato finisce di fatto per “superare” (*rectius*: travolgere il giudicato formatosi su di una) propria precedente sentenza<sup>101</sup>, in applicazione della *regula iuris* per cui vi è differenza, in sede di gara, fra le dichiarazioni false e le dichiarazioni omesse, solo le prime comportando l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura e la segnalazione all'ANAC.

Tale “superamento” (*rectius*: travolgimento) viene effettuato mediante due concatenati passaggi logici. In primo luogo, la sentenza si premura di considerare il provvedimento ANAC in quella sede impugnato come atto di conferma in senso proprio. Come tale, il provvedimento di conferma diviene «*fonte di disciplina del*

<sup>99</sup> In questo senso v. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot del 26 ottobre 2010 nella causa C-352/09, *ThyssenKrupp Nirosta GmbH c. Commissione*.

<sup>100</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2022, n. 491.

<sup>101</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2018, n. 7271, che aveva giudicato legittimo il provvedimento di annotazione nel casellario ANAC, poi oggetto del provvedimento di riesame dalla cui impugnazione ha preso avvio la presente controversia.

*rapporto amministrativo. Il vecchio provvedimento è quindi assorbito dal nuovo che, con efficacia ex tunc, viene ad operare in sostituzione di quello»<sup>102</sup>.*

In questa logica, il giudicato formatosi sul provvedimento originario deve considerarsi ormai superato, in quanto inidoneo a fungere da regolamento delle posizioni sostanziali dedotte in lite, così consentendo al giudice di sindacare nuovamente la legittimità dell'atto.

La qualificazione del provvedimento impugnato come atto di conferma in senso proprio è funzionale per giungere al secondo snodo argomentativo della sentenza, che attiene all'applicazione di una regola di diritto diversa (e contraria) a quella affermata in sede di impugnazione dell'atto originario.

Il principio affermato in questa seconda occasione – sebbene il Giudice, con un'acrobazia interpretativa, ne predichi la portata non innovativa – è divenuto pacifico solo, da ultimo, con la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 28 agosto 2020, mentre, in precedenza, la giurisprudenza amministrativa prevalente era orientata a ritenere che l'omessa dichiarazione equivalesse al mendacio, come tale punibile con l'iscrizione nel casellario ANAC<sup>103</sup>.

Sul piano formale, il giudicato formatosi sulla precedente sentenza non viene travolto, per via della presenza di un provvedimento di conferma propria, che determina la diversità di oggetto dei due giudizi. Tuttavia, sul piano sostanziale, il Consiglio di Stato non manca di far notare la «*natura giuridica*», afflittivo-sanzionatoria quando non sostanzialmente penale, «*dell'annotazione nel casellario*», da cui discende «*l'estensione dello "statuto costituzionale" delle sanzioni penali a quelle amministrative a carattere punitivo (tra cui i principi di irretroattività della norma sfavorevole, e di retroattività della lex mitior: cfr. Corte cost., 16 aprile 2021, n. 68)*».

Il caso in esame è un sintomo di come la giurisprudenza, quando sono coinvolte sanzioni amministrative sostanzialmente penale, si stia progressivamente orientando nel senso di applicare in forma più attenuata le strettoie procedurali che, se considerate nel loro consueto rigore, impedirebbero il sindacato giurisdizionale.

#### **4. Spunti teorici per una riflessione pratica.**

All'esito della ricostruzione sin qui svolta, possono avanzarsi alcune considerazioni a suffragio della tesi per cui alla progressiva, ma inesorabile,

<sup>102</sup> In questo senso, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2317.

<sup>103</sup> Tale orientamento, appunto, è stato seguito, con dovizia di riferimenti giurisprudenziali, proprio da Cons. Stato n. 7271/2018 *cit.*.

assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle pene in senso stretto non possano sottrarsi i profili inerenti al giudicato.

Nelle pagine che seguono si affronterà il problema dell'attuazione dei principi da ultimo affermati nella giurisprudenza costituzionale, nonché i profili della c.d. fase discendente della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma in applicazione della quale è stata irrogata una sanzione amministrativa sostanzialmente penale e, successivamente, rigettata la relativa impugnazione con sentenza civile o amministrativa ormai passata in giudicato.

Il punto di partenza per la riflessione che mi accingo a condurre è rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2021, che – come forse troppo entusiasticamente rilevava un primo commento – ha riconosciuto *«finalmente la tangibilità del giudicato applicativo di una sanzione amministrativa dichiarata costituzionalmente illegittima, in questo modo proseguendo sulla strada dell'estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative "punitivo" secondo i noti criteri Engel elaborati dalla Corte EDU»*<sup>104</sup>.

Il caso riguardava una sanzione amministrativa accessoria consistente nella revoca della patente di guida che, tuttavia, era stata irrogata sulla base di una norma successivamente dichiarata incostituzionale<sup>105</sup>.

