

**LA PROGRESSIVA ESTENSIONE DELLO STATUTO PENALISTICO
ALL'ILLECITO AMMINISTRATIVO PUNITIVO. UNA NUOVA
QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 30, C. 4
L. 87/1953**

Cosimo Pedullà



1. Il regime giuridico dell'illecito amministrativo sta registrando, negli ultimi anni, un processo di progressiva ed inesorabile assimilazione allo statuto "di garanzia" che circonda l'illecito penale.

In questa direzione si iscrive, da ultimo, la recente ordinanza del Tribunale di Milano con la quale – nell'ambito di un procedimento di esecuzione avente ad oggetto la cancellazione della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida (art. 222, c. 2, d.lgs. 285/1992, contenente il Nuovo Codice della Strada) in conseguenza della decisione costituzionale n. 88/2019 **[1]** – ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 4, L. 11 marzo 1953, n. 87 (recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»), nella parte in cui «non è applicabile alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU».

In definitiva, con l'ordinanza in parola il Giudice rimettente sostiene l'irragionevolezza della (ormai anacronistica) soluzione normativa di delimitare la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali alle sole ipotesi di incostituzionalità di una disposizione *formalmente* penale, in applicazione della quale sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, con esclusione dall'alveo applicativo della norma di tutti i casi in cui la declaratoria di illegittimità costituzionale abbia ad oggetto una disposizione sanzionatoria formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale.

2. La materia delle sanzioni amministrative è percorsa da un moto di profonda trasformazione, sollecitato da una rinnovata lettura in chiave sostanzialistica della nozione di illecito punitivo.

Per meglio inquadrare le considerazioni che seguono, sembra opportuno richiamare brevemente la collocazione sistematica degli illeciti amministrativi sanzionatori, i quali vanno collocati nell'ambito della categoria dei provvedimenti amministrativi restrittivi o sfavorevoli, contrapposti al diverso *genus* dei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del privato.

In particolare, i provvedimenti sanzionatori si distinguono, in considerazione del profilo funzionale, in sanzioni in senso lato, aventi finalità essenzialmente ripristinatoria, e sanzioni in senso stretto, che possono essere di tipo pecuniario o interdittivo **[2]**.

La disciplina generale delle sanzioni pecuniarie, plasmata sulla falsariga del modello dell'illecito penale, è contenuta nella L. 24 novembre 1981 n. 689 (intitolata "Modifiche al sistema penale"). Allo stesso modo, la disciplina delle altre sanzioni amministrative si rinviene nelle singole discipline di settore, che fanno

applicazione, il più delle volte, dei principi di cui alla L. 689.

3. Senonché, come noto, l'illecito amministrativo sta subendo una autentica di rivoluzione copernicana, che ha come effetto quello di rideterminare la radicale riscrittura dei paradigmi originariamente pensati dal legislatore della depenalizzazione degli anni '80, dando luogo ad una parziale eterogenesi dei fini.

La ragione che giustifica la graduale assimilazione dell'illecito amministrativo a quello penale è rappresentata dalla ormai acquisita consapevolezza – indotta per buona parte dagli orientamenti delle Corti sovranazionali, in specie della Corte EDU – secondo cui la qualificazione giuridica di una data disposizione deve poter prescindere dal *nomen juris* e va piuttosto ricostruita alla luce di parametri di ordine antiformalista, che ne rivelino l'autentica essenza.

Proprio al fine di “verificare se un procedimento ha ad oggetto accuse in materia penale”, la Corte EDU, nella nota causa *Engel c. Paesi Bassi* (1976), ha chiarito che la qualificazione formale dell'illecito nel Paese di riferimento è solo uno dei criteri in base ai quali condurre detta analisi, dovendosi affiancare al parametro citato ulteriori criteri, dalla connotazione più squisitamente sostanziale, quali la natura dell'illecito e la *ratio* della sua previsione, nonché la tipologia ed il grado di afflittività della sanzione inflitta.

La ricostruzione in chiave sostanzialistica della *matière pénale* è invalsa anche in seno alla Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza del 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda* (punto 37).

La qualificazione giuridica di un illecito in termini penali rappresenta, evidentemente, operazione preliminare di fondamentale importanza, in quanto condiziona l'applicazione delle garanzie che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, siglata a Nizza nel 2000 e parte integrante dei Trattati Unionali (art. 6 § 1 TUE), riservano alla materia penale.

In particolare, l'illecito – sostanzialmente – penale soggiace al principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU (nonché art. 49 CDFUE), la sua misura deve essere rispettosa del principio di proporzione (art. 49 § 3 CDFUE), il suo accertamento deve avvenire nel rispetto dei principi dell'equo processo (art. 6 CEDU; artt. 47 e 48 CDFUE), non può essere contestato più volte **[3]** nei confronti dello stesso soggetto già giudicato per il medesimo fatto, da intendersi in una accezione strettamente naturalistica **[4]** (art. 4 Prot. 7 CEDU; art. 50 CDFUE).

