***Il fenomeno giuridico della depenalizzazione in malam partem ed il principio di retroattività in mitius nel diritto amministrativo punitivo, alla luce della disciplina nazionale e sovranazionale della successione di norme nel tempo.***

*Sommario: 1. Il divieto di retroazione delle norme penali di sfavore e fonti normative di disciplina, alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea – 2. Il principio di retroattività della lex mitior ed il diritto amministrativo punitivo, con particolare riferimento alla problematica applicazione dell’art. 2 comma 4 c.p. ai casi di depenalizzazione – 3. Retroattività della lex mitior e disciplina transitoria di cui agli artt. 40 e 41 della legge n. 689 del 1981 nel sistema sanzionatorio amministrativo – 4. Abolitio criminis e depenalizzazione: un raffronto tra fenomeni giuridici – 5. La successione di norme non riguardanti due fattispecie incriminatrici penali, bensì una norma penale ed un illecito amministrativo: le statuizioni della Corte Costituzionale n. 193 del 2016; n. 43, 68, e 109 del 2017 – 6. Analisi ermeneutica della pronuncia della Corte Costituzionale n. 223 del 2018, con particolare riferimento al concreto giudizio di ponderazione della maggiore o minore valenza afflittiva della sanzione amministrativa rispetto al trattamento sanzionatorio penale – 7. “La svolta” della Corte Costituzionale n.63 del 2019 e la penetrazione del principio di retroattività della lex mitior nel diritto amministrativo punitivo in presenza di sanzioni formalmente qualificate amministrative dall’ordinamento ma aventi natura e funzione sostanzialmente “punitiva” – 8. Riflessioni conclusive.*

***1) Il divieto di retroazione delle norme penali di sfavore e fonti normative di disciplina, alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea.***

La successione delle leggi penali nel tempo[[1]](#footnote-1) è regolata dall’art. 2 c.p., il quale detta la disciplina positiva dei principi dell’irretroattività della legge più sfavorevole e della retroattività di quella più favorevole. Il primo comma, in particolare, garantisce l’attuazione del canone costituzionale sancito dall’art. 25, comma 2 Cost., escludendo che taluno possa essere punito per un fatto che, al momento in cui è stato commesso, non costituiva reato. Diversamente, i commi 2 e 3 della medesima disposizione normativa disciplinano il secondo principio sopra richiamato, vale a dire quello della successione della legge nel tempo meramente modificativa. In particolare, in caso di *abolitio criminis*, si fa divieto di punire il soggetto attivo del reato e, se vi è stata condanna, ne cessano l’esecuzione e gli effetti penali. Nell’ipotesi invece di successione meramente modificativa, il principio della retroattività *in melius* trova il limite del giudicato. Nell’ambito del fenomeno della successione delle leggi penali nel tempo, dunque, possono individuarsi due principi regolatori del regime intertemporale: il divieto di retroattività della nuova fattispecie incriminatrice di reato e la retroattività della sopravvenuta legge più favorevole. All’interno dell’art. 25, comma 2 della Costituzione si rinviene il principio del divieto di retroattività della norma penale incriminatrice, sovente definito principio di irretroattività della norma incriminatrice, ma non anche il principio della retroattività della legge più favorevole. Quello della irretroattività è un principio costituzionale dalla valenza giuridica assoluta ed inderogabile, poiché rappresenta un valore inalienabile legato alle garanzie della libertà personale e della libertà di autodeterminazione, che assicurano la calcolabilità e prevedibilità del rischio penale delle condotte poste in essere dal soggetto agente di una fattispecie di reato, diversamente dal principio della retroattività delle norme penali più favorevoli, più comunemente definito: principio di retroattività della *lex mitior[[2]](#footnote-2)*.

Tale principio non è espressamente enunciato nella Costituzione, non potendosi ricavare dall’art. 25, comma 2 Cost., il quale si limita a sancire il divieto di retroattività della norma penale incriminatrice. A tal proposito, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, in varie occasioni, ha avuto modo di affermare che, pur non essendo rinvenibile l’enunciazione del principio della *lex mitior* in modo diretto nell’art. 25, comma 2 della Costituzione, in realtà, quest’ultimo troverebbe un fondamento costituzionale indiretto nel generale principio di uguaglianza di cui all’art. 3 della Costituzione. In tal senso, la Consulta ha più volte precisato come, la mancata applicazione retroattiva della legge penale più mite, condurrebbe a trattare due fattispecie concrete identiche tra di loro, in modo differente, per la semplice circostanza che si siano verificate rispettivamente prima ovvero dopo l’entrata in vigore della *lex mitior*: tale disparità di trattamento sarebbe indice della violazione del principio di uguaglianza.

È noto come la Costituzione all’art. 3 non vieti in modo assoluto la disparità di trattamento tra medesime situazioni, risultando questa ammessa purché siano rilevabili delle motivazioni ragionevoli, tali da rendere questa differenziazione di trattamento, appunto, non irragionevole. La conseguenza logico-giuridica dell’interpretazione del principio della *lex mitior* alla stregua di un corollario del principio costituzionale di uguaglianza, risiede nella circostanza per la quale il legislatore sarebbe autorizzato a derogare il principio di retroattività della legge penale più mite (si pensi allo strumento dei regimi normativi transitori presenti nelle leggi di depenalizzazione) nei limiti del rispetto del canone della ragionevolezza.

Sul punto è riscontrabile un processo evolutivo della giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale, inizialmente, sulla base dell’applicazione della c.d. “clausola negativa di non-irragionevolzza”, ha esercitato in negativo il sindacato sull’ammissibilità dell’applicazione retroattiva della *lex mitior* e, solo in un secondo momento, ha cominciato a prendere atto del fatto che tale principio, sebbene non espressamente enunciato nella costituzione, trovasse tuttavia previsione in alcune fonti di diritto internazionale, essendo inoltre lo stesso desumibile dall’attività ermeneutica della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e della Corte dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. A tal proposito, si pensi all’evoluzione ermeneutica operata dalla Corte EDU che, a partire dalla sentenza Scoppola del 2009[[3]](#footnote-3), ha equiparato il valore giuridico del principio della retroattività della *lex mitior* a quello del divieto di retroattività della nuova norma incriminatrice, desumendo il “pregnante valore vincolante” della *lex mitior* direttamente dall’art. 7 della CEDU. L’evoluzione giuridica delle fonti normative di rango sovranazionale conduce alla presa in considerazione anche delle disposizioni normative della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell’U.E. del 7 dicembre del 2000, successivamente recepita dal Trattato di Lisbona del 2009), la quale enuncia tale principio all’art. 49; si pensi inoltre al Patto sui diritti civili e politici siglato a New York (il 16 dicembre 1996 e ratificato con legge del 25 ottobre del 1977, n. 881). La stessa Corte di Giustizia dell’Unione Europea ebbe modo di affermare, a più riprese, che il principio della retroattività della *lex mitior* deve potersi considerare alla stregua di un principio comune alle tradizioni giuridico costituzionali degli ordinamenti nazionali degli stati membri, dovendo quindi necessariamente intendersi quale principio generale dell’ordinamento comunitario ex art. 6 TUE.

La Corte Costituzionale dunque, preso atto del mutato quadro normativo e giurisprudenziale sovranazionale ed internazionale, ha ritenuto di dover modificare il suo “*trend”* ermeneutico, attribuendo al principio della *lex mitior* il valore di principio generale, che trova un riscontro ed un fondamento giuridico non solo nell’art. 3 della Costituzione, ma anche nelle fonti sovra-nazionali (richiamate dall’art. 11 e dall’art. 117 della Costituzione), arrivando in tal senso ad affermare la maggiore rilevanza giuridica del principio della *lex mitior* rispetto al passato, la quale, tuttavia, non sarebbe sufficiente a garantire un sindacato sulla non-irragionevolezza di tale deroga, risultando necessario che la deroga sia positivamente assistita da un’idonea ragione giustificatrice (sindacato positivo sulla ragionevolezza della deroga[[4]](#footnote-4)).

Tale deroga ragionevole alla retroattività della *lex mitior* deve trovare dunque il proprio fondamento nel bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale. La Corte ha avuto modo di affermare chiaramente che, la circostanza per la quale il principio della *lex mitior* sia richiamato nelle fonti sovranazionali ed internazionali, non significa che lo stesso assuma un valore assoluto ed inderogabile a livello nazionale, rimanendo comunque un principio meramente tendenziale, non riuscendo ad assumere quel valore incondizionato ed assoluto alla stregua del principio del divieto della retroattività della legge incriminatrice più sfavorevole[[5]](#footnote-5) e, ciononostante, proprio in virtù del riscontro della valenza gnoseologica del principio della *lex mitior* sul panorama sovra-nazionale, vale la regola secondo cui la retroattività della legge più mite sopravvenuta può essere derogata solo sulla base di uno scrutinio di ragionevolezza in positivo. Si passa dunque da un sindacato negativo di non-irragionevolezza ad un sindacato positivo di ragionevolezza, dovendo emergere positivamente la giustificazione ragionevole a fondamento della “deroga” alla retroattività della *lex mitior*, la cui valenza e pregnanza giuridica è ricollegabile all’imprescindibile funzione svolta dal bilanciamento con altri interessi aventi anch’essi rilevanza costituzionale.

Uno degli ambiti nei quali maggiormente la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha avuto modo di approfondire il tema del valore della retroattività della legge penale più mite riguarda la disciplina dell’istituto della prescrizione, così come riformulata dalla legge n. 251 del 2005 ex-Cirielli, la quale nel prevedere delle disposizioni transitorie sugli effetti penali nel tempo, prescriveva che gli effetti giuridici negativi scaturenti dalla nuova disciplina sulla prescrizione non sarebbero dovuti retroagire, mentre, gli effetti positivi dalla stessa derivanti, avrebbero avuto effetto e carattere retroattivo, ma con una serie di limitazioni.

