

Le sanzioni amministrative ‘punitive’ tra diritto costituzionale ed europeo¹

Sommario: – 1. Piano di indagine. – 2. La ‘decostruzione’ dell’impianto sistematico tradizionale. – 3. Il nuovo ‘volto’ costituzionale delle sanzioni amministrative punitive. – 3.1. Principio di ‘stretta’ legalità e riserva di legge. – 3.2. Divieto di retroattività delle norme incriminatrici e delle sanzioni più sfavorevoli – 3.3. Lex mitior e successione impropria. – 3.4. Illegittimità costituzionale e travolgimento del giudicato. – 3.5. La sufficiente precisione del precetto sanzionatorio. – 3.6. Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem. – 3.7. Principio della responsabilità personale. – 3.8. Proporzionalità della pena. – 3.9. Giusto procedimento sanzionatorio – 4. L’atto di accertamento dell’illecito amministrativo. – 5. Il ‘giusto’ processo sulle sanzioni amministrative punitive.

1. Piano di indagine

Per sanzioni amministrative ‘punitive’ si intendono le misure afflittive che, per quanto applicate da organi di natura amministrativa e non giurisdizionale, sono attratte, per impulso degli impegni assunti a livello internazionale, nell’alveo protettivo delle principali garanzie riconosciute in «materia penale», al di là della loro formale qualificazione giuridica.

Il percorso evolutivo di tale tipologia di atti – che ha interessato in modo particolare i modelli di ‘*enforcement*’ delle amministrazioni indipendenti² – si presta ad essere esaminato attraverso tre diverse angolazioni.

La prima prospettiva riguarda il sistema delle fonti ed il coordinamento tra ordinamenti diversi, interno e sovranazionali, operanti nel medesimo settore della tutela dei diritti fondamentali³. L’analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale, come emergerà di seguito, evidenzia la necessità di contemperare la «massima espansione delle garanzie» (sentenza n. 311 del 2009) con i margini di discrezionalità che devono pur sempre riconoscersi al legislatore nazionale nel configurare «l’autonomia dell’illecito amministrativo dal diritto penale» (sentenza n. 49 del 2015).

Il secondo versante di analisi è incentrato sulla collocazione sistematica di una figura giuridica da sempre foriera di incertezze, a causa dell’estrema varietà delle misure di reazione previste dalla legge a fronte della violazione di norme di diritto pubblico (alcune delle quali volte principalmente al ripristino dell’interesse pubblico violato), e della conseguente difficoltà di inquadramento entro un quadro normativo ordinato e coerente⁴. Occorre in particolare chiedersi se la sanzione amministrativa ‘punitiva’ sia un atto, non solo «della» amministrazione, ma anche «di» amministrazione; e se,

¹ Il presente scritto è destinato alla Rivista della Regolazione dei Mercati, fascicolo n. 1 del 2022.

² Per una disamina completa della materia: TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012; D’ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014.

³ Sul tema più generale, cfr. M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, 25 maggio 2017, pubblicato sul sito della Corte costituzionale.

⁴ Cfr. ALDO TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2014, 627, il quale parla di una figura «sospesa» fra il diritto amministrativo e il diritto penale.

nell'ampio *genus* degli atti amministrativi, l'accertamento dell'illecito pubblico sia oramai dotato di un'autonoma connotazione strutturale e funzionale rispetto alla comune nozione di provvedimento amministrativo.

Da ultimo, è di estremo interesse riflettere in ordine alle ripercussioni sul sistema di tutela giurisdizionale.

I paragrafi 2 e 3 sono dedicati all'analisi del dato normativo, del dibattito dottrinale e della recente giurisprudenza costituzionale ed europea. Nei successivi paragrafi 4 e 5 si svolgeranno, sulla base delle risultanze emerse, alcune considerazioni critiche e ricostruttive.

2. La 'decostruzione' dell'impianto sistematico tradizionale

Non è possibile, né utile, condensare in poche pagine il ricchissimo dibattito dottrinale sulla nozione di sanzione amministrativa e sulla sua specificità rispetto, sia alla sanzione penale, sia alla restante attività amministrativa⁵.

È sufficiente ricordare che la dottrina e la giurisprudenza hanno progressivamente codificato, nell'ambito delle misure limitative della sfera giuridica degli amministrati, una cesura tipologica e sistematica tra la sanzione 'in senso stretto', radicata nell'idea dell'illecito da reprimere⁶, e la sanzione 'in senso lato', da intendersi invece quale strumento di supporto dell'azione amministrativa⁷, assegnando alle due categorie di atti un diversificato apparato di garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali.

La sanzione 'in senso stretto', disciplinata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, costituisce la reazione dell'ordinamento alla violazione di un precetto, alla quale è estranea qualunque finalità ripristinatoria o risarcitoria⁸. L'omogeneità funzionale con la 'pena' è confermata dal criterio della «specialità» adottato per dirimere conflitti e sovrapposizioni fra norme penali e norme sanzionatorie amministrative⁹. Per gli stessi motivi, tale figura è presidiata (a livello di legislazione ordinaria) dai principi di legalità, personalità e colpevolezza, viene irrogata tramite un procedimento maggiormente rispettoso del contraddittorio, rispetto a quanto previsto per la generalità dei procedimenti

⁵ Vanno ricordate quantomeno le seguenti opere: ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984; BENVENUTI, «Autotutela (diritto amministrativo)», voce in Enc. dir., XX, Milano, 1970; CANNADA BARTOLI, «Illecito (diritto amministrativo)», voce in Enc. dir., XX, Milano, 1970; CASETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di Studi di scienza della amministrazione, Milano, 1982; PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988; PALIERO-TRAVI, «Le sanzioni amministrative», voce in Enc. dir., XLI, Milano, 1989; PEPE, *Illecito e sanzione amministrativa*, Padova, 1990; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983; TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; VIGNERI, *La sanzione amministrativa*, Padova, 1984; PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1989; PEPE, *Illecito e sanzione amministrativa*, Padova, 1990; ROSINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1991; CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999; CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. (a cura di Cassese), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2003, II ed., 585 ss.

⁶ Tale inquadramento, come è noto, risale a ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 51 ss. Vedi anche CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, 125 ss.

⁷ BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA.VV. (a cura di U. Pototschnig), *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di scienza dell'amministrazione (Varenna 1980), Milano, 1982, 33 ss.

⁸ GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Rivista dir. comunitario*, 2013, 79 ss.

⁹ Cfr. l'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

amministrativi¹⁰ (per quanto, come vedremo, inadeguato nella prospettiva europea), nonché soggetto ad integrale riesame giudiziale (senza, cioè, alcun limite di ‘merito’ amministrativo). La commisurazione della sanzione ‘in senso stretto’ costituisce espressione di un potere discrezionale di tipo ‘giudiziale’ che fronteggia il diritto soggettivo all’integrità patrimoniale dell’incolpato, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario¹¹.

Accanto al modello disciplinato dalla legge n. 689 del 1981, sono stati poi introdotti altri ‘formanti’ normativi speciali di sanzione amministrativa, pure ispirati ai medesimi principi generali di matrice penalistica. La sanzione amministrativa tributaria¹² si caratterizza anch’essa per il suo carattere tipicamente afflittivo, distinguendosi dagli altri illeciti amministrativi unicamente per il fatto di ricollegarsi alla violazione di una disposizione di diritto tributario, la cui specificità ne giustifica la considerazione settoriale¹³. Con il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 è stata introdotta la «responsabilità amministrativa» dell’ente collettivo per i reati commessi, nel suo interesse o vantaggio, dai soggetti in posizione di vertice e dai dipendenti del medesimo¹⁴, dove l’ordinamento conferisce al fatto storico una duplice rilevanza: fatto di reato per le persone fisiche che lo hanno messo in opera e illecito amministrativo per le soggettività collettive cui si applica la responsabilità amministrativa»¹⁵.

Sull’altro versante, le sanzioni in “senso lato” – per quanto anch’esse conseguenti ad una condotta tenuta in violazione del precetto – costituiscono invece una manifestazione tipica di potere amministrativo autoritativo, riconducibile (secondo una nota ricostruzione dottrinale) alla categoria dell’autotutela¹⁶, in relazione alla quale il cittadino versa in una posizione di interesse legittimo, e dunque attratte nella giurisdizione del giudice amministrativo¹⁷. Appartengono a tale ampio *genus* di atti non aventi, se non marginalmente, la funzione di rimproverare il responsabile dell’infrazione: a) le misure interinali, di carattere preventivo e cautelare; b) la rimozione di titoli abilitativi; c) la

¹⁰ Si pensi al diritto dell’incolpato all’audizione personale, nonché al diritto di ricevere una tempestiva contestazione.

¹¹ Posizione a parte occupano le sanzioni disciplinari applicate nei confronti dei soggetti che si trovano in un peculiare rapporto con l’amministrazione, le quali sono oggetto di una regolamentazione peculiare (l’art. 12 della legge n. 689 del 1981 esclude dal proprio campo di applicazione le «violazioni disciplinari»).

¹² La figura è disciplinata dai decreti legislativi emanati in attuazione di quanto disposto dall’art. 3 comma 133 l. 23 dicembre 1996, n. 662: il decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, contenente le «Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie»; il decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, concernente la «Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi»; il decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 473, contenente la «Revisione delle sanzioni amministrative in materia di tributi sugli affari, sulla produzione e sui consumi, nonché di altri tributi indiretti». Il primo testo normativo che abbia raccolto in un corpus organico e unitario i principi e le disposizioni destinati a disciplinare la materia delle sanzioni tributarie risale alla legge 7 gennaio 1929, n. 4, contenente le «Norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie».

¹³ Cfr. MANZONI IGNAZIO, (voce) *Illecito amministrativo tributario*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, 2007.

¹⁴ La responsabilità da reato degli enti, inizialmente circoscritta alle fattispecie di corruzione, concussione, truffa, illeciti finanziamenti pubblici e simili, è stata via via estesa ad altre ipotesi delittuose. Le sanzioni previste sono sia pecuniarie che interdittive.

¹⁵ Cfr. BERNASCONI ALESSANDRO, (voce) *Responsabilità Amministrativa degli Enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, t. 2, 2008.

¹⁶ BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1999, 550.

¹⁷ Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 1312; TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 12, per il quale «la sanzione amministrativa, in quanto pena in senso tecnico, non si identifica con qualunque strumento di reazione al verificarsi di un’infrazione o al maturare di una situazione di fatto che ha un carattere specifico, afflittivo, e che presuppone pertanto un fatto tipizzato, una condotta illecita». Anche il Consiglio di Stato ha tradizionalmente escluso dall’ambito di applicazione della legge n. 689 del 1981 le sanzioni non pecuniarie (cfr., ex plurimis Sez. VI, 20 ottobre 2004, n. 6901).

reintegrazione, in qualsiasi forma, dello stato di cose antecedente alla trasgressione¹⁸; d) i provvedimenti interdittivi¹⁹.

A tali sanzioni ‘altre’ si applicano i principi dell’attività amministrativa tradizionale dettati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), pure quando le stesse comportino conseguenze di carattere marcatamente afflittivo.

All’interno della richiamata tassonomia, il discrimine tra le due categorie di sanzioni coincide in sostanza con l’ambito applicativo della legge n. 689 del 1981²⁰ – circoscritto peraltro alle violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro²¹ –, restando invece del tutto irrilevante la natura dell’interesse leso e, più in generale, la materia interessata²².

Senonché, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU) ha imposto un radicale ripensamento del descritto ordine sistematico²³.

Si tratta di passaggi assai noti, per i quali dunque è sufficiente un rapido cenno.

La necessaria premessa è che sono i giudici di Strasburgo ad avere ‘giurisdizione’ sulla qualificazione penale delle misure afflittive di cui si lamenta il contrasto con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)²⁴. Per valutare «*the very nature of the offence*», la Corte ha elaborato autonomi criteri definitivi, al fine di scongiurare che i

¹⁸ Analoga natura ripristinatoria viene riconosciuta alle sanzioni pecuniarie sostitutive della riduzione in pristino da applicarsi nell’ipotesi in cui non sia possibile procedere alla demolizione dell’opera ai sensi degli artt. 33 e 34 d.P.R. 380 del 2001. Si ritiene, in merito, che queste svolgano essenzialmente un ruolo di riequilibrio patrimoniale, intendendo impedire un ingiustificato arricchimento conseguente alla mancata demolizione del manufatto abusivo. Discorso diverso dovrebbe essere forse riservato alle sanzioni pecuniarie aggiuntive alla riduzione in pristino e non proporzionali al valore delle opere abusivamente realizzate.

¹⁹ Le misure interdittive accessorie alle sanzioni amministrative pecuniarie rientrano invece nella disciplina di cui all’art. 20, della legge 24 novembre 1981, n. 689.

²⁰ Cfr., CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. (a cura di Cassese), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2003, II ed., 585 ss.

²¹ Ai sensi dell’art. 12, la disciplina della legge n. 689 del 1981 si applica anzitutto alle violazioni depenalizzate; si applica, altresì, alle violazioni amministrative non derivanti da depenalizzazione, che tuttavia della originaria sanzione penale ripetono il contenuto (pecuniario), la struttura (commisurata fra un minimo ed un massimo) e la funzione (punitiva). La legge n. 689 del 1981 si applica infine anche a misure non pecuniarie, come quelle interdittive o alla confisca, ma solo ove accessorie a sanzioni pecuniarie (Cfr. Cass. sez. I, 4 ottobre 1996, n. 8719). La giurisprudenza ha progressivamente esteso l’ambito applicativo della suddetta legge anche alle sanzioni a somma fissa (Cfr. Cass., sez. lav., 12 dicembre 1989, n. 5498.), alle sanzioni proporzionali (Cfr. Cass. 25 luglio 2000 n. 9725 e 24 marzo 2003, n. 4290), fino a ricomprendere tutte le misure pecuniarie conseguenti a violazioni, salvo quelle alternative a misure ripristinatorie: cfr. Cass., sez. un., 17 marzo 1989, n. 1342.

²² Nel campo tributario, previdenziale, edilizio, della circolazione stradale e così via.

²³ Tra gli autori che hanno per primi colto le implicazioni di diritto interno della giurisprudenza della Corte EDU, va ricordato PALIERO, «*Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione «classica» a una svolta radicale*», in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894 ss., in nota a Corte europea diritti dell’uomo, 21 febbraio 1984, Öztürk. Successivamente, hanno sviluppato in modo molto approfondito l’argomento: ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; GOISIS, *Un’analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria delle Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell’art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 ss.; GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall’art. 7 CEDU*, in *Foro amm.-TAR*, 2013, 1228 ss.; ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, pp. 74 ss.

L’interrelazione tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno in tema di sanzioni ha determinato in tempi recenti un intensificarsi dell’interesse per la materia. Si segnalano, oltre ai lavori che saranno citati in seguito: M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, Padova, 2019; A. POLICE - C. CUPELLI (A CURA DI), *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 2020; G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell’uomo. I vincoli CEDU all’amministrazione repressiva*, Napoli, 2018; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018; E. BINDI - A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d’Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, Torino, 2018; A. CAGNAZZO - S. TOSCHEI - F.F. TUCCARI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni*, Torino, 2016.

²⁴ Firmata a Parigi il 20 marzo 1952, ratificato e reso esecutivo con legge 4 agosto 1955, n. 848.

vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni Sessanta del secolo scorso, potessero comportare la surrettizia sottrazione degli illeciti, una volta depenalizzati, alle garanzie assicurate dalla CEDU.

Su queste basi, sin dal 1976, la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri o figure sintomatiche della sanzione penale (cosiddetti ‘criteri Engel’)²⁵: i) la qualificazione dell’illecito operata dal diritto nazionale; ii) la natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente; iii) la severità, ovvero la gravità del sacrificio imposto. Per la Corte è sufficiente che ricorra anche una sola di tali circostanze, perché la sanzione vada qualificata come ‘penale’.