In questa prospettiva si spiega l'affermazione di una concezione autonomista nella ricostruzione dell'illecito e delle sanzioni penali, invalsa presso le Corti europee ed in particolare in seno alla Corte EDU, la quale, in

applicazione dei “*criteri Engel*”, ha ritenuto misure sostanzialmente penali, *ex plurimis*, la confisca urbanistica di cui all’art. 44, c. 2, D.P.R. 380/2001 (Corte EDU, Sez. II, 20 gennaio 2009 e 10 maggio 2012, Sud Fondi S.r.l. ed altri contro Italia; Corte EDU, Sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara contro Italia; Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia), così come l’illecito amministrativo di manipolazione del mercato di cui all’art. 187-*ter* del D.lgs. 58/1998 (Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia).

4. L’approccio antiformalista inaugurato dalle Corti europee ha trovato piena adesione anche sul piano interno e rappresenta la chiave di lettura attraverso la quale è possibile leggere, in chiave sistematica, i progressivi passaggi giurisprudenziali che sembrano inequivocabilmente andare nella direzione dell’applicazione all’illecito amministrativo punitivo di parte dello statuto di garanzia proprio dell’illecito penale.

In proposito, è opportuno sottolineare che non può essere predicata una definitiva assimilazione tra le due categorie, atteso che l’illecito in analisi, per quanto sostanzialmente penale, conserva sempre la sua connotazione formalmente amministrativa, il che ne impedisce una piena parificazione con l’illecito penale.

Adottando un approccio che vada oltre la qualificazione formale e indagli le caratteristiche essenziali dell’illecito, è possibile rintracciare, nell’alveo della categoria degli illeciti sanzionatori, talune ipotesi che presentano una connotazione afflittiva, autenticamente punitiva, esprimendo così l’elemento che rappresenta il *proprium* della sanzione penale, ovvero la reazione punitiva dell’ordinamento di fronte ad un fatto offensivo di un bene giuridico.

In questo quadro si spiega la crescente tendenza ad applicare agli illeciti amministrativi punitivi talune garanzie proprie dell’illecito penale.

Emblematica in tal senso è la Relazione sull’attività della Corte Costituzionale nel 2019, a firma della Presidente Cartabia, in cui si attesta l’avvenuta estensione, nei confronti di «alcuni illeciti amministrativi di tale gravità da rivestire natura “punitiva”», di «talune garanzie che assistono la materia penale, lungo direttrici parallele a quelle seguite dalle giurisprudenze di entrambe le Corti europee» [5].

In molteplici occasioni, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha applicato alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente “punitivo” talune guarentigie riservate dalla Costituzione alla materia penale. Si fa riferimento all’estensione di alcuni corollari del principio di legalità (art. 25, c. 2 Cost.), quali il divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius*, il principio della retroattività della *lex mitior*, il principio di sufficiente precisione del precetto, nonché all’applicazione del principio di necessaria proporzionalità della misura sanzionatoria e alla – tuttora discussa – operatività del principio del *nemo tenetur se detegere* anche di

fronte al rischio di incolpazione per fatti comportanti sanzioni amministrative particolarmente afflittive.

Una tale estensione non è avvenuta, invece, in relazione ai principi in materia di responsabilità penale stabiliti dall'art. 27 Cost. [6].

Tanto il principio di colpevolezza – nella duplice accezione di divieto di responsabilità per fatto altrui e di divieto di responsabilità in assenza di qualsivoglia referente psichico tra fatto ed autore materiale dello stesso [7] –, quanto il principio della funzione rieducativa della pena, sono ritenuti intimamente connessi alla logica della pena intesa come sanzione limitativa della libertà personale, attorno alla quale è costruito il sistema sanzionatorio penale.

5. Nondimeno, come anticipato, all'illecito sostanzialmente penale trovano applicazione diversi istituti di garanzia propri dell'illecito penale.

Innanzitutto, all'illecito amministrativo punitivo si applica il divieto di retroattività dell'illecito e della relativa sanzione, la cui affermazione si rinviene, con riferimento alla materia penale, a livello costituzionale nell'art. 25, c. 2 Cost. (oltre che nell'art. 117, c. 1, che permette all'art. 7 CEDU di fungere da norma interposta nel giudizio di costituzionalità), nonché a livello di legislazione ordinaria nell'art. 2, c. 1, c.p., mentre, con riferimento agli illeciti amministrativi in senso stretto, è sancito soltanto a livello di legislazione ordinaria nell'art. 1 L. 689/1981.

A ben vedere, il duplice divieto posto dall'art. 25, c. 2 Cost. (incriminazione retroattiva di un fatto che al tempo in cui fu commesso non costituiva illecito; efficacia retroattiva di una legge che punisca più severamente un fatto già precedentemente incriminato) trova applicazione, come affermato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 223 del 2018, anche al diritto amministrativo sanzionatorio, rispetto al quale «si impone infatti la medesima esigenza, di cui tradizionalmente si fa carico il sistema penale in senso stretto, di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto» [8].