Dunque, da tale intervento legislativo emergeva una disciplina intertemporale (di carattere transitorio) volta a regolare gli effetti penali nel tempo, prevedendosi un regime derogatorio del principio della retroattività della *lex mitior*. Più nello specifico, ai sensi della legge ex-Cirielli[[6]](#footnote-6), le nuove norme aventi effetti favorevoli in materia di prescrizione (che garantivano una diminuzione dei termini di decorrenza) non si sarebbero dovute applicare retroattivamente e, quindi, in deroga al principio della retroattività della *lex mitior,* le stesse non avrebbero potuto agire, in due ipotesi: 1) \_se in primo grado di giudizio fosse stato già dichiarato aperto il dibattimento; 2) \_ se ci si fosse trovati nei giudizi di impugnazione, vale a dire in appello ed in cassazione. In altre parole, la legge ex-Cirielli, nel modificare *in melius* il regime della prescrizione, prevedeva al contempo dei limiti e delle deroghe all’applicazione retroattiva degli effetti favorevoli della *lex mitior*, nel caso in cui in primo grado fosse già stato aperto il dibattimento oppure quando ci si fosse trovati in fase di impugnazione.

Come noto, la diatriba giuridica tra la Corte Costituzionale che inquadra la prescrizione nell’ambito degli istituti di diritto penale sostanziale e la Corte di Giustizia dell’U.E. che, al contrario, ascrive la prescrizione nell’ambito degli istituti di carattere processuale, è stata la problematica che si è posta alla base della vicenda Taricco[[7]](#footnote-7), nell’ambito della quale la Corte di Giustizia dell’Unione Europea è stata indotta a dialogare con la Corte Costituzionale italiana. Tale “dialogo tra Corti” ha condotto al pronunciamento di due sentenze da parte della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (*la c.d. sentenza Taricco dell’8 settembre 2015* e *la sentenza c.d. Taricco bis del 5 dicembre 2017*), intervallate da un’ordinanza di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE esperita da parte dei giudici costituzionali del 26 gennaio 2017 n. 24, con la quale si chiedevano chiarimenti ermeneutici, in termini applicativi, della prima pronuncia dei giudici europei.

Come sopra anticipato, la divergenza di vedute deriva dal fatto che, per tradizione giuridica ancestrale, la Corte Costituzionale ritiene che la prescrizione sia un istituto di diritto penale sostanziale[[8]](#footnote-8), al quale dovrebbero applicarsi le garanzie dell’art. 25, comma 2 Cost. e, dunque, il principio dell’irretroattività oltre che, sulla base di differenti canoni normativi costituzionali, il principio di retroattività della *lex mitior*, il quale risulta comunque essere un principio di diritto penale sostanziale, sebbene non avente copertura costituzionale diretta, quindi in ogni caso derogabile[[9]](#footnote-9).

Come noto, la vicenda Taricco, che ha rappresentato uno dei più importanti motivi di confronto tra i giudici italiani e la Corte di Giustizia dell’Unione europea, sembra aver trovato un definitivo epilogo con la statuizione della Corte Costituzionale n. 115 del 2018, la quale muove proprio dalla portata ermeneutica della pronuncia del 5 dicembre 2017 della Corte di Giustizia, evidenziando come quest’ultima operi su due diversi fronti. In primo luogo, in virtù del divieto di retroattività *in malam partem* della legge penale, la «regola Taricco» non può trovare applicazione per quei fatti commessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza che l'ha dichiarata, ovvero anteriormente all'8 settembre 2015, trattandosi di “*un divieto che discende immediatamente dal diritto dell'Unione e non richiede alcuna ulteriore verifica da parte delle autorità giudiziarie nazionali*”. In secondo luogo, non può che ritenersi devoluto alle autorità giudiziarie nazionali l’importantissimo compito di valutare la compatibilità della «regola Taricco» con il principio di determinatezza in materia penale, giacché tale valore risulta avere una portata gnoseologica costituzionale e, dal momento che, in tale evenienza, “*per giungere a disapplicare la normativa nazionale in tema di prescrizione, è necessario che il giudice nazionale effettui uno scrutinio favorevole quanto alla compatibilità della «regola Taricco» con il principio di determinatezza, che è sia principio supremo dell'ordine costituzionale italiano, sia cardine del diritto dell'Unione, in base all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*”.[[10]](#footnote-10)

Sempre nella statuizione *Taricco bis* viene inoltre ribadito dalla Corte di Giustizia UE uno dei punti fermi già posti nell’ordinanza della Corte Costituzionale n. 24, vale a dire che è la Corte Costituzionale italiana l’autorità competente a svolgere il controllo di compatibilità delle statuizioni e fonti euro-unitarie con i valori della Carta Costituzionale italiana, poiché solo alla Consulta spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione risulti in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona, quale risulta essere il principio di legalità in tutti i suoi corollari della riserva di legge, della determinatezza e tassatività delle fattispecie incriminatrici e del divieto di interpretazione analogica.

Tornando alla problematica legata al principio della retroattività della *lex mitior*, occorre precisare come, poco dopo l’entrata in vigore delle modifiche dell’istituto della prescrizione operate con legge n. 251 del 2005, è stata sollevata, da prima, una questione di legittimità costituzionale della legge ex-Cirielli, per quanto concerne il suo regime transitorio, proprio a causa delle deroghe poste in essere alla retroattività della *lex mitior* e, in un secondo momento, si sono susseguiti vari interventi sempre da parte della Consulta (*Corte Cost. sentenze nn. 394 del 2006; 215 del 2008; 193 del 2016*[[11]](#footnote-11)).

La Corte Costituzionale nell’esaminare tali questioni di legittimità costituzionale ha fatto applicazione dello strumento del sindacato di ragionevolezza. Come noto, il legislatore, da sempre, prescrive che il principio della retroattività della legge penale più favorevole[[12]](#footnote-12), non essendo un principio assoluto ed inviolabile (in quanto avente un valore tendenziale), può senza dubbio essere derogato, a patto che queste deroghe siano ragionevoli, cioè assistite da idonee ragioni giustificatrici. Dunque, data per assodata la possibilità per il legislatore di derogare il principio della retroattività degli effetti della *lex mitior[[13]](#footnote-13)*, la Corte Costituzionale ha poi il compito di valutare se queste deroghe siano o meno ragionevoli, ovvero siano assistite da idonee ragioni giustificatrici.

Nel caso specifico della questione di legittimità costituzionale della legge ex-Cirielli, la Corte Costituzionale, nel valutare la prima questione di illegittimità costituzionale, vale a dire la deroga agli effetti retroattivi della *lex mitior* nel caso in cui nell’arco del giudizio di primo grado fosse già stato dichiarato aperto il dibattimento, ha affermato che tale deroga non è assistita da buone ragioni e, pertanto, risulta tacciabile di incostituzionalità. Non emerge infatti una buona ragione per escludere l’applicazione retroattiva della *lex mitior* in tutti i casi in cui, in primo grado, sia stato dichiarato aperto il dibattimento e questo perché la dichiarazione di apertura del dibattimento, oltre a non essere necessariamente presente nel processo penale, esistendo processi privi di dibattimento, sarebbe anche un atto processuale (si pensi ad alcuni particolari riti speciali) che tradizionalmente nella disciplina della prescrizione non assume rilievo alcuno: l’apertura del dibattimento non è infatti un evento che determina l’interruzione della prescrizione.

Quando la Corte Costituzionale, invece, si occupa della seconda deroga, vale a dire dell’ipotesi in cui il processo già penda in fase di impugnazione (in appello ovvero in cassazione), pone in essere un ragionamento differente, in quanto in questo secondo caso postula la c.d. “ragionevolezza della deroga” alla retroattività degli effetti della legge più mite. Infatti, la Corte in questo caso pone in essere una valutazione di economia processuale, in quanto risulterebbe sconveniente sprecare tutte le risorse giudiziarie e processuali già investite nell’ambito dei precedenti gradi di giudizio di quel particolare processo. In tal senso, sia l’uso ragionevole della risorsa giustizia, quindi l’uso efficiente della risorsa processuale, sia l’effettività della tutela penale sono beni di rilievo costituzionale. Il primo si desume dal principio della ragionevole durata del processo, l’altro dal principio generale dell’effettività della tutela penale. La Corte Costituzionale arriva ad asserire dunque che, il regime transitorio della legge ex-Cirielli è in parte incostituzionale, laddove esclude l’applicazione retroattiva delle nuove norme più miti, in processi di primo grado, ove non sia stato già dichiarato aperto il dibattimento, ma in parte, la legge ex-Cirielli non risulta essere tacciabile di incostituzionalità, laddove esclude l’applicazione retroattiva delle nuove norme più miti a quei processi che già pendono in fase di impugnazione.

Come sopra anticipato, nel 2009[[14]](#footnote-14), la Corte europea dei diritti dell’uomo, con il caso Scoppola, per la prima volta esplica il principio secondo il quale l’art. 7 della CEDU, laddove sancisce il principio di legalità della pena, ricomprende al suo interno oltre che il principio della irretroattività delle norme incriminatrici, anche il principio della retroattività della legge penale più favorevole. In particolare, la Corte Edu statuisce che “*non possa negarsi l’applicazione retroattiva della legge penale più favorevole sopravvenuta alla commissione del fatto, per la sola circostanza che la stessa sia entrata in vigore successivamente al compimento del fatto, salvo il limite del giudicato*”.

Dopo la sentenza Scoppola della Corte Edu (la quale ha ritenuto che il principio della *lex mitior* rientri tra i corollari del principio di legalità della pena di cui all’art. 7 della CEDU) all’interno dell’ordinamento giuridico nazionale, erano sorti degli orientamenti di matrice dottrinaria che ritenevano fosse doveroso un mutamento della giurisprudenza della Corte Costituzionale precedentemente formulata. Infatti, a fronte della riconduzione del principio della *lex mitior* nell’ambito dei corollari del principio convenzionale di cui all’art. 7 della CEDU operata da parte della Corte di Strasburgo, la Corte Costituzionale non avrebbe più potuto ascrivere il principio della *lex mitior* indirettamente, al valore desumibile dal principio di uguaglianza, garantendo le deroghe alla retroattività della *lex mitior* sulla base del sindacato di ragionevolezza operato dalla Corte Costituzionale; la *lex mitior* non avrebbe più potuto assumere (alla luce dalla sentenza Scoppola) il valore di “principio tendenziale”, valido quindi solo in assenza di ragionevoli ipotesi di deroga. E questo perché la Corte Edu, nell’enunciare l’assolutezza ed inderogabilità del principio della *lex mitior*, avrebbe equiparato la valenza gnoseologica di questo corollario al principio di irretroattività (che si desume dall’art. 25, comma 2 della Costituzione).