La qualificazione formale che una data sanzione riceva nell’ordinamento di appartenenza non riveste valore determinante, essendo sufficiente che la sanzione sia penale per natura ovvero dotata di una relativa severità. La qualificazione formale interna, invece, assume valore vincolante, ai fini convenzionali, soltanto in senso «estensivo», per affermare cioè l’applicabilità dell’art. 6 CEDU, anche nelle ipotesi in cui non siano integrati gli altri due requisiti sostanziali affermati dai giudici di Strasburgo²⁶.

Il criterio formale deve essere integrato alla luce dell’esame: sia della natura dell’infrazione, da compiersi con riguardo all’interesse tutelato dall’ordinamento (che deve essere di carattere generale) e allo scopo perseguito dal legislatore (di deterrenza generale o speciale); sia della gravità della sanzione (tale da incidere in modo rilevante su diritti fondamentali). Come ribadito da ultimo nella sentenza ‘Grande Stevens’²⁷, «questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi [...] Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l’analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una “accusa in materia penale”»²⁸.

Una sanzione può essere penale ai fini della CEDU anche quando non incida sulla libertà personale e anche quando non rivesta carattere pecuniario²⁹, rilevando in definitiva che l’apparato sanzionatorio (amministrativo) risulti per l’interessato connotato da una dimensione intrinsecamente afflittiva, e pur non avendo una *funzione* esclusivamente afflittiva. Il concetto di sanzione penale

²⁵ Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel v. Olanda*, in tema di sanzioni detentive disciplinari militari, ove si legge: «it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States». I principi così enunciati sono stati confermati da molte sentenze successive: ex plurimis, sentenza 26 marzo 1982, *Adojf c. Austria*, par. 30; sentenza 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, par. 27; sentenza 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, par. 54; sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, par. 50; 22 febbraio 1996, *Putz v. Austria*, par. 31; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, par. 54; sentenza 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, par. 32. Con riguardo alle sanzioni irrogate dalle Amministrazioni “italiane”, vanno ricordate le sentenze: 27 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini c. Italia*; 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens et Autres c. Italia*.

²⁶ Cfr. GOISIS, *Un’analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria delle Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell’art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 ss.

²⁷ Corte Edu, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens et Autres c. Italia*.

²⁸ Corte EDU, sentenza, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens et Autres c. Italia*, § 94 (dove si richiamano i precedenti *Jussila c. Finlandia* [GC], n. 73053/01, §§ 30 e 31, e *Zaicevs c. Lettonia*, n. 65022/01, § 31)

²⁹ Come accade, ad esempio, con la confisca e con le misure interdittive: cfr. la citata sentenza 4 marzo 2014, n. 18640, *Grande Stevens e altri c. Italia*, § 97.

rilevante ai fini CEDU non comporta, infatti, alcuna incompatibilità funzionale tra l'infliggere una punizione a fini retributivi e di deterrenza e la cura dell'interesse pubblico. All'interno della sanzione ben possono coesistere finalità afflittive-dissuasive e (contemporaneamente) di ripristino della lesione subita dall'interesse pubblico. La specifica preordinazione dei provvedimenti sanzionatori a tutelare un dato interesse pubblico non è affatto incompatibile con un carattere penalistico-punitivo³⁰.

La nozione sostanziale così enucleata comporta la necessità di rispettare le principali garanzie 'penalistiche' contemplate dalla Convenzione – segnatamente: il principio *nulla poena sine lege*, di cui all'art. 7; il principio *ne bis in idem*, di cui all'art. 4, par. 1, del Protocollo n. 7; il diritto al giusto processo, di cui all'art. 6 – anche per l'emanazione di provvedimenti afflittivi adottati da un organo amministrativo, a prescindere dalla tipologia della sanzione e dalla funzione 'ripristinatoria'.

La giurisprudenza della Corte europea, ad esempio, ha qualificato come 'pena' e ritenuto in contrasto con l'art. 7 della Convenzione, attesa la loro gravità: la confisca per equivalente³¹, la confisca per lottizzazione abusiva prevista dalla legislazione urbanistica³²; il ritiro e la sospensione della patente, il divieto di condurre veicoli a motore³³, nonché il provvedimento amministrativo di annullamento di punti della patente, in conseguenza di illeciti stradali³⁴; l'ordine di demolizione di un immobile abusivo³⁵; il procedimento di "lustrazione" previsto in Polonia, comportante interdizione dall'accesso a pubblici uffici³⁶; le sanzioni interdittive e pecuniarie irrogate in Francia dalla Commissione bancaria³⁷.

Anche nell'area delle misure afflittive rientranti nel campo di applicazione della legge n. 689 del 1981 – già sottoposte, come si è detto, ad un trattamento normativo di stampo 'penalistico' – la giurisprudenza europea ha avuto comunque un rilevante impatto, sotto il profilo dell'incremento delle tutele e del loro riconoscimento ad un livello normativo superiore, quello cioè costituzionale.

3. Il nuovo 'volto' costituzionale delle sanzioni amministrative punitive

Il giudice delle leggi aveva sostenuto, con orientamento costante³⁸, la specificità ed autonomia

³⁰ Cfr. Corte EDU, sentenze: 4 marzo 2014, cit.; 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, *Matyjec v. Poland*; 9 ottobre 2003, casi nn. 39665/98 e 40086/98, *Ezeh v United Kingdom*. Nella causa n. 307-A/1995, *Welch* contro Regno Unito, cit., si legge che: «*Indeed the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment*».

³¹ Corte EDU, sentenza 14 gennaio 2014, caso n. 32042/11, *Muslija v. Bosnia Herzegovina*.

³² Corte EDU, sentenza 30 agosto 2007, caso n. 75909/01, *Sud Fondi e altri c. Italia*. Sempre in tema di confisca "urbanistica", cfr. *Varvara c. Italia* del 29 ottobre 2013.

³³ Corte EDU, sentenza 4 gennaio 2017, *Rivard* contro Svizzera; sentenza 17 febbraio 2015, *Boman* contro Finlandia; decisione 13 dicembre 2005, *Nilsson* contro Svezia; sentenza 21 settembre 2006, *Maszni* contro Romania.

³⁴ Corte EDU, sentenza 23 settembre 1998, caso n. 68/1997/852/1059, *Malige v. France*; sentenza 5 ottobre 2017, *Varadinov* contro Bulgaria, secondo cui «il diritto di condurre un veicolo a motore si rivela di grande utilità per la vita corrente e l'esercizio di una attività professionale». di modo che, «anche se la misura è considerata dal diritto interno comune come una misura amministrativa preventiva non appartenente alla materia penale, è giocoforza constatare il suo carattere punitivo e dissuasivo».

³⁵ Corte EDU, 27 novembre 2007, caso n. 21861/03, *Hamer v. Belgium*, par. 59-60. In termini opposti il tradizionale orientamento italiano: Cass., sez. un., 15 dicembre 2000, n. 1264; Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4403.

³⁶ Corte EDU, sentenza, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, *Migyjek c. Polonia*.

³⁷ Corte EDU, sentenza, sentenza 11 giugno 2009, *Dubus SA c. Francia*.

³⁸ Cfr., sul principio di legalità: sentenza 8 giugno 1981, n. 100; 24 luglio 1995, n. 356; ordinanza 3 maggio 2002, n. 150. Sul principio della personalità della pena: sentenza 25 febbraio 1988, n. 207; ordinanza 5 luglio 2002, n. 319; ordinanza 9 febbraio 2001, n. 33; ordinanza 21 aprile 1994, n. 159. Nel

della sanzione amministrativa rispetto al sistema sanzionatorio penale. L'assunto – fondato sul riconoscimento di distinti riferimenti normativi: gli articoli 25, comma secondo, e 27, disciplinanti le sanzioni penali, e gli articoli 23 e 97, relativi invece alla potestà sanzionatoria amministrativa³⁹ – postulava che, ai fini costituzionali, assumesse rilevanza un concetto di pena in senso giuridico formale, ovvero di sanzione irrogata all'esito del processo penale.

Senonché, la stessa Corte costituzionale – a seguito della posizione nella gerarchia delle fonti nel frattempo attribuita alle disposizioni della CEDU (a partire dalle note pronunce n. 348 e n. 349 del 2007) e del rilievo dalle stesse assunto come norme interposte, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. – ha edificato, nell'ultimo decennio, un nuovo statuto costituzionale (vincolante quindi per il legislatore statale e regionale) delle sanzioni amministrative aventi carattere spiccatamente afflittivo, a cui sono state estese le principali garanzie del diritto punitivo⁴⁰. Segnatamente: l'irretroattività della norma sfavorevole (sentenze n. 96 del 2020, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017, 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010); la retroattività della *lex mitior* (sentenza n. 63 del 2019); la determinatezza dell'illecito e delle sanzioni (sentenze n. 134 del 2019 e n. 121 del 2018); il principio della responsabilità personale (sentenza n. 49 del 2015); la proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto (sentenza n. 112 del 2019); la garanzia del *ne bis in idem* (sentenze n. 222 del 2019 e n. 43 del 2018); il giusto procedimento sanzionatorio (sentenza n. 151 del 2021. sentenza n. 84 del 2021).

Il sistema di principi e la stessa struttura della responsabilità per l'illecito amministrativo, nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura "punitiva" secondo i criteri Engel, vanno oggi ricavati dalla Costituzione e non più dalla legislazione ordinaria.

Appare utile tratteggiare di seguito, sia pure sinteticamente, gli arresti che testimoniano il radicale superamento dell'opinione che limitava le garanzie costituzionali del diritto punitivo alle sole disposizioni legislative concernenti sanzioni penali criminali conseguenti a reato.

Emergerà nel prosieguo come, il più delle volte, la Corte abbia operato una rilettura retrospettiva dei parametri costituzionali, in 'assonanza' con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo riguardo alle disposizioni della CEDU, piuttosto che limitarsi semplicemente a riconoscere l'autonomo rilievo costituzionale di queste ultime attraverso la "mediazione" dell'art. 117, primo comma, Cost.

Va pure rimarcato che la Corte si è riservata un certo margine di apprezzamento nell'applicazione caso per caso dei criteri qualificatori della 'pena in senso convenzionale' (i quali

senso dell'applicabilità dell'art. 25 comma 2 cost. alle sanzioni amministrative a contenuto punitivo, va però ricordata l'isolata sentenza 3 luglio 1967, n. 78.

³⁹Cfr. PAIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., 371, i quali ricapitolano gli argomenti, di ordine storico e sistematico che avrebbero portato ad escludere la pertinenza dell'art. 25 comma 2 cost. alla sfera sanzionatoria amministrativa; vedi anche ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, J, 1995, 237 ss. Critici rispetto a tale indirizzo della giurisprudenza costituzionale: CANNADA BARTOLI, *Illecito* (diritto amministrativo), in *Enciclopedia del diritto*, XX, 126 ss.; SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 162 ss.; SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 174.

⁴⁰Come tali appartenenti al novero dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale: cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014.

presentano un elevato grado di astrattezza) alle misure sanzionatorie di volta in volta adottate, rivendicando che spetta ad essa «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano» (sentenza n. 317 del 2009).

Su queste basi, ad esempio, prendendo in esame le previsioni del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 (Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190), la Corte ha escluso che «le misure della incandidabilità, della decadenza e della sospensione abbiano carattere sanzionatorio», rappresentando esse solo conseguenze del «venir meno di un requisito soggettivo essenziale per la permanenza dell'eletto nell'organo elettivo» (sentenza n. 352 del 2008). La sospensione dalla carica in conseguenza di una condanna penale non definitiva, in particolare, «risponde ad esigenze proprie della funzione amministrativa e della pubblica amministrazione presso cui il soggetto colpito presta servizio» (sentenza n. 236 del 2015⁴¹) avente la «funzione cautelare di “immunizzare” il prestigio della pubblica funzione e riposando il suo fondamento esclusivamente sulla valutazione legislativa (ampiamente discrezionale) delle condizioni che sconsigliano provvisoriamente la permanenza dell'eletto in un determinato ufficio pubblico» (sentenza n. 276 del 2016)⁴². Analogamente, è stata esclusa la qualifica penale delle misure di rimodulazione degli incentivi alle fonti di energia rinnovabili (sentenza n. 138 del 2016).

3.1.– Principio di ‘stretta’ legalità e riserva di legge

Il principio di stretta legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost. («nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso») non si riferisce soltanto alla pena, ma trova applicazione anche per le sanzioni amministrative di natura sostanzialmente punitiva (sentenze n. 139 del 2019 e n. 223 del 2018).

Anche rispetto al diritto sanzionatorio amministrativo, è stata riconosciuta l'esigenza – analoga a quella tradizionalmente invocata per il diritto penale – di predeterminazione legislativa dei presupposti dell'esercizio del potere, con riferimento sia alla configurazione della regola di condotta,

⁴¹ Veniva censurato l'art. 11, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, il quale dispone che sono sospesi di diritto dalle cariche indicate al comma 1 del precedente articolo 10 (vale a dire, dalle cariche di presidente della provincia, sindaco, assessore e consigliere provinciale e comunale) coloro che hanno riportato una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati alle lettere a), b) e c) dello stesso art. 10, comma 1, tra i quali figura, alla lettera c), il delitto di abuso di ufficio disciplinato all'art. 323 del codice penale.

⁴² Nel caso oggetto del giudizio a quo, la sentenza penale non definitiva era stata pronunciata successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 235 del 2012 per fatti commessi anteriormente a tale data. Qualificando la restrizione come una “pena” ai fini e per gli effetti della CEDU, la sentenza di condanna non avrebbe potuto essere il punto di riferimento temporale per verificare la retroattività della disciplina. Se applicato anche a condotte anteriori alla legge che le ha introdotte, la norma sopravvenuta avrebbe finito per rivalutare comportamenti del passato, traendo da essi conseguenze diverse da quelle che se ne potevano trarre sulla base delle norme vigenti. La causa normativa dell'indegnità morale o sociale, secondo tale impostazione, non sarebbe rappresentata dalla semplice sentenza penale di condanna (ossia, da un “fatto” del giudice), ma sarebbe connessa al fatto del soggetto incandidabile (o sospeso o decaduto), che la decisione giurisdizionale si limita ad accertare.

La qualificazione non penalistica delle misure limitative dell'elettorato attivo è stata confermata anche dai giudici di Strasburgo con la recente sentenza 17 giugno 2021, in causa n. 63772/16, Giancarlo Galan c. l'Italie.

sia alla tipologia e al *quantum* della sanzione, sia alla struttura di eventuali cause esimenti, allo scopo di assicurare al consociato tutela contro l'esercizio arbitrario del potere sanzionatorio da parte della pubblica autorità (sentenze n. 32 del 2020, n. 5 del 2021⁴³). L'organo legislativo rappresenta l'intero corpo sociale, consentendo anche alle minoranze, nell'ambito di un procedimento pubblico e trasparente, la più ampia partecipazione al processo di formazione della legge (sentenza n. 230 del 2012).

La Corte ha però individuato una differenza nel regime delle fonti del sistema sanzionatorio amministrativo. Mentre per il diritto penale, *'stricto sensu'* inteso, vigerebbe una riserva assoluta di legge statale, per il potere sanzionatorio amministrativo la riserva di legge, da un lato, potrebbe essere assolta anche dal legislatore regionale nelle materie di propria competenza, dall'altro, avrebbe natura soltanto relativa (così la sentenza n. 134 del 2019). Cionondimeno, la Corte ha precisato che, per quanto la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost. tolleri come tale maggiori margini di integrazione da parte di fonti secondarie, tale carattere della riserva in questione «non relega [...] la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco" [...], senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini»; dovendosi anzi riconoscere rango di «principio supremo dello Stato di diritto» all'idea secondo cui i consociati sono tenuti «a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge» (sentenza n. 115 del 2011).

In definitiva, le leggi (anche regionali) che prevedano mere sanzioni amministrative, possono sì rinviare ad atti sublegislativi ai fini dell'integrazione del precetto sanzionato in via amministrativa, purché sia garantita ai destinatari la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie.

Il passaggio da ultimo citato suscita, per la verità, alcuni dubbi.