Una ipotesi del tutto peculiare è rappresentata da quella in cui il fatto, originariamente previsto come reato, venga successivamente trasformato in illecito amministrativo.

Tecnicamente, da un punto di vista formale, le sanzioni amministrative, risultanti dalla depenalizzazione di quelle penali applicabili in precedenza, si connotano come sanzioni nuove, rispetto alle quali dovrebbe trovare "secca" attuazione il divieto di retroazione, come previsto dall'art. 1 L. 689/1981 nonché, *amplius*, dall'art. 11 delle Preleggi (Disposizioni sulla legge in generale).

Nondimeno, le leggi di depenalizzazione tendono a disciplinare espressamente il regime intertemporale a

mezzo di apposite norme transitorie, le quali prevedono l'applicazione retroattiva delle nuove sanzioni con riferimento ai fatti commessi prima della loro entrata in vigore.

In termini generali, con riferimento alle sanzioni amministrative risultanti da leggi di depenalizzazione, occorre prendere le mosse dalla già tracciata distinzione preliminare, che si rivela idonea a condizionare il regime giuridico applicabile.

Nulla quaestio per le sanzioni formalmente e sostanzialmente amministrative, le quali sono sì assoggettate al divieto di retroazione, ma detto divieto è sancito, come visto, soltanto a livello di legislazione ordinaria e come tale è liberamente derogabile dal legislatore. È sufficiente, cioè, che una disposizione intertemporale all'interno della legge di depenalizzazione disciplini espressamente l'applicazione retroattiva della nuova sanzione a fatti commessi nella vigenza della legge che li assoggettava a sanzioni penali.

Il discorso si fa più complesso in presenza di sanzioni solo formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali nel senso di cui sopra. La depenalizzazione, infatti, potrebbe comportare, pure a fronte della eliminazione di una sanzione penale, l'introduzione di una sanzione amministrativa particolarmente afflittiva e, quindi, sostanzialmente penale.

In tali casi, si impone l'applicazione di un diverso corollario del principio di legalità, quale il principio di retroattività della *lex mitior*, nel senso che, pur a seguito di depenalizzazione, se il fatto commesso anteriormente alla legge di depenalizzazione, per quanto integrasse reato, risulti meno grave di quello risultante all'esito della riscrittura legislativa che lo depenalizzi, occorrerà applicare la disciplina previgente.

Almeno in linea teorica, l'applicazione retroattiva della nuova sanzione ai fatti commessi in precedenza potrebbe risultare ammissibile, e ciò «sul duplice presupposto che, da un lato, tali fatti erano già qualificati in termini di illiceità al momento della loro commissione; e che, dall'altro, la sanzione penale all'epoca prevista era più grave di quella, di natura amministrativa, introdotta con la legge di depenalizzazione» (Corte Cost. 223/2018, cit.).

In proposito, la Consulta ha affermato che, in linea generale, una simile tecnica legislativa si sottrae a censure di illegittimità costituzionale, atteso che l'applicazione retroattiva delle nuove sanzioni amministrative, ancorché aventi natura sostanzialmente punitiva e quindi attratte nell'orbita dell'art. 25., c. 2 Cost, comportano l'applicazione non già di un regime sanzionatorio più severo di quello vigente al momento della commissione del fatto, bensì, al contrario, di un trattamento punitivo normalmente più favorevole.

Peraltro, la stessa Consulta ha avuto modo di precisare come «il generale maggior favore di un apparato sanzionatorio di natura formalmente amministrativa rispetto all'apparato sanzionatorio previsto per i reati non può essere dato per pacifico in ogni singolo caso» [9], dovendosi, pertanto, valutare di volta in volta la misura più o meno afflittiva del nuovo trattamento sanzionatorio risultante in esito alla depenalizzazione.

Del resto, come sostenuto da autorevole dottrina, non sempre depenalizzare equivale ad applicare un trattamento più favorevole **[10]**.

In definitiva, in caso di successione di leggi, che modifichi una sanzione penale prevedendo un illecito amministrativo sostanzialmente penale in quanto parimenti afflittivo, trova spazio un secondo corollario del principio di legalità, che prescrive la necessaria applicazione della *lex mitior*. Pertanto, ai fini del rispetto delle garanzie convenzionali e costituzionali, il passaggio dal reato all'illecito amministrativo, quando quest'ultimo conservi natura penale, permette l'applicazione retroattiva del nuovo regime punitivo soltanto se è più mite di quello precedente. In tal caso, infatti, e solo in tal caso, nell'applicazione di una pena sopravvenuta, ma in concreto più favorevole, non si annida alcuna violazione del divieto di retroattività, ma all'opposto una scelta in favore del reo.