Inoltre, sarebbe necessario prendere in considerazione la portata dell’art. 117, comma 1 della Costituzione, così come modificato con legge di riforma del titolo V della Costituzione, e così come interpretato dalle *sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007*, il quale garantisce la circostanza per la quale, le norme della CEDU entrano a far parte dell’ordinamento giuridico normativo nazionale (sulla base della dell’interpretazione delle stesse fornita dalla Cote di Strasburgo) alla stregua di “norme interposte” nei giudizi nazionali relativi ai sindacati di legittimità costituzionale.

Dopo la sentenza Scoppola, sarà sollevata un’altra questione di legittimità costituzionale della legge ex-Cirielli (nella parte in cui risultava sopravvissuta alla precedente parziale dichiarazione di illegittimità costituzionale, vale a dire nella parte in cui prevedeva l’ammissibilità della deroga del principio di retroattività della legge più favorevole in materia di prescrizione, nel caso in cui il processo vertesse in un grado di impugnazione) denunciandosi questa volta la violazione dell’art. 117, comma 1 della Costituzione (e non dell’art. 3 della Costituzione). L’ordinanza di rimessione, in tal senso, sosteneva che la sentenza della Corte Edu non avesse riconosciuto al principio di retroattività della *lex mitior* un valore e rango “tendenziale e derogabile”, bensì un valore assoluto ed inderogabile. Ed è in virtù di tali asserzioni che, come sopra puntualizzato, parte della dottrina nazionale ha auspicato un mutamento della giurisprudenza della Corte Costituzionale, anche sulla base di quella presunta “costituzionalizzazione” della CEDU intervenuta a seguito del Trattato di Lisbona, costituzionalizzazione che avrebbe elevato il principio della *lex mitior* al rango di valore costituzionale, proprio per la presenza nel nostro ordinamento giuridico di talune disposizioni quali l’art. 117 della Costituzione.

La Corte Costituzionale nel 2011, posta di fronte a queste istanze della dottrina favorevole alla giurisprudenza CEDU, ha in parte “sconfessato” l’interpretazione della sentenza Scoppola precedentemente assunta dalla comunità degli interpreti. È noto infatti come esista il c.d. “margine di apprezzamento” che la Corte Costituzionale può comunque porre in essere, nonostante sia necessario recepire le norme della CEDU, sulla base dell’interpretazione delle stesse fornita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Questo perché la Corte Costituzionale non si limita a valutare le peculiarità del caso concreto analizzato dalla CEDU, ma prende in considerazione la generalità del sistema normativo, essendo la Corte Costituzionale un giudice del sistema.

Secondo la Corte Costituzionale, la Corte EDU, con la sentenza Scoppola, non avrebbe ‘*sic et simpliciter*’ elevato il principio della *lex mitior* a valore convenzionale, inderogabile ed assoluto, poiché in realtà i giudici di Strasburgo avrebbero asserito come: “*non sia possibile derogare all’applicabilità retroattiva della norma più favorevole, per il sol fatto che la stessa sia sopravvenuta alla commissione del fatto, salvo il limite del giudicato*”. Non si tratterebbe quindi di un valore assoluto quello enunciato dalla CEDU, al punto che, la Corte di Strasburgo individua un’eccezione: il limite del giudicato. Se infatti la *lex mitior* fosse davvero un valore assoluto, dovrebbe prevalere anche sul giudicato. Diversamente, la Corte EDU asserisce che il giudicato rappresenta una deroga alla retroattività più mite del giudicato. Ne consegue, dunque, che la *lex mitior* non risulta essere un valore assoluto, giacché la Corte Costituzionale asserisce come in realtà nel nostro ordinamento nazionale, il giudicato non rappresenti un limite/deroga all’applicazione retroattiva della *lex mitior*, in quanto, nel nostro ordinamento il principio della retroattività della legge più mite, secondo la disciplina generale scaturente dalla normativa di cui all’art. 2 del codice penale, opera in maniera più forte rispetto a quello detto dalla CEDU. L’art. 2, comma 2, del codice penale, in tal senso, prescrive che la legge penale più favorevole sopravvenuta, in certi casi, travolge lo stesso giudicato. Questo accade quando la *lex mitior* sopravvenuta determina *l’abolitio criminis*: in questi casi il giudicato viene travolto dall’applicazione retroattiva della legge penale più favorevole sopravvenuta alla commissione del fatto che ha abrogato la disciplina precedente più sfavorevole. Quello appena descritto è, tuttavia, il regime ordinario e, dunque, quello che si applica in assenza di deroghe. In altre parole, la *lex mitior* che abbia comportato un fenomeno di *abolitio criminis* ha il potere, per così dire, di “stralciare” il giudicato. Il comma 3 dell’art. 2 del codice penale prescrive che il giudicato di condanna a pena detentiva, deve essere modificato se sopravvenga una nuova legge più favorevole che prevede l’applicazione della sanzione pecuniaria: in questo caso il giudicato deve essere rivisto e modificato con la conversione della pena detentiva in pena pecuniaria. Questi due commi (il 2 ed il 3) dell’art. 2 del codice penale[[15]](#footnote-15), garantiscono al principio della retroattività della legge penale più mite una valenza giuridica più forte rispetto a quella garantita dalla Corte EDU, che invece pone il limite del giudicato all’applicazione retroattiva della *lex mitior* (per la CEDU infatti il giudicato è sempre una buona ragione per escludere l’applicazione retroattiva della *lex mitior*).

Sulla base di tali assunti giuridici è possibile postulare la considerazione secondo cui, la Corte Costituzionale ha dato luogo ad una interpretazione della statuizione della Corte di Strasburgo nel senso che la stessa non risulta avere attribuito al principio della *lex mitior* un valore assoluto ed inderogabile, giacché la stessa ha previsto il limite del giudicato che, l’ordinamento interno, sulla base dell’art. 2 c.p., non contempla; secondo la CEDU l’esigenza di conservare la stabilità del giudicato giustifica la deroga al principio di retroattività della legge più mite. Quindi, nel momento in cui la CEDU asserisce che la *lex mitior* possa essere applicata retroattivamente, ma solo nei casi in cui non si sia verificato il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, non fa altro che porre in evidenza “*una ragionevole deroga alla retroattività della lex mitior*”, e questo smentirebbe quella tesi che al contrario postula il valore incondizionato, assoluto ed inderogabile della *lex mitior*.

La Corte Costituzionale, in definitiva, arriverà ad affermare che, anche dopo la Sentenza Scoppola del 2009, il principio di retroattività della legge più mite resta un principio meramente tendenziale, che non si ricava dall’art. 25, comma 2 della Costituzione, il quale non risulta essere un principio inderogabile, assoluto ed inviolabile dalla CEDU ovvero di altre fonti sovra-nazionali, essendo piuttosto un principio derogabile sulla base di una idonea ragione giustificatrice, rinvenuta dalla Corte Costituzionale stessa, ad esito di uno scrutinio di legittimità costituzionale.

Il principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole e quello della retroattività della *lex mitior* divergono anche per quanto concerne il loro ambito di operatività, giacché il primo, trovando il proprio fondamento normativo nell’art. 25 comma 2 Cost., opera oltre che per le sanzioni penali anche per quelle amministrative e risulta richiamato dal sistema sanzionatorio amministrativo, quale principio generale, ai sensi dell’art. 1 della legge 689 del 1981. Diversamente, il principio della retroattività della *lex mitior* non risulta avere ad oggetto l’intero sistema sanzionatorio amministrativo, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, con particolare riferimento a quelle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali che, ai sensi dei criteri c.d. Engel, risultano avere una portata afflittiva e punitiva.

***2) Il principio di retroattività della lex mitior ed il diritto amministrativo punitivo, con particolare riferimento alla problematica applicazione dell’art. 2 comma 4 c.p. ai casi di depenalizzazione.***

Il paradigma normativo dell’istituto della depenalizzazione è rappresentato dalla legge del 24 novembre 1981 n. 689, recante “*modifiche al sistema penale*”, che ha dettato lo statuto delle garanzie giuridiche degli illeciti amministrativi, sancendo i principi che tutt’oggi regolano la materia ed ispirandosi alle garanzie costituzionali che disciplinano il diritto penale.

Sotto il profilo intertemporale, le disposizioni degli artt. 40 e 41 della legge n. 689 del 1981 sono oggetto di un dibattito non ancora sopito in dottrina e giurisprudenza, in merito alla portata generale (o meno) delle norme ivi previste. Il fenomeno di trasformazione dei reati in illeciti amministrativi risponde ad esigenze di politica criminale ispirate ai principi di proporzionalità e sussidiarietà che reggono la materia penale ed il suo paradigma legislativo è rappresentato dalla legge del 24 novembre 1981 n. 689, oltre che dal successivo decreto legislativo del 30 dicembre 1999 n. 507, “*Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell’art. 1 della legge 25 giugno 1999 n. 205*”.

Si tratta di norme che hanno la funzione di costituire la disciplina generale degli illeciti e delle sanzioni amministrative, come affermato nell’art. 12 (“*Ambito di applicazione*”) ai sensi del quale “*le disposizioni di questo capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari*.”

La valenza prettamente penalistica dei principi dettati dalla legge n. 689 del 1981 emerge chiaramente all’art. 1 (“*principio di legalità*”)[[16]](#footnote-16), in quanto, il primo comma di tale disposizione normativa prescrive il principio della riserva di legge, mentre al secondo comma si prevede il principio di tassatività. Tale norma riproduce il testo della disposizione giuridica costituzionale di cui all’art. 25, comma 2 della Cost., il quale estende le garanzie della riserva di legge alle ipotesi di illecito amministrativo, sancendo inoltre il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative.