In primo luogo, da un punto di vista sistematico, appare curioso che, con riguardo soltanto ad uno dei corollari del principio di legalità (la riserva di legge), il parametro costituzionale per le sanzioni amministrative (consistenti in una «prestazione personale o patrimoniale»⁴⁴) sia costituito dall'art. 23 Cost. e non dall'art. 25, comma 2, Cost., il quale (come si vedrà di seguito) è invece invocabile ai fini del divieto di irretroattività *in peius*, nonché del principio di tassatività e determinatezza della fattispecie.

Sotto altro profilo, le esigenze garantistiche dei consociati, richiamate dalla stessa Corte, sembrano potere essere assicurate soltanto da una riserva di legge «tendenzialmente assoluta», in cui

⁴³ In passato, soltanto la sentenza n. 447 del 1988 aveva affermato che, anche per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto sussiste «l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse».

⁴⁴ Per le sanzioni disciplinari e per ogni altra sanzione di carattere ablativo dovrebbe richiamarsi la riserva di legge di cui agli artt. 28 e 97.

cioè sia pur sempre la legge (statale o regionale) a compiere tutte le principali scelte caratterizzanti l'incriminazione, potendo la fonte secondaria fornire soltanto un apporto tecnico di concretizzazione di una fattispecie già compiutamente prefigurata nel suo disvalore.

3.2.– Divieto di retroattività delle norme incriminatrici e delle sanzioni più sfavorevoli

Le prime rilevanti applicazioni del principio di 'stretta legalità' rispetto alle sanzioni amministrative 'punitive' si sono dispiegate nel sindacato di legittimità costituzionale di norme che ne prevedevano l'applicazione retroattiva.

Fino a quando è invalso l'orientamento secondo cui il divieto di retroattività sfavorevole doveva ritenersi costituzionalizzato per la sola materia penale⁴⁵, l'analogo principio stabilito per le sanzioni amministrative pecuniarie soltanto a livello di legislazione ordinaria (dall'art. 1 della legge n. 689 del 1981) si riteneva potesse essere all'occorrenza derogato dallo stesso legislatore, sia pure nel rispetto del canone di ragionevolezza (si pensi, ad esempio, alle disposizioni della legge sul cosiddetto condono edilizio di cui agli articoli 32, ultimo comma, 33 ultimo comma, e 40, comma 1, della legge n. 47 del 1985).

A partire dal 2010, la Corte costituzionale ha riconosciuto che il divieto sancito nella previsione dall'art. 25, secondo comma, Cost. (di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante) si presta ad essere esteso, data l'ampiezza della sua formulazione – secondo cui: «nessuno può essere punito [...]» –, alle misure a carattere punitivo-afflittivo, anche se qualificate come amministrative, con la conseguenza che «ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale [...] è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato» (sentenza n. 196 del 2010⁴⁶; nello stesso senso anche le successive pronunce n. 104 del 2014, n. 276 del 2016, n. 68 del 2017).

La fondamentale garanzia costituzionale dell'irretroattività *in malam partem* – cioè il duplice divieto di applicare retroattivamente una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante e una legge che punisca più severamente un fatto già precedentemente incriminato – riguarda dunque anche le sanzioni amministrative 'punitive', ponendosi rispetto a queste ultime «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» (sentenza n. 223 del 2018).

⁴⁵ Cfr., ex plurimis, le sentenze della Corte costituzionale n. 68 del 1984, n. 356 del 1995, n. 118 del 1994 e n. 447 del 1988; nonché le ordinanze n. 150 del 2002, n. 159 del 1994 e n. 250 del 1992.

⁴⁶ Fattispecie normativa relativa alla confisca del veicolo utilizzato dal conducente responsabile del reato di guida in stato di ebbrezza.

3.3.– Lex mitior e successione impropria

La Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dalla sentenza Scoppola contro Italia (17 settembre 2009), ha ampliato la sfera delle garanzie coperte dall'art. 7 della CEDU, affermando che esso include anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa⁴⁷. Di conseguenza, il principio della retroattività della lex mitior in 'materia penale' risulta oggi fondato, nel nostro ordinamento, tanto sull'art. 3 Cost.⁴⁸, quanto sull'art. 117, primo comma, Cost.

Senonché, per quanto riguarda invece le sanzioni amministrative, il legislatore ordinario non consente alcuna eccezione alla regola '*tempus regit actum*': l'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 – dopo aver affermato, all'art. 1, comma 1) che «nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione» – non ha riprodotto infatti la norma dell'art. 2, commi 2 e 3, c.p. che stabilisce il principio di retroattività della norma successiva più favorevole.

Inizialmente, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 193 del 2016⁴⁹, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (sollevata in riferimento agli artt. 6 e 7 della CEDU per il tramite dell'art. 117, primo comma), ritenendo che non poteva rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo un principio che obbligasse gli ordinamenti nazionali ad estendere a tutte le sanzioni amministrative pecuniarie la retroattività del mutamento *in mitius* del trattamento punitivo, ma solo alle misure che presentassero le particolari caratteristiche punitive indicate con i criteri 'Engel'.

Negli anni successivi, la materia è tornata all'attenzione dei giudici costituzionali.

La prima occasione è stata fornita dalla normativa transitoria collegata ad alcuni interventi di depenalizzazione. È noto che, per scongiurare l'esito della totale impunità di fatti pregressi che l'ordinamento continua a considerare connotati da disvalore, il legislatore sovente accompagna gli interventi di depenalizzazione con un'apposita disciplina transitoria, volta a rendere applicabili le nuove sanzioni amministrative anche ai fatti anteriori⁵⁰. Senza la contestuale previsione di sanzioni amministrative retroattive, infatti, le leggi di depenalizzazione comporterebbero l'impossibilità, sia di applicare ai fatti antecedentemente commessi le sanzioni penali vigenti al tempo della loro realizzazione, sia di applicare a quei fatti le nuove sanzioni amministrative introdotte in luogo di

⁴⁷ Il principio è stato ribadito anche dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 230 del 2012 e n. 236 del 2011.

⁴⁸ Secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, il fondamento costituzionale della regola dell'applicazione retroattiva della lex mitior in materia penale va infatti ravvisato nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice (sentenze n. 236 del 2011, n. 215 del 2008, n. 393 del 2006). La regola consentite «limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli» (sentenza n. 236 del 2011).

⁴⁹ L'art. 4, comma 1, lettera a), della legge n. 183 del 2010, in materia di emersione del lavoro irregolare, aveva riformato in senso favorevole (al ricorrente nel giudizio a quo) la disposizione sanzionatoria di cui all'art. 3, comma 3, del decreto-legge n. 12 del 2002, ma la modifica, essendo posteriore allo svolgimento dei fatti, non avrebbe potuto giovare all'interessato.

⁵⁰ Vedi l'art. 15 della legge 24 dicembre 1975, n. 706; gli artt. 40 e 41 della legge n. 689 del 1981; l'art. 4 della legge 28 dicembre 1993, n. 561; gli artt. 100, 101 e 102 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507.

quelle penali⁵¹.

A partire dalla sentenza n. 68 del 2017, la Corte ha statuito che, in ragione della loro *comune* natura, il passaggio da sanzione penale a sanzione amministrativa – se riconducibile alla ‘materia penale’ in senso convenzionale – deve qualificarsi in termini di successione delle leggi penali nel tempo, rispetto alla quale deve valere la garanzia costituzionale dell’irretroattività del trattamento successivo, se in concreto sfavorevole all’agente, e della retroattività del trattamento successivo se più favorevole. La Corte ha precisato che il carattere più favorevole della sopravvenuta legge di depenalizzazione non può ritenersi presunto in via assoluta, in quanto non sempre la depenalizzazione comporta una ‘mitigazione’ del complessivo trattamento sanzionatorio, ben potendo risultare invece maggiormente afflittivo. Su queste basi, la sentenza n. 223 del 2018 – in relazione alla fattispecie di depenalizzazione del reato di *insider trading* secondario – ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione transitoria che rendeva applicabile la misura amministrativa della confisca per equivalente anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della legge⁵².

Con la successiva sentenza n. 63 del 2019, la Corte ha riaffermato in termini generali – al di fuori cioè degli interventi di depenalizzazione – che il principio di retroattività della *lex mitior* si applica alle sanzioni amministrative punitive, essendo «conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell’art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali», la quale «[...] impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’abolito criminis o la modifica mitigatrice».

3.4.– Illegittimità costituzionale e travolgimento del giudicato

L’art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) prevede, come è noto, una deroga all’intangibilità del giudicato per i casi in cui una sentenza di condanna sia stata pronunciata in applicazione di una norma dichiarata costituzionalmente illegittima.

La questione di legittimità costituzionale della disposizione, nella parte in cui non prevede la propria applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come ‘penale’ ai sensi del diritto convenzionale (sollevata per contrasto con gli artt. 6 e 7 della CEDU), è stata inizialmente respinta, sul presupposto che non fosse dato rinvenire nella

⁵¹ L’assunto è pacifico in giurisprudenza: cfr. Corte di cassazione, sezioni unite penali, 16 marzo-27 giugno 1994, n. 7394, e 29 marzo-28 giugno 2012, n. 25457.

⁵² Dopo la depenalizzazione del 2005 dell’*insider trading* secondario (art. 187-bis T.U.I.F.), la legge comminava per l’illecito: sia una sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila euro a tre milioni di euro (innalzabili fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall’illecito in presenza di particolari circostanze); sia le sanzioni amministrative accessorie previste dall’art. 187-quater del d.lgs. n. 58 del 1998; la confisca amministrativa (diretta) del prodotto o del profitto dell’illecito e dei beni utilizzati per commetterlo; ovvero, la confisca amministrativa (ex art. 187-sexies T.U.I.F.) di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente a tale prodotto o profitto e ai beni utilizzati per commettere l’illecito.

giurisprudenza della Corte EDU un principio volto a precludere l'esecuzione di una sanzione amministrativa inflitta (e confermata dal giudicato) sulla base di una norma dichiarata invalida *ex tunc* (sentenza n. 43 del 2017). La pronuncia nega in sostanza la necessità costituzionale dell'effetto espansivo 'interno' delle garanzie previste per la materia penale dal solo ordinamento interno, rimanendo tale estensione alle sanzioni amministrative nel margine di apprezzamento dello Stato aderente.

La medesima questione è stata rivalutata in senso opposto dalla successiva sentenza n. 68 del 2021⁵³. Secondo tale ultima pronuncia, una volta esteso alle sanzioni amministrative 'punitive' il principio di retroattività della *lex mitior*, va parimenti escluso che taluno debba continuare a scontare una sanzione amministrativa 'punitiva' inflittagli in base a una norma dichiarata costituzionalmente illegittima, come tale «non già oggetto di semplice “ripensamento” da parte del legislatore, ma affetta addirittura da un vizio genetico»⁵⁴.

In definitiva, la sanzione amministrativa 'punitiva' non dovrà più continuare ad applicarsi: qualora il fatto non sia più considerato illecito per effetto di una modificata valutazione del legislatore; nella misura considerata eccessiva rispetto al mutato apprezzamento normativo della gravità dell'illecito; qualora la norma incriminatrice sia stata accertata invalida *ex tunc*.

3.5.– La sufficiente precisione del precetto sanzionatorio

Anche l'ulteriore corollario del principio di legalità, ovvero il principio di determinatezza delle norme sanzionatorie – volto, per un verso, ad evitare che siano l'autorità amministrativa o il giudice a disegnare «i confini tra il lecito e l'illecito» (sentenza n. 327 del 2008) e, per un altro verso, a permettere «al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (ancora sentenza n. 327 del 2008) – è stato esteso alle sanzioni amministrative 'punitive' (sentenze n. 121 del 2018)⁵⁵.

⁵³ L'incidente di legittimità costituzionale riguardava la dichiarazione di illegittimità costituzionale del meccanismo di applicazione automatica della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, nei casi di condanna o di patteggiamento della pena per i reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali gravi o gravissime, previsto dall'art. 222, comma 2, quarto periodo, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), come modificato dall'art. 1, comma 6, lettera b), numero 1), della legge 23 marzo 2016, n. 41 (Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274). Con la sentenza n. 88 del 2019, la Corte costituzionale aveva ritenuto che tale automatismo sanzionatorio vulnerasse i principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità, in quanto l'automatica applicazione della revoca della patente poteva giustificarsi solo per le ipotesi più gravi e più severamente punite, mentre al di sotto tale livello, doveva essere lasciata invece al giudice la possibilità di effettuare una «valutazione individualizzante», sulla base delle circostanze del caso concreto.

⁵⁴ Era rimasta isolata la precedente sentenza della Corte n. 78 del 1967. Va segnalata la recente ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato (Sezione V, 26 aprile 2021, n. 3299) che ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel combinato disposto con l'art. 216 dello stesso codice dei contratti pubblici, nella parte in cui preclude l'applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica, anziché (come prevedeva il previgente art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006) nei confronti di qualsiasi concorrente. Sul punto, è doveroso rimarcare che pare alquanto dubbio rinvenire natura sanzionatoria nell'istituto dell'escussione della garanzia provvisoria, trattandosi di una misura di indole prettamente patrimoniale. In senso parzialmente contrario può, ad esempio, richiamarsi la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 34 del 2014.

⁵⁵ Cfr. anche la sentenza del Consiglio di Stato n. 4424 del 2018, secondo cui (costituendo l'ordine di demolizione una sanzione «penale» ai sensi dell'art. 7 della CEDU, in ragione della sua dimensione intrinsecamente «afflittiva») la rimozione o la demolizione ai sensi dell'art. 31, comma 2, del testo unico dell'edilizia, può essere indirizzata esclusivamente «al proprietario e al responsabile dell'abuso» e non nei confronti del mero detentore.

Anche il canone di determinatezza della fattispecie rientra dunque fra i «principi generali», di rango costituzionale, dell'illecito amministrativo.

3.6.– Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*

Il coordinamento tra i diversi strumenti di '*public enforcement*' (decisione amministrativa e sentenza penale di condanna repressive del medesimo illecito) è stato aggiornato alla luce del diritto convenzionale, con specifico riguardo al principio del *ne bis in idem*.

La duplicazione dei procedimenti – l'uno amministrativo, l'altro penale – non pone, sul piano della legislazione ordinaria, alcun ostacolo, perché il divieto enunciato dall'art. 649 c.p.p. si riferisce al solo giudizio penale. Con riferimento ai rapporti tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, il canone di specialità (di cui all'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689⁵⁶), operando sul piano strettamente sostanziale (allo scopo cioè di evitare il cumulo di sanzioni in relazione al medesimo fatto), non è idoneo a scongiurare la duplicazione dei processi per il medesimo fatto. Nel settore tributario, poi, mentre è precluso il *bis in idem* sostanziale, è addirittura appositamente previsto il *bis in idem* processuale⁵⁷.

Nel sistema della Convenzione europea di diritti dell'uomo e nell'ordinamento europeo il *ne bis in idem* – di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione⁵⁸ – assurge a diritto fondamentale dell'individuo, strettamente connesso alla generale garanzia del giusto processo penale.

In una prima fase, la giurisprudenza della Corte EDU era consolidata nel senso che – una volta riscontrata la natura sostanzialmente penale di entrambe le sanzioni inflitte in relazione al medesimo fatto storico – l'inizio (o la prosecuzione) di un successivo procedimento dopo che il primo fosse giunto a una pronuncia definitiva avrebbe automaticamente costituito una violazione del divieto convenzionale di *bis in idem*. Il principio veniva declinato quindi in una prospettiva prevalentemente processuale, tutelando l'individuo contro la possibilità di essere sottoposto una seconda volta a processo per un reato per il quale è stato già giudicato, non importa con quale esito⁵⁹.

Il contenuto del divieto è però largamente mutato con la nota sentenza della Grande Camera A e B c. Norvegia del 15 novembre 2016⁶⁰. Alla luce del nuovo indirizzo giurisprudenziale, il secondo

⁵⁶ Il principio di specialità tra sanzioni amministrative e penali è ribadito dall'art. 19 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 (Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205).

⁵⁷ L'amministrazione finanziaria irroga le sanzioni amministrative, che divengono definitive se non impugnate (art. 21, comma 1, decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74). Tuttavia, al fine di evitare la duplicazione delle sanzioni, tali sanzioni non sono eseguibili nella pendenza del procedimento penale per il medesimo fatto, fino a quando tale procedimento non sia definito con l'archiviazione o con sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto (art. 21, comma 2, decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74). Se l'imputato è stato condannato, la sanzione tributaria non sarà invece riscuotibile.