Pertanto, giova precisare che il principio della retroattività della *lex mitior* non opera in maniera indiscriminata per tutte le sanzioni amministrative.

Nella sentenza n. 193 del 2016, infatti, la Consulta aveva escluso la generalizzata applicazione alle sanzioni amministrative della garanzia in esame (e in generale di tutti i corollari della legalità coperti dall'art. 7 CEDU), precisando invece come tale estensione fosse imposta solo in relazione a "singole e specifiche discipline sanzionatorie", qualora qualificabili in concreto come convenzionalmente penali alla luce dei noti *Engel criteria*.

Pertanto, in difetto di alcun «vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative», la sentenza n. 193 del 2016 ha giudicato non fondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della L. 689/1981, nella parte in cui non prevede una regola generale di applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi.

Diversamente opinando, una introduzione per via della giurisprudenza costituzionale di una siffatta regola generale avrebbe finito «per disattendere la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata "amministrativa" dal diritto interno) come "convenzionalmente penale", alla luce dei cosiddetti criteri Engel» (v. Corte Costituzionale, 21 marzo 2019, n. 63 **[11]**).

È evidente, allora, l'importanza di una disciplina intertemporale che intervenga a regolamentare i profili successivi tra le disposizioni *ante* e *post* depenalizzazione.

Sul punto, è stato chiarito che la disciplina transitoria prevista dagli artt. 40 e 41 L. 689/81 – per cui, se il procedimento penale non fosse stato ancora definito, trovano applicazione le nuove sanzioni amministrative – presenta una operatività limitata agli illeciti da essa depenalizzati e non riguarda gli altri casi di

depenalizzazione, stante la portata eccezionale di dette disposizioni rispetto al generale principio che afferma il divieto di irretroattività dell'illecito amministrativo e della relativa sanzione [12].

Una disciplina transitoria, modellata proprio sulla falsariga degli artt. 40 e 41 L. 689/81, è espressamente prevista dal D.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8, recante "Disposizioni in materia di depenalizzazione", in cui il problema della successione delle leggi è risolto *per tabulas* dall'art. 8, il quale dispone l'applicabilità delle sanzioni amministrative alle violazioni anteriormente commesse, sempre che il procedimento penale non sia stato definito con sentenza irrevocabile.

Analogamente, una disciplina intertemporale si rinviene anche nel d.l. n. 19/2020, contenente "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", laddove, nell'apprestare un presidio sanzionatorio a corredo delle prescrizioni imposte a fronteggiare e contenere la diffusione dell'epidemia, ha previsto, all'art. 4, c. 8, che «le disposizioni del presente articolo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà».

In questo modo, il problema della possibile introduzione di un illecito sanzionatorio più afflittivo dell'illecito penale oggetto di depenalizzazione è stato scongiurato a monte dal legislatore dell'emergenza, il quale ha introdotto una disciplina intertemporale rispettosa del principio della *lex mitior*.

In senso contrario, lo stesso legislatore dell'emergenza non ha mostrato la medesima attenzione nel disciplinare l'illecito amministrativo di cui all'art. 180 d.l. n. 34/2020 (c.d. *decreto rilancio*). Come denunciato proprio su questa rivista dalla più attenta dottrina, la modifica della disciplina relativa all'imposta di soggiorno per gli albergatori, laddove il d.l. venisse convertito in legge, comporterebbe una autentica depenalizzazione.

Se fino ad ora «il mancato versamento della tassa di soggiorno da parte degli albergatori veniva punito sia amministrativamente (attraverso l'uso di violazioni poste nei regolamenti comunali) sia penalmente, giacché non si riteneva sussistere una relazione di specialità fra i due illeciti», al contrario, «per come è stata configurato nel decreto rilancio, l'illecito amministrativo costituisce una figura speciale rispetto al peculato, ne ritaglia infatti una sottofattispecie». In assenza della norma speciale (l'illecito amministrativo), tutti i relativi casi verrebbero disciplinati dalla norma generale (il peculato), perché già li ricomprende (espressamente o tacitamente), con conseguente applicazione del solo illecito amministrativo, in quanto speciale (art. 9 L. 689/81) [13].

6. Ulteriori importanti tappe del processo di progressiva assimilazione dell'illecito amministrativo punitivo a quello penale sono rappresentate dalla ritenuta estensione all'illecito amministrativo sanzionatorio del principio della sufficiente precisione del precetto sanzionato (Corte Cost. n. 121 del 2018), del principio di necessaria proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito (Corte Cost. n. 88 del 2019 e n. 112 del 2019), nonché della (possibile) applicazione del canone del *nemo tenetur se detegere* (Corte Cost., ord. n. 117/2019).

In particolare, la sentenza n. 121/2018 ribadisce che il principio di legalità, *sub specie* di prevedibilità e accessibilità della condotta illecita e della sanzione avente carattere punitivo-afflittivo, va garantito qualunque sia il *nomen* ad essa attribuito dall'ordinamento, trattandosi, come visto, di un patrimonio giuridico derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo.

Diversamente, le sentenze n. 88 e 112 del 2019 ritengono applicabile alla sanzione amministrativa il principio di necessaria e proporzionata correlazione tra condotta illecita e conseguente risposta punitiva, principio affermato con riferimento, rispettivamente, alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, imposta dall'art. 222, c. 2, quarto periodo, d.lgs. 285/1992 (cod. strada) in relazione a tutte le ipotesi di condanna per i reati di omicidio stradale e lesioni personali gravi o gravissime, quindi anche laddove non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi secondo e terzo degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. (v. nota 1), nonché alla misura ablatoria di cui all'art. 187-*sexies* del T.U.F., che prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, non del solo profitto, ma anche del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo.

Di recente, inoltre, la Consulta ha sollevato, con l'ordinanza n. 117/2019, un rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia, alla quale è stato chiesto se sia compatibile con il diritto dell'Unione la previsione di una sanzione nei confronti di chi si rifiuti di rispondere a domande dell'Autorità competente, dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative particolarmente afflittive.

In altri termini, un possibile scenario di ulteriore sviluppo del processo di assimilazione dell'illecito amministrativo punitivo a quello penale potrebbe essere rappresentato dall'estensione al primo del principio del *nemo tenetur se detegere* (noto anche con la formula *nemo tenetur contra se aedere* o *nemo tenetur ipsum accusare*).

La questione, che si è posta in relazione ai procedimenti amministrativi condotti dalla Consob nell'ambito della sua attività di vigilanza e controllo sul mercato finanziario, potrebbe prestarsi ad assumere una vocazione più ampia e trasversale. Ad esempio, parte della dottrina si è interrogata in ordine alla possibilità

di invocare il diritto alla non auto-incolpazione anche in relazione alle dichiarazioni rese da chiunque fosse sottoposto ad un controllo da parte delle forze dell'ordine nel corso della c.d. "fase 1" dell'emergenza Covid, in cui gli spostamenti erano ammessi nelle sole ipotesi eccezionalmente previste dalla normativa emergenziale. Le false dichiarazioni rese ad un pubblico ufficiale determinano, infatti, il concorso tra l'illecito amministrativo – avente una non trascurabile connotazione punitiva – di cui all'art. 4, c. 1, d.l. 19/2020 ed il delitto di falso (in particolare, artt. 483 o 495 c.p.) **[14]**.

Sul punto, peraltro, è il caso di precisare che la giurisprudenza, pronunciata in passato in relazione ad ipotesi consimili, sembra aver circoscritto l'operatività del principio in parola al solo piano processuale, escludendo che lo stesso possa avere una connotazione di scriminante idonea a rilevare, prima ancora, sul piano sostanziale **[15]**.

7. La breve ricognizione delle tappe che stanno segnando il processo di progressiva estensione all'illecito amministrativo punitivo delle principali garanzie qualificanti l'illecito penale consente di comprendere più a fondo le ragioni per cui il Tribunale di Milano, con l'ordinanza cui si è fatto riferimento in avvio, ha sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 4, L. 87/1953.

Il giudice *a quo* è perfettamente consapevole che la Consulta si è già pronunciata sulla medesima questione di diritto con la sentenza n. 43/2017, ritenendo non fondate le censure ipotizzate all'art. 30 L. 87/1953 con riferimento a tutti i parametri costituzionali allora evocati dal giudice rimettente (i.e., gli artt. 3 Cost., 25 c. 2 Cost. e 117 c., 1 Cost., in relazione agli artt. 6 e 7 della CEDU).

In quella sede, la Consulta ha affermato come non possa ammettersi l'erosione del giudicato in presenza di declaratoria di incostituzionalità di una disposizione contenente una sanzione formalmente amministrativa, per quanto essa presenti una connotazione sostanzialmente penale alla luce delle indicazioni convenzionali.

Il caso di specie riguardava la sanzione connessa alla inosservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi inerenti all'orario di lavoro, prevista dall'art. 18-*bis* c. 4 d.lgs. 66/2003, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 153 del 2014.

Ebbene, in quella sede il Giudice delle leggi aveva affermato che la concezione autonomistica dei reati e delle sanzioni penali, invalsa in ambito CEDU, vale solo e soltanto per estendere alle disposizioni nazionali aventi carattere sostanzialmente penale le garanzie CEDU, ma non può essere utilizzata per incidere anche sulla qualificazione formale che dette disposizioni rivestono nell'ordinamento interno.

Il principio della intangibilità del giudicato, di cui l'art. 30, c. 4 rappresenta un'eccezione legale, va circoscritto alle sole ipotesi di incostituzionalità della "norma penale", come testimoniato dal tenore letterale della

disposizione *de qua*. Del resto, «nella giurisprudenza della Corte europea non si rinviene, allo stato, alcuna affermazione che esplicitamente o implicitamente possa avvalorare l'interpretazione dell'art. 7 della CEDU nel significato elaborato dal giudice rimettente, tale da esigere che gli Stati aderenti sacrificino il principio dell'intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime» (così, Corte Cost. 43/2017, cit.).

In definitiva, le recenti acquisizioni giurisprudenziali, che hanno riscritto la portata del "secolare" principio di intangibilità del giudicato – nel senso che in tanto può parlarsi di reale intangibilità, in quanto la pena irrogata sia legittima – trovano un limite insuperabile nel parametro oggettuale cui va rapportato il principio in parola. L'incisione del giudicato, infatti, è ammessa a fronte della definitiva irrogazione di una "pena illegale", intendendosi con questa espressione la pena che, per specie ovvero per quantità, non corrisponde a «quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice in questione, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio» (la definizione in parola risale a Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli).

È evidente, allora, che allorché l'incostituzionalità abbia ad oggetto una sanzione amministrativa, per quanto avente vocazione penale, risulta "fuori gioco" tanto l'art. 673 c.p.p. (il cui raggio operativo è limitato alla declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice in senso stretto, costitutiva cioè di un autonomo titolo di reato), quanto l'art. 30, c. 4, L. 87/1953 (avente ad oggetto qualsiasi tipologia di norma penale, in particolare quelle che incidono sul *quantum* sanzionatorio **[16]**), nel cui perimetro non può essere affatto ricompreso, neppure in esito ad una interpretazione tesa ad estendere il più possibile il significato della norma, la diversa ipotesi di cui si discorre.

Stante l'impossibilità di percorrere una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione, il Tribunale di Milano, dopo aver considerato la questione di legittimità costituzionale del citato art. 30 rilevante per la risoluzione del caso alla sua attenzione, ha ritenuto la stessa non manifestamente infondata, nonostante il precedente rappresentato dal rammentato arresto n. 43/2017.

Attraverso la nuova questione di legittimità il giudice *a quo* chiede alla Consulta di superare il suo iniziale orientamento proprio alla luce delle recenti prese di posizione, da parte della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che sono andate, come visto, nella chiara direzione di favorire una sempre più effettiva parificazione dell'illecito amministrativo punitivo a quello penale.

Il rinnovato statuto costituzionale delle sanzioni solo formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali, reca con sé, ad avviso del Giudice di merito, un possibile diverso esito della questione, anche in considerazione della «differente natura della sanzione che assume rilievo nel caso di specie – la limitazione del diritto all'uso della patente che si tramuta, in relazione alla professione svolta dal condannato, in un limite alla libertà di iniziativa economica – rispetto alla mera pena pecuniaria allora considerata» (*cfr.*

ordinanza di rimessione, p. 9).

L'ordinanza conclude affermando che «se non vi è ragione per continuare ad applicare ad un soggetto una sanzione che il legislatore giudica ormai eccessiva, non si comprende davvero come possa continuarsi ad applicare una sanzione radicalmente travolta da una pronuncia di legittimità costituzionale», aggiungendo che «il discrimine non può essere certo costituito dal giudicato, dovendosi dare prevalenza alla legalità costituzionale rispetto alle ragioni di certezza».

In tal modo, ad una lettura antiformalista dell'illecito penale, da valutarsi in base ad una accezione sostanziale piuttosto che alla luce della sua qualificazione formale, dovrebbe corrispondere una lettura sostanzialista anche della norma di cui all'art. 30, c. 4, che andrebbe intesa nel senso di consentire l'incisione del giudicato anche di fronte all'incostituzionalità di disposizioni che solo formalmente hanno carattere amministrativo, ma che nondimeno sono in grado di produrre effetti sostanzialmente penali in quanto ad afflittività e gravosità.

In altri termini, ad una parificazione sul piano sostanziale dovrebbe logicamente seguire una parificazione anche sul piano dei rimedi procedurali, apprestati a fronte della declaratoria di incostituzionalità di una norma che abbia un contenuto afflittivo e sulla base della quale sia stata irrogata una misura sanzionatoria in corso di esecuzione.

Il processo di progressiva assimilazione dell'illecito amministrativo punitivo a quello penale è *in fieri* ed in costante evoluzione. Non resta che attendere l'ulteriore pronunciamento della Consulta al fine di verificare se nello statuto della sanzione amministrativa punitiva possa dirsi ricompresa l'ulteriore garanzia procedurale rappresentata dalla cessazione dell'esecuzione del provvedimento che l'abbia disposta, allorquando sia sopraggiunta una sentenza di incostituzionalità della relativa base legale, di modo che, in tale evenienza, ne possano cessare tutti gli «effetti "sostanzialmente" penali».

[1] Con la sentenza del 19 febbraio 2019, n. 88, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del quarto periodo del c. 2 dell'art. 222 cod. strada, laddove dispone che alla condanna o all'applicazione della pena patteggiata per i reati di omicidio stradale e lesioni stradali gravi e gravissime consegue sempre ed invariabilmente l'applicazione della sanzione accessoria della revoca della patente di guida.

La Corte, muovendosi nel sentiero già tracciato dalle sentenze costituzionali n. 50/1980 (relativa ad una contravvenzione connessa alla circolazione degli autoveicoli industriali) e n. 222/2018 (in materia di durata delle pene accessorie per i reati di bancarotta fraudolenta), nonché, sempre in materia di circolazione stradale, dalla decisione n. 22/2018 (relativa alla revoca automatica della patente di guida in ipotesi di condanna per i reati di cui agli artt. 73 e 74 D.P.R. 309/1990; sulla stessa linea, più di recente, Corte Cost.

24/2020, declaratoria dell'illegittimità costituzionale dell'art. 120, c. 2, cod. strada – anche – nella parte in cui dispone che il prefetto “provvede”, invece che “può provvedere”, alla revoca della patente di guida nei confronti di coloro che sono sottoposti a misura di sicurezza personale), rileva che l'automatismo sanzionatorio previsto dall'art. 222 cod. strada può giustificarsi solo per le più gravi violazioni contemplate dal codice, quali quelle previste, come ipotesi aggravate e sanzionate con le pene rispettivamente più severe, dal secondo e dal terzo comma dell'art. 589-*bis* e dell'art. 590-*bis* c.p.

[2] La distinzione si rinviene, *ex multis*, in Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2017, n. 5420. Per una compiuta ricognizione della materia, si rimanda a LOPILATO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giappichelli, 2020, pp. 188; 661.

[3] A fronte di un iniziale atteggiamento di chiusura nei confronti di qualsiasi ipotesi di doppio binario sanzionatorio che contemplasse, per il medesimo fatto, l'applicazione di una sanzione penale e di una sanzione solo formalmente amministrativa, ma sostanzialmente punitiva (*cf.* Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia), l'attuale corso del *bis in idem* è segnato dalla fondamentale pronuncia della Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11.

In due battute, giova rammentare che in quella sede la Corte di Strasburgo ha elevato il canone della proporzionalità a criterio guida per impedire la duplicazione delle sanzioni penali applicate in conseguenza del medesimo fatto illecito. In questo senso, non sussiste violazione del divieto di *bis in idem* laddove fra i due procedimenti sia riscontrabile una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”, da far sì che le due sanzioni possano essere considerate come segmenti dell'unitaria e proporzionata reazione punitiva apprestata dall'ordinamento nei confronti dell'illecito.

Sul piano unionale, la Corte di Lussemburgo, pur seguendo strutture argomentative formalmente divergenti da quelle percorse dalla Corte EDU, è giunta a risultati sovrapponibili valorizzando proprio il principio della necessaria proporzionalità della risposta sanzionatoria (Corte di Giustizia UE, C-524/15, Menci; C-537/16, Garlsson Real Estate; C-596/16, Di Puma).

[4] La definizione del fatto in termini eminentemente naturalistici, e quindi del tutto svincolata da connotazioni giuridiche, si rinviene nella decisione della Corte EDU Zolotukine c. Russia, 2009, nella quale la Grande Camera ha precisato che per la ricostruzione dell'identità di fatto occorre far riferimento all'*idem* storico, non all'*idem* giuridico.

[5] *Cfr.* par. 5.3 della Relazione (p. 24), dedicato al Diritto sanzionatorio amministrativo.

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf

[6] Si fa riferimento a Corte Cost., sentenza n. 281 del 2013 e ordinanza n. 169 del 2013, le quali hanno

rigettato i dubbi di legittimità costituzionale avanzati in relazione all'art. 120, c. 1 e 2, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della strada), nella parte in cui fa derivare automaticamente dalla condanna per reati in materia di stupefacenti il divieto di conseguire la patente di guida e la conseguenziale revoca di quella eventualmente posseduta.

Peraltro, sul punto è intervenuta la citata Corte Cost. 9 febbraio 2018, n. 22, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 120, c. 2, cod. strada, nella parte in cui – con riguardo all'ipotesi di condanna per reati di cui agli artt. 73 e 74 del T.U. Stupefacenti, che intervenga in data successiva a quella di rilascio della patente di guida – dispone che il prefetto “provvede” – invece che “può provvedere” – alla revoca della patente.

[7] Per la ricostruzione dello statuto della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost., si v. le storiche decisioni n. 364 del 1988 (*ignorantia legis non excusat*, salvo non sia inevitabile) e 1085 del 1988 (in materia di furto d'uso, con riferimento alla mancata restituzione, dovuta a caso fortuito o forza maggiore, della cosa sottratta), nonché l'arresto n. 322 del 2007 (in punto di *ignorantia aetatis non excusat*, a meno che non sia inevitabile).

[8] In questo senso, v. Corte Cost. 23 ottobre 2018, n. 223, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, c. 6, L. comunitaria del 2004 (L. 18 aprile 2005, n. 62), nella parte in cui stabilisce che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-*sexies* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.), si applica, allorché il procedimento penale non sia stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 62 del 2005, quando il complessivo trattamento sanzionatorio conseguente all'intervento di depenalizzazione risulti in concreto più sfavorevole di quello applicabile in base alla disciplina previgente.

[9] La citata decisione n. 223/2018 richiama la sentenza n. 68 del 2017, laddove si chiarisce che, «ai sensi dell'art. 7 della CEDU, il nuovo trattamento sanzionatorio introdotto in sede di depenalizzazione continua a costituire una “pena”, con la conseguenza che un giudizio di maggior favore non può certamente basarsi solo sulla qualificazione giuridica della sanzione come amministrativa e sull'astratta preferibilità di una risposta punitiva di tale natura rispetto a quella penale. Esso deve, al contrario, fondarsi sull'individuazione in concreto del regime complessivamente più favorevole per la persona, avuto riguardo a tutte le caratteristiche del caso specifico».

[10] GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte Costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Diritto penale Contemporaneo*.

[11] In definitiva, l'art. 1 L. 689/81 – che prescrive il solo divieto di applicazione retroattiva del nuovo illecito a

fatti commessi prima della sua introduzione – non è di per sé incostituzionale, occorrendo piuttosto, di volta in volta, valutare se la singola disposizione di depenalizzazione abbia introdotto, a prescindere dal *nomen iuris*, un illecito più grave di quello preesistente, sì da ritenere applicabile, per quello specifico illecito, il principio di retroattività della *lex mitior*, con conseguente imposizione di un'interpretazione costituzionalmente orientata della L. di depenalizzazione laddove non contenga una norma transitoria che prevenga l'applicazione del nuovo illecito più sfavorevole o non consenta la *perpetuatio applicationis* del precedente illecito penale, per quanto abrogato, ovvero, in alternativa, con potenziale illegittimità costituzionale della disposizione transitoria che non consenta l'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole.

Su questa linea, Corte Cost. n. 63/2019 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, c. 2, del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 (Attuazione della direttiva 2013/36/UE, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento), nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.).

[12] In questo senso, Sez. un., 29 marzo 2012, n. 25457, Campagne Rudie.

[13] Per una profonda analisi della questione in parola, si rimanda a GAMBARDELLA, *Il "decreto rilancio" e la degradazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da peculato a illecito amministrativo*, su questa rivista. Nello scritto si mettono in luce le criticità connesse alla rilevata depenalizzazione dell'illecito, dal momento che «in assenza di specifiche norme transitorie che impongano la rimessione degli atti all'autorità competente per infliggere la sanzione amministrativa, i fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto-legge (e non giudicati in via definitiva) non riceveranno nessuna sanzione: né quella penale, né quella amministrativa.

[14] Si v. LOMBARDI, *Covid-19, misure di contenimento e reati di falso: aspetti problematici dell'autodichiarazione*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2020.

[15] Tra le altre, si richiama Cass. pen., Sez. V, 05/07/2012, n. 38085 (in Cass. Pen., 2013, p. 2195, con nota di D'IPPOLITO, nonché Cass. Pen. 2014, p. 557, con nota di SERRANI), secondo cui «in tema di falso in atto pubblico, il pubblico ufficiale estensore dell'atto non può invocare la scriminante dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.), *sub specie* del principio *nemo tenetur se detegere*, per avere attestato il falso al fine di non fare emergere la propria penale responsabilità in ordine all'episodio in esso rappresentato, non potendo la finalità probatoria dell'atto pubblico essere sacrificata all'interesse del singolo di sottrarsi alle conseguenze di un delitto».

[16] Il campo di applicazione dell'art. 30, c. 4, L. 87/1953 è stato definito dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla nota ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale della disposizione che prevedeva l'applicazione retroattiva dell'aggravamento del trattamento sanzionatorio in caso di opzione per il rito abbreviato. Si fa riferimento a Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cui ha fatto seguito la decisione di incostituzionalità della disposizione censurata (Corte Cost. 18 luglio 2012, n. 210).

La possibilità di applicare il rimedio di cui all'art. 30, c. 4, L. 87/53 anche alle ipotesi di incostituzionalità di norme penali non strettamente incriminatrici è stata definitivamente affermata da Sez. Un. 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, nonché da Sez. Un. 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, queste ultime pronunciate in esito alla declaratoria di incostituzionalità dell'automatismo sanzionatorio di cui all'art. 69, c. 4, c.p., che impediva il giudizio di prevalenza della allora ipotesi attenuata di cui all'art. 73, c. 5, d.p.r. 309/1990 rispetto alla recidiva reiterata (*cf.* Corte Cost. 251/2012).