Attraverso tale pronuncia, interpretativa di accoglimento, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 30, comma 4 della legge n. 57 del 1953, *«in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada)»*.

La norma censurata così stabiliva: *«Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»*. In tal modo si realizzava, anche rispetto alle decisioni della Corte costituzionale, il principio della iper-retroattività della *lex mitior*, cristallizzato nell'art. 2 cod. pen., che consente, nell'ipotesi di *abolitio criminis*, il travolgimento del giudicato.

<sup>104</sup> M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, disponibile al link <[www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)>.

<sup>105</sup> Nella specie, si trattava di Corte cost., 24 aprile 2019, n. 88, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 222, comma 2, cod. strada, *«nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale, per i reati di cui agli artt. 589-bis (Omicidio stradale) e 590-bis (Lesioni personali stradali gravi o gravissime) del codice penale, il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sospensione della stessa ai sensi del secondo e terzo periodo dello stesso comma 2 dell'art. 222 cod. strada allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi secondo e terzo degli artt. 589-bis e 590-bis cod. pen.»*.

A seguito della sentenza n. 68 del 2021 della Corte costituzionale – che costituisce un esplicito *overruling* rispetto alla precedente sentenza n. 43 del 2017<sup>106</sup> – le pronunce di accoglimento della Consulta potrebbero dirsi idonee a far cessare l'esecuzione e gli effetti delle sentenze irrevocabili (*i.e.* passate in giudicato) che hanno irrogato una sanzione amministrativa sostanzialmente penale.

La Corte ha, in tal modo, parificato il giudicato penale e il giudicato “diverso” su sanzioni amministrative punitive, quanto a grado di resistenza dello stesso.

Invero, la sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2021 si apre a molteplici scenari interpretativi.

Da un lato, la Consulta, confermando l'applicabilità alle sanzioni *de quibus* del principio di retroattività della legge più mite<sup>107</sup>, ha, in motivazione, affermato che “*va*

106 Nonché della sentenza n. 171 del 2020, che in applicazione dei principi espressi in Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43 ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza una questione di legittimità costituzionale rimessa dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 3134 del 14 maggio 2019, che aveva ad oggetto l'art. 15, comma 1 della legge n. 287 del 1990, nella parte in cui non prevedeva l'applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio più favorevole introdotto dall'art. 11, comma 4 della legge n. 57 del 2001. Nel caso di specie, la Consulta ha ritenuto che la sopravvenienza di una *lex mitior* non fosse idonea ad incidere sul giudicato formatosi in materia di sanzioni amministrative, non venendo in rilievo «*beni essenziali come la libertà personale e se un «frammento» della stessa risulta ancora non eseguito, ciò dipende dalla volontà dell'interessato*». Inoltre, la Corte ha in quest'occasione valorizzato la differenza funzionale che intercorre fra il giudice dell'esecuzione penale, che è chiamato a vigilare sulla legittimità della pena, e il giudice preposto all'esecuzione delle sanzioni amministrative, investito della sola cognizione del titolo esecutivo. In dottrina, fra i numerosi commenti alla sentenza n. 43/2017, v. almeno A. GOLIA, F. ELIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni “sostanzialmente” penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell'ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015 (reg. ord. n. 106 del 2015, pubbl. su G.U. del 10 giugno 2015, n. 23)*, in *Osservatorio AIC*, 2017, 1; N. CANZIAN, *Le sanzioni amministrative “incostituzionali” fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017) coesistenza, e non assimilazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 2, pp. 378 ss.; A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni “sostanzialmente penali” e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, pp. 15 ss.; M.C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa “sostanzialmente penale”: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, *ivi*, pp. 293 ss.; P. SALVEMINI, *La illegittimità costituzionale sopravvenuta della sanzione amministrativa non travolge il giudicato. Nota a margine di Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 43*, in *Diritti comparati*, 2017, 4.

107 Il principio in esame era già stato affermato nella sentenza n. 63 del 2019. Per un'applicazione pratica di tale principio in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, cfr. App. Milano, Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 4783. In quest'ultima pronuncia si è ritenuto che la sanzione amministrativa pecuniaria di € 374.520,00, irrogata ai sensi dell'art. 28 della L.R. Lombardia n. 86/1983 per “abbandono di rifiuti speciali (CER 170504 terra e rocce) in zona ‘G1’ del PTC”, avesse natura penale in quanto connotata da un elevato grado di afflittività e da finalità prevalentemente punitiva: «*la norma di riferimento si rivolge a una cerchia di destinatari indeterminata, per tutelare interessi generali della collettività, lo scopo della sanzione risulta essere prevalentemente punitivo, piuttosto che ripristinatorio-risarcitorio, come confermato dal precipuo meccanismo di determinazione della pena, correlato ad un multiplo del profitto conseguito dal responsabile della violazione. L'elevata afflittività, correlata sia all'entità della pena che può essere in astratto irrogata, sia a quella in concreto inflitta, non appare, poi, revocabile in dubbio laddove si consideri che, secondo i calcoli risultanti dal verbale di accertamento, nel suo massimo edittale raggiungeva l'importo di Euro 3.931.200,00, tenuto conto delle dimensioni della cava, dei volumi di scavo e dei costi di smaltimento. Misura, poi, in concreto determinata dall'Ente che ha ingiunto la sanzione in Euro 374.000,00, per ciascuno dei trasgressori. Tale sanzione non può essere certo considerata come una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, essendo fortemente*

*escluso - come per le sanzioni penali - che taluno debba continuare a scontare una sanzione amministrativa "punitiva" inflittagli in base a una norma dichiarata costituzionalmente illegittima : dunque, non già oggetto di semplice "ripensamento" da parte del legislatore, ma affetta addirittura da un vizio genetico, il cui accertamento impone, senza possibili eccezioni, di lasciare immune da sanzione, o di sanzionare in modo più lieve, chiunque dopo di esso commetta il medesimo fatto».*

Al contempo, la Corte ha limitato la portata interpretativa del dispositivo della pronuncia *"alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada)"*, oggetto del giudizio a quo.

Dunque, almeno in prima battuta, non è agevole stabilire se la *regula iuris* stabilita dalla Corte valga per tutte le sanzioni amministrative punitive o solo per la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, di cui si controverteva nel giudizio principale.

Per determinare la portata applicativa della sentenza n. 68 del 2021 – operazione cruciale nell'economia delle presenti riflessioni – occorre svolgere qualche premessa sui profili funzionali della motivazione delle sentenze della Corte costituzionale.

In generale, il sillogismo giudiziale è comunemente rappresentato come il processo logico deduttivo mediante cui il giudice giunge all'applicazione al caso concreto di una norma generale e astratta. La premessa maggiore del sillogismo giudiziale è rappresentata dalla formulazione del dato normativo, mentre i fatti storici alla base della *res controversa* assumono valore di premessa minore. Il dispositivo della decisione giudiziaria contiene, invece, la regola applicabile al caso concreto, risultante dall'inferenza logica fra la premessa maggiore e la premessa minore.

In letteratura è stato, tuttavia, osservato come la Corte costituzionale, per le peculiari funzioni ad essa attribuite, «non giudica del caso concreto, ma della regolazione

*punitiva e connotata da una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, comune alle pene di senso stretto»*. Accertata la natura sostanzialmente penale della sanzione *de qua*, la Corte d'Appello ha stabilito l'applicabilità alla fattispecie della novella legislativa, sopravvenuta rispetto alla contestazione dell'illecito, che ha modificato la nozione di rifiuto: alla stregua di tale modifica normativa, la condotta contestata non sarebbe stata punibile. In proposito, la Corte d'Appello ha significativamente affermato che *«E', infatti, evidente che un fatto non più considerato illecito dall'ordinamento, ove sanzionato ancora in via amministrativa, creerebbe evidenti profili di ingiustizia manifesta laddove si escludesse al sanzionato di poter beneficiare della disciplina successiva più favorevole. La mancata applicazione del favor rei, nel caso di specie, determinerebbe l'applicazione di una sanzione che il Parco non potrebbe più ingiungere, atteso che la successiva disciplina di legge non qualifica più come "rifiuti" i materiali oggetto di scavo, bensì come "sottoprodotti"»*. In letteratura, sul principio di retroattività *in mitius* della norma attributiva della potestà sanzionatoria amministrativa, v., *ex multis*, P. PROVENZANO, *Illecito amministrativo e retroattività in "bonam partem": da eccezione alla regola a regola generale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2020, 1, 2, pp. 52-62; E. BINDI, A. PISANESCHI, *La retroattività "in mitius" delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2019, 22.

*generale e astratta cui esso è sottoposto. Il primo problema che la Corte deve porsi (e della cui soluzione la motivazione deve dar conto) è in che misura si debba tener conto dell'immagine percepita da quel punto focale, fino a che punto, cioè, la deformazione intacchi l'equilibrio e l'armonia del disegno legislativo nel suo complesso»<sup>108</sup>.*

Nel giudizio costituzionale – specie in quello attivato in via incidentale – la vicenda concreta da cui è sorta la *quaestio* generalmente scolora<sup>109</sup>, mentre trovano ingresso i c.d. fatti “extraprocessuali”, ossia «*elementi fattuali che la Corte costituzionale desume dalla più ampia realtà sociale e verso cui il suo sindacato è sospinto, secondo linee che vanno ben oltre le vicende concrete della lite principale. Il giudizio di costituzionalità finisce così per essere investito da (e di) interessi, che travalicano la sfera delle posizioni soggettive dibattute nel giudizio a quo e che a esso restano in qualche modo estranei*»<sup>110</sup>.

In un tale contesto, la Corte è chiamata a valutare la «*deformazione*» dell'ordinamento costituzionale prodotta dalla norma indubbiata, per come avvertita dal giudice *a quo*. All'esito della valutazione in questione – che assume carattere di sintesi degli elementi concreti e generali che hanno trovato ingresso nel giudizio costituzionale – la Corte può anche limitare l'intervento ablatorio. In tal senso, una delle metodologie di cui sovente si serve la Consulta è quella di «*circoscrivere con grande esattezza il profilo per cui è ordinata l'ablazione, sin quasi a ricalcare il contorno del “caso”, riproducendone la silhouette nella “regola”*. Così però, introducendo nel dispositivo di accoglimento l'indicazione di tutte le circostanze che concorrono a formare la “regola”, si riesce a fare quanto neppure la più avanzata tecnica di restauro potrà mai fare con gli affreschi: lasciare intatta l'opera (la disposizione) ed incidere solo su quanto il pubblico deve percepire da un certo punto di vista»<sup>111</sup>.

La tecnica argomentativa in esame sembra essere quella utilizzata anche all'interno della sentenza n. 68 del 2021. In effetti, il giudice *a quo* aveva censurato l'art. 30, comma 4 della legge n. 87 del 1953 «*nella parte in cui la disposizione stessa non è applicabile alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Edu*». La Corte ha invece operato una sostanziale ridefinizione in

<sup>108</sup> R. BIN, «*Al cuor non si comanda*». Valori, regole, argomenti e il “caso” nella motivazione delle sentenze costituzionali, in A. RUGGERI (a cura di), *Le motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale*, Atti del seminario di Messina del 7-8 maggio 1993, Torino, 1994, pp. 329-330.

<sup>109</sup> Eloquente in tal senso è l'affermazione di Francesco Carnelutti (ripresa da E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia Costituzionale*, Torino, 2013, p. 112) secondo cui «*il singolo litigante, di fronte all'augusto consesso, il quale [...] per l'efficacia generale del suo giudizio, travalica i limiti del giudizio individuale, finirà per farsi sempre più piccolo, al punto di perdere ogni importanza e quasi da scomparire. Dio mi perdoni, ma mentre davanti al giudice ordinario la parte è un uomo, davanti alla Corte Costituzionale ho paura che assuma l'aspetto della marionetta*». Sulla contrapposizione fra tutela oggettiva e tutela soggettiva della legalità costituzionale e sui diversi modelli che ne derivano, insuperate pagine in C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, ora nella ristampa curata da F. MODUGNO, ESI, Napoli, 2018.

<sup>110</sup> E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.

<sup>111</sup> R. BIN, *op. ult. cit.*, p. 331.

senso riduttivo del *petitum* e ha chirurgicamente circoscritto il dispositivo di accoglimento ad una specifica *species* di sanzione amministrativa sostanzialmente penale, senza abbracciare anche il *genus*: il più contiene il meno, ma non viceversa<sup>112</sup>.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, la predicata “*assimilazione*”<sup>113</sup> circa il grado di caducità del giudicato penale a quello “diverso” in materia di sanzioni punitive è assai complicata da tradurre in concreto. Ciò in quanto non il giudicato, civile e amministrativo, su sanzioni amministrative sostanzialmente penali non può dirsi automaticamente travolto dalla declaratoria di incostituzionalità della norma attributiva della potestà sanzionatoria. Ed inoltre gli ordinamenti processuali diversi da quello penale non contemplanò istituti in grado di incidere su di una pronuncia passata in giudicato sol perché essa ha applicato una norma successivamente dichiarata incostituzionale.

Come noto, al di fuori della materia penale, l’avvenuta formazione del giudicato è pacificamente intesa come limite alla retroattività della declaratoria d’illegittimità costituzionale, in ossequio al principio di certezza del diritto.

Il rapporto (all’epoca) controverso si considera ormai esaurito e rimane regolato dalla norma (poi dichiarata) illegittima. Per tale ragione la struttura del processo civile e amministrativo, in questi casi, non prevede un’occasione di riapertura del giudizio a seguito del passaggio in giudicato della sentenza. Al contrario, nel processo penale, il giudice dell’esecuzione dispone di poteri di assai incisivi, specificamente volti a garantire che la pena, anche in fase di esecuzione, sia aderente a parametri di legalità<sup>114</sup>.

Di conseguenza, la ritenuta pari caducità fra il giudicato penale e quello formatosi su sanzioni amministrative sostanzialmente penali – perlomeno con riferimento agli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento della Corte – rischia, di fatto, di rimanere solo sulla carta, in difetto di meccanismi processuali idonei a superare il

112 In questo senso, v. anche la nota di E. APRILE alla sentenza n. 68/2021 in *Cass. pen.*, 7-8, 2021, p. 2427 ss., secondo cui «*benché espressamente evocata dal giudice rimettente, la Consulta ha ritenuto di non oltremodo valorizzare i cosiddetti ‘criteri Engel forgiati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in ordine alla definizione della “materia penale”.* [...] *La Corte costituzionale ha preferito, invece, sostenere che la sanzione della revoca della patente, pur formalmente qualificata come amministrativa, debba essere parificata ad una sanzione afferente alla “materia penale” per il suo carattere sostanzialmente afflittivo e non preventivo, in quanto incidente su diritto al lavoro e alla libertà di iniziativa economica, garantiti rispettivamente dagli artt. 35 e 41 Cost.*».

113 Nel lessico di V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l’assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2, 2021.

114 In tal senso, ad esempio, l’art. 673 c.p.p. secondo cui, nei casi di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, nonché nelle ipotesi di emissione di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità, «*il giudice dell’esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti*».

giudicato formatosi su sentenze civili o amministrative che hanno deciso l'impugnazione di sanzioni amministrative punitive in senso sfavorevole all'interessato.

L'istituto processuale deputato alla contestazione del giudicato civile e amministrativo è la revocazione, prevista dagli artt. 395 e 396 c.p.c., oltre che dall'art. 106 c.p.a.

Il mezzo di impugnazione in questione, tuttavia, è volto a censurare vizi, palesi od occulti, della sentenza, i quali hanno colpito il ragionamento del giudice, determinandone uno sviamento.

Coerentemente con tale assunto, tra le ipotesi di revocazione non figura l'eventualità di una sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma di cui la sentenza revocanda ha fatto applicazione.

È nota la *querelle* circa l'opportunità o la necessità di ampliare i casi di revocazione fino a ricomprendervi ipotesi, di matrice sovranazionale, sconosciute ai codici di rito. A partire dal 2015, la Corte costituzionale è stata ripetutamente sollecitata ad intervenire in via additiva sulle norme in materia di revocazione, tanto nell'ambito del processo civile quanto nell'ambito del processo amministrativo, al fine di dotare l'ordinamento di congegni idonei a garantire l'adeguamento alle sentenze di condanna della Corte EDU.

In queste occasioni, la Corte ha sempre declinato l'invito ad introdurre forme di "revocazione europea" – diversamente da quanto fatto in materia penale con la sentenza n. 113 del 2011 – trincerandosi dietro argomenti che, già di per sé non insuperabili, difficilmente potrebbero valere in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, specie alla luce della sentenza n. 68 del 2021.

Procedendo in ordine cronologico, viene anzitutto in rilievo la sentenza n. 123 del 2017 della Corte costituzionale sul caso dei c.d. "medici a gettone".

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>115</sup>, adita per la revocazione di una propria precedente sentenza<sup>116</sup>, con la quale erano stati dichiarati inammissibili per tardività i ricorsi proposti da alcuni medici per il riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di lavoro dipendente con l'Università di Napoli – Federico II.

La controversia si inseriva nel delicato processo di privatizzazione del pubblico impiego, con conseguente devoluzione delle relative controversie dal giudice amministrativo al giudice ordinario. In via transitoria, l'art. 45, co. 17 del D.lgs. n. 80 del 1998 aveva stabilito che, *in subjecta materia*, «le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla

115 Cons. Stato, Ad. Plen., ord., 4 marzo 2015, n. 2.

116 Cons. Stato, Ad. Plen., 22 febbraio 2007, n. 4.

*giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».* L'Adunanza Plenaria, facendo applicazione dei principi desumibili dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, aveva interpretato la norma nel senso che la scadenza infruttuosa del termine del 15 settembre 2000 per la proposizione del ricorso facesse venire meno, in ogni sede, il diritto di azione dell'interessato.

Alcuni dei medici ricorrenti si erano, quindi, rivolti alla Corte EDU denunciando la violazione da parte della Repubblica italiana dell'art. 6 della CEDU, sotto il profilo del diritto al giudice, e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU, che garantisce i "beni" individuali, fra cui i diritti di credito, nonché dell'art. 14 della CEDU, che sancisce il principio (convenzionale) di eguaglianza sostanziale.

La Corte EDU<sup>117</sup>, assorbita la questione della violazione dell'art. 14 della CEDU, aveva rilevato la lesione del diritto di accesso ad un tribunale, per via della buona fede dei ricorrenti desumibile dalla circostanza che la disciplina di riferimento si prestava a più interpretazioni plausibili, oltre che un'ingiustificata ingerenza dello Stato nel diritto al rispetto dei beni individuali.

Infine, la Corte di Strasburgo aveva riservato a successiva pronuncia la decisione sull'equa soddisfazione da riconoscere ai ricorrenti ai sensi dell'art. 41 della CEDU; decisione poi effettivamente assunta con sentenze del 6 settembre 2018, che ha liquidato il danno in complessivi € 587.000,00.

Ottenuto l'accertamento da parte della Corte EDU delle violazioni della Convenzione perpetrate dallo Stato in proprio danno, ai ricorrenti non rimaneva che adoperare i rimedi interni per rimuovere la lesione. L'operazione era, tuttavia, sostanzialmente impedita dall'assenza nell'ordinamento processuale amministrativo di mezzi di impugnazione idonei a travolgere il giudicato al fine di permettere l'adeguamento alle pronunce della Corte di Strasburgo. Di qui la proposizione di un giudizio di revocazione, con esplicita richiesta all'Adunanza Plenaria di interpretare in senso costituzionalmente orientato gli artt. 395 e 396 c.p.c., nonché l'art. 106 c.p.a., oppure, in subordine, di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale, deducendo il contrasto con gli artt. 11 e 117, co. 1 Cost.

L'Adunanza Plenaria, nel vagliare l'ammissibilità del ricorso per revocazione, richiamandosi ai principi già affermati in materia penale dalla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011, riteneva «*che un contrasto tra le norme processuali interne e l'obbligo gravante sullo Stato di conformarsi alle sentenze CEDU possa sussistere anche nel caso di specie in cui è in discussione l'ammissibilità del ricorso per la revocazione di una sentenza del giudice amministrativo*». Venivano anche richiamate le indicazioni del

<sup>117</sup> Corte EDU, 4 febbraio 2004, in causa 29907/07, *Staibano et al. c. Italia*; Corte EDU, 4 febbraio 2004, in causa 29932/07, *Mottola et al. c. Italia*.

Comitato dei Ministri, che “incoraggiavano” a riaprire i processi diversi da quelli penali quando la fonte della violazione accertata dalla Corte EDU sia una decisione giudiziaria e la lesione non possa essere adeguatamente rimediata per equivalente.

Pertanto, l’Adunanza Plenaria rimetteva alla Consulta la questione di legittimità costituzionale «*degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. in relazione agli artt. 117 co.1, 111 e 24 Cost nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46 par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo*».

La Corte costituzionale ha rigettato la questione sollevata, ritenendola infondata.

Il ragionamento della Corte si incentra sul profilo della «*tutela dei soggetti diversi dallo Stato che hanno preso parte al giudizio interno*», che segnerebbe “*la principale differenza fra i processi penali e quelli civili, differenza che riguarda pure quelli amministrativi, anch’essi caratterizzati dalla frequente partecipazione al giudizio di amministrazioni diverse dallo Stato, di parti resistenti private affidatarie di un munus pubblico e di controinteressati*».

La Corte mostra preoccupazione in ordine al bilanciamento fra il diritto di difesa dei terzi, garantito dall’autorità del giudicato, e il diritto di azione dell’interessato, e afferma che «*tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore*», non esimendosi, peraltro, dal rivolgere un invito alla Corte EDU (e al Consiglio d’Europa) per favorire l’intervento nel giudizio convenzionale di tutti i soggetti che hanno preso parte nel processo interno: «*Non vi è dubbio, allora, che una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU – renderebbe più agevole l’opera del legislatore nazionale*».

La soluzione avanzata dalla Corte – tutta incentrata sulla ponderazione interna del diritto di difesa tutelato dall’art. 24 Cost. – non convince a pieno. Se è, infatti, vero che il giudizio amministrativo è aperto alla partecipazione di soggetti privati diversi dal ricorrente, è altresì vero che in molte occasioni – come, peraltro, accadeva nel giudizio *a quo* – la dialettica processuale si dipana esclusivamente fra il privato ricorrente e l’Amministrazione resistente.

A ciò si aggiunga che il giudizio avanti alla Corte EDU non è strutturato secondo un modello impugnatorio (a meno di non voler trasformare la Corte EDU in un quarto grado di giudizio), e dunque non può ivi trovare ingresso l’antagonismo degli interessi privati. A ben vedere, in sede convenzionale, viene di regola richiesto l’accertamento da parte del privato di una violazione da parte dello Stato dei diritti garantiti dalla CEDU, con contestuale richiesta di condanna. Rispetto al *petitum* così

individuato, i soggetti privati diversi dal ricorrente non appaiono titolari di alcun interesse uguale e contrario a quello fatto valere dal ricorrente, non potendosi argomentare nel senso dell'interesse del terzo all'accertamento (negativo) dell'insussistenza della lesione lamentata.

Al più, i terzi potrebbero dirsi legittimati ad intervenire quali *amici curiae*, al fine di portare a conoscenza della Corte EDU elementi utili ad una più esaustiva cognizione della vicenda processuale esaminata, come, del resto, oggi accade anche nel processo costituzionale.

Le medesime coordinate ermeneutiche sono state adottate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 93 del 2018, con la quale è stata rigettata la *quaestio legitimatis* sollevata dalla Corte d'Appello di Venezia avente anch'essa ad oggetto gli artt. 395 e 396 c.p.c. «nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione quello in cui essa «si renda necessaria per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»», per il ritenuto contrasto con l'art. 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 46, par. 1 della CEDU.

In sostanza, le censure mosse dal giudice rimettente erano del tutto sovrapponibili a quelle contenute nella ricordata ordinanza n. 2/2015 dell'Adunanza Plenaria, con la differenza che, nel caso in esame, la questione di legittimità costituzionale era sorta in un processo civile, e la lesione lamentata dalla ricorrente per revocazione non avrebbe mai potuto essere ristorata per equivalente.

La Corte d'Appello di Venezia era stata, infatti, adita da una madre, la Sig.ra Zhou, per la revocazione della sentenza con cui la medesima Corte aveva confermato la decisione del Tribunale per i minorenni di Venezia che aveva dichiarato lo stato di adottabilità del figlio minore, disponendo l'interruzione dei rapporti con la madre e la nomina di un tutore.

La domanda di revocazione della sentenza d'appello si basava su di una sopravvenuta decisione<sup>118</sup> della Corte EDU, che aveva accertato la violazione da parte della Repubblica italiana, ai danni della donna, dell'art. 8 della Convenzione, relativo al rispetto della vita privata e familiare. Più in particolare, la Corte di Strasburgo, premesso il rilievo circa l'insussistenza di condizioni – quali abusi, violenze o maltrattamenti ai danni del minore – tali da imporre *sic et simpliciter* la rescissione di ogni rapporto fra il figlio e la madre, aveva ritenuto che «le autorità avrebbero dovuto adottare misure concrete per permettere al minore di vivere con la madre prima di disporre il suo affidamento e avviare una procedura di adottabilità».

---

<sup>118</sup> Corte EDU, 21 gennaio 2014, in causa n. 33773/11, *Zhou c. Italia*.

La tutela in forma specifica dei diritti della donna, consentendole la ricongiunzione con il figlio indebitamente sottratto, era, tuttavia, impedita dall'autorità del giudicato formatosi sulla revocanda sentenza della Corte d'Appello di Venezia

Nel caso di specie, la cornice fattuale di riferimento mostrava marcate differenze rispetto alla vicenda dei "medici a gettone". Nell'affare *Zhou* il principio cardine della certezza del diritto si poneva in tensione non con interessi di natura prevalentemente patrimoniale (come il diritto alla pensione, rilevante nel caso dei "medici a gettone"), bensì con il diritto alla genitorialità, nonché al superiore interesse del minore, impossibilitato a ricongiungersi con la madre biologica.

In un tale contesto, la motivazione addotta dalla Corte per giustificare il rigetto della *quaestio legitimatis* è laconica. La Consulta opera un sostanziale rinvio *per relationem* alle considerazioni svolte nella sentenza n. 123 del 2017, limitandosi a rilevare che non erano *medio tempore* intervenute decisioni della Corte EDU che imponessero la riapertura dei processi diversi da quelli penali nelle ipotesi di accertamento della lesione da parte dello Stato dei diritti convenzionalmente tutelati, e che, pertanto, ciò esauriva l'esame del *thema decidendum*.

La posizione della giurisprudenza costituzionale, seppur criticabile, appare intrinsecamente coerente e in linea con un opportuno atteggiamento di deferenza nei confronti del legislatore, in difetto di interpretazioni difformi consolidate in seno alla Corte EDU. E, ai nostri fini, non è senza significato che la Corte abbia adottato il medesimo atteggiamento di *self restraint* nel rifiutarsi di introdurre «una nuova configurazione del complessivo trattamento sanzionatorio di tutti gli illeciti amministrativi, in un ambito in cui deve riconoscersi al legislatore un ampio margine di libera determinazione»<sup>119</sup>

La Corte, peraltro, mostra di non ignorare la pregnanza del tema esaminato, laddove afferma che «specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU»<sup>120</sup>.

Occorre ora valutare se i ridetti principi possono comunque trovare applicazione nella peculiare materia delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, e anche nell'ipotesi in cui la causa di revocazione di cui si richiede l'introduzione sia rappresentata dalla sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma sulla base della quale è stata irrogata una sanzione amministrativa sostanzialmente penale,

<sup>119</sup> Corte cost., 27 luglio 2016, n. 193.

<sup>120</sup> Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6.

la cui impugnazione è stata definita con sentenza definitiva in senso sfavorevole all'interessato.

Infatti, a seguito della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2021, in dottrina è emerso l'auspicio per «una sentenza additiva della Corte costituzionale sull'art. 365 c.p.c. che stabilisca una nuova ipotesi di revocazione della sentenza per le sanzioni amministrative sostanzialmente penali, sulla scia peraltro della sentenza additiva n. 113 del 2011 sulla revisione della sentenza penale»<sup>121</sup>. Ciò in quanto, anche alla luce del processo di progressiva assimilazione di cui si è dato conto, le sanzioni di indole sostanzialmente penale avrebbero, rispetto alle pene in senso stretto, il medesimo grado di «afflittività nei confronti dei diritti fondamentali di libertà dell'individuo». Inoltre, in relazione a tali sanzioni, scemano anche le esigenze di tutela dei terzi, posto che è «la stessa natura della sanzione a implicare che la controparte, nel giudizio di opposizione alla sanzione, sia il soggetto dotato del potere punitivo e non altri eventualmente danneggiati, che solo in altra sede (ma non nel giudizio di opposizione), potranno far valere le proprie ragioni».

Alla luce delle motivazioni contenute nella sentenza n. 68 del 2021, la condivisibile soluzione avanzata in dottrina merita alcune puntualizzazioni.

In primo luogo, occorre coordinare i principi ivi espressi con la tesi tradizionale per cui la formazione del giudicato rappresenta, al di fuori della materia penale, il limite alla retroattività dell'efficacia delle sentenze costituzionali di accoglimento.

Il rigore della tesi in esame potrebbe essere temperato con esclusivo riferimento alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, rispetto alle quali la stessa Corte ha ritenuto irragionevole che il sanzionato debba subire gli effetti dell'applicazione di una norma colpita da una sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità.

Più in particolare, nella materia *de qua*, si potrebbe proporre di ritenere il rapporto non ancora esaurito finché perdurano gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla sentenza che ha deciso sull'impugnazione di sanzioni amministrative sostanzialmente penali in senso sfavorevole al sanzionato. Ci si riferisce, ad esempio, ai casi in cui si tratti di sanzione interdittiva ed ancora non sia scaduto il termine dell'interdizione, o di una sanzione pecuniaria non ancora pagata dal condannato, in riferimento alla quale sia pendente l'esecuzione.

Inoltre, il rimedio della revocazione dovrebbe dirsi ammissibile solo previo accertamento dell'incidenza della sanzione ancora da eseguirsi su diritti costituzionalmente rilevanti, quali la libertà d'impresa o il diritto al lavoro.

A garanzia della certezza del diritto, poi, rimarrebbe comunque operante la disciplina dei termini prevista dall'art. 325 c.p.c., alla cui stregua la revocazione può

<sup>121</sup> A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021, p. 274.

essere, in linea generale, proposta entro 30 giorni dal verificarsi della causa di revocazione.

Nel caso di specie, il *dies a quo* per la proposizione della revocazione dovrebbe essere individuato nel giorno in cui è pubblicata la sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità della norma attributiva della potestà sanzionatoria.

Una diversa soluzione potrebbe consistere nell'esperimento, dinanzi al giudice (civile o amministrativo) munito di giurisdizione, di un'azione di accertamento negativo circa l'inesistenza, l'inefficacia, l'inopponibilità o, comunque, l'ineseguibilità del giudicato formatosi sull'impugnazione di una sanzione amministrativa sostanzialmente penale, definita in applicazione di una norma, attributiva della potestà sanzionatoria, successivamente dichiarata incostituzionale.

Per tale via, il soggetto interessato potrebbe direttamente far valere, senza limiti di tempo, l'applicazione dell'art. 30, comma 4 della legge n.87/1953, sostenendone un'interpretazione estensiva conforme ai principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 68 del 2021. Qualora tale interpretazione non risultasse predicabile, alla luce della formulazione della norma, dovrebbe eccepirsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma 4 della legge n. 87/1953, in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione (formalmente) amministrativa (ma) sostanzialmente penale concretamente irrogata sulla base di una norma successivamente dichiarata incostituzionale.

In una prospettiva *de jure condendo*, nell'uno e nell'altro rimedio, assumerà cruciale rilievo la formulazione della questione di illegittimità costituzionale. Nelle trame della sentenza n. 68 del 2021 traspare, infatti, la preoccupazione per interpretazioni eccessivamente "sartoriali" della nozione di sostanza penale da parte dei giudici comuni, col rischio di contrasto fra giudicati, e conseguente lesione dei principi di certezza del diritto. La Corte ha, infatti, preferito attribuirsi «*il compito di valutare, caso per caso, la natura preventiva o afflittiva delle sanzioni amministrative*»<sup>122</sup>. In questa prospettiva, una più circoscritta formulazione del quesito di costituzionalità ne aumenterebbe senza dubbio le possibilità di accoglimento, quietando i timori manifestati dalla giurisprudenza costituzionale.

---

122 V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*.