⁵⁸ La norma viene interpretata dalla Corte EDU nel senso che il giudizio sull'identità del fatto va condotto alla luce dell'accadimento materiale contestato in concreto dalla prima sentenza, con esclusione di criteri di qualificazione giuridica di esso.

⁵⁹ Cfr., ex plurimis, Corte EDU, sentenze 14 settembre 2015, Kapetanios c. Grecia; grande camera, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia.

⁶⁰ In dottrina: F. VIGANÒ, *La Grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016; G. DE AMICIS E P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.* 2017, 469; G. M. FLICK, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. Società*, 2015, 868. D. PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. processo*, 2016, 1588.

procedimento può essere definito anche se il primo si è già definitivamente concluso, qualora i due procedimenti risultino adeguatamente «coordinati nel tempo e nell'oggetto» («*lien matériel et temporel suffisamment étroit*»), in modo tale che essi possono reputarsi nella sostanza come un'unica risposta sanzionatoria innanzi gli illeciti, purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, sia proporzionata. In definitiva, il *ne bis in idem* convenzionale, da divieto processuale di instaurare un doppio processo per il medesimo fatto, diviene garanzia anche di tipo sostanziale. Ne deriva che i due procedimenti possono non solo essere avviati, ma anche concludersi con l'irrogazione di due distinte sanzioni purché ricorrano, congiuntamente, le seguenti condizioni: le sanzioni perseguano finalità differenti ed abbiano in concreto ad oggetto profili diversi della medesima condotta antisociale; la duplicazione dei procedimenti costituisca una conseguenza prevedibile della condotta incriminata; vi sia un coordinamento probatorio tra i procedimenti, realizzata mediante la collaborazione tra le autorità preposte alla definizione degli stessi, in modo da evitare, per quanto possibile, la duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova; ricorra una stretta connessione sul piano temporale tra i due procedimenti, pur non strettamente paralleli; la sanzione comminata nel primo procedimento sia tenuta in considerazione nell'altro, in modo che venga rispettata una proporzionalità complessiva della pena.

Il principio del *ne bis in idem*, oltre ad assurgere a principio interno di rango costituzionale, trova tutela, anche nell'art. 50 CDFUE secondo cui «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge»; disposizione che, stante la clausola di equivalenza contenuta nel terzo periodo dell'art. 52, incorpora il contenuto minimo dell'art. 4 del Prot. n. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. La Grande sezione della Corte di Giustizia – chiamata a pronunciarsi proprio sulla compatibilità del sistema italiano del doppio binario penale-amministrativo con l'art. 50 CDFUE recante il divieto di *bis in idem* euro-unitario – si è fondamentalmente allineata al nuovo corso della giurisprudenza di Strasburgo⁶¹. Tanto il concetto di sanzione penale, quanto quello di *idem factum* sono assunti dalla Corte di giustizia nel medesimo significato loro conferito dalla giurisprudenza di Strasburgo⁶².

⁶¹ Cfr. Corte di Giustizia, grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, in causa C-524/15, Menci; sentenza 20 marzo 2018, in causa C-537/16, Garlsson Real Estate e altri; sentenza 20 marzo 2018, in cause C-596/16 e C-597/16, Di Puma e altri. Alla stregua della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la previsione di un duplice binario sanzionatorio non confligge con il principio del *ne bis in idem* ove: la normativa di riferimento persegua un obiettivo di interesse generale, tale da giustificare il cumulo di procedimenti e di sanzioni, che devono avere uno scopo complementare; contenga norme che garantiscano un coordinamento che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare derivante per i soggetti interessati da un cumulo di procedimenti; preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario in relazione alla gravità del reato di cui si tratti.

⁶² Va citata la recente ordinanza 7 gennaio 2022, n. 68 con cui il Consiglio di Stato ha disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la formulazione dei seguenti quesiti: a) se le sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette, ai sensi della normativa interna attuativa della direttiva 2005/29/Ce, siano qualificabili alla stregua di sanzioni amministrative di natura penale; b) se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vada interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente di confermare in sede processuale e rendere definitiva una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona giuridica per condotte illecite che integrano

Al di là dei rilievi che possono muoversi al nuovo corso giurisprudenziale – soprattutto in termini di certezza del diritto, in quanto la violazione del *ne bis in idem* convenzionale è rimessa all’apprrezzamento del singolo giudice precedente, che dovrà verificare o meno la sussistenza di una connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta fra i procedimenti – appare importante sottolineare che l’acclarata identità funzionale tra sanzione amministrativa punitiva e sanzione penale comporta che il doppio binario sanzionatorio rappresenti oggi un’eccezione circostanziata, la quale può trovare giustificazione esclusivamente in esigenze di complementarità del trattamento punitivo complessivo per il raggiungimento dell’obiettivo di repressione dell’*idem factum*.

Sui criteri che presiedono al cumulo di sanzioni sostanzialmente penali relative allo stesso fatto storico ed in generale sulla portata del principio del divieto di *bis in idem*, la recente giurisprudenza della Corte costituzionale appare convergere integralmente con i citati ultimi descritti sviluppi della giurisprudenza europea (sentenze 145 del 2020; n. 222 del 2019 e n. 43 del 2018)⁶³.

3.7.– Principio della responsabilità personale

Una ulteriore implicazione della nozione convenzionale di ‘pena’ è l’estensione alle sanzioni amministrative ‘punitive’ della presunzione di non colpevolezza e, quindi, del corollario per cui non è permessa l’applicazione di una pena quando la responsabilità di chi la subisce non sia stata legalmente accertata⁶⁴.

L’assunto è stato compiutamente formulato con riguardo alla confisca urbanistica che il giudice penale è tenuto a disporre con la sentenza definitiva che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva ai sensi dell’art. 44, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia)⁶⁵. La giurisprudenza nazionale, per lungo tempo, aveva ritenuto di poter disporre tale misura sulla base del solo fatto obiettivo costituito dal carattere abusivo dell’opera, e dunque senza che fosse necessario l’accertamento della sussistenza dell’elemento

pratiche commerciali scorrette, per le quali nel frattempo è stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico in uno stato membro diverso, laddove la seconda condanna sia divenuta definitiva anteriormente al passaggio in giudicato dell’impugnativa giurisdizionale della prima sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale; c) se la disciplina di cui alla Direttiva 2005/29, con particolare riferimento agli articoli 3 paragrafo 4 e 13 paragrafo 2 lettera e), possa giustificare una deroga al divieto di “ne bis in idem” stabilito dall’art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (successivamente incorporata nel Trattato sull’Unione Europea dall’ art. 6 TUE) e dell’art. 54 della convenzione di Schengen.

Cfr. anche la sentenza della stessa Sez. VI, 25 ottobre 2019, n. 7296, che, nel risolvere il conflitto di competenza, in tema di titolarità del potere sanzionatorio di pratiche commerciali tra Autorità garante della concorrenza e del mercato e Autorità di settore, esclude ogni (ipotetica) violazione del *ne bis in idem*, in senso processuale e sostanziale, presupponendo l’applicazione della sola sanzione dell’Autorità antitrust, nonché facendo ricorso a una definizione di *idem factum* in senso naturalistico.

⁶³ Quanto al fondamento costituzionale, il principio del *ne bis in idem* trova fondamento negli artt. 24 e 111 della Costituzione, in quanto volto a evitare che il singolo possa essere esposto ad una spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto (sentenze n. 200 del 2016, n. 381 del 2006, n. 230 del 2004 e n. 284 del 2003).

⁶⁴ Tra le molte, Corte EDU, sentenza 1 marzo 2007, *Geerings contro Paesi Bassi*. Va richiamata anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea, secondo cui, nei procedimenti antitrust, che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive, vige il principio della presunzione di innocenza quale risulta dall’articolo 6, paragrafo 2, della CEDU: cfr., ex plurimis, sentenza, sez. II, 10 novembre 2017, T-180/15).

⁶⁵ Già nella vigenza dell’art. 19 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (Norme in materia di controllo dell’attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere abusive), la confisca per lottizzazione abusiva era stata ritenuta una sanzione amministrativa che consegue a una sentenza che accerti la sussistenza dei presupposti del reato in questione, anche prescindendo dall’adozione di una sentenza di condanna (ordinanza n. 187 del 1998).

psicologico del reato nei confronti di chi subiva la misura, compresi i terzi acquirenti delle aree illegittimamente frazionate o dei beni abusivamente costruiti, ed anche in caso di proscioglimento per prescrizione.

La sentenza della Corte di Strasburgo 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri contro Italia*⁶⁶, dopo avere qualificato la confisca urbanistica come sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della CEDU, ne ha tratto la conseguenza che essa potesse essere disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (in termini di coscienza e volontà) con i fatti.

Al fine di conformarsi al predetto indirizzo, la giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 239 del 2009 e n. 85 del 2008⁶⁷) e di legittimità (*cf.*, Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza 8 ottobre 2009, n. 39078), pur tenendo ferma la qualifica della confisca urbanistica come sanzione amministrativa, ha affermato che tale misura afflittiva – anche quando applicata con una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato – debba essere subordinata all'accertamento della partecipazione psichica e personale dei soggetti colpiti dalla misura ablativa (inclusi i terzi acquirenti dei beni), così da potere muovere nei loro confronti un addebito almeno colposo, sotto gli aspetti dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza⁶⁸.

L'applicazione del principio di colpevolezza in tutti i suoi contenuti, oltre al divieto di ogni forma di responsabilità oggettiva, comporta anche l'esclusione di ogni forma di responsabilità 'per fatto altrui'. Le norme che pongono il pagamento della sanzione amministrativa a carico di soggetti diversi dall'autore materiale dell'illecito devono ritenersi compatibili con il sistema convenzionale, quando l'irrogazione non sia, né esclusiva, né definitiva, essendo destinata – attraverso il riconoscimento del diritto di regresso nei confronti del responsabile dell'illecito –, unicamente ad esplicare una funzione di garanzia patrimoniale⁶⁹.

Il principio della responsabilità personale non comporta invece il divieto di qualsiasi forma di imputazione in capo ad una persona giuridica per l'illecito materialmente compiuto del suo legale rappresentante o dipendente, essendo oramai acclarata la possibilità di fondare, anche nei confronti della persona giuridica, un addebito 'personale' di colpevolezza.

La 'capacità di colpevolezza della persona giuridica, oltre che rispondere alle moderne esigenze

⁶⁶ Vedi anche la sentenza della Corte EDU 10 maggio 2012.

⁶⁷ Nella sentenza n. 49 del 2015 la Corte Costituzionale ha ritenuto erroneo il convincimento, formulato dai giudici rimettenti, secondo cui la sentenza della Corte EDU 29 ottobre 2013, *Varvara contro Italia*, aveva inteso affermare che la confisca urbanistica potesse essere disposta solo unitamente ad una sentenza di condanna da parte del giudice per il reato di lottizzazione abusiva.

⁶⁸ Il principio del necessario collegamento soggettivo in materia di sanzioni amministrative 'punitive' ha trovato applicazione anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: *cf.* sentenza n. 1263 del 2018, in tema di acquisizione gratuita al patrimonio del sedime del bene abusivo; sentenze n. 2962 e n. 1368 del 2020, in materia di interdittiva antimafia.

⁶⁹ Similmente a quanto avviene ai sensi degli art. 196 e 197 c.p. La legge n. 689 del 1981, pur avendo configurato in senso personale e colpevole la responsabilità nell'illecito amministrativo soggetto a sanzione pecuniaria, contempla alcune eccezioni riconducibili comunque agli schemi della responsabilità 'indiretta', ammettondo, in capo al proprietario della cosa utilizzata a commettere la violazione, ovvero incaricata dell'altrui vigilanza di non aver potuto impedire il fatto (*cf.* art. 6).

«di politica criminale» (la responsabilità ‘amministrativa’ degli enti costituisce un indispensabile strumento di enforcement delle norme che disciplinano lo svolgimento di attività economiche complesse⁷⁰), deve ritenersi un corollario della configurazione giuridica dell’ente come soggetto capace di agire: la medesima logica che vale per l’imputazione dell’agire lecito deve cioè valere per l’imputazione del fatto illecito e delle sue conseguenze punitive⁷¹. Il problema tecnico-giuridico è piuttosto quello di approntare modelli d’imputazione soggettiva adeguati alla natura dell’ente collettivo (nella responsabilità amministrativa da reato, ad esempio, il criterio d’imputazione del fatto all’ente è quello della commissione del reato, da parte di date categorie di soggetti, «a vantaggio» o «nell’interesse» dell’ente).

Altri profili del principio della responsabilità penale stabiliti dall’art. 27 della Costituzione – in particolare, quello della necessaria «funzione rieducativa» della pena – restano invece strettamente connessi al significato etico-sociale della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale.

3.8.– Proporzionalità della pena

La Corte Costituzionale, in numerose occasioni, ha invocato il principio di proporzionalità della pena per dichiarare l’illegittimità costituzionale di automatismi sanzionatori, ritenuti non conformi al principio in questione proprio perché esso postula «l’adeguatezza della sanzione al caso concreto»; adeguatezza che «non può essere raggiunta se non attraverso la concreta valutazione degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell’illecito» (sentenza n. 161 del 2018; nello stesso senso, *ex multis*, sentenze n. 268 del 2016 e n. 170 del 2015). Ciò anche in relazione a misure amministrative delle quali veniva espressamente negata la natura ‘punitiva’, come nel caso deciso dalla sentenza n. 22 del 2018⁷².

A partire dalla sentenza n. 112 del 2019, il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell’illecito è stato applicato anche al di là degli automatismi legislativi⁷³. La Corte ha precisato che, nel settore delle sanzioni amministrative, il principio in parola trae la propria base normativa nell’art. 3 Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di

⁷⁰ Cfr. la Relazione governativa al d.lgs. n. 231 del 2001, la quale si diffonde sulle potenzialità criminogene delle strutture organizzate.

⁷¹ Nel senso che l’art. 27 della Costituzione fosse di ostacolo alla responsabilità ‘penale’ delle persone giuridiche, cfr. per tutti BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest»*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1970, 951.

⁷² In materia di interdittiva antimafia, la sentenza n. 178 del 2021 della Corte Costituzionale si è pronunciata – ritenendolo fondato – sul dubbio di costituzionalità relativo ad una disposizione (art. 24, comma 1, lettera d, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113) che, modificando l’art. 67, comma 8, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, comportava un effetto interdittivo automatico nei confronti di soggetti che hanno commesso un reato non riconducibile tout court al fenomeno mafioso, eccedendo rispetto allo scopo di contrastare, con misure di carattere preventivo, il dilagare della criminalità organizzata nel tessuto socio-economico.

⁷³ La pronuncia riguarda il sistema sanzionatorio degli abusi di mercato. A giudizio della Corte, la combinazione tra una sanzione pecuniaria di eccezionale severità, ma graduabile in funzione della concreta gravità dell’illecito e delle condizioni economiche dell’autore dell’infrazione, e una ulteriore sanzione anch’essa di carattere “punitivo” come quella rappresentata dalla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l’illecito, che non consente alcuna modulazione quantitativa, conduce a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati.

volta in volta incisi dalla sanzione (e non con l'art. 27 Cost.)⁷⁴.

A tali parametri si affianca l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 della CEDU (sentenza n. 146 del 2021⁷⁵) e, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, l'art. 49, paragrafo 3, CDFUE, il quale, pur facendo riferimento alle «pene» e al «reato», è stato ritenuto applicabile all'insieme delle sanzioni – penali e amministrative di carattere sostanzialmente “punitivo” – irrogate in seguito alla commissione di un fatto di manipolazione del mercato, ai fini della verifica del rispetto del diverso principio del *ne bis in idem*⁷⁶.

3.9.– Giusto procedimento sanzionatorio

È noto che, per quanto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non prenda in espressa considerazione il diritto amministrativo, la Corte di Strasburgo ha progressivamente ricavato⁷⁷ dalla garanzia generale procedurale del «*fair trial*», di cui all'art. 6, regole immediatamente precettive in ordine al concreto dispiegarsi dei pubblici poteri⁷⁸. Secondo la giurisprudenza europea, per «tribunale» deve infatti intendersi qualunque autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato come ‘processo’ nell'ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale⁷⁹. Non solo il riferimento letterale a «*criminal charge*» include le sanzioni amministrative a carattere punitivo-afflittivo, ma anche l'espressione «diritti di carattere civile» («*civil rights and obligations*»), pure contenuta nell'art. 6 della CEDU, è considerata idonea a ricomprendere qualsiasi posizione soggettiva – anche quelle nel nostro ordinamento qualificate in termini di interesse legittimo⁸⁰ – riconosciuta dall'ordinamento di uno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, indipendentemente dalla

⁷⁴

⁷⁵ Era stata sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. e in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, «nella parte in cui, qualora la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite risulti sproporzionata alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU espressa dalla Grande Camera nella sentenza del 28.6.2018, *Giem e altri c. Italia*, non consente l'applicazione in via principale di una sanzione meno grave, come quella dell'obbligo di procedere all'adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle integralmente conformi alle legittime prescrizioni della pianificazione urbanistica generale, nei confronti dei soggetti rimproverabili per aver tenuto solo una lieve condotta colposa con riguardo alla lottizzazione abusiva». La questione è stata dichiarata inammissibile in ragione dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice può limitare l'intervento ablativo alle sole aree e agli eventuali manufatti direttamente interessati dall'illegittima attività lottizzatoria (Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenze 2 ottobre 2008, n. 37472 e 15 aprile 2013, n. 17066).

⁷⁶ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA e altri*, in causa C-537/16, paragrafo 56.

Per approfondimenti sul tema, cfr. A. BONOMI, *Sanzioni amministrative “di seconda generazione”, principio di proporzionalità, diritti fondamentali*, in federalismi.it, n. 5 del 2022

⁷⁷ A partire da Corte EDU, 31 maggio 1978, *König c. Repubblica Federale Tedesca*.

⁷⁸ Cfr. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della cedu nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato, in Diritto processuale amministrativo*, 2, 2016, pag. 456; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.

⁷⁹ Cfr. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2014, pp. 685 ss., il quale richiama le sentenze: *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v Belgium*, cit., paragrafo 57 ss.; *Piersack v Belgium*, 1 ottobre 1982, paragrafi 27 ss.; *Campbell and Fell v UK*, 28 giugno 1984, par. 78.

⁸⁰ Cfr. Corte EDU, 27 ottobre 1987, caso 10426/83, *Pudas v. Sweden*, relativa alla revoca di una licenza per lo svolgimento del servizio di trasporto interurbano; 5 febbraio 2004, caso 54039/00, *Morscher v. Austria*, relativa alla richiesta di un permesso di costruire; Corte EDU, 14 novembre 2006, caso 60860/00, *Tsfayo v. the United Kingdom*, riguardante la revoca della concessione d'uso di un alloggio popolare; Corte EDU, Grand Chamber, 23 giugno 1981, casi 6878/75 e 7238/75, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, riguardante una sanzione disciplinare sospensiva comminata a un medico.

qualificazione che essa riceva in tale sede⁸¹.

Su queste basi, le garanzie dell'«equo processo» – in termini di parità delle armi, distinzione tra fase istruttoria e decisoria, pubblicità, piena accessibilità a tutti gli atti e ai documenti rilevanti – debbano essere assicurate nel momento in cui viene incisa la posizione soggettiva dell'individuo, a prescindere dalla forma e dalla natura che assumono l'atto e il procedimento tramite i quali si realizza tale violazione. L'assunto ha trovato applicazione soprattutto nelle pronunce della Corte EDU riguardanti i procedimenti delle Autorità amministrative indipendenti francesi⁸² e italiane⁸³, volti a decidere una «accusa di natura penale» in senso convenzionale⁸⁴.

Una recente applicazione del 'giusto procedimento sanzionatorio' ha riguardato l'estensione del «diritto a restare in silenzio e a non contribuire in alcun modo alla propria incriminazione» – garanzia finalizzata a proteggere l'accusato da indebite pressioni dell'autorità volte a provocarne la confessione e, dunque, strettamente connessa alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, paragrafo 2, della Convenzione⁸⁵ – anche alle sanzioni amministrative punitive.

La Corte costituzionale ha investito, con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 117 del 2019, la Corte di Giustizia della seguente duplice domanda pregiudiziale, di interpretazione e di validità: da un lato, se le disposizioni della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014, anche alla luce degli artt. 47 e 48 CDFUE, potessero essere interpretate nel senso di non vincolare gli Stati membri a sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura punitiva, esercitando così il proprio diritto al silenzio nell'ambito di tale procedimento (nella specie, si trattava delle audizioni personali disposte dalla CONSOB nell'ambito dell'attività di vigilanza); dall'altro lato se, in caso di risposta negativa a tale prima domanda, le disposizioni in parola fossero compatibili con i citati artt. 47 e 48 CDFUE⁸⁶.

Con la successiva sentenza n. 84 del 2021, la Corte costituzionale, sulla base delle indicazioni

⁸¹ Secondo M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Ius Publicum*, dicembre 2014, i 'diritti di carattere civile' individuati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo hanno un carattere essenzialmente patrimoniale, attenendo «o a pretese economiche direttamente vantate nei confronti della p.a. o, comunque, si configurano a fronte di provvedimenti amministrativi immediatamente incisivi sulla capacità del soggetto interessato di produrre reddito (per es., sono pacificamente ritenute idonee a "determinare" «diritti civili» le autorizzazioni all'esercizio di attività economiche e i relativi atti di revoca e di annullamento; i provvedimenti autorizzatori nel settore urbanistico-pianificatorio e i provvedimenti concessori; ma anche le sanzioni disciplinari che, in vario modo, impediscano o limitino l'esercizio di una determinata professione)».

⁸² Corte EDU, 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A.v. France*; 20 gennaio 2011, caso 30183/06, *Vernes c. France*; 30 giugno 2011, caso 25041/07, *Messier v. France*, § 52.

⁸³ Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, riguardante il procedimento sanzionatorio della Commissione nazionale per la società e la borsa italiana (Consob). In tal caso, la Corte europea ha ritenuto in contrasto con l'art. 6 della Convenzione l'assenza di contraddittorio (in quanto la sanzione era stata inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti), la mancanza di un'udienza pubblica e, infine, l'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio a organi che, sebbene diversi, dipendevano comunque dallo stesso soggetto, ovvero il Presidente della Consob.

⁸⁴ Cfr. ancora la puntuale rassegna di ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Ius Publicum*, dicembre 2014,

⁸⁵ Corte EDU, sentenze 8 febbraio 1996, *John Murray contro Regno Unito*, paragrafo 45; 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinness contro Irlanda*, paragrafo 40; 17 dicembre 1996, *Saunders contro Regno Unito*, paragrafo 68.

⁸⁶ Il dubbio di costituzionalità riguardava l'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998 che, nella versione applicabile *ratione temporis*, prevedeva: «[f]uori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque non ottempera nei termini alle richieste della CONSOB ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquantamila ad euro un milione». La norma appena citata costituiva trasposizione dell'obbligo sancito dall'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE (poi sostituito, in termini analoghi, dall'art. 30, paragrafo 1, lettera b, del regolamento UE n. 596/2014).

fornite dalla Corte di giustizia⁸⁷, ha concluso nel senso che sia incompatibile con il diritto al silenzio la possibilità di sanzionare una persona fisica la quale – dinnanzi alla richiesta di fornire informazioni alla CONSOB nel quadro dell'attività di vigilanza svolta da quest'ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero nell'ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti – si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale⁸⁸.

La citata pronuncia della Corte costituzionale, peraltro, sembra lasciare al legislatore la possibilità di dettare una disciplina in parte differenziata, che sia diversamente calibrata sulla scorta delle caratteristiche proprie dei vari procedimenti sanzionatori (amministrativi o formalmente penali), osservando che non debba esservi necessariamente una coincidenza nelle modalità di tutela del diritto al silenzio⁸⁹.

Un'ulteriore corollario del «giusto procedimento» sanzionatorio ai fini dell'applicazione di sanzioni sostanzialmente punitive riguarda il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio.

Nella legge n. 689 del 1981, mentre è previsto un termine per la contestazione dell'illecito (art. 14 della legge n. 689 del 1981), analogo termine non è invece contemplato per la conclusione della fase decisoria, salvo quello di prescrizione quinquennale del diritto alla riscossione delle somme dovute per le violazioni amministrative, previsto dall'art. 28 della citata legge n. 689 del 1981⁹⁰.

La Corte Costituzionale (sentenza n. 151 del 2021) – pur dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 24 novembre 1981, n. 689⁹¹, nella parte in cui non prevede un termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio, involgendo la predetta omissione legislativa la sfera di discrezionalità del legislatore – ha statuito che, in materia di sanzioni amministrative, il principio di legalità impone necessariamente di «modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica

⁸⁷ In particolare, Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 2 febbraio 2021, nella causa C-481/19, D. B. contro Consob, ha affermato che: le disposizioni della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014, oggetto dei quesiti di questa Corte, «si prestano ad una interpretazione conforme agli articoli 47 e 48 della Carta, in virtù della quale essi non impongono che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale» (paragrafo 55): che, anzi, dal diritto al silenzio garantito dagli artt. 47 e 48 CDFUE, come sopra interpretati, discende l'obbligo, a carico degli Stati membri, di assicurare che una persona fisica non possa essere sanzionata in circostanze siffatte (paragrafo 57).

⁸⁸ Su queste basi, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera b), della legge n. 62 del 2005 e vigente *ratione temporis*, nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato. Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la dichiarazione di illegittimità costituzionale è stata estesa, in via consequenziale, ad altre disposizioni (l'art. 24, comma 1, lettera c, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 e l'art. art. 5, comma 3, del decreto legislativo 3 agosto 2017, n. 129), che avevano esteso le medesime sanzioni anche alle condotte di mancata collaborazione con la Banca d'Italia.

⁸⁹ D. CODUTI, *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in *Federalismi* n. 22 del 2021.

⁹⁰ Per le sanzioni amministrative inerenti la violazione di norme in materia di circolazione stradale (decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285) e tributaria (decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472), è invece previsto anche un termine di natura decadenziale, entro il quale deve essere emesso il provvedimento sanzionatorio.

⁹¹ La questione era stata sollevata per contrasto con gli artt. 3, 97 e 117, primo comma, Cost.

dell'esercizio del potere [...] in quanto la previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione costituisce un presupposto essenziale per il soddisfacimento dell'esigenza di certezza giuridica, in chiave di tutela dell'interesse soggettivo alla tempestiva definizione della propria situazione giuridica di fronte alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, nonché di prevenzione generale e speciale». La Corte ha aggiunto che «la fissazione di un termine per la conclusione del procedimento non particolarmente distante dal momento dell'accertamento e della contestazione dell'illecito, consentendo all'incolpato di opporsi efficacemente al provvedimento sanzionatorio, garantisce un esercizio effettivo del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. ed è coerente con il principio di buon andamento ed imparzialità della PA di cui all'art. 97 Cost.», cosicché «la predefinizione legislativa di un limite temporale per la emissione della ordinanza-ingiunzione il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso risulta coesistente ad un sistema sanzionatorio coerente con i parametri costituzionali sopra richiamati».

Deve aggiungersi che talvolta la legge prescrive che il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio debba essere stabilito dalla stessa Autorità procedente in via regolamentare oppure in sede di avvio dell'iter procedimentale. Una recente sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato (n. 584 del 2021) ha ritenuto che il termine per la conclusione del procedimento promosso da una Autorità indipendente e finalizzato alla applicazione di una sanzione sostanzialmente 'punitiva' debba qualificarsi perentorio, inficiando per ciò solo il provvedimento finale⁹².

4. L'atto di accertamento dell'illecito amministrativo

La rivisitazione delle acquisizioni tradizionali in materia di sanzioni amministrative è il portato del 'disallineamento' tra due livelli di tutela, costituzionale e sovranazionale. Anche l'ermeneutica dei diritti fondamentali risente inevitabilmente della collocazione ordinamentale delle disposizioni che li enunciano. Nello spazio giuridico europeo (soprattutto, in quello politicamente 'adespotico' della Convenzione, privo di organi rappresentativi e di indirizzo politico), il dialogo tra le Corti rappresenta il principale dispositivo attraverso cui i diversi sistemi normativi si completano vicendevolmente nell'attività di interpretazione, pervenendo così ad una tutela 'integrata' dei diritti⁹³.

L'incisiva produzione giurisprudenziale delle Corti sovranazionali, specialmente della Corte

⁹² Si trattava dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente. Richiamando le ragioni di contrasto con l'effettività della tutela del privato messe in luce nella citata sentenza n. 151 del 2021, la stessa Corte costituzionale ha, con la successiva sentenza n. 260 del 2021, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 5, del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101 – il quale prevedeva, con decorrenza dalla sua entrata in vigore, l'interruzione ex lege del termine di prescrizione, relativamente ai procedimenti sanzionatori che, alla data di applicazione del regolamento n. 679/2016/UE, siano stati avviati, ma non ancora definiti con l'adozione dell'ordinanza-ingiunzione – per violazione del principio di ragionevolezza e del canone di proporzionalità, non ravvisando, «a sostegno della disposizione censurata, alcun motivo idoneo a giustificare un livello tanto intenso di compressione della posizione del privato».

⁹³ Sul tema generale, cfr. ex plurimis la recente opera curata da CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A., *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

europea dei diritti dell'uomo, ha ridimensionato i profili di qualificazione formale della fattispecie sanzionatoria, a vantaggio della «sostanza dei diritti umani che vi sono coinvolti»⁹⁴. Il concetto di «pena» cui si riferiscono le disposizioni costituzionali non è più definibile sulla base di criteri d'ordine giuridico-formale, bensì di tipo sostanziale, incentrati sul carattere punitivo-afflittivo della misura amministrativa comminata dall'ordinamento in reazione alla violazione di un precetto.

Le garanzie convenzionali, tuttavia, non hanno ricevuto un'applicazione meccanica nel quadro statutale, dove invece la loro realizzazione è stata attentamente ponderata con altri interessi di pari rango: la «massima espansione delle garanzie», nella giurisprudenza costituzionale, postula infatti la lettura sistematica e non frammentata di tutti i beni costituzionalmente rilevanti⁹⁵. I canoni di civiltà giuridica del diritto punitivo vanno sì rispettati anche dall'Amministrazione, ma non necessariamente con le medesime modalità con le quali sono tutelati nei processi penali: sono ammissibili margini di differenziazione se strutturalmente legati alla scelta legislativa della depenalizzazione⁹⁶.

A questo punto della disamina, va verificata l'attualità dei concetti che – pur sedimentatisi da tempo nella scienza del diritto pubblico – si rapportano ad un quadro normativo modificato.

L'illecito amministrativo si presenta oggi come una figura non più di pertinenza esclusiva del diritto amministrativo. La contaminazione tra il diritto amministrativo e diritti «altri» non è una novità, come sta a testimoniare (nel recente passato) l'ibridazione di istituti civilistici e amministrativistici verificatasi sul versante della regolazione economica dei mercati⁹⁷. La neutralità delle tecniche sospinge, in questo caso, verso un «diritto punitivo comune», ossia un diritto dei diversi «mezzi» e «istituti» che presidiano la cogenza delle disposizioni (di diritto pubblico) volte a tutelare interessi che trascendono quello del privato offeso.

Le sanzioni amministrative costituiscono la *species* di un *genus* più ampio, dove trova applicazione il «nocciolo duro» delle garanzie penalistiche⁹⁸. L'area di comune incidenza – il cui perimetro è delineato dalla nozione «transpica» di «materia penale» – include le fattispecie di reato (valendo qui il criterio della qualificazione formale) e le altre conseguenze amministrative sfavorevoli aventi carattere «punitivo-afflittivo» (valendo qui il criterio sostanziale).

All'interno di tale quadro definitorio, perde gran parte della sua rilevanza il dibattito (mai sopito) sui criteri d'ordine ontologico, che dovrebbero contraddistinguere il reato rispetto all'illecito

⁹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015.

⁹⁵ CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, 2017, 14; CARUSO, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla CEDU*, 2018, p. 1999.

⁹⁶ Cfr. P. CERBO, *Le sanzioni amministrative punitive*, in *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, secondo cui: «La «sfida» interpretativa più importante ed attuale è proprio comprendere e definire «quanta» identità di disciplina discenda dall'omogeneità non solo sul piano delle garanzie procedurali, sulle quali finora si è prevalentemente incentrato il dibattito, ma anche sul piano degli istituti più generali riguardanti il potere sanzionatorio».

⁹⁷ Sui rapporti tra diritto pubblico e privato, cfr. le seguenti opere: G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, 2018.

⁹⁸ Già SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, assimilava le sanzioni amministrative alle sanzioni penali, riconducendo entrambe le figure all'illecito di diritto pubblico.

amministrativo⁹⁹, così come, correlativamente, appare recessiva la questione sui limiti della depenalizzazione ‘consentita’ al legislatore ordinario¹⁰⁰. Nella misura in cui il passaggio dal regime penale a quello amministrativo – pur restando immutata la fattispecie – non comporti la ‘disattivazione’ delle principali garanzie penalistiche, la qualificazione dell’illecito risponde a scelte di politica legislativa «sindacabili solo laddove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell’arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione»¹⁰¹. I casi giurisprudenziali sopra citati, del resto, testimoniano come la sanzione penale, pur costituendo di regola la pena ‘naturalmente’ correlata ai fatti contrassegnati da maggiore disvalore sociale, non rappresentino necessariamente il massimo dell’afflittività. È ben possibile, infatti, che una sanzione amministrativa possa risultare in concreto più svantaggiosa.

È divenuto invece impellente l’esigenza di coordinamento normativo tra i sistemi sanzionatori amministrativo e penale, la cui concorrenza si giustifica soprattutto quando l’accentuata ‘tecnicità’ della materia rende assai opportuno il coinvolgimento ‘sinergico’ delle Autorità amministrative di settore, tenuto conto peraltro della maggiore speditezza del procedimento amministrativo. L’indeterminatezza della giurisprudenza europea in materia di *ne bis in idem* suggerisce l’opportunità di disciplinare, in modo organico, i presupposti in presenza dei quali è possibile avvalersi della combinazione di strumenti pubblicistici¹⁰².

La frammentarietà del quadro normativo di fonte primaria restituisce ancora una immagine eterogenea delle sanzioni irrogate dalla pubblica amministrazione. Tuttavia, all’interno della nuova cornice ermeneutica di rango costituzionale sono posti i primi tasselli per costruire l’unità dogmatica dell’illecito amministrativo, non più attorno ai soli caratteri della ‘sanzione’, bensì a partire dal regime della ‘responsabilità’, ovvero i principi, le forme e i requisiti sostanziali che devono ricorrere per l’imputazione della ‘pena’ in senso convenzionale.

La configurazione unitaria dell’illecito amministrativo comporta il superamento della

⁹⁹ Secondo l’opinione maggioritaria, le sanzioni amministrative si possono individuare in modo soltanto residuale, quali misure afflittive non consistenti in sanzioni penali o in sanzioni civili, bensì fondate su una potestà amministrativa. Si è rivelato invece infruttuoso il tentativo di giungere ad una differenziazione in virtù di criteri sostanziali, quali: la violazione di un rapporto giuridico di cui la Pubblica Amministrazione è un soggetto attivo; la violazione di un precetto posto nell’interesse specifico dell’Amministrazione, a garanzia dell’ordinamento amministrativo; la trasgressione di doveri amministrativi all’interno di rapporti di supremazia speciale.

¹⁰⁰ Cfr. sul tema U. POTOTSCHNIG, *Presentazione del tema del convegno*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell’amministrazione (Varenna - Villa Monastero 18-20 settembre 1980). La circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 19 dicembre 1983, conteneva «criteri orientativi» per la scelta fra sanzioni penali e sanzioni amministrative, indicati in quelli di «proporzione», e di «sussidiarietà» della reazione punitiva siccome orientativi delle ipotesi in cui dovrebbe essere data la preferenza alla sanzione criminale.

¹⁰¹ Così la sentenza n. 193 del 2016 della Corte costituzionale. Secondo la sentenza n. 49 del 2015 della stessa Corte, diversamente opinando, si verificherebbe «un abnorme fenomeno espansivo del diritto penale in contrasto con il principio di sussidiarietà».

¹⁰² Come, ad esempio, è avvenuto nel diritto antitrust in ordine ai rapporti tra public e private enforcement, con la direttiva 2014/104/UE. Sul tema: L. R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell’Unione Europea e l’emergere del diritto comune europeo*, in AIDA 2013, 338; R. PARDOLESI, *Private enforcement: da “com'eravamo” alle prospettive di un futuro incisivo*, in *La private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Padova, 2009, 12; G. FONDERICO, *Public e private enforcement*, in AIDA 2015, 3.

tradizionale distinzione tra misure che incidono sull'autore della violazione (aventi come obiettivo la punizione degli autori dell'abuso) e quelle che invece colpiscono la *res illicita* (finalizzate a porre fine al fatto contrario alla legge attraverso la reintegrazione degli interessi pubblici vulnerati¹⁰³). La nozione di 'pena' in senso convenzionale, come si è detto più volte, si basa su una valutazione precipuamente sostanziale, incentrata soprattutto sulla gravità della stessa, potendo ben coesistere finalità afflittive-deterrenti e (contemporaneamente) di ripristino dell'interesse pubblico.

Nell'ambito delle misure amministrative di reazione alla violazione di un precetto, la partizione rilevante sul piano sistematico è piuttosto quella che distingue: i) da un lato, le sanzioni punitive irrogate dall'Amministrazione nell'esercizio di funzioni 'materialmente giurisdizionale', consistenti nella repressione e controllo dei comportamenti antiggiuridici, attraverso l'accertamento del 'fatto' descritto nella fattispecie normativa astratta; ii) dall'altro, i provvedimenti «regolatori»¹⁰⁴, aventi effetti conformativi o ablatori, comunque sfavorevoli per il loro destinatario, espressivi delle funzioni di governo che si concretano nella 'direzione' delle attività private per la cura di interessi collettivi, oltre che nell'erogazione di servizi (indivisibili e divisibili) alla collettività.

La differenziazione non è sempre agevole, stante l'elevato grado di indeterminatezza dei criteri 'Engel'. La difficoltà è accentuata dalla peculiarità istituzionale del sistema giuridico della CEDU, in cui il giudice nazionale non è legittimato a 'modellare' il significato degli enunciati convenzionali (come invece gli è possibile, sia pure indirettamente, con le norme costituzionali), dovendosi egli sempre attenere alla lettura offertane dai giudici di Strasburgo¹⁰⁵. Rilevanti incertezze interpretative si registrano, soprattutto, in ordine alla classificazione delle misure interdittive (ovvero quelle che comportano la perdita dei requisiti necessari per svolgere una certa attività o per mantenere un certo status¹⁰⁶), delle misure prescrittive individuali adottate dalle Autorità indipendenti preposte alla regolazione e vigilanza dei mercati¹⁰⁷, delle sanzioni edilizie¹⁰⁸. La classificazione delle diverse fattispecie, del resto, se lasciata alla sola giurisprudenza, non potrà non scontare le ineliminabili incertezze dell'approccio casistico.

¹⁰³ Sulla esemplificazione di tale distinzione, cfr. lo scritto di A. DE ROBERTO, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 18-20 settembre 1980, Milano, 1982, 126.

¹⁰⁴ Ci si riferisce qui alla nozione lata di «Amministrazione di regolazione» adottata da D. SORACE, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, 2007, quarta edizione, p. 75 ss.

¹⁰⁵ Sulle peculiarità di tale subordinazione funzionale del giudice nazionale nel sistema CEDU, cfr. C. CARUSO, *Controllo di convenzionalità e interpretazione conforme: il ruolo del giudice nazionale*, in *Questione Giustizia*, aprile, 2019. Secondo la nota sentenza della Corte costituzionale n. 45 del 2015, la CEDU non avrebbe reso «i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esecutivo impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato».

¹⁰⁶ Si pensi alla fattispecie della incandidabilità introdotta dal d.lgs. n. 235 del 2012. In materia di interdittiva ANAC, il Consiglio di Stato, ha recentemente affermato (sentenza, sez. V, 25 gennaio 2022, n. 491) che il potere esercitato dall'Anac con l'annotazione nel casellario informatico, ai sensi del predetto art. 38, comma 1-ter, d.lgs. n. 163 del 2006 ha natura sanzionatoria ed afflittiva, con carattere dunque tassativo e di stretta interpretazione, con la conseguenza che l'art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006 non si applica al di fuori dei casi considerati di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione.

¹⁰⁷ Appaiono esemplificativi i seguenti casi: in materia di regolazione dei mercati finanziari, Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330; in materia di concorrenza; in materia di regolazione energetica, Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2020, n. 7894.

¹⁰⁸ Cfr. la rassegna di M. LUNARDELLI, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.4, 2021, pag. 173 ss.

La ragione tecnico-giuridica del diverso ‘trattamento’ normativo delle tue tipologie di atti, sanzionatori e regolatori, riposa nella diversa portata del ‘principio di stretta legalità’ di stampo penalistico, rispetto a quello cui soggiace l’azione amministrativa in senso proprio. È questo il dato di struttura che impone il superamento dell’impostazione secondo cui la sanzione amministrativa costituirebbe pur sempre esercizio di un potere che partecipa degli stessi caratteri degli altri poteri amministrativi¹⁰⁹.

Vale la pena ricordare che il fondamento del ‘*nullum crimen sine lege*’ esprime esigenze composite. La prima riguarda il meccanismo di produzione normativa, in funzione dell’istanza di democraticità che permea il sistema penale. Un soggetto può essere chiamato a rispondere penalmente di un fatto illecito, solo se questo è previsto come tale da una proposizione normativa dettata dal «legislatore» (con tale espressione intendendosi le fonti risultanti dagli art. 25, 76 e 77, Cost.). L’ordinamento costituzionale individua nel titolare del potere legislativo l’unico organo idoneo ad intervenire con la ‘pena’ nella sfera giuridica dei componenti la collettività, escludendosi la possibilità per altri organi dello Stato di porre norme in «materia penale». Ne consegue l’impossibilità, ad opera di fonti secondarie, di delineare nuove fattispecie o di modificare o di sopprimere quelle esistenti, salvo la possibilità per la fonte secondaria di attribuire contenuti specifici e ben delineati a talune espressioni lessicali¹¹⁰. In tal modo, si vuole preservare il primato del legislatore rispetto agli ‘sconfinamenti’ del potere amministrativo e giudiziario.

L’ulteriore principale esigenza è quella di assicurare la certezza del diritto e, cioè, la possibilità – per il destinatario del precetto – di averne conoscenza allorché deve determinarsi ad agire o a non agire in modo ad essa conforme o difforme. È noto che la Convenzione europea, incentrata sul riconoscimento dei diritti umani, ha imposto una declinazione della legalità ‘penale’ (anche nel campo delle sanzioni amministrative) in cui le ragioni garantistiche dell’accessibilità e prevedibilità del diritto (anche di fonte giurisprudenziale) sono preminenti sulla riserva di legge¹¹¹.

¹⁰⁹ Ancora recentemente è stato sostenuto che l’esercizio del potere sanzionatorio da parte delle Autorità indipendenti costituirebbe una incidente all’interno di un’attività più complessa di vigilanza che si svolge senza soluzione di continuità: cfr. W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012. Secondo M. DELSIGNORE, I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla, in *Dir. proc. civ.* 2020, pag. 740: «le valutazioni tecniche, soprattutto ove attribuite ad Autorità indipendenti, alla discrezionalità amministrativa, anche in conseguenza della sempre più frequente commistione tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della scelta discrezionale, tale da rendere la seconda direttamente influenzata dalla prima. In particolare, per la valutazione dei concetti di mercato rilevante o di intesa si manifesta un caso in cui il legislatore si limita a fornire criteri di carattere generale, elastici ed aperti da adeguare, di volta in volta, a seconda delle circostanze e del particolare contesto considerato e l’accertamento è difficilmente separabile dalla valutazione compiuta alla stregua dell’interesse pubblico. L’impossibilità della separazione tra l’accertamento nell’applicazione del criterio predeterminato e la valutazione di opportunità rispetto alla tutela dell’interesse costituisce la ragione della esclusività della valutazione in capo all’amministrazione».

¹¹⁰ Come recentemente ribadito dalla Corte costituzionale il principio di stretta legalità penale, «per un verso, vuole evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri, l’autorità amministrativa o “il giudice assuma[no] un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito” (sentenza n. 327 del 2008; sul punto anche ordinanza n. 24 del 2017); per un altro verso, non diversamente dal principio d’irretroattività, intende “garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta” (ancora sentenza n. 327 del 2008)» (sentenza n. 121 del 2018). Si tratta di acquisizioni tradizionali della scienza penalistica: cfr., ex plurimis, MARINI GIULIANO, *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (dir. pen.), Enciclopedia giuridica, XXVIII, 1978.

¹¹¹ Sulla nozione di ‘prevedibilità’ nel diritto sovranazionale, cfr., anche per riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, G. CARUSO, *Prevedibilità e legalità* (nel diritto penale), voce del Digesto delle discipline penalistiche, 2021. Anche la Corte costituzionale italiana ha rilevato che «il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il nomen ad essa attribuito dall’ordinamento [...] non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto

Ebbene, il principio di ‘stretta’ legalità, applicato alle sanzioni amministrative ‘punitive’, implica necessariamente che il potere amministrativo non può ‘concorrere’ a definire la fattispecie dell’illecito amministrativo, procedendo ad ampliamenti o restrizioni della sfera del ‘penalmente’ rilevante, ostandovi i principi, che connotano la «materia penale», di tassatività, di specificità e di inderogabilità degli schemi di qualificazione. In regime di «stretta» legalità, possono al più ammettersi interventi di fonti «secondarie»¹¹² volti ad integrare elementi non caratterizzanti del fatto, quale descritto nelle sue linee portanti dalla proposizione «primaria».

La tipicità e nominatività del provvedimento si atteggia in termini del tutto diversi rispetto alla «tassatività» delle misure sanzionatorie.

Nel corso della sua storia – normativa e concettuale – il principio di «legalità amministrativa» è stato differentemente interpretato, sfuggendo ad ogni tentativo di definizione unitaria (lo stesso testo costituzionale ne reca indicazioni soltanto implicite¹¹³). Il rapporto di intima connessione e, allo stesso tempo, di perenne contraddizione tra il concetto di legalità e quello di discrezionalità amministrativa, ha trovato un faticoso punto di equilibrio nell’adozione di modelli normativi ‘aperti’. Il potere ‘riempitivo’ dell’Amministrazione ha trovato fondamento nella declinazione politico-rappresentativa della sovranità, promanante nei pubblici poteri attraverso la rappresentanza politica e la legittimazione democratica dell’autorità. La discrezionalità amministrativa si differenzia dall’«agire libero» basato su un giudizio *lato sensu* politico, in quanto limitata dalla prefissione di una ‘causa’ normativa o di un ‘interesse primario’. La progressiva concretizzazione del precetto astratto, che non indica spesso alcuna gerarchia tra gli interessi pubblici e privati coinvolti, avviene nel corso del procedimento.

Il principio di legalità amministrativa, peraltro, è oramai distante dall’archetipo secondo cui ogni manifestazione dei pubblici poteri deve trovare la sua base e il suo limite (formale e sostanziale) nella legge dello Stato¹¹⁴. Nella «fenomenologia» frammentaria dei rapporti tra legge e

convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di “conoscere”, in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata» (sentenza n. 121 del 2018).

¹¹² Deve quindi trattarsi anche qui di preesistenti norme generali ed astratte.