Il principio di legalità nel diritto amministrativo punitivo derivante dal fenomeno della depenalizzazione, ai sensi della legge n. 689 del 1981, è dunque disciplinato da una legge di rango ordinario, con la duplice conseguenza secondo cui, da un lato, sarà precluso un intervento da parte di fonti secondarie volto a sanzionare in via amministrativa determinati comportamenti, ma, dall’altro lato, è possibile che una diversa fonte di rango primario preveda la possibilità per il potere esecutivo di individuare comportamenti illeciti cui applicare una sanzione amministrativa. In altre parole, in forza dei principi secondo cui *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generalis*, il legislatore potrebbe derogare al principio di legalità sancito dall’art. 1 della legge n. 689 del 1981 e consentire l’intervento di norme ordinarie successive in materia. Questo perché nel nostro ordinamento giuridico non esiste un principio di rango costituzionale che sancisca il principio di legalità per gli illeciti e sanzioni amministrative e, dunque, il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative ben potrebbe essere derogato da norme successive di pari grado, non essendoci una copertura costituzionale, dovendo risultare tale disposizione ragionevole e giustificata ai sensi dell’art. 3 cost., il quale, come si è già avuto modo di precisare, richiede di fondare su valide ragioni ogni deroga anche a principi non costituzionali, allorquando si tratti comunque di principi di carattere generale.

Particolarmente importanti risultano essere le norme previste all’interno della sezione IV del capo I “*disposizioni transitorie e finali*”, della legge n. 689 del 1981, agli artt. 40 e 41 c.p.[[17]](#footnote-17), in cui è dettata la disciplina intertemporale destinata a regolare i rapporti successori tra le previgenti fattispecie di reato e le nuove ipotesi di illecito amministrativo in cui sono trasformate. Rispetto a tali ultime due disposizioni normative è insorta, nella comunità degli interpreti, una *querelle* ermeneutica circa il carattere generale (o meno) della loro portata applicativa.

Ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p., i fatti di reato trasformati in illeciti amministrativi non potranno essere puniti con la pena precedentemente prevista per il reato, essendo intervenuta, per effetto della depenalizzazione un fenomeno di *abolitio criminis*, dovendo essere piuttosto sanzionati come illeciti amministrativi, con applicazione in via retroattiva della relativa sanzione. La depenalizzazione attuata nel 1981, in forza dell’art. 40 c.p., pur integrando un’ipotesi di abolizione del reato, cui dovrebbe conseguire l’impunità del reo, prevede espressamente l’irrogazione retroattiva delle sanzioni amministrative introdotte dalla legge 689, sulla base dell’assunto giuridico della valenza giuridica meno afflittiva (e quindi più favorevole) degli illeciti amministrativi. Si tratta, in altri termini, di un fenomeno successorio simile a quello previsto dall’art. 2 comma 4 c.p. che sancisce la retroattività della legge più favorevole sopravvenuta, pur non potendosi parlare in senso tecnico di un fenomeno successorio, venendo in essere piuttosto la trasformazione della natura dell’illecito, da penale ad amministrativo. Tali disposizioni, dunque, garantiscono l’applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative, ai fatti intervenuti precedentemente e puniti con sanzioni penali.

Sembra opportuno, arrivati a questo punto della trattazione, chiarire la differenza concettuale tra: a) il fenomeno dell’applicazione retroattiva delle disposizioni che dispongono la depenalizzazione anche alle violazioni commesse anteriormente all’entrata in vigore della 689 del 1981 che le ha depenalizzate; b) la *querelle* ermeneutica circa l’estensibilità (o meno) del principio della retroattività della *lex mitior* nel diritto amministrativo punitivo *tout court* considerato, a prescindere dalla previsione di un particolare regime transitorio prescritto *ad hoc* dal legislatore (come quello prescritto agli artt. 40 e 41 della legge 689 del 1981).

Come noto, infatti, ai sensi della dominante interpretazione[[18]](#footnote-18), il principio della retroattività della *lex mitior* non può trovare applicazione in via generalizzata nel caso di successione tra illeciti penali ed amministrativi ovvero nel caso di successione di illeciti amministrativi, giacché gli artt. 40 e 41 della legge n. 689 del 1981 non sembrerebbero poter assurgere al rango di principi generali, dovendo trovare applicazione solo ed esclusivamente nel caso specifico della depenalizzazione operata con quel particolare intervento legislativo. Tuttavia, recentemente, il dibattito ermeneutico in materia si è nuovamente animato, giacché, pur non potendosi estendere i principi di cui agli artt. 40 e 41 della legge 689 del 1981 anche ad altre ipotesi di depenalizzazione (in assenza di disposizioni intertemporali dettate dal legislatore), sembrerebbe tuttavia ammissibile l’applicazione del principio della retroattività della *lex mitior* anche nel campo del diritto amministrativo punitivo, qualora ricorra una successione di norme aventi ad oggetto sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente punitive e, dunque, assoggettabili alle garanzie penalistiche della CEDU.

***3)*** ***Retroattività della lex mitior e disciplina transitoria di cui agli artt. 40 e 41 della legge n. 689 del 1981 nel sistema sanzionatorio amministrativo.***

Nell’ambito dell’esame e dell’interpretazione ermeneutica dei principali interventi normativi di depenalizzazione emerge chiaramente l’attenzione che il legislatore ripone nella disciplina di carattere intertemporale, volta alla risoluzione dei problemi successori con riferimento alla trasformazione della fattispecie da reato ad illecito amministrativo.

Come sopra già ribadito, le disposizioni normative di cui agli artt. 40 e 41 della legge n. 689 del 1981 sembrano rimanere legate ed ancorate al singolo intervento di depenalizzazione, non essendo idonee ad introdurre una disciplina successoria di carattere generale e permanente. Ciò è facilmente evincile dalla collocazione topografica delle disposizioni normative in questione, giacché la predisposizione degli artt. 40 e 41 della legge 689 del 1991 all’interno delle norme transitorie, invece che nella sezione I, capo I, dedicato ai principi generali della responsabilità amministrativa, depone nel senso della portata applicativa di tali disposizioni limitatamente alla specifica disciplina di depenalizzazione di cui alla legge 1981.

Diversamente, a testimonianza dell’annoso dibattito circa la questione della portata applicativa degli artt. 40 e 41 della legge 1981, è emersa all’interno della comunità degli interpreti la tesi secondo cui, con riferimento a quegli interventi di depenalizzazione privi di apposita disciplina intertemporale, dovrebbe sostenersi il carattere generale delle disposizioni citate e, dunque, in assenza di disposizioni specifiche, tali principi successori dovrebbero potersi applicare per tutti i fenomeni di depenalizzazione.

Dunque, a fronte di un orientamento ermeneutico che ritiene di dover interpretare gli art. 40 e 41 della legge 689 del 1981 alla stregua di disposizioni transitorie, aventi natura e carattere speciale, destinate a trovare applicazione meramente nell’ipotesi di depenalizzazione attuata dalla legge di riferimento, se ne registra un altro, di carattere opposto, che invece tende ad attribuire una portata generale (ed estensibile a qualsiasi fenomeno di depenalizzazione) alle disposizioni intertemporali della legge 1981 di cui agli artt. 40 e 41. I risvolti pratici del primo indirizzo (che nega la portata generale degli artt. 40 e 41 della legge 689 del 1981) sarebbero quelli dell’emersione di una lacuna giuridica nel nostro ordinamento giuridico in relazione alla disciplina successoria tra reati ed illeciti amministrativi, dal momento che risulta evidenziabile l’assenza di una normativa intertemporale di carattere generale. Tale lacuna assume un’importante connotazione quando il legislatore dispone la trasformazione in illeciti amministrativi di pregresse fattispecie di reato, senza preoccuparsi di prescrivere la disciplina della sorte delle sanzioni penali irrogate.

Tali due contrastanti posizioni sono state al centro di un annoso dibattito giurisprudenziale, che ha richiesto in più occasioni l’intervento delle Sezioni Unite, le quali non sempre sono riuscite a dare una direzione univoca alla diatriba in questione.

L’orientamento[[19]](#footnote-19) volto a garantire una portata applicativa generale agli artt. 40 e 41 della legge di depenalizzazione n. 689 del 1981 è testimoniato dalla *sentenza della seconda sezione penale della Corte di Cassazione n. 7180 del 2006[[20]](#footnote-20)*, la quale ha qualificato le disposizioni contenute in questi ultimi due articoli come espressione di principi generali in tema di diritto transitorio applicabile in ogni caso di depenalizzazione, ed ha statuito inoltre che l’argomento che limita l’art. 2 c.p. solo alla successione di leggi penali sembra che possa essere superato considerando che, quando venne compilato il codice penale, il fenomeno della depenalizzazione era un fatto assolutamente straordinario, che il legislatore non avrebbe potuto prevedere e disciplinare ex-ante nella sua reale portata. Infine, la sentenza citata invoca il principio di uguaglianza, il quale risulterebbe leso da una disciplina giuridica che prevedesse la totale impunità di chi abbia commesso un illecito penale successivamente depenalizzato, oltre che la responsabilità (sia pure sul piano dell'illecito amministrativo) di coloro che abbiano commesso la stessa violazione dopo la depenalizzazione. In questa stessa direzione, è stato più volte affermato da parte della suprema corte di legittimità in materia civile, il principio secondo il quale la disciplina transitoria prevista dall'articolo 40 della legge 24 novembre 1981 n. 689 (secondo cui le disposizioni dettate in materia di sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della legge di depenalizzazione quando il relativo procedimento penale non sia stato definito) deve trovare applicazione anche nel caso di altre successive depenalizzazioni, giacché la predetta disposizione normativa risulta essere espressione, indipendentemente dalla sua collocazione topografica, di una regola di diritto transitorio di ordine generale che non riguarda la mera specifica ipotesi di depenalizzazione.

L’opposto orientamento ermeneutico[[21]](#footnote-21), patrocinato dalla sentenza della Cassazione a *Sezioni unite del 16 marzo 1994, n. 7394* e seguito dalla successiva statuizione dei giudici di legittimità, sempre a *Sezioni unite, 29 marzo 2012, n. 25457*, al contrario, nel ribadire la totale autonomia delle categorie degli illeciti penali e di quelli amministrativi e nel ribadire l’operatività della retroattività *in mitius* solo per i primi, esclude la valenza generale degli artt. 40 e 41 della legge 689 del 1981, affermando che tali disposizioni normative operino, invece, solo con riguardo agli illeciti depenalizzati con la stessa legge, risultando ciò con evidenza dai lavori preparatori, oltre che dalla circostanza che quasi tutte le leggi di depenalizzazione successive hanno provveduto a dettare disposizioni transitorie *ad hoc*. Ai sensi di tali pronunce e dell’orientamento ermeneutico dalle stesse seguito sembra potersi affermare il principio di diritto secondo cui, in tema di disciplina intertemporale della depenalizzazione ed in merito alla natura delle disposizioni transitorie degli artt. 40 e 41 della legge 689 del 1981 deve propendersi nel senso della irretroattività delle sanzioni amministrative sopravvenute e nel senso della conseguente esclusione della trasmissione degli atti all’autorità amministrativa competente all’irrogazione della sanzione amministrativa, giacché in assenza di disposizioni transitorie espresse, deve ritenersi escluso che si possa fare riferimento agli artt. 40 e 41 della legge 689 del 1981, non potendo essere intese queste disposizioni alla stregua di norme generali valide per tutti i futuri casi di depenalizzazione, non potendosi ritenere consentita l’applicazione analogica al regime sanzionatorio amministrativo di categorie generali desunte dal diritto penale, ancorché si tratti di principi favorevoli per il soggetto agente degli illeciti.

Da tali assunti non può che trarsi la conseguenza[[22]](#footnote-22) secondo cui, l’art. 2 c.p. comma 4 non risulta essere stato recepito nell’art. 1 della legge 689 del 1981 e, dunque, non risulta estensibile alla disciplina della successione dell’illecito amministrativo rispetto all’illecito penale, essendo invece necessarie apposite norme (affidate alla discrezionalità del legislatore, pur sempre nel rispetto della ragionevolezza ex art. 3 cost.), al fine di superare l’autonomo principio di irretroattività, vigente per il primo tipo di illeciti nell’art.1.

***4)*** ***Abolitio criminis e depenalizzazione: un raffronto tra fenomeni giuridici.***

Sembra opportuno tracciare le linee distintive tra i due fenomeni giuridici della depenalizzazione e *dell’abolitio criminis*, così da cogliere l’occasione per passare in rassegna il tema piuttosto discusso in passato e, tutt’oggi non risolto, *dell’actio finium regundorum tra abolitio e mutatio,* oltre che quello inerente alla distinzione tra *abrogatio cum abolitione* e *abrogatio sine abolitione*.

In primo luogo, la depenalizzazione consiste in quel fenomeno giuridico e normativo di degradazione di una fattispecie di reato in un illecito amministrativo. In tal senso, la depenalizzazione somiglia, in parte, al differente fenomeno dell’*abolitio criminis*, che si ha quando il legislatore elimina dall’ordinamento giuridico una fattispecie di reato.

La differenza tra queste due situazioni è da rinvenirsi nel fatto che, mentre all’abolizione della fattispecie di reato non segue la previsione di una fattispecie sostitutiva (almeno in tutti casi in cui il legislatore nulla specifichi all’interno dell’intervento riformatore e, soprattutto, nei casi di “abrogazione secca”), diversamente, nella depenalizzazione, all’eliminazione della fattispecie incriminatrice segue la previsione di un illecito amministrativo, scaturente per l’appunto dalla “degradazione” del reato in illecito (civile ovvero amministrativo). Tale divergenza di situazioni conduce alla circostanza per la quale, in caso di *abrogatio*, il soggetto agente del reato che abbia commesso la condotta incriminatrice sotto la vigenza del reato abrogato non sarà più punibile, mentre, in caso di depenalizzazione, il soggetto attivo dell’illecito, pur non potendo più essere perseguito ai sensi della fattispecie penale, potrebbe rispondere tuttavia per l’illecito amministrativo derivante dalla degradazione del vecchio reato, qualora il legislatore abbia prescritto un regime transitorio in tal senso e, qualora, il trattamento sanzionatorio amministrativo successivamente intervenuto risulti essere nel complesso meno afflittivo (oltre che formalmente, anche nella sostanza) rispetto alle sanzioni penali precedentemente vigenti.

L’abolizione e la depenalizzazione coincidono a livello logico-formale, giacché si tratta di fenomeni giuridici volti all’eliminazione di una fattispecie di reato per intervenuta incompatibilità tra la norma previgente e quella successiva regolanti una medesima situazione legale e, soprattutto, per il fatto che tali fenomeni condividono le medesime conseguenze antitetiche: ad un regime di sanzione penale, segue un regime di assenza di sanzione penale, addivenendosi in entrambi i casi ad una riduzione del campo del penalmente rilevante.

È proprio la regola del “*nullum crimen sine lege*” ex art. 25 comma 2 Cost. ad imporre di ricondurre il fenomeno della depenalizzazione a quello della abrogazione di una norma incriminatrice, giacché una norma è espunta dal sistema penale, quando risulti venire meno la sanzione che a quella norma si associa dal punto di vista legale, ovvero, quando alla sanzione penale se ne sostituisce una di stampo diverso: civile o amministrativa.

Tale impostazione è condivisa dalla maggior giurisprudenza, la quale, a partire dalla *pronuncia a S.U. del 16 marzo del 1994 n. 7393 (sentenza c.d. Mazza),* afferma che la cessazione del carattere penale della violazione ad esito della depenalizzazione integra l’ipotesi di cui all’art. 2 comma 2 c.p., giacché per gli illeciti penali oggetto di depenalizzazione l’autorità giudiziaria deve, necessariamente, dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, in quanto, ai sensi dell’art. 2 comma 2 c.p. nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato. Ulteriore conseguenza deve rinvenirsi nel fatto che quando il fatto per cui è intervenuta una condanna irrevocabile è depenalizzato, l’interessato avrà diritto di chiedere al giudice dell’esecuzione la revoca della relativa sentenza ai sensi dell’art. 673 c.p.

Secondo l’ormai consolidata giurisprudenza in materia[[23]](#footnote-23), la disciplina della successione modificativa delle leggi penali ex art. 2 comma 4 c.p. non può essere estesa al passaggio di un illecito da penale ad amministrativo, non potendosi riscontrare nessuna continuità normativa, poiché si rinviene la trasformazione di un reato in illecito civile ed amministrativo. In altre parole, la giurisprudenza prevalente (che si avrà modo di analizzare più nello specifico nei paragrafi seguenti) ritiene di non poter estendere la portata applicativa dell’art. 2 comma 4 c.p. in termini di modificazione delle norme penali nel tempo, anche nel caso di depenalizzazione e, dunque, di trasformazione di un reato in illecito amministrativo, dal momento che l’art. 2 comma 4 c.p. disciplina solamente la successione delle norme incriminatrici e non anche le ipotesi in cui sopravvenga una legge che trasformi il fatto costituente reato in illecito amministrativo. Sul punto, tuttavia, la Corte Costituzionale sembra aver mutato la propria opinione, giacché con una recente pronuncia (sentenza n. 63 del 2019) ha statuito nel senso dell’operatività del principio della retroattività della *lex mitior* in caso di successione di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente punitive.

Generalmente, il regime normativo scaturente dalla legge più mite si applica retroattivamente, ma con dei limiti, che cambiano a seconda dell’effetto e dell’impatto della stessa *lex mitior* sulla vicenda successoria (qualora sia rinvenibile il fenomeno della successione delle leggi penali nel tempo), la quale può determinare: 1) una forma di *abolitio criminis*, quando un fatto che prima era reato, con il sopraggiungere della *lex mitior* viene abrogato; 2) un’ipotesi di *mutatio criminis,* quando il reato non è abrogato, ma per esempio ne viene attenuato il trattamento sanzionatorio, la pena o i termini di prescrizione; si pensi alla legge ex-Cirielli che prevede una *mutatio criminis* perché riduce i termini di prescrizione, e prevede un regime transitorio, che deroga alla *lex mitior* quando, in primo grado è stata dichiarata l’apertura del dibattimento ovvero si è in pendenza di un giudizio di impugnazione.

L’art. 2 del codice penale si fonda proprio sulla distinzione tra i due fenomeni dell’*abolitio* e della *mutatio criminis*, e prevede un regime intertemporale generale, che trova applicazione in assenza di speciali regimi derogatori previsti *ad hoc* dal legislatore con particolari discipline transitorie specifiche. In caso *di abolitio criminis*, i limiti posti in essere alla retroattività della *lex mitior* sono relativamente poco incisivi, in quanto *l’abolitio criminis* ha la capacità giuridica, per così dire “naturale”, di travolgere il giudicato. Recita a tal proposito l’art. 2 comma 2 del codice penale che: “*nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato e, se vi è stata condanna, ne cessano l’esecuzione e gli effetti penali*.”

Diversamente, in caso di *mutatio criminis*, il comma 4 dell’art. 2 c.p. esplica il seguente principio: “*se la legge nel tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*”. Quindi, in caso di *mutatio criminis*, in assenza di giudicato dovrà trovare applicazione, in modo retroattivo, la legge sopravvenuta più mite, ma, in presenza di giudicato, quest’ultimo rimane fermo. Al successivo comma 3 dell’art. 2 c.p., emerge, inoltre, un’altra particolare forma di *mutatio*, che è quella che concerne *la modifica del trattamento sanzionatorio, prevedendo la trasformazione della sanzione detentiva in una sanzione pecuniaria*: “*se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria.*” In questo caso il giudicato deve essere modificato.

Il principale problema ovviamente è capire quando il legislatore ha dato luogo ad una *mutatio* ovvero ad una *abrogatio*, non dando luogo tale distinzione ad una discrasia meramente nominalistica, giacché la stessa risulta avere rilevanti ricadute sugli effetti pratici applicativi dei due fenomeni. Ovviamente, quando ad essere modificato è semplicemente il trattamento sanzionatorio, si è in presenza di *una mutatio*, al contrario, quando viene modificato l’oggetto del precetto della norma, è difficile stabilire se il vecchio reato sia stato abrogato ovvero semplicemente modificato e disciplinato diversamente rispetto a prima, essendo piuttosto controverso comprendere: a) se il vecchio reato è stato semplicemente modificato (*mutatio*); b) se al contrario sia stato del tutto abrogato con creazione di un nuovo reato; c) se si sia in presenza di una nuova incriminazione*.*

Nel caso di *abrogatio* del vecchio reato e previsione di una nuova incriminazione, il precedente reato non può più trovare applicazione e, conseguentemente, la nuova incriminazione non può retroagire, quindi, non si applica nessuna delle due fattispecie, perché il vecchio regime normativo non si applica a causa dell’abrogazione, mentre la nuova fattispecie incriminatrice non si applica retroattivamente per via del divieto di retroattività della nuova norma incriminatrice. Al contrario, nel caso di *mutatio*, quando sono variati i connotati della fattispecie e, quindi, si tratta dello stesso reato che però ha cambiato sembianze, poiché lo stesso è stato modificato, se il giudicato sussiste, questo rimane fermo, se invece il giudicato non sussiste, si punisce il soggetto con la disciplina più favorevole. In questi casi è necessario comprendere se c’è una continuità ovvero una discontinuità con il passato.

A conferma della difficoltà di tracciare una netta e sicura distinzione tra il fenomeno dell’*abrogatio* e quello della *mutatio*, possono essere presi in considerazione taluni esempi di casi controversi susseguitesi nell’excursus giurisprudenziale: si pensi al falso in bilancio, all’abuso di ufficio, alla bancarotta societaria.

Altro fenomeno giuridico legato alla tematica della successione delle leggi penali nel tempo, è senza ombra di dubbio quello della “abrogazione secca”[[24]](#footnote-24) da parte del legislatore, che si ha quando lo stesso manifesta una mera intenzione negativa, consistente nella volontà di espellere dall’ordinamento giuridico normativo determinate norme, senza porsi il problema di porre in essere al contempo una disciplina positiva che garantisca la regolazione dei casi rientrati sotto l’applicazione della vecchia norma oggetto della abrogazione. Si pensi, a tal riguardo, al caso dell’abrogazione dell’oltraggio (che poi è stato reintrodotto); oppure l’abrogazione dell’omicidio per causa d’onore; ovvero si pensi a quando il legislatore ha abrogato la bancarotta in amministrazione controllata[[25]](#footnote-25).

In questi casi di abrogazione secca, non necessariamente si verifica un’a*bolitio*. In tal senso, infatti, si è soliti distinguere tra: *l’abrogazione cum abolitio e l’abrogazione sine abolitio.*

Ad esempio, quando il legislatore ha abrogato l’omicidio per causa d’onore, ha posto in essere *un’abrogazione sine abolitio*, in quanto ha abrogato una disciplina specifica e di carattere speciale, comportando quindi quel fenomeno di naturale ri-espansione degli effetti normativi della disciplina generale dell’omicidio comune, vigente contemporaneamente a quella speciale abrogata. Quindi, in altre parole, il legislatore ha dato luogo ad un’abrogazione di una norma speciale (omicidio d’onore), che ha determinato la ri-espansione di una norma generale preesistente (omicidio comune), la quale era stata “limitata” nella sua portata applicativa proprio dagli effetti derogatori del regime speciale della norma specifica (poi abrogata).

In tal senso, sulla base delle stesse considerazioni logico-giuridiche di cui sopra, si potrebbe altresì pensare che, nel caso dell’abrogazione dell’oltraggio, si sia verificato il fenomeno giuridico dellariespansione dell’ingiuria aggravata*.* Tuttavia, la giurisprudenza in questo frangente aveva asserito che ci si trovava di fronte ad un’ipotesi di *abolitio criminis* e che quindi i giudicati di condanna dell’oltraggio andavano revocati. In questo caso, si affermò che “*il legislatore aveva voluto porre in essere una cesura con il passato, non avendo semplicemente voluto ricondurre le fattispecie di oltraggio all’interno dell’ingiuria aggravata, avendo piuttosto di mira la cancellazione dell’oltraggio e la riespansione dell’ingiuria aggravata[[26]](#footnote-26)”,* giacché lo scopo perseguito dal legislatore era quello di ottenere come risultato la revoca dei giudicati, creando una discontinuità con il passato.

Il problema dunque, risiede nella necessità di comprendere se, quando il legislatore pone in essere un’abrogazione, risulti avere l’intento semplicemente di cancellare quell’incriminazione dall’ordinamento giuridico, ovvero agisca con l’intento di porre fine ad un regime speciale che limita la portata applicativa della disciplina generale pre-esistente, la quale, per effetto dell’abrogazione del regime speciale, tornerebbe ad essere operativa in tutta la sua portata estensiva per effetto di quel fenomeno della “riespansione”. La difficoltà è quella di rinvenire *l’actio finium regundorum* tra i due diversi fenomeni della continuità ovvero discontinuità.

Differentemente, una totale riformulazione della fattispecie normativa, si è avuta con il falso in bilancio e l’abuso d’ufficio, ipotesi queste nelle quali tra la vecchia norma e la nuova è rinvenibile una totale discrasia giuridica. Il problema è sempre quello di comprendere se si sia in presenza di un fenomeno di *abolitio* ovvero *di mutatio criminis*. La questione controversa risiede altresì nel fatto di comprendere se sussista una vera e propria riformulazione del precetto normativo, con la previsione di una norma effettivamente nuova, come è accaduto appunto nella nuova disciplina che ha ridisegnato il falso in bilancio, in circostanza del d.lgs. 61 del 2002 e del d.lgs. 69 del 2015, ovvero come nel caso dell’abuso d’ufficio.

A tal proposito, per discernere e distinguere i vari fenomeni esposti, è possibile individuare due diversi approcci. Ai sensi di una prima tesi ermeneutica (definita in dottrina come “teoria della fattispecie concreta”), sarebbe necessario guardare solo al fatto concreto nella sua essenza naturalistica. Secondo una differente ipotesi ricostruttiva si ritiene invece che sia necessario guardare ed analizzare le norme/fattispecie astratte (quella precedente e quella successiva all’intervento normativo). All’interno di questa seconda corrente, taluno ritiene che il raffronto tra fattispecie astratte debba essere esperito sulla base di criteri sostanziali (*teoria c.d. sostanziale valutativa*), altri, ritengono invece che tale raffronto debba essere fatto sulla base di criteri logico-formali (*teoria della continenza formale,* che valuta la presenza di un *rapporto di specialità*). La giurisprudenza, a partire dalle Sezioni Unite 2003, con il noto caso Giordano, ha adottato questa ultima tesi, vale a dire quella che concerne la valutazione del confronto tra la vecchia e la nuova fattispecie astratta, operata sulla base di criteri logico-formali, con i quali si valuta l’eventuale sussistenza di continenza formale, ed il rapporto di specialità.

In questi casi, in presenza di un c.d. rapporto di continuità (tra le due fattispecie astratte), risulterebbe esserci un fenomeno di *mutatio*, giacché sarebbe ravvisabile un rapporto di continenza formale della nuova fattispecie in quella precedente, sulla base dell’operatività del criterio di specialità. La Cassazione ha dunque passato in rassegna l’analisi della relazione tra la vecchia e la nuova fattispecie di reato della bancarotta societaria, e sono stati presi in considerazione i differenti elementi costitutivi delle due fattispecie. Il criterio della formale continenza (e quindi di specialità) tra le due norme non è un criterio opinabile ovvero soggetto a discrezionali valutazioni, poiché si tratta di un criterio chiaro ed obbiettivo.

La seconda fattispecie astratta della bancarotta societaria, conteneva tutti gli elementi formali della precedente fattispecie con l’aggiunta di uno nuovo, vale a dire: il nesso causale tra i reati societari ed il dissesto della società.

Prima della riforma, la bancarotta societaria era composta da due soli elementi: a) reato societario; b) dissesto societario. Nella nuova formulazione dell’art. 223 l.f. si aggiunge un ulteriore elemento, potendosi dunque rinvenire tre elementi in luogo dei precedenti due: a) reato societario; b) nesso causale; c) dissesto. In altre parole, se prima il dissesto societario era punito senza che ci fosse bisogno di un collegamento eziologico con il reato societario, successivamente, con la riforma, la nuova bancarotta societaria prevede la possibilità di punire il dissesto societario solo conseguenza del reato societario. In altre parole, oltre agli elementi formali contemplati dalla norma generale, la norma speciale ne ha uno in più, definito per l’appunto come “specializzante”, che garantisce però la restrizione del campo operativo e di applicazione di quella norma; questo perché la norma speciale ricorre quando sussistono tutti i requisiti della norma generale, più un particolare elemento specializzante, che è quello che connota la norma speciale.

In passato, si era ricorsi alla *teoria del mutamento del bene giuridico tutelato*, ma tale criterio era successivamente stato valutato come troppo soggettivistico. Le Sezioni Unite Giordano, decideranno in tal senso di adottare *il criterio formale- strutturale*, analizzando gli elementi delle fattispecie di reato, al fine di scongiurare il rischio di valutazioni discrezionali ed opinabili.

In tal senso, è stato posto in essere un ragionamento logico-razionale, prima che logico-giuridico, giacché la seconda norma risulta caratterizzata da un elemento specializzante che restringe il campo applicativo, in virtù di un rapporto di continuità e continenza formale, ravvisandosi, in tal senso, due cerchi concentrici. In altri termini, si sarebbe in presenza di un fenomeno di *mutatio* e, dunque, il soggetto si sarebbe visto destinatario della sanzione scaturente dalla norma più favorevole. L’ulteriore passaggio della giurisprudenza è il rilevamento della c.d. “restrizione” del campo del penalmente rilevante, operata con la seconda norma, dal momento che una serie di condotte che prima avevano rilevanza penale, oggi non sarebbero più perseguibili, per via del fatto che sussisterebbe un elemento di specializzazione (nesso di causalità) che restringe il campo operativo della seconda fattispecie.

Le Sezioni Unite, in modo non del tutto coerente, sembrano porre in essere un’operazione ermeneutica di raccordo tra la teoria dell’analisi del fatto concreto e quella dell’analisi delle fattispecie astratte, utilizzando comunque dei criteri sostanziali, giungendo alla riproposizione dell’analisi del fatto concreto. L’esito applicativo è dunque il medesimo, poiché si arriva comunque a prendere in considerazione il fatto concreto, giacché i giudici di legittimità postulano il seguente ragionamento: se la fattispecie concreta consiste in una bancarotta societaria nella quale non c’è nesso causale tra il reato societario ed il dissesto, si sarà in presenza di una parziale *abolitio criminis*; se invece la fattispecie concreta è assistita dal nesso causale, ci sarà allora *mutatio criminis*.

L’iter logico-giuridico delineato dalla Sezioni Unite Giordano è, dunque, il seguente: 1) raffronto tra le fattispecie astratte; 2) valutazione del rapporto formale di continenza e raffronto del carattere speciale delle norme; 3) valutazione del caso concreto; 4) valutazione circa la presenza nella seconda norma di un elemento specializzante che restringe il campo del penalmente rilevante, il quale conduce alla compresenza di due fenomeni: quello della *mutatio* (e quindi si applica la fattispecie più favorevole) e quello della parziale *abolitio criminis* (quando c’è l’elemento specializzante).

Tale iter logico-giuridico, così riepilogato, risulta tuttavia controvertibile[[27]](#footnote-27). Infatti, la tesi dell’analisi delle due fattispecie astratte per mezzo di criteri sostanziali e valutativi guarda al mutamento dei connotati del bene giuridico protetto, e non agli elementi formali costitutivi della fattispecie. Si tratta di criteri opinabili, poiché la ricerca del bene protetto è un’indagine che può essere soggetta alle influenze dei differenti interpreti poiché incerta e rimessa alla discrezionalità dell’operatore giuridico. Al contrario, il criterio della continenza formale o della specialità risulta essere un criterio oggettivo e non opinabile, giacché la teoria del fatto concreto, nell’asserire la necessità di partire dall’analisi del fatto storico, finiva poi per riapprodare alla valutazione astratta tra le fattispecie di reato, in quanto si sarebbe poi dovuto confrontare il fatto naturalisticamente inteso con le due norme astratte, quella vecchia e quella nuova.

Il criterio discretivo, dunque, sarebbe rinvenibile nella circostanza che il fatto concreto rientri nella prima fattispecie ovvero nella seconda. Se la fattispecie concreta rientra sia nella fattispecie astratta vecchia che in quella nuova, significa che vi è stata una *mutatio*, e dunque sussiste continuità. Se invece il fatto concreto rientra solo nella vecchia fattispecie astratta e non anche nella nuova, vi è discontinuità, e quindi sarebbe ravvisabile una *abrogatio*.

Questa teoria in potenza non è errata. Tuttavia, la critica dottrinaria[[28]](#footnote-28) che si muove a questa tesi sostenuta in giurisprudenza, risiede nel fatto che non si ritiene opportuno partire dall’analisi del caso concreto, perché la risposta al quesito: c’è *mutatio* ovvero *abrogatio*, può essere data solo sulla base di canoni generali ed astratti, giacché la distinzione tra *abolitio e mutatio* è una distinzione legislativa, che non può essere rimessa a valutazioni del caso concreto. La scelta del legislatore avviene infatti sul piano generale ed astratto.

Tale criterio, inoltre, non è inconfutabile sempre e comunque, giacché ci sono dei casi in cui, il fatto concreto rientra sia nella vecchia che nella nuova fattispecie astratta e, ciononostante, il soggetto attivo del reato non può essere punito, questo perché se la fattispecie di reato precedentemente esistente viene abolita, non è possibile continuare a sanzionare il soggetto e, quindi, sarà necessario revocare il giudicato e, qualora il fatto concreto rientrasse anche nella nuova fattispecie, comunque, non sarebbe possibile punire il soggetto, giacché non potrebbe applicarsi retroattivamente la fattispecie entrata in vigore successivamente alla commissione dei fatti.

In casi particolari come questi[[29]](#footnote-29), la teoria del fatto concreto finisce per punire il soggetto agente del reato, perché guarda solo al fatto naturalisticamente e storicamente inteso, non prendendo in considerazione la duplice circostanza per la quale: da un lato, la vecchia norma non può essere applicata perché ormai abrogata e, dall’altro, che la nuova norma non può essere applicata in maniera retroattiva.

Dunque, venendo alla conclusione sul tema *dell’actio finium regundorum tra abolitio e mutatio,* il criterio principe per distinguere questi due fenomeni è quello del confronto formale tra le due diverse fattispecie normative astratte.

Laddove però, invece, il fenomeno sia quello della successione delle leggi penali nel tempo in senso “improprio” vale a dire quello della abrogazione della norma speciale, con contestuale ri-espansione della norma generale ed astratta, si dovrà fare riferimento, oltre che a criteri formali ed astratti, anche a quelli sostanziali. Questo perché in tale frangente il legislatore manifesta solo una volontà negativa (con l’abrogazione secca) e non anche una volontà positiva. In caso di abrogazione secca, tra l’altro, l’alternativa *abrogatio/mutatio* ha una rilevanza solamente in campo esecutivo, ed ai meri fini della revoca del giudicato, perché in sede di cognizione, il giudice di merito può dare luogo alla riqualificazione del fatto di reato sotto la vecchia fattispecie generale che si ri-espande[[30]](#footnote-30).

***5)*** ***La successione di norme non riguardanti due fattispecie incriminatrici penali, bensì una norma penale ed un illecito amministrativo: le statuizioni della Corte Costituzionale n. 193 del 2016; n. 43, 68, e 109 del 2017.***

La diatriba ermeneutica in merito alla estensibilità dei principi regolatori della successione delle norme penali nel tempo, con particolare riferimento al principio della retroattività della *lex mitior* anche al diritto amministrativo punitivo legato ai fenomeni di depenalizzazione e “degradazione” dell’illecito penale in illecito amministrativo, ha animato la comunità degli interpreti a più riprese. Controversa risulta essere, infatti, l’applicazione del principio di retroattività del trattamento sanzionatorio più favorevole anche al campo delle sanzioni amministrative, qualora le stesse siano volte a reprimere condotte inerenti illeciti amministrativi scaturenti da processi di depenalizzazione, non essendo rinvenibile, testualmente, un vincolo costituzionale nel senso della applicazione in ogni caso della legge successiva più favorevole con riferimento al sistema delle sanzioni amministrative.

la Corte costituzionale, con *sentenza n. 193 del 2016*, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 689/1981, per contrasto con gli artt. 117Cost., in relazione all'art. 7 CEDU,e 3 Cost., nella parte in cui non prevede l'applicazione della legge successiva più favorevole agli autori di illeciti amministrativi, ha affermato l’impossibilità di derivare tale principio della retroattività della legge più favorevole nell’ambito del sistema sanzionatorio amministrativo, sia dalle garanzie apprestate dalla CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, sia con riferimento ai valori costituzionali giacché in materia di sanzioni amministrative non è dato rinvenire un vincolo costituzionale nel senso dell'applicazione in ogni caso della legge successiva più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore dare adito a diversi regimi transitori operanti nei singoli casi di depenalizzazione. Rientra infatti nella discrezionalità del legislatore individuare, secondo le proprie determinazioni, le disposizioni intertemporali dei vari interventi di depenalizzazione, giacché, ai sensi dell’interpretazione maggioritaria, i principi dettati dagli artt. 40 e 41 della legge di depenalizzazione n. 689 del 1981, sembrano valere solo ed esclusivamente per quel particolare intervento riformatore di depenalizzazione, non potendo assurgere al rango di principi generali di disciplina della successione delle leggi nel tempo del diritto punitivo amministrativo.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 193 del 2016, in atre parole, nell’affrontare l’annosa questione della estensibilità o meno dell’art. 2 comma 4 c.p. (principio di retroattività della norma penale più favorevole), che assicura al cittadino il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge vigente al momento del fatto e quello previsto dalle leggi successive, anche all’ipotesi della successione nel tempo di illeciti penali ed amministrativi, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale), sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione[[31]](#footnote-31), quest’ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

In materia, l’excursus giuridico della giurisprudenza di legittimità e dei giudici della Consulta[[32]](#footnote-32) conduce a ritenere che debba essere garantita la distinzione ontologica e giuridica, rispettivamente, degli illeciti penali e di quelli amministrativi, dal momento che, come noto, la retroattività *in mitius* risulta operare solo per i primi e, al contrario, il principio di irretroattività si estende sia ai primi che ai secondi. Inoltre, le disposizioni transitorie *omnibus*, degli artt. 40 e 41 della legge n. 689 del 1981, devono ritenersi operanti solo con riguardo agli illeciti depenalizzati con la stessa legge, come risulta evidente sia dai lavori preparatori, sia dal fatto che, in generale, le leggi di depenalizzazione, sovente, provvedono a dettare disposizioni transitorie *ad hoc* e, dunque, non sarebbe possibile attribuire a quegli articoli valore generale.

Le problematiche interpretative che sottostanno alla riconduzione dei principi della successione delle norme penali nel tempo al diritto amministrativo punitivo, derivano dalla circostanza secondo cui il nostro ordinamento difetta di una disciplina generale di diritto intertemporale in riferimento alle ipotesi di depenalizzazione e ai fenomeni successori che l’istituto innesca. Come noto, infatti, il fenomeno della trasformazione dei reati in illeciti amministrativi, che risponde a scelte di politica del diritto ispirate ai principi di sussidiarietà e proporzionalità in materia penale, pur avendo registrato importanti interventi normativi nel corso degli anni, con particolare riferimento alla legge del 24 novembre n. 689 del 1981, non reca una disciplina intertemporale organica di carattere generale, estensibile a qualunque ipotesi di sanzione amministrativa derivante dalla depenalizzazione.

L’evidenziata lacuna, inoltre, non risulta colmata nemmeno dall’art. 48 delle disposizioni transitorie del codice penale, volto ad affermare il principio dell’applicazione della legge più favorevole al reo, giacché tale norma si riferisce ai soli casi di “successione di leggi penali” privi di una specifica disciplina intertemporale e, pertanto, non può trovare applicazione allorquando il fenomeno successorio interessi una legge penale seguita e modificata da una legge di natura diversa, come nel caso della depenalizzazione.

Con *la* [*sentenza n. 193/2016*](http://www.penalecontemporaneo.it/d/4912-la-corte-costituzionale-su-sanzioni-amministrative-e-principio-di-retroattivitadella-lex-mitior)*,* la Corte, pur prendendo atto della giurisprudenza di Strasburgo in materia di estensione delle garanzie penali alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente afflittive sulla base dei criteri *Engel*, oltre che dell'affermazione del principio della retroattività della legge penale più favorevole da parte della Grande camera nella sentenza *Scoppola c. Italia* del 2009, ha tuttavia negato che dall’art. 7 CEDU, così come interpretato dal ‘suo’ giudice, discenda “*l’affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative*”. Conseguentemente, la Corte ha giudicato infondata la questione prospettata dal giudice *a quo*, mirante a integrare la disciplina generale sull’illecito amministrativo di cui alla legge n. 689/1981 tramite la previsione di un diritto generale di applicazione della legge successiva più favorevole anche agli autori di illeciti amministrativi, con l’incongruente risultato di negare la garanzia convenzionale della retroattività della *lex mitior* anche agli autori di illeciti amministrativi che, in base ai criteri *Engel*, devono essere considerati come sostanzialmente penali ai fini dell’applicazione dell’art. 7 CEDU.

In un secondo momento, con *la* [*sentenza n. 43 del 2017*](http://www.penalecontemporaneo.it/d/5300-illegittimita-sopravvenuta-della-sanzione-amministrativa-sostanzialmente-penale-per-la-corte-costit)*,* la Consulta ha giudicato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 30 co. 4 della legge n. 87/1953, nella parte in cui tale disposizione non risulta estensibile alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente punitive ai sensi dell’art. 7 CEDU, con la conseguenza della cessazione dell’esecuzione della pena e di tutti i suoi effetti penali nel caso in cui sia stata dichiarata l’illegittimità costituzionale della norma in applicazione della quale la sentenza di condanna è stata pronunciata. Questo perché il principio di retroattività della legge penale più favorevole è stato sinora affermato dalla giurisprudenza di Strasburgo soltanto rispetto alle leggi succedutesi dal momento del fatto alla sentenza definitiva, senza alcuna affermazione della necessità di travolgere il giudicato.  Con la conseguenza, tuttavia, di lasciare intatto il potere/dovere dell’amministrazione pubblica di procedere alla riscossione di una sanzione divenuta ormai definitiva, e irrogata sulla base di una l*egge dichiarata illegittima dalla stessa Corte costituzionale*.

Da ultimo, con *la sentenza n. 68 del 2017*, la Corte costituzionale si è pronunciata in merito al principio di legalità della pena in relazione a sanzioni amministrative aventi natura ‘sostanzialmente penale’ secondo i criteri *Engel*, dichiarando inammissibili una serie di questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto la possibilità di applicare retroattivamente un'ipotesi di confisca per equivalente prevista per l’illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate che, con sei ordinanze di analogo tenore, la Corte di Cassazione aveva sollevato con riferimento alla disciplina introdotta con legge del 2005, dichiarata applicabile da quella stessa legge anche ai fatti pregressi che, in precedenza, avessero costituito reato, purché il relativo procedimento penale non fosse già stato definito con sentenza irrevocabile. La Corte costituzionale, nel dichiarare di condividere la premessa interpretativa della Cassazione, secondo cui alla confisca per equivalente prevista per l’illecito amministrativo in parola debba essere assegnata natura penale ai sensi dell’art. 7 CEDU, propende poi per una differente soluzione, giacché arriva a dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale prospettate dai giudici di legittimità. La Consulta, pur addivenendo al risultato pratico della dichiarazione di inammissibilità delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, tuttavia, parte da talune premesse metodologiche che sembrano aprire quegli spiragli ermeneutici che meritano approvazione. In primo luogo, la Corte afferma che “*l’adozione di criteri sostanziali per la definizione della materia penale è funzionale a una più ampia garanzia dell’individuo, e non comporta alcuna incontrollata espansione del diritto penale a danno dell’illecito amministrativo”*, giacché riconoscere natura ‘sostanzialmente penale’ ad un illecito ovvero ad una sanzione o procedimento significa soltanto affermare che a quell’illecito, sanzione o procedimento devono applicarsi le garanzie che la Costituzione e la Convenzione riservano alla materia penale (artt. 25 co. 2, 27, 111 co. 3-5, 112 Cost., nonché gli artt. 6 CEDU, 7 CEDU e 2 e 4 prot. 7 CEDU) senza che ciò comporti, necessariamente, una riqualificazione a ogni altro fine dell’illecito in questione come ‘reato’. In secondo luogo, la Consulta stabilisce il principio secondo cui “*il giudice nazionale è, al tempo stesso, il primo giudice della Convenzione europea, come tale tenuto ad interpretare e ad applicare le sue disposizioni, salva la sola ipotesi in cui incontri un ostacolo normativo insuperabile a livello di legislazione ordinaria (ipotesi nella quale sarà tenuto a rimettere la questione alla Corte costituzionale, ex art. 117 co. 1 Cost.)”*. Interpretare la Convenzione significa anche anticipare la Corte EDU nella risoluzione di problematiche ermeneutiche che non sono ancora state sottoposte alla sua attenzione, nella consapevolezza che la funzione interpretativa della Corte di Strasburgo è semplicemente quella di fissare linee interpretative generali e comuni ai diversi ordinamenti giuridici, destinate ad essere sviluppate nei singoli ordinamenti nazionali. In tal senso, sarebbe assurdo per i giudici italiani attendere una pronuncia della Corte di Strasburgo, che riconosca la natura penale della specifica forma di confisca per equivalente disciplinata dall’art. 187*sexies* TUF, allorquando a tale conclusione possa pervenirsi attraverso l’applicazione di principi *illo tempore* consolidati nella giurisprudenza europea, dalla giurisprudenza italiana, di merito, di legittimità e costituzionale. Dopo queste premesse ermeneutiche, tuttavia la Consulta dichiara l’inammissibilità delle questioni prospettate, asserendo come, il giudice a quo avrebbe dovuto motivare sulla natura effettivamente deteriore del trattamento sanzionatorio ad esito dell’intervento normativo, “*assunto nel suo complesso e dunque comprensivo della confisca per equivalente*” rispetto a quello previsto al momento del fatto. Questo perché nell’ipotesi in cui tale nuovo trattamento risultasse complessivamente più favorevole, non si porrebbe un problema di contrasto con il principio di legalità della pena si porrebbe, giacché tale principio risulta avere tra i suoi corollari retroattività della *lex mitior*.

***6)*** ***Analisi ermeneutica della pronuncia della Corte Costituzionale n. 223 del 2018, con particolare riferimento al concreto giudizio di ponderazione della maggiore o minore valenza afflittiva della sanzione amministrativa rispetto al trattamento sanzionatorio penale.***

Dalla pronuncia della Corte Costituzionale *de qua* si evince chiaramente come, in via generale, l’applicazione retroattiva delle nuove sanzioni amministrative è sovente compatibile con i dettami costituzionali, non venendo in questione l’applicazione retroattiva di un trattamento sanzionatorio più severo di quello vigente al momento del fatto, bensì l’applicazione retroattiva di un trattamento sanzionatorio che risulta normalmente più favorevole. Tuttavia, possono rinvenirsi casi particolari in cui la mitigazione del trattamento sanzionatorio amministrativo, derivante dalla depenalizzazione, è soltanto apparente[[33]](#footnote-33). Questo perché per quanto la sanzione penale incida sul bene della libertà personale e possegga un connotato speciale di stigmatizzazione sul piano etico e sociale della condotta incriminata, tuttavia, non può sottovalutarsi l’impatto della sanzione amministrativa sui diritti fondamentali, giacché il carico afflittivo della sanzione amministrativa può risultare maggiore di quello della sanzione penale.

A tal proposito, la comparazione tra la gravità delle due discipline sanzionatorie (quella penale previgente e quella amministrativa successiva), oltre ad essere possibile deve anche essere condotta in modo doveroso, al fine di applicare retroattivamente all’autore dell’illecito di una disciplina di carattere punitivo più gravosa di quella in vigore al momento del fatto. Dunque, la Consulta, nel dichiarare l’incostituzionalità dell’art. 9 della legge 62 del 2005, ha affermato il principio secondo cui, l’inderogabile disciplina applicazione retroattiva della nuova disciplina sanzionatoria amministrativa ai fatti pregressi l’entrata in vigore della riforma, si pone in contrasto con gli artt. 25, comma 2 cost. e 117 cost., con riferimento all’art. 7 della CEDU, nella parte in cui si impone di applicare la nuova disciplina a fatti pregressi qualora essa risulti in concreto più sfavorevole di quella precedentemente in vigore.

Con la sentenza n. 223 del 2018, la Corte costituzionale ha delineato i limiti entro i quali può considerarsi costituzionalmente legittima l’applicazione retroattiva di sanzioni amministrative ‘punitive’, vale a dire sostanzialmente penali, ancorché formalmente amministrative, alla luce dei noti criteri Engel, prescritte dal legislatore, in luogo delle precedenti fattispecie di reato e delle precedenti sanzioni penali, per effetto di interventi di depenalizzazione.

La valenza dei principi affermati dalla Corte, pur riguardando una questione relativa all’applicazione retroattiva della confisca per equivalente *ex* art. 187 *sexies* t.u.i.f., introdotta nel 2005 dalla legge che ha depenalizzato l’*insider trading* secondario (art. 187 *bis* t.u.i.f.), risulta avere tuttavia un carattere generale, riferibile *tout court* all’istituto della depenalizzazione, con particolare riferimento ai profili di diritto transitorio. Con tale statuizione sono state affrontate le questioni di legittimità costituzionale[[34]](#footnote-34) sollevate per contrasto con gli artt. 25, co. 2 Cost. e 117, co. 1 Cost., in rapporto all’art. 7 Cedu, da parte della Seconda sezione civile della Cassazione nell’ambito di procedimenti relativi a sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB. La Cassazione, in virtù della ritenuta natura penale del nuovo trattamento punitivo previsto per l’illecito amministrativo (con riferimento alle garanzie previste dall’art. 7 della CEDU), ha dubitato della legittimità costituzionale della disposizione transitoria, volta a garantire l’applicazione retroattiva delle nuove sanzioni (sostanzialmente) penali quando il procedimento penale per l’allora reato di *insider trading*secondario non sia stato ancora definito[[35]](#footnote-35). I giudici di legittimità, memori delle precedenti statuizioni della Consulta (sentenza n.68 del 2017), nella quale si era prospettata la mancanza dell’accertamento da parte dei giudici della effettiva natