

Il Consiglio di Stato, dovendo pronunciare su una sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (AGCM) per un'intesa restrittiva della concorrenza commessa anteriormente al 2001, solleva questione di legittimità costituzionale della norma che, dal 2001 in poi, ha introdotto un trattamento sanzionatorio più mite (mediante eliminazione del minimo edittale prima previsto: art. 15, comma 1, della legge n. 287 del 1990, come modificato dall'art. 11, comma 4, della legge n. 57 del 2001), nella parte in cui la novella non prevede la propria applicazione retroattiva a fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

**Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 14 maggio 2019, n. 3134 – Pres. Santoro, Est. Gambato Spisani**

**Concorrenza – Intesa restrittiva – Sanzioni amministrative – Legge successiva più favorevole – Applicazione retroattiva – Mancata previsione – Questione non manifestamente infondata di costituzionalità**

*E' rilevante e non manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della CEDU, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 4, della legge 5 marzo 2001, n. 57, nella parte in cui, nell'introdurre una nuova disciplina sanzionatoria delle infrazioni gravi in materia di intese lesive della concorrenza o di abusi di posizione dominante sul mercato, per le quali la sanzione pecuniaria da applicare non contempla più il minimo edittale dell'uno per cento del fatturato specifico dell'impresa interessata, non ha anche previsto che tale disciplina più favorevole sia da applicare retroattivamente. (1)*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale concernente la novella che, nel 2001, ha riformulato *in melius* il trattamento sanzionatorio previsto per le infrazioni gravi in materia di intese lesive della concorrenza. Nel testo originariamente vigente, l'art. 15, comma 1, della legge n. 287 del 1990 stabiliva che la sanzione da infliggere dovesse essere irrogata, dall'Autorità garante, “*in misura non inferiore all'uno per cento e non superiore al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa*”; con le modifiche apportate nel 2001 è stato, invece, eliminato il minimo edittale e si prevede, più genericamente, che la sanzione possa arrivare “*fino al dieci per cento del fatturato*”, consentendo quindi all'Autorità di irrogare sanzioni anche inferiori all'1% del fatturato.

Nel giudizio *a quo*, in primo grado, era stata impugnata la sanzione che l'AGCM aveva inflitto ad alcune imprese operanti nel settore del calcestruzzo preconfezionato, essendo stata accertata un'intesa anticoncorrenziale violativa delle norme di settore. A tale esito l'Autorità era pervenuta, in sede di riesame, dopo l'esaurimento di un precedente giudizio

amministrativo (scandito, in primo grado, dalla sentenza del T.a.r. per il Lazio, sez. I, 2 dicembre 2005, n. 12835, e dalla decisione d'appello del Consiglio di Stato, sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864, quest'ultima in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2009, 2135) con il quale si era accertato che l'infrazione commessa dovesse essere considerata "grave" (e non "molto grave", come originariamente ritenuto dall'amministrazione), con conseguente applicazione della norma di cui all'art. 15, comma 1, della legge n. 287 del 1990 (la quale, per l'appunto, individua la sanzione "Nei casi di infrazioni gravi") nella versione vigente anteriormente alla novella introdotta con la legge n. 57 del 2001 (essendo stato accertato, in giudizio, che l'intesa si era protratta tra il 1999 ed il 2000, e non anche fino alla fine dell'anno 2002, come inizialmente ritenuto dall'AGCM).

A conclusione del giudizio di primo grado concernente la sanzione così come rideterminata dall'Autorità, il T.a.r. per il Lazio, sezione I (con la sentenza 25 febbraio 2015, n. 3341) l'ha parzialmente annullata in quanto "non proporzionata alla gravità e alla durata dell'intesa", a propria volta rideterminandola in una cifra più bassa. Il giudice di prime cure è addivenuto a tale risultato ritenendo che fosse da disapplicare, in base al diritto euro-unitario, il limite minimo edittale dell'1% (quale previsto, come detto, dall'originaria formulazione dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287 del 1990), dovendosi tener conto della norma di favore introdotta nel 2001 (ancorché non formalmente applicabile *ratione temporis*), affermandosi quindi che "il provvedimento impugnato deve considerarsi illegittimo nella parte in cui, nella rideterminazione della sanzione amministrativa de qua, ha ritenuto operante il limite edittale dell'1% del fatturato, per come imposto dall'art. 15 della legge n. 287/1990 nel testo previgente, invece di disapplicarlo"; ciò, peraltro, anche in ossequio alla giurisprudenza CEDU che, nel rilevare la natura (quasi) penale delle sanzioni in materia di disciplina *antitrust*, vi ha da tempo esteso il principio *ex art. 7* della Convenzione sull'applicazione retroattiva al reo della disciplina sopravvenuta più favorevole (cfr., in particolare, Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *Foro it.*, 2010, IV, 229, con nota di ARMONE, in *Cass. pen.*, 2010, 832, con nota di ICHINO, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 356, con nota di PECORELLA, in *Gazz. forense*, 2012, 5, 78, con nota di AMBROSIO, ed in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2012, 724, con nota di IERMANO).

II. – Investito dell'appello, il Consiglio di Stato ha ritenuto di sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale della disciplina del nuovo regime sanzionatorio (quale, cioè, modificata dall'art. 11, comma 4, della legge n. 57 del 2001), nella parte in cui non prevede la retroattività della norma più favorevole da essa introdotta:

- a) in proposito, il Collegio ritiene anzitutto sussistente il requisito della rilevanza (con richiamo ai precedenti di Corte costituzionale, sentenze 15 giugno – *recte*: 14 luglio 2016, n. 174, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 792, con nota di PISANI, e 29 marzo 1983, n. 77, in *Foro it.*, 1983, I, 845), secondo il seguente ragionamento:

- a1) nel silenzio della norma, essa va ritenuta non retroattiva in conformità alla previsione generale dell'art. 1 della legge n. 689 del 1981 (in tal senso, si richiama Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2016, n. 193, in *Foro it.*, 2016, I, 2977, con nota di CERBO, *Dir. pen. e proc.*, 2017, 316, con nota di BIANCHI, ed in *Giur. cost.*, 2016, 1388, con note di BRANCA e di SCOLETTA);
- a2) la sanzione come rideterminata dalla sentenza di primo grado, con un importo cioè inferiore alla soglia edittale minima dell'1%, secondo il Collegio *"si potrebbe considerare legittima soltanto sul presupposto della inapplicabilità dell'art. 15 della l. 287/1990 nel vecchio testo"*, presupposto che si avvera in caso di accoglimento della questione di costituzionalità, con conseguente finale reiezione dell'appello;
- a3) né sarebbe ostativo alla rilevanza della questione il ragionamento, propugnato dall'appellante AGCM, secondo cui, nel caso di specie, l'applicabilità del testo previgente dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287 del 1990 discenderebbe direttamente dal giudicato di cui alla decisione n. 5864 del 2009 del Consiglio di Stato; in proposito, precisa il Collegio:
- a4) è pur vero che il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, e quindi anche la qualificazione giuridica dei fatti, *"cui dunque è necessario attenersi per l'effetto conformativo del giudicato stesso"* (si richiamano: Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4119, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2013, 2184; Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2005, n. 2032, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2005, 1180), sicché, nel caso di specie, si avrebbe un rapporto ormai esaurito *"che com'è noto prescinde dalla incostituzionalità delle norme che lo regolano per ragioni, in sintesi, di certezza del diritto"*;
- a5) pur tuttavia, il Collegio ritiene nella specie applicabile l'orientamento che le Sezioni unite penali hanno sviluppato, di recente, in tema di sanzioni penali (ci si riferisce qui alla sentenza *Ercolano* del 24 ottobre 2013, n. 18821, in *Giur. it.*, 2014, 1745, con nota di AMOROSO, ed in *Cass. pen.*, 2015, 28, con nota di GAMBARDELLA, nonché alla sentenza *Gatto* del 14 ottobre 2014, n. 42858, in *Foro it.*, 2015, II, 376, con nota di SORRENTI, in *Gazz. forense*, 2015, 1, 63, con nota di FRANCESCHINI, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 173, con nota di PECORELLA, in *Cass. pen.*, 2015, 41, con nota di GAMBARDELLA, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 975, con nota di VICOLI, ed in *Processo penale e giustizia*, 2015, 3, 50, con nota di TURCO) secondo il quale, ai fini di una pronuncia di incostituzionalità delle norme che lo disciplinano, il rapporto è esaurito non semplicemente quando su di esso si forma un giudicato, ma soltanto con l'esecuzione dell'ultimo

frammento di pena, con la conseguenza che l'incostituzionalità può essere fatta valere sin quando permane il rapporto esecutivo della pena, a prescindere dalla formazione di un giudicato; *“Si osserva infatti che, a ritenere diversamente, sarebbero pregiudicati valori diversi dalla certezza del diritto, ma pur sempre di rango costituzionale, perché si finirebbe per applicare una pena illegittima, che prescinde dal principio di responsabilità personale e vien meno alla sua funzione rieducativa”*;

- a6) tali considerazioni, precisa il Collegio, non possono non valere anche per una sanzione amministrativa *“di sostanziale carattere penale”*, per la quale il trattamento processuale non può essere diverso; da ciò deriva la rilevanza della questione, in quanto se essa fosse dichiarata fondata, *“del giudicato contenuto nella sentenza 5864/2009 non si potrebbe in alcun modo tener conto”*;
- a7) inoltre, aggiunge il Collegio, la rilevanza della questione sussiste anche a causa dell'*“impossibilità di pervenire all'affermazione della retroattività della norma più favorevole in esame per mezzo di un'interpretazione adeguatrice, in ipotesi conforme a Costituzione”*: nel caso di specie, il diritto vivente *“è costante nel senso della non retroattività della norma sanzionatoria amministrativa più favorevole”* (si richiamano Cass. civ., sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 29411, in *Arch. circolaz.*, 2012, 550, e Id., sez. I, 6 febbraio 1997, n. 1127, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 197);
- b) nel merito, per argomentare la non manifesta infondatezza, il Collegio richiama due precedenti della Corte costituzionale, la sentenza n. 193 del 2016, cit., e la più recente sentenza 21 marzo 2019, n. 63 (in *Guida al diritto*, 2019, 16, 26), *“pronunciata su un caso analogo”*; al riguardo ricorda che:
  - b1) secondo la giurisprudenza costituzionale, un principio costituzionale di retroattività della norma sanzionatoria più favorevole (*lex mitior*) opera per le sanzioni penali, così qualificate in modo espresso dal legislatore: ancorché non lo si possa ricavare dall'art. 25 Cost, esso infatti si desume anzitutto dall'art. 3 Cost., per cui, in linea di massima (e salvo *“deroghe ... possibili solo se superano un vaglio positivo di ragionevolezza in quanto mirino a tutelare interessi di analogo ... o relativi a esigenze dell'intera collettività connesse a valori costituzionali”*), è ragionevole che il medesimo fatto vada sanzionato nello stesso modo, senza che rilevi se commesso prima o dopo l'entrata in vigore della norma che lo depenalizza o lo punisce in modo meno severo (così Corte costituzionale, sentenza 22 luglio 2011, n. 236, in *Giust. pen.*, 2011, I, 243, con nota di OGGIANO, in *Corriere giur.*, 2011, 1243, con nota di CONTI, ed in *Giur. cost.*, 2011, 3021, con nota di PINELLI; Id., sentenza 28 marzo 2008, n. 72, in *Cass. pen.*, 2008, 1338, con nota di

SANTALUCIA, ed in *Giur. cost.*, 2008, 928, con nota di PULITANÒ; *Id.*, sentenza 23 novembre 2006, n. 394, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 324, con nota di LA ROSA, in *Cass. pen.*, 2007, 449, con nota di GAMBARDELLA, in *Giur. cost.*, 2006, 4127, con note di MARINUCCI e DE MARTINO, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 321, con nota di PECORELLA, in *Indice pen.*, 2007, 141, con nota di GRASSI, ed in *Guida al dir.*, 2007, 3, 59, con nota di GIORDANO); ma lo stesso principio si fonda anche sull'art. 117 Cost., per tramite della norma interposta di cui all'art. 7 CEDU (e della sentenza del 2009 *Scoppola contro Italia*, cit.);

- b2) identico principio, sulla base degli artt. 6 e 7 CEDU e quindi dell'art. 117 Cost., deve affermarsi *“anche per le sanzioni formalmente qualificate come amministrative, ma che assumano il carattere sostanziale di sanzioni penali sulla base dei c.d. criteri Engel, ovvero dei criteri elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo a partire dalla sentenza Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel”* (in *Riv. dir. internaz.*, 1980, 83), ossia le sanzioni che, pur qualificate come amministrative, proteggano *erga omnes* beni della collettività ovvero comportino sanzioni di natura e severità sostanzialmente pari alla sanzione penale;
- c) nel caso di specie, precisa il Collegio, sussistono i requisiti *Engel*, in quanto la sanzione comminata *“protegge beni rilevanti per tutta la collettività dei cittadini, come la concorrenza e la correttezza nelle relazioni di mercato”* ed è connotata dalla *“stessa natura delle sanzioni pecuniarie penali, oltretutto per importi non trascurabili, ai quali si ricollega una notevole forza afflittiva”*;
- d) né può aver rilievo, in contrario, la circostanza per cui si tratta di una sanzione applicabile a persone giuridiche: ed infatti, osserva la Sezione rimettente, *“un pregiudizio al patrimonio della società viene comunque sopportato dai soci”*, e, comunque, il concetto di responsabilità penale è ormai pacificamente esteso anche alle persone giuridiche; si conclude quindi, anche sotto questo aspetto, che quella oggetto di disamina è pur sempre una *“sanzione sostanzialmente penale, che dovrebbe essere disciplinata come tale, in particolare nel senso della retroattività della norma sanzionatoria più favorevole”*.

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- e) con ordinanza 14 maggio 2019, n. 3135, la stessa VI sezione del Consiglio di Stato ha sollevato la medesima questione di legittimità costituzionale (all'esito di un giudizio parallelo, avente ad oggetto la sanzione amministrativa irrogata dall'AGCM nei confronti di un'altra delle imprese coinvolte nella medesima vicenda);

- f) con la sentenza n. 193 del 2016, cit. (menzionata nell'ordinanza qui in rassegna), la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 689 del 1981, nella parte in cui non prevede l'applicazione della legge sopravvenuta più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., in relazione agli art. 6 e 7 CEDU; in tale occasione la Consulta:
- f1) ha richiamato la giurisprudenza CEDU, secondo cui l'art. 7 della Convenzione non sancisce solo il divieto dell'applicazione retroattiva delle sanzioni più gravose, ma anche il principio della retroattività della sanzione meno gravosa, sia pur per implicito (cfr., successivamente alla già richiamata sentenza *Scoppola*, anche le sentenze della Corte EDU del 24 gennaio 2012, *Mihai Toma c. Romania*, e del 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*), ed ha ammesso che, se pure è vero che le garanzie desumibili dall'art. 7 CEDU riguardano le sanzioni "penali", una loro estensione anche alle sanzioni amministrative è tuttavia possibile previa valutazione caso per caso sulla loro riconducibilità alla nozione di sanzione penale propria della CEDU;
  - f2) quanto al parametro di cui all'art. 3 Cost., ha escluso qualsivoglia vincolo costituzionale all'applicazione generalizzata della norma sanzionatoria più favorevole sopravvenuta agli autori delle violazioni amministrative, quantunque una consimile disciplina di favore sia espressamente prevista in talune discipline speciali, ricordando in proposito che rientra nella "discrezionalità del legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza [...], modulare le proprie scelte secondo i criteri di maggiore o minore rigore a seconda delle materie oggetto di disciplina" (cfr. Corte costituzionale, ord. 15 luglio 2003, n. 245, in *Giust. pen.*, 2003, I, 332; analogamente, ordinanze 28 novembre 2002, n. 501, e 24 aprile 2002, n. 140, entrambe in *Foro it.*, 2003, I, 1338, con nota di CERBO);
- g) più in generale, deve ricordarsi che, nella materia penale, secondo la consolidata giurisprudenza della Consulta:
- g1) l'applicazione della norma sanzionatoria più favorevole sopravvenuta non discende dall'art. 25, comma 2, Cost., che si limita solo a vietare l'applicazione retroattiva della norme sanzionatorie maggiormente gravose (cfr., in tal senso, la sentenza n. 394 del 2006, cit., e la sentenza 23 novembre 2006, n. 393, in *Foro it.*, 2007, I, 1, con nota di DI CHIARA e di LARNÈ, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 153, con nota di DE GIORGIO, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 194, con note di PULITANÒ e di ARDIZZONE, in *Giust. amm.*, 2006, 1175, con nota di BARLETTA, in *Cass. pen.*, 2007, 419,

con note di AMBROSETTI e MAZZA, in *Giur. cost.*, 2006, 4106, con nota di DODARO, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, IV, 145, con nota di ATRIPALDI, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1187, con nota di FASSONE, ed in *Giust. pen.*, 2007, I, 269, con nota di LIPRINO – e cfr. anche la sentenza 6 marzo 1995, in *Foro it.*, 1997, I, 2023);

- g2) tuttavia, ciò non significa che il principio in esame sia privo di copertura costituzionale, dal momento che il suo fondamento può comunque rinvenirsi nel canone dell'uguaglianza: la modifica in senso favorevole della legge punitiva e, *a fortiori*, *l'abolitio criminis*, in quanto disposte dal legislatore in relazione ad un minor disvalore del fatto tipico, "*devono riverberarsi necessariamente a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa*" (così Corte cost., sentenza 18 giugno 2008, n. 215, in *Guida al dir.*, 2008, 27, 83, con nota di CISTERNA, ed in *Giur. cost.*, 2008, 2399, con nota di GAMBARDELLA);
- g3) di conseguenza, l'applicazione della disciplina più favorevole costituisce la regola e "*lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo, deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole*" (così Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, cit.);
- h) quanto alle sanzioni amministrative la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che l'art. 25, comma 2, Cost. sia parimenti applicabile proprio sulla base del riconoscimento della loro natura punitiva (cfr. Corte cost., sentenza 18 aprile 2014, n. 104, in *Le Regioni*, 2014, 935, con nota di GUELLA, ed in *Cass. pen.*, 2015, 1825, con nota di URBANI; cfr. anche sentenza 4 giugno 2010, n. 196, in *Giust. pen.*, 2010, I, 284, con nota di DINACCI, in *Guida al dir.*, 2010, 27, 61, con nota di AMATO, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2017, con nota di DIES, in *Giur. it.*, 2010, 2405, con nota di ARTUSI, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 591, con nota di ARATO, in *Giur. cost.*, 2010, 2308, con nota di TRAVI, ed in *Cass. pen.*, 2011, 528, con nota di MANES; ed altresì l'ordinanza 2 aprile 2009, n. 97, in *Rass. trib.*, 2009, 863, con nota di ARDITO, in *Riv. giur. trib.*, 2009, 481, con nota di FONTANA, ed in *Corriere trib.*, 2009, 1780, con nota di CORSO);
- i) per la giurisprudenza di legittimità, cfr. la sentenza delle Sezioni unite penali 29 maggio 2014, n. 42858, *Gatto*, cit. (menzionata anche dall'ordinanza in rassegna), secondo cui "*La dichiarazione di illegittimità costituzionale, successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la*

*rideterminazione della pena, che non sia stata interamente espiata, da parte del giudice dell'esecuzione"* (nella specie, la Corte di cassazione ha ritenuto che, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità del divieto di valutare prevalente una circostanza attenuante sulla recidiva, il giudice dell'esecuzione potrà affermare la prevalenza dell'attenuante, sempreché una simile valutazione non sia stata esclusa nel merito dal giudice della cognizione, secondo quanto risulta dal testo della sentenza irrevocabile, ed è compito del pubblico ministero di richiedere al giudice dell'esecuzione l'eventuale rideterminazione della pena inflitta all'esito del nuovo giudizio di comparazione); in proposito si ricordi che:

- i1) nel giungere a tale conclusione, le Sezioni unite hanno risolto un contrasto di giurisprudenza concernente l'interpretazione dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, anche in rapporto all'art. 673 c.p.p., ed all'uopo hanno rimarcato la distinzione tra l'istituto dell'abrogazione e quello della incostituzionalità, riferendosi anche all'evoluzione, in dottrina ed in giurisprudenza, del concetto di giudicato;
- i2) le sezioni unite, in tale occasione, hanno osservato come, sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e possono dunque essere rimossi;
- i3) per l'affermazione dei medesimi principi, cfr. anche la (di poco precedente) sentenza delle stesse Sezioni unite penali del 24 ottobre 2013, *Ercolano*, cit. (anch'essa menzionata dal giudice rimettente nell'ordinanza qui in rassegna), secondo cui la pena dell'ergastolo inflitta all'esito del giudizio abbreviato, richiesto dall'interessato in base all'art. 30, comma 1, lett. b), della legge n. 479 del 1999, ma conclusasi nel vigore della successiva e più rigorosa disciplina dettata dall'art. 7, comma 1, del decreto-legge n. 341 del 2000, convertito in legge n. 4 del 2001, e in concreto applicata, non può essere ulteriormente eseguita, essendo stata quest'ultima norma ritenuta, successivamente al giudicato, non conforme al principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7, par. 1, CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, e dichiarata incostituzionale per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. (sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale, in *Giur. it.*, 2014, 392, con note di VIGANÒ e LAMARQUE), rilevando altresì che il giudice dell'esecuzione, investito del relativo incidente ad istanza di parte ed avvalendosi dei suoi poteri di controllo sulla permanente legittimità della pena in esecuzione, è legittimato e sostituirla, incidendo sul giudicato, con quella di anni trenta di reclusione,



prevista dalla più favorevole norma vigente al momento della richiesta del rito semplificato;

- j) in dottrina, cfr. PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 931, secondo cui non si può affermare che la diversa soluzione adottata per le due tipologie di sanzioni sia giustificata dal *favor libertatis*, dal momento che quest'ultimo principio neppure in ambito penale costituisce il fondamento dell'applicazione della disciplina più favorevole sopravvenuta; cfr. altresì CERBO, *Il principio di irretroattività*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa*, a cura di CAGNAZZO, Milano, 2012, 244 s., il quale evidenzia che le fattispecie sanzionate in via amministrativa — derivando molto spesso da processi di depenalizzazione — sono contingenti e storicamente connotate nella stessa misura in cui lo sono le fattispecie sanzionate penalmente; in proposito, cfr. già A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 50, il quale ha notato che la depenalizzazione incide “sulla caratterizzazione della sanzione senza incidere sul precetto violato (e quindi sull’oggetto di tutela del precetto)”; per l’affermazione che le sanzioni amministrative condividono con quelle penali la natura di pena in senso tecnico, con la conseguenza che l’applicazione della disciplina più favorevole sopravvenuta debba costituire la regola generale anche con riferimento alle sanzioni amministrative disciplinate dalla legge n. 689 del 1981, cfr. PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 311;
- k) ancora in tema di confronto tra il trattamento sanzionatorio penale e quello amministrativo, nella prospettiva di un loro progressivo avvicinamento, cfr., di recente, V. TENORE, *La portata applicativa del principio “nemo tenetur se edere”, ovvero del “diritto al silenzio”, innanzi alla Consulta*, in *Lexitalia.it*, a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 117, del 10 maggio 2019, con cui è stata rimessa alla Corte di giustizia UE la questione se il “diritto al silenzio” che spetta a chi potrebbe essere incolpato di un reato valga anche davanti alla CONSOB per le sanzioni amministrative, di natura “punitiva”, irrogate da quest’ultima;
- l) nella medesima prospettiva, di recente la Corte costituzionale (sentenza 10 maggio 2019, n. 112) - nel dichiarare costituzionalmente illegittima la confisca prevista dall’art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998, quale misura accessoria alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla CONSOB, nella parte in cui tale misura è estesa dal legislatore non soltanto al profitto dell’illecito ma anche ai mezzi impiegati per commetterlo, per dedotta sproporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo – ha affermato che “non può dubitarsi che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell’illecito sia

*applicabile anche alla generalità delle sanzioni amministrative”, per le quali esso “non trae la propria base normativa dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost.” (come accade per il diritto penale), “bensì dall’art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione”; a tale riguardo la Corte ha richiamato:*

- 11) la recente sentenza della Corte di giustizia UE, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA e altri*, causa C-537/16 (in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2018, 103) in cui la Corte di Lussemburgo ha ritenuto applicabile il principio di cui all’art. 49, paragrafo 3, della Carta di Nizza (“*Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato*”), all’insieme delle sanzioni, sia penali che amministrative, queste ultime anch’esse di carattere “punitivo”, le quali siano 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*;
  - 12) la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, 5 luglio 2017, n. 16601 (in *Foro it.*, 2018, I, 2503, con nota di SALVI), la quale ha parimenti invocato l’art. 49, paragrafo 3, della Carta di Nizza a fondamento dell’affermazione secondo cui anche forme di risarcimento con funzione prevalentemente deterrente come i “*punitive damages*” eventualmente disposti da una sentenza straniera debbono comunque rispettare il principio di proporzionalità per poter essere riconosciuti nel nostro ordinamento;
  - 13) alcuni recenti arresti della Corte di Strasburgo i quali hanno ritenuto illegittime – al metro dell’art. 1 del Prot. addiz. CEDU – le confische amministrative aventi ad oggetto l’intero ammontare di denaro che non era stato dichiarato alla dogana, e non soltanto l’importo dei diritti doganali evasi, proprio in relazione al carattere manifestamente sproporzionato di simili misure rispetto ai pur legittimi fini perseguiti dallo Stato, in relazione alla concreta gravità degli illeciti che di volta in volta venivano in considerazione, tenuto conto anche del fatto che le misure ablativo in questione si sommano alle sanzioni pecuniarie irrogate per l’omessa dichiarazione delle somme (Corte EDU, 31 gennaio 2017, *Boljević contro Croazia*; 26 febbraio 2009, *Grifhorst contro Francia*, paragrafi 87 e ss.; 5 febbraio 2009, *Gabrić contro Croazia*, paragrafi 34 e ss.; 9 luglio 2009, *Moon contro Francia*, paragrafi 46 e ss.; 6 novembre 2008, *Ismayilov contro Russia*);
- m) per una recente applicazione dei c.d. criteri *Engel* da parte della giurisprudenza amministrativa, cfr. la decisione dell’Adunanza plenaria 9 maggio 2019, n. 7

(oggetto della News US n. 67 del 10 giugno 2019), in materia di penalità di mora nel giudizio di ottemperanza, secondo cui *“una condanna ‘ipotetica’ (nel senso che è rapportata all’eventualità dell’inadempimento), quale quella disponente la penalità di mora, che non fissi l’ammontare massimo oltre il quale la stessa perde la propria funzione compulsoria e diviene invece fonte di sproporzionata e iniqua locupletazione del privato in danno della controparte, si [pone] in contrasto con i principi cardine di garanzia in materia sanzionatoria (dalla quale l’astreinte, in quanto partecipe anche di tale natura, non può considerarsi affrancata) come noto mutuabili da quelli penali alla luce della giurisprudenza ‘Engel’ della Corte europea dei diritti dell’uomo, i quali pretendono, anche alla luce di un concetto rafforzato di legalità e dei connessi corollari della chiarezza, intelligibilità e prevedibilità della regola di diritto (a partire da CEDU 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c/Italia, n° 24638/94; Belvedere Alberghiera S.r.l. c/Italia, n° 31524/96), che sia sempre prefissato o comunque oggettivamente predeterminabile il massimo edittale”*;

n) per quanto concerne il divieto di retroattività in materia penale, si richiamano brevemente le tappe principali della c.d. vicenda Taricco:

n1) con la c.d. sentenza Taricco n. 1, la Corte di giustizia UE (sentenza 8 settembre 2015, C-105/14, in *Foro it.*, 2015, IV, 609) ha affermato l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la disciplina interna in materia di atti interruttivi della prescrizione, quale emergente dagli artt. 160 e 161 c.p., allorquando ritenga che essa, fissando un limite massimo al corso della prescrizione, impedisca allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell’Unione, imposti dall’art. 325 del TFUE, nei casi di frodi tributarie di *rilevante entità* altrimenti non punite in un *numero considerevole di casi* (questa, in particolare, la massima: *“Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella prevista dal combinato disposto dell’art. 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, e dell’art. 161 di tale codice - normativa che prevedeva, all’epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l’atto interruttivo verificatosi nell’ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale - è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli stati membri dall’art. 325, par. 1 e 2, TFUE nell’ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode*

*che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare; il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia alla normativa dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'art. 325, par. 1 e 2, TFUE");*

- n2) di conseguenza, alcuni giudici nazionali (la Corte d'Appello di Milano e la Corte di cassazione), hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, *"nella parte in cui impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, dalla quale - nell'interpretazione fornitane dalla Corte di Giustizia [...] - discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, co. 2, Cost."*; in particolare, con tali rimessioni si richiamava l'attenzione della Consulta sulla problematica dei c.d. controlimiti, posto che la sentenza Taricco 1 sembrava mettere in pericolo alcuni principi cardine del nostro ordinamento penale – quali, da una parte, quello del divieto di retroattività della norma penale sfavorevole, derivante dalla disapplicazione delle norme relative agli atti interruttivi della prescrizione, concernendo anche le condotte anteriori alla data di pubblicazione della sentenza Taricco, e, dall'altra parte, il principio di necessaria determinatezza delle fattispecie penali, non essendo chiaro né quando le frodi debbano ritenersi gravi, né quando ricorra un numero considerevole di casi di impunità tali da imporre la disapplicazione, essendo la relativa determinazione rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice, che assumerebbe le vesti improprie di legislatore del caso concreto;
- n3) la Corte costituzionale (con ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, in *Foro it.*, 2017, I, 393) – nel ribadire la primazia del diritto dell'Unione ma, al contempo, nell'affermare che la legalità in materia penale, di cui all'art. 25, comma 2, Cost., rappresenta un *"principio supremo dell'ordinamento"*, posto a presidio *"dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva"* – ha risposto sollevando, a propria volta, questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia UE, avanzandole in pratica la richiesta di avallare una lettura *"costituzionalmente conforme"* della

sentenza Taricco 1, che consentisse di superare i dubbi sollevati dai giudici italiani rimettenti;

- n4) la nuova risposta della Corte di Lussemburgo è sopraggiunta con la sentenza del 29 maggio 2017, C-42/17, c.d. Taricco 2 (in *Foro it.*, 2018, IV, 18; *Giust. pen.*, 2017, I, 321, con nota di DELLI PRISCOLI; *Giur. it.*, 2018, 718 (m), con nota di MARTUFI), con cui si è affermato che *“L’art. 325, par. 1 e 2, TFUE dev’essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell’ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all’inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”*; in particolare, la Corte di Lussemburgo ha affermato, in motivazione, che *“i giudici nazionali competenti, quando devono decidere, nei procedimenti pendenti, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di avere commesso un reato siano rispettati”* (par. n. 46), precisando che ogni volta in cui il giudice nazionale dovesse essere *“indotto a ritenere che l’obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene”*, non sarà tenuto *“a conformarsi a tale obbligo, e ciò neppure qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell’Unione”*; spetterà invece al legislatore nazionale il compito di *“adottare le misure necessarie”* che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall’art. 325 TFUE (par. n. 61);
- n5) ricevuti indietro gli atti, si è quindi nuovamente pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza 31 maggio 2018, n. 115 c.d. Taricco 3 (in *Foro it.*, 2018, I, 2219, con note di PERRINO e di ROMBOLI), giungendo alla conclusione della non fondatezza delle questioni che erano state sollevate dalla Corte d’Appello di Milano e dalla Corte di cassazione, e dando atto, in motivazione, che la Corte di Lussemburgo, con la sentenza Taricco n. 2, *“ha compreso il dubbio interpretativo di questa corte”*, avendo essa affermato

*“che l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione, sulla base della ‘regola Taricco’, viene meno quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell’applicazione retroattiva di una normativa che prevede un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”*; in particolare, ha proseguito la Consulta, in base alla sentenza Taricco n. 2 è anzitutto ormai chiarito che, *“in virtù del divieto di retroattività in malam partem della legge penale, la ‘regola Taricco’ non può essere applicata ai fatti commessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza che l’ha dichiarata, ovvero anteriormente all’8 settembre 2015”*; in secondo luogo, tale regola appare affetta da un *“deficit di determinatezza”* laddove si riferisce al *“numero considerevole di casi”* in presenza dei quali può operare, *“perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, 2° comma, Cost.)”*; in conclusione, la Consulta, nel ricondurre l’inapplicabilità della *“regola Taricco”* sia ai principi della Costituzione repubblicana, sia a quelli del diritto dell’Unione, ha rilevato l’inesistenza di *“alcuna ragione di contrasto”*, con conseguente *“non fondatezza di tutte le questioni sollevate, perché, a prescindere dagli ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti, la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all’ingresso della ‘regola Taricco’ nel nostro ordinamento”*;

o) in materia di inammissibilità del sindacato costituzionale sulle norme penali più favorevoli, con la conseguente problematica dell’emersione di una c.d. *“zona franca”* dal controllo di costituzionalità, cfr., di recente, la sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 23 gennaio 2014 (in *Giur. cost.*, 2014, 92, con note di CARUSO e di CARNEVALE, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 965, con nota di CUPELLI, ed in *Cass. pen.*, 2014, 2890, con nota di PROFITI), la quale ha puntualizzato quanto segue:

o1) l’originario orientamento della Corte, favorevole alla generale inammissibilità del sindacato sulle norme penali più favorevoli, prendeva le mosse dalla considerazione che una questione finalizzata a una pronuncia *in malam partem* sarebbe stata priva di rilevanza, dato il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli (in tal senso, ad es., la sentenza n. 85 del 1976, in *Foro it.*, 1976, I, 1447);

- o2) successivamente, però, la giurisprudenza della Corte ha riconosciuto “*che la retroattività della legge più favorevole non esclude l’assoggettamento di tutte le norme giuridiche di rango primario allo scrutinio di legittimità costituzionale: ‘Altro [...] è la garanzia che i principî del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l’efficacia spettante alle dichiarazioni d’illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto impreviste dalla Costituzione, all’interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile’ (sentenza n. 148 del 1983, id., 1983, I, 1800, e sul punto, sostanzialmente nello stesso senso, sentenza n. 394 del 2006, id., 2007, I, 2008)’” (così, da ultimo, la sentenza n. 28 del 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 1109);*
- o3) nel caso di specie, in cui era dedotta la violazione dell’art. 76 Cost. (in tema di eccesso di delega legislativa da parte del Governo), “*il sindacato di questa corte non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge in materia penale. Questo principio rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa*”; in tal senso, quindi, “*La verifica sull’esercizio da parte del governo della funzione legislativa delegata diviene, allora, strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall’art. 25, 2° comma, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio a quo. Si rischierebbe altrimenti, come già rilevato in altre occasioni da questa corte, di creare zone franche dell’ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al parlamento, svincolate dal rispetto dei principî e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell’art. 25, 2° comma, stessa Cost.*”;
- o4) per superare il paradosso, ed evitare al tempo stesso eventuali effetti impropri di una pronuncia *in malam partem*, la Corte ha quindi concluso, richiamando ancora il precedente di cui alla sentenza n. 28 del 2010, che “*occorre quindi distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principî generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali*”.