¹¹³ La letteratura è sconfinata. A titolo non esaustivo: SATTA, Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico, Padova, 1969; FOIS, «Legalità (principio di)», in Enc. dir., Milano, XXIII, 1973, 659-703; LEVI, «Legittimità (Diritto amministrativo)», in Enc. dir., Milano, XXIV, 1974, 124-140; CARLASSARE, «Legalità (principio di)», in Enc. giur., Roma, XVIII, 1988; GUASTINI, Legalità (principio di), in Dig. disc. pubbl., vol. IX, Torino, 1994; TRAVI, Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità, DPb, 1995, 91 ss.; LEDDA, Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell’Amministrazione, FA, 1997, 3303 ss.; MARZUOLI, Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione, Milano, 1982; ROMANO, Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici, DAmM, 1999, 111 ss.; CAPOTOSTI, Legalità ed efficienza nell’amministrazione, in Rass. parl., 2001; MERUSI, I sentieri interrotti della legalità, Quad. C, Bologna, 2006, 274 ss.; BASSI, Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti, Milano, 2001; RESCIGNO, Sul principio di legalità, DPb, 1995, 247-310; COGNETTI, Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità, Milano, 1993; CORSO, Il principio di legalità nell’ordinamento italiano, SI, 2010, 1011; VALANO, La riserva di funzione amministrativa, Milano, 1996; MANGANARO, Principio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa, Napoli, 2000; PERFETTI, Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società, in Dir. Amm., 3, 2013, 309; SCOCA, Attività amministrativa, in Enc. Dir., Agg. VI, 75 ss.; MARZUOLI, Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione, Milano, 1982; A. ROMANO, Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici, in Dir. amm., 1999, p. 137 ss.

¹¹⁴ Sono note le ragioni del conclamato indebolimento strutturale della legge quale strumento di coordinamento e indirizzo degli apparati amministrativi funzionalmente diversificati e multiformi. L’evoluzione della tecnica, le politiche di liberalizzazione, le nuove istituzioni di regolazione, la perdita di centralità dello Stato rispetto alle istituzioni europee, hanno mutato in profondità la relazione tra autorità, società e diritto pubblico.

amministrazione, la rilevanza «pratica» del principio di legalità – l'essere cioè regola di esercizio e, quindi, di validità dell'azione amministrativa – conosce sfumature e declinazioni intermedie in corrispondenza dei diversi modelli regolativi dell'azione amministrativa. Ciò ne rende ancora più incerto il contenuto (se enunci la necessità di una norma, qualsivoglia sia la fonte, o se invece tale norma debba essere di ordine legislativo) e la struttura (se il rapporto tra legge e amministrazione si atteggi in termini di mera «compatibilità» o di «conformità»¹¹⁵. In importanti settori della vita economica e sociale, l'ordinamento predilige forme fluide di “indirizzamento” alla realizzazione di valori e principi, e non comandi rigidamente positivizzati. Anche in alcuni ambiti che la costituzione riserva alla legge, dove quindi il principio di legalità dovrebbe risultare rafforzato in senso “sostanziale”¹¹⁶, le Autorità indipendenti di regolazione esercitano poteri (normativi e autoritativi) fondati su previsioni spesso generiche, se non implicite¹¹⁷.

In definitiva, la legalità ‘penalistica’ e quella amministrativa innescano una differente dinamica giuridica: le norme ‘penali’ definiscono da sé i termini del conflitto tra le sfere giuridiche coinvolte; le norme amministrative ‘indirizzano’ l'azione regolatrice degli apparati amministrativi, per fare in modo che gli stessi – in quanto delegati dall'ordinamento a ‘comporre’ la gerarchia degli interessi coinvolti – operino in modo imparziale e coerente con l'indirizzo politico-amministrativo¹¹⁸.

Per le medesime ragioni, l'atto di accertamento dell'illecito amministrativo si configura, sul piano strutturale e funzionale, in termini diversi dalla nozione di ‘provvedimento’.

Tra gli atti amministrativi, il provvedimento costituisce, come è noto, la figura espressiva del potere unilaterale di etero-regolazione, che consente cioè al suo titolare di modificare situazioni giuridiche altrui senza necessità dell'altrui consenso. Il provvedimento, in quanto solitamente caratterizzato da spazi più o meno ampi di discrezionalità, è potere di scelta tra soluzioni diverse al fine di curare l'interesse pubblico. È proprio in ragione di tale suo carattere che la dottrina spiega il tratto tipico del suo regime di validità, incentrato su vizi funzionali – cioè sulla verifica di correttezza del comportamento amministrativo rispetto alla causa normativa e sulla sua idoneità a curare l'interesse pubblico –, piuttosto che sulle carenze strutturali della fattispecie¹¹⁹.

Nell'atto applicativo della sanzione amministrativa ‘punitiva’ l'imperatività si manifesta invece

¹¹⁵ Cfr. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Questione Giustizia*, n. 1 del 2017.

¹¹⁶ In quanto la riserva di legge, nel regolare i rapporti fra le fonti, restringe la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esecuzione della legge. La Costituzione, peraltro, riserva alla legge, in modo assoluto o relativo, a seconda dei casi, le principali materie rilevanti per l'esercizio dell'azione amministrativa: art. 13, comma secondo; art. 23; art. 32, comma secondo; art. 42, comma 3, art. 43; art. 81; art. 97.

¹¹⁷ Secondo una nota tesi (SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir., Agg. VI*, 75 ss.), il principio di legalità starebbe lentamente lasciando il posto ad un più duttile principio di necessaria predeterminazione normativa dell'attività amministrativa, alla cui stregua l'adozione di misure concrete deve essere preceduta dalla formulazione di criteri generali ed astratti. La “legalità” sarebbe soddisfatta anche da fonti subprimarie, in quanto comprensiva di tutto ciò che la concreta attività amministrativa deve rispettare. Così riconfigurato, il principio di legalità non troverebbe più fondamento nell'esigenza democratica di assoggettare l'amministrazione pubblica all'indirizzo politico delle assemblee politiche rappresentative, bensì avrebbe esclusivamente la funzione di garantire l'imparzialità dell'azione concreta delle amministrazioni pubbliche, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite ed universalmente conoscibili.

¹¹⁸ La distinzione riecheggia evidentemente la tradizionale distinzione tra norme di azione e norme di relazione.

¹¹⁹ Così F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, fasc. I, 1995, 1 ss. Per una trattazione completa della figura giuridica, cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

come semplice esecutività, nel senso che è consentita l'esecuzione del dispositivo dell'atto, senza che sia necessario il previo accertamento della sua legittimità. La 'fattispecie' – marginalizzata nella definizione del provvedimento – riveste qui una rilevanza centrale, in quanto l'Amministrazione è chiamata all'accertamento del profilo oggettivo e soggettivo della violazione come tipizzata dal legislatore. Anche l'identificazione semantica dei concetti giuridici indeterminati, eventualmente presenti tra gli elementi della fattispecie, appartiene all'attività di 'interpretazione' e non alla discrezionalità in senso tecnico. Anzi, in «materia penale», lo stesso legislatore ha l'obbligo di ridurre, fin dove è possibile, gli spazi valutativi che ineriscono all'interpretazione. Ne discende altresì che, come si dirà più ampiamente nel paragrafo successivo, l'atto sanzionatorio non è soggetto ad un sindacato giurisdizionale meramente 'funzionale', bensì di tipo 'parametrico', imperniato cioè sul raffronto tra le risultanze istruttorie e la fattispecie legale.

L'assunto è, del resto, conforme all'orientamento espresso da dottrina e giurisprudenza sulle sanzioni pecuniarie devolute alla competenza del giudice ordinario (di cui alla legge n. 689 del 1981)¹²⁰, la cui emanazione non comporta l'esercizio di poteri discrezionali in senso tecnico. Anche il margine di apprezzamento lasciato all'Amministrazione per la commisurazione della pena, deve essere «esclusivamente utilizzato per adeguare la sanzione alla gravità della violazione commessa ed alle condizioni soggettive dell'autore, restando escluso ogni giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria»¹²¹.

In senso contrario alla configurazione autonoma dell'atto di accertamento dell'illecito amministrativo, non varrebbe neppure richiamare la tesi secondo cui anche gli atti vincolati devono ricondursi alla categoria del provvedimento amministrativo (si afferma, a questo riguardo, che deve qualificarsi come 'potere' anche quello che soltanto costituisce l'effetto, realizzando l'assetto di interessi prefigurato interamente dalla norma¹²²).

Potrebbe infatti replicarsi che gli atti espressivi delle funzioni 'materialmente' giurisdizionali hanno l'efficacia propria dell'attività giuridica di accertamento: dichiarativa¹²³, ovvero (secondo altri) preclusiva¹²⁴. Tale ricostruzione, inoltre, è l'unica coerente, sul piano sistematico, con il peculiare

¹²⁰ Cfr. VIGNERI, *Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 1119; PALIERO-TRAVI, «*Le sanzioni amministrative*», voce in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989. Risale invece a BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, 1901, 140, la tesi secondo cui la funzione sanzionatoria avrebbe carattere discrezionale.

¹²¹ In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383, dove si afferma che "il criterio legale che la detta scelta deve seguire è soltanto la commisurazione della sanzione all'entità della violazione, conformemente al contenuto tipico di ogni potere punitivo, sia di tipo penale che di carattere amministrativo"; Corte di Cassazione, sez. I, 14 novembre 1992, n. 12240; sez. I, 15 dicembre 1992, n. 13246.

¹²² Così ancora F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, fasc.1, 1995, 1 ss. In senso contrario, invece: F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 376 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 52.

¹²³ Costruisce il fenomeno dell'accertamento giurisdizionale in funzione della efficacia dichiarativa: CHIOVENDA, *Principi*, Napoli, 1928, 910; REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, 36.

¹²⁴ Cfr. FALZEA, *Accertamento*, (voce) in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 205 ss.

vincolo di cui sono portatori, per espressa previsione legislativa¹²⁵ o giurisprudenziale¹²⁶, gli accertamenti delle autorità indipendenti, in particolare modo nell'ambito delle azioni risarcitorie del danno da illecito anticoncorrenziale¹²⁷.

Anche sul piano del regime giuridico – mentre il provvedimento amministrativo rappresenta il modello teorico che riflette la disciplina positiva della produzione giuridica inerente l'azione amministrativa di regolazione, di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 – l'attività sanzionatoria, in quanto soggetta allo statuto del diritto punitivo e basata su diversi referenti costituzionali, rappresenta un settore disciplinare oramai autonomo.

Per tutte le ragioni sopra emerse, appare quindi preferibile ricondurre l'atto di accertamento dell'illecito amministrativo ad una categoria giuridica che meglio ne rifletta le caratteristiche funzionali e strutturali.

A tal fine, può soccorrere la nozione di «decisione amministrativa», utilizzata dalla dottrina italiana¹²⁸ – a sua volta riprendendo la categoria (*Entscheidungen*) coniata dalla dottrina di lingua tedesca¹²⁹ – per contraddistinguere gli accertamenti amministrativi contenziosi (le decisioni dei ricorsi amministrativi).

La 'decisione amministrativa', a questa stregua, dovrebbe ricomprendere gli atti amministrativi, a carattere non dispositivo, bensì dichiarativo, aventi la funzione di accertare i presupposti e le conseguenze previsti dalla legge come reazione alla violazione di un precetto, accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto.

5. Il 'giusto' processo sulle sanzioni amministrative punitive

Così delineati, in linea di massima, i principali caratteri dell'atto di accertamento dell'illecito amministrativo, vanno ora sviluppate, per le strette correlazioni che intercorrono tra garanzie

¹²⁵ La vincolatività dell'accertamento amministrativo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile è prevista dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 in attuazione della direttiva n. 104 del 2014 Ue (66). L'art. 7 del citato decreto legislativo dispone che «ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'art. 10, l. 10 ottobre 1990, n. 287 non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato». L'articolo precisa altresì che la peculiare efficacia probatoria del provvedimento «riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno».

¹²⁶ Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'accertamento compiuto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato si atteggia, nel processo civile, in termini di 'prova privilegiata' alla stregua di una fonte di presunzioni iuris tantum, rimessa al prudente apprezzamento del giudice e contrastabile dall'interessato con una qualsiasi controprova ammessa dall'ordinamento. Per una analisi della giurisprudenza che fa ricorso al concetto di «prova privilegiata» per descrivere le ipotesi più eterogenee di prove documentali provenienti da una pubblica amministrazione, cfr. Mario Golia, La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di «prova privilegiata», in Riv. trim. dir. proc. civ., 2, 2021, pag. 379 ss.

¹²⁷ Invece le attribuzioni regolative della pubblica amministrazione – anche ove vincolate nell'*an* – non sono mai compiutamente definite dalla norma, la quale quantomeno ne subordina l'esercizio ad una valutazione di discrezionalità tecnica, che rimanda all'Amministrazione il compito di stabilire le modalità e le condizioni perché tali effetti si concretino (non a caso, laddove l'attività è prettamente ricognitiva ed esecutiva della legge, come per gli enti assistenziali e previdenziali, la giurisdizione – di norma – è del giudice ordinario). Dinamica giuridica che tuttavia, per le ragioni anzidette, non è consentita in «materia penale».

¹²⁸ M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in Enc. dir., vol. XI, Milano, 1962, 812.

¹²⁹ FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München u. Berlin, 1961, 231 ss.; M.S. GIANNINI, Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative, in Foro it., 1952, IV, 170

sostanziali e meccanismi idonei a farle concretamente osservare, le implicazioni riguardanti il sistema dei «rimedi» giurisdizionali¹³⁰.

La distinzione – giuridica e tipologica – tra atti di regolazione ed atti sanzionatori si riflette necessariamente anche nella diversa intensità della tutela giurisdizionale¹³¹.

Al fine di assicurare l'effettiva vigenza del principio di stretta legalità, la giurisdizione amministrativa è «piena», nel senso che il processo deve consentire di revisionare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto («*both on the facts and the law*») la decisione resa dall'autorità amministrativa. Rispetto a sanzioni pecuniarie elevatissime, immediatamente esecutive, spesso accompagnate da sanzioni accessorie interdittive altamente stigmatizzanti, il giudice – qualunque giudice e, dunque, anche quello amministrativo nelle fattispecie sanzionatorie su cui ha giurisdizione – deve accertare, non se è semplicemente *ragionevole*, bensì se è *corretta* la loro applicazione.

Il dovere di integrale revisione delle decisioni sanzionatorie punitive – mentre può apparire una opzione prettamente 'compensativa' dei limiti del procedimento, se ci si pone nell'ottica della Convenzione¹³² – costituisce oramai un vincolo costituzionale 'interno'.

Una volta infatti sancita la soggezione delle sanzioni amministrative punitive al principio di stretta legalità (art. 25 Cost.), l'eventuale rafforzamento delle garanzie procedimentali¹³³ non potrebbe comunque giustificare un arretramento del sindacato ai soli canoni di ragionevolezza e proporzionalità. Nell'applicazione di norme «penali», il giudice amministrativo non può incontrare alcun vincolo che quello della legge, che è chiamato ad interpretare liberamente e ad applicare alla controversia da decidere. Anche quando il fatto produttivo di effetti giuridici viene descritto mediante elementi normativi che rinviano a nozioni scientifiche e tecniche controverse o non scientificamente verificabili¹³⁴, l'opera di estrapolazione della regola spetta al giudice.

¹³⁰ Sui rapporti di reciproca implicazione tra diritto penale sostanziale e processuale, cfr. Gallo, *La legge penale (Appunti di diritto penale)*, Torino, 1965.

¹³¹ Può tralasciarsi, in questa sede, il tema della legalità processuale, ovvero della tassatività degli schemi processuali.

¹³² Secondo tale impostazione, tutte le volte in cui non viene data concreta attuazione alle garanzie dell'art. 6 CEDU nel corso del procedimento amministrativo (ossia nella sede nella quale l'autorità amministrativa può decidere un'«accusa penale», ovvero incidere significativamente su un «diritto civile»), assume rilevanza la successiva fase processuale come luogo di possibile correzione, sia pure ex post e in via eventuale (cioè su ricorso della parte interessata), dei deficit di tutela che si siano verificati in sede procedimentale.

¹³³ Questa sembra la posizione di F. GOISIS espressa anche di recente nel saggio, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2021, pag. 29: «non si possono compensare le garanzie del giusto processo (in una qualunque fase, amministrativa, semi-giudiziale o giudiziale in senso proprio), se non a condizione che l'intero ambito dei presupposti della scelta sia ex novo rivedibile in via sostitutiva dall'organo che realizza la compensazione. La compensazione, per essere tale, non può avere un oggetto diverso da ciò che deve essere curato ex post». In realtà, secondo la Corte europea, soltanto in particolari casi, concernenti scelte amministrative caratterizzate da «wide policy aims» o che necessitano di specifiche competenze tecniche, il sindacato giurisdizionale può considerarsi sufficiente senza che sia richiesta una valutazione sostitutiva sui fatti e sul merito della decisione, sempreché la decisione stessa sia stata adottata dall'organo amministrativo attraverso una quasi judicial procedure «that sufficiently complies with Article 6».

¹³⁴ Sono diverse ricostruzioni teoriche di siffatte tecniche di normazione. Delle diverse classificazioni dottrinali dà conto M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*. Una proposta di distinzione, in , 345 ss.; nonché E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, 3558. A tale stregua: i concetti giuridici indeterminati, sarebbero caratterizzati dalla circostanza che la zona grigia del concetto (ovvero quella composta dai casi non chiaramente spiegati dalla definizione) è inusualmente grande (BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993); con le norme elastiche il legislatore delegherebbe al giudice una scelta assiologica (ROSELLI, *Il controllo della Cassazione sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 8-9), si pensi alla correttezza e la buona fede, non scarsa importanza dell'inadempimento, principi della correttezza professionale; le clausole generali sarebbero frammenti di norme che non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta (MENGONI, *Spunti per una teoria delle*

Nei giudizi sulle sanzioni amministrative punitive, oggetto del processo è, dunque, sia l'atto, sia il fatto illecito¹³⁵.

Da un lato, è giudizio sul rispetto delle garanzie procedurali (alcune di rango costituzionale) che presiedono all'esercizio del potere sanzionatorio, sottoposto a forme e regole più stringenti di quelle prescritte dalla legge n. 241 del 1990, conservando dunque autonomo rilievo i vizi formali dell'atto (anche il difetto di motivazione può rilevare come incongruente ricostruzione del quadro probatorio)¹³⁶.

Dall'altro, è giudizio sul fondamento della pretesa punitiva dell'autorità amministrativa, potendo l'incolpato contestare, non solo il modo con cui gli è stata applicata la sanzione, ma anche la stessa esistenza del 'fatto', nonché la concreta configurabilità giuridica della violazione.

L'assunto è coerente con le norme relative alla distribuzione dell'onere della prova. Così come, nel processo civile, l'art. 23 comma 12, della legge n. 689 del 1981 – secondo cui: «il giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente» – attribuisce all'amministrazione convenuta la posizione sostanziale di attore, anche nel processo amministrativo sulle sanzioni punitive l'Amministrazione procedente ha l'onere di provare i fatti costitutivi della sua pretesa punitiva. In particolare, nei procedimenti antitrust, che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive¹³⁷, l'art. 2, Reg. CE/1/2003, dispone che «l'onere della prova di un'infrazione incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione», nel rispetto della presunzione di innocenza sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹³⁸. La disposizione opera: sia negli ordinamenti in cui soltanto l'autorità giudiziaria è competente ad irrogare le sanzioni previste dalle norme sostanziali antitrust: sia negli ordinamenti in cui l'autorità amministrativa irroga direttamente la sanzione, con atto soggetto al sindacato del giudice amministrativo¹³⁹.

L'intensità del sindacato non altera la struttura impugnatoria del giudizio amministrativa. Resta

clausole generali, in Riv. crit. dir. civ., 1986, 5); gli standards valutativi, invece, sarebbero punti di vista, criteri direttivi per la ricerca di valori che il giudice deve poi tradurre con un proprio giudizio valutativo in una norma di decisione. In diritto penale, vedi BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.

¹³⁵ In ordine al processo di opposizione all'ordinanza-ingiunzione disciplinato dagli art. 22 ss. l. 24 novembre 1981, n. 689, la tesi prevalente in dottrina è che oggetto del processo sia l'ordinanza-ingiunzione che l'illecito; MANZO, *Il giudizio di opposizione, in Modifiche al sistema penale. La legge 24 novembre 1981, n. 689, I. Depenalizzazione e illecito amministrativo*, a cura di R. BERTONI, G. LATTANZI, E. LUPO E L. VIOLANTE, Milano, 1982, 388; ANDRIOLI, *Il contenzioso civile delle sanzioni amministrative*, in Dir. giur., 1981, 669; VACCARELLA, *Il procedimento di opposizione al provvedimento di applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 1155. Secondo LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, 274, l'ordinanza-ingiunzione è solo l'occasione per discutere della situazione sostanziale e non è l'oggetto del processo, perché tale è l'effetto giuridico di pagare la sanzione che è prodotto congiuntamente da una fattispecie primaria (l'ordinanza-ingiunzione) e da una fattispecie secondaria (la mancata opposizione). In tal senso, anche G. SEVERINI, *Sanzioni Amministrative (processo civile)*, Enciclopedia giuridica, agg. VI, 2002. Il tipo di giudice determina il tipo di processo, ma non l'intensità della tutela.

¹³⁶ Deve quindi dissentirsi dalle pronunce della Corte di Cassazione, in tema di sanzioni Consob e Banca d'Italia, che hanno considerato irrilevanti i vizi procedurali sull'assunto che, in sede giurisdizionale, il giudice avrebbe la possibilità di "rivedere compiutamente il rapporto": Cass. civ., sez. II, 30 giugno 2020, n. 13150. Critico anche P. Cerbo, *Il ruolo del giudice nell'opposizione a sanzioni amministrative*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 2, p. 203.

¹³⁷ La natura "penale" in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust è indubbia, tenuto conto che l'accertamento di antitrust infringement determina, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale - ha spinto i giudici a connotare il processo amministrativo in termini di gravame «appellatorio» piuttosto che «cassatorio» di legittimità.

¹³⁸ Corte Gen. UE, sez. II, 10 novembre 2017, T-180/15, Icap

¹³⁹ Sul tema, S. Labonia, *La tipicità dell'illecito e il diritto antitrust: una prospettiva tra concetti giuridici indeterminati ed esigenze di certezza*, in *Federalismi* n. 24 del 2021.

quindi fermo che il giudice è vincolato ai motivi dedotti dall'incolpato e che l'amministrazione non può nel corso del giudizio dedurre motivi o circostanze diverse da quelle enunciate nell'atto (in ossequio al principio generale di necessaria corrispondenza tra contestazione e sanzione). Allo stesso modo, l'atto amministrativo non rappresenta un titolo provvisorio destinato ad essere sostituito dalla sentenza del giudice, cui spetta soltanto una decisione costitutiva di annullamento, di conferma, o di rimodulazione della 'pena'.

In definitiva, il potere del giudice di definire la lite, dettando la disciplina del rapporto controverso – che con riguardo all'attività amministrativa di regolazione è possibile soltanto se ricorrono i presupposti di cui all'art. 31, comma 3, del c.p.a. – in materia di sanzioni punitive è la regola. Non operano infatti i limiti cognitivi insiti nella tecnica del sindacato sull'esercizio del potere, quando il giudice è abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata¹⁴⁰.

Rispetto alla potestà sanzionatoria esulano profili inerenti al «merito»: sia nell'accezione di controllo sull'opportunità delle scelte amministrative; sia nella ricostruzione dottrinale che poneva l'accento sull'eccezionalità dei poteri cognitivi e decisorio del giudice amministrativo, soprattutto nell'attuale sistema processuale oramai informato alla atipicità delle tutele e dei rimedi¹⁴¹.

Anche la dosimetria della 'pena' è altra cosa rispetto al criterio di proporzionalità nell'azione amministrativa, che invece riguarda la comparazione di diversi interessi pubblici e privati relativa ai compiti di amministrazione attiva. Il '*quid pluris*' della previsione di cui all'art. 134, comma 1, lettera c, c.p.a. (secondo cui «il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: [...] le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo [...]») consiste soltanto nella possibilità per il giudice di 'conteggiare' in prima persona la pena edittale, modificando il dispositivo sanzionatorio, mentre secondo la regola generale dovrebbe annullare e condannare l'Amministrazione all'adozione di un nuovo atto emendato¹⁴². Tale prerogativa non è altro che il 'riflesso' processuale della portata eminentemente dichiarativa dell'attività di accertamento dell'illecito: solo quando vengono in rilievo le attribuzioni regolative della pubblica amministrazione, ovvero poteri di natura 'dispositiva', la realizzazione dell'assetto degli interessi conformato (anche in modo esaustivo) dal giudicato necessita pur sempre dell'intermediazione dell'atto di diritto pubblico.

¹⁴⁰ In tal senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

¹⁴¹ Sulla nozione di 'merito' associato alla 'giurisdizione', cfr. F. D'ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de "il merito dell'atto amministrativo": Antonio Amorth e la giurisdizione di merito*, *Diritto Amministrativo*, 1, 2021, pag. 49; vedi anche F. GOISIS, *Giurisdizione di Merito e Full Jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2021, 29.

¹⁴² In realtà, come è stato notato anche di recente, al di là del giudizio di ottemperanza, nell'art. 134 c.p.a. non c'è alcuna possibilità, nemmeno teorica, di estendere la cognizione alle scelte discrezionali, dato che si tratta di ipotesi dalle quali esula qualsiasi segmento, anche marginale, di discrezionalità amministrativa. Cfr. F.G. SCOCA, secondo cui: «[q]uando il giudice fissa la misura corretta delle sanzioni pecuniarie, in dipendenza dell'accertamento della scorrettezza della misura precedentemente fissata dall'Amministrazione [...] [e]gli non fa altro che trarre le conseguenze logiche dalla soluzione della controversia, riconoscendo al ricorrente ciò che gli spetta».

L'impostazione che distingue, ai fini della diversa intensità del sindacato, tra regolazione¹⁴³ e sanzione¹⁴⁴, si è fatta strada in alcune pronunce del Consiglio di Stato ed è avallata dalla dottrina¹⁴⁵.

Un ultimo cenno merita il riparto di giurisdizione sulle sanzioni amministrative.

La perimetrazione degli ambiti delle due giurisdizioni, ordinaria e amministrativa, non è più giustificabile in relazione alla distinzione tra sanzioni in senso 'proprio' (relative a posizioni originarie di libertà) e sanzioni 'ripristinatorie' (sussidiarie alla funzione amministrativa e quindi incidenti su interessi legittimi). Soccorre invece la previsione della giurisdizione esclusiva (art. 133 del c.p.a.) che qui ha la funzione precipua di concentrare innanzi al giudice amministrativo tutte le

¹⁴³ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2021, n. 731: «In tema di sindacato del giudice amministrativo sull'attività di regolazione, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito del regolatore. L'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate (sul piano tecnico), che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto. Nel caso della regolazione economica, «il controllo giurisdizionale 'non sostitutivo' trova giustificazione in ragione di una specifica scelta di diritto sostanziale: quella per cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato. In tali casi, l'attività integrativa del precetto corrisponde ad una tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare».

¹⁴⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990: «Anche quando la fattispecie sanzionatoria contempla concetti giuridici indeterminati, il giudice non deve limitarsi a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto (in quanto il controllo che può definirsi di "attendibilità tecnica" e "non sostitutivo", il descritto sindacato "non sostitutivo" di ragionevolezza e proporzionalità sull'illecito antitrust sia ancora coerente con la fisionomia che il processo amministrativo ha nel frattempo assunto informandosi all'anzidetto principio di effettività, trova indubbio fondamento soltanto nel contesto della regolazione) in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del "mercato rilevante") è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto "libero" dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di "attendibilità" va dunque sostituito un sindacato pieno di "maggiore attendibilità"». In materia di pratiche commerciali scorrette, Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414.

¹⁴⁵ G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, 2022, pubblicato sul sito istituzionale della Giustizia Amministrativa. ha osservato che le tesi ricostruttive che riconnettono alle valutazioni tecniche complesse una funzione integrativa e di completamento della norma giuridica (l'Autore cita F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica*, in *Dir. amm.*, 2008, pag. 791 e ss.) non possono trovare applicazione dinnanzi a procedimenti sanzionatori equiparati a quelli 'penali' in base alla giurisprudenza della Corte EDU, con la conseguenza che: «il sindacato del Giudice amministrativo dovrebbe potersi estendere in ogni caso sul "merito tecnico" della decisione dell'Autorità, senza limitazioni derivanti dalla complessità del giudizio e persino dalla opinabilità della soluzione tecnica». Anzi, in ragione del principio di legalità penale, l'opinabilità che rende del tutto imprevedibile la fattispecie sanzionatoria va considerata «non come spazio di punibilità, ma, all'inverso, come spazio di liceità».

F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2020, pag. 1095, con riguardo al sindacato di "maggiore attendibilità", ha affermato di ritenere «privo di senso che il sindacato sulla discrezionalità tecnica possa risolversi in un semplice accertamento di non macroscopica irragionevolezza o marcata arbitrarietà delle scelte tecniche proposte (imposte) dall'Amministrazione»; rilevandosi altresì che «la discrezionalità tecnica attiene (per lo più) alla conoscenza del fatto, se si vuole a quella particolare conoscenza che comporta la valutazione del fatto; cosicché il suo pieno sindacato è parte assolutamente necessaria del giudizio di cognizione, rientra senza ombra di dubbio tra i poteri cognitori propri del processo di legittimità, se è vero che il giudice, per rispettare i canoni del giusto processo, deve conoscere direttamente e completamente del fatto (come del diritto)»; con la conseguenza che «[p]er le valutazioni tecniche spetta al giudice della legittimità di far prevalere la scelta "maggiormente attendibile", comunque acquisita agli atti del processo, a seguito dell'attività istruttoria (se del caso, con l'ausilio della consulenza tecnica o della verifica), sulla scelta sostenuta dall'Amministrazione».

M. ALLENA, *La full jurisdiction tra sindacato di "maggiore attendibilità" del giudice amministrativo e mito della separazione dei poteri*, in *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, a cura di A. CARBONE, Napoli, 2020, in un saggio dedicato al sindacato giurisdizionale sulle sanzioni antitrust, ha affermato che «rispetto agli elementi delle valutazioni tecniche che presentano un oggettivo margine di opinabilità deve ammettersi che il giudice rieserciti il potere, senza alcun limite alla piena cognizione dei fatti e delle scelte in gioco; deve cioè impiegarsi un sindacato pieno di "maggiore attendibilità", che solo come tale si pone in linea con gli orientamenti sugli effetti compensatori della *full jurisdiction* del diritto europeo convenzionale».

Secondo F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, il sindacato sulle scelte sanzionatorie tecnico-discrezionali delle pubbliche amministrazioni deve connotarsi in termini di gravame sostitutivo, sottolineando come anche i giudici dell'Unione europea, nel contesto del loro sindacato su sanzioni amministrative antitrust, abbiano fin dal 2013 preso atto di come la *full jurisdiction* implichi in capo al giudice il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione adottata, resa da un organo di grado inferiore. In altro scritto dello stesso F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. Amm.*, 1, 2021, p. 29, vengono richiamate le seguenti pronunce: Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. I, 30 aprile 2014, causa 238/12 P, FL Smidth & Co. A/S c. Commissione europea, punto 56; sez. I, 27 aprile 2017, causa 469/15 P, FSL Holdings e a. c. Commissione europea, punti 73-74; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 21 giugno 2012, causa 89/11 P, E.ON Energie AG c. Commissione europea, punto 118.

In argomento vedi anche A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*: in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2021, pag. 335.

controversie di diritto pubblico inerenti la specifica materia.

L'attuale assetto asimmetrico – di cui può tralasciarsi la genesi – che ha portato nuovamente ad attribuire al giudice ordinario il sindacato sui provvedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob, restando invece al giudice amministrativo la cognizione sui provvedimenti sanzionatori delle altre autorità indipendenti, non può che lasciare insoddisfatti, derivandone un'evidente frammentazione della funzione nomofilattica.

Dario Simeoli
Consigliere di Stato

Publicato il 23 febbraio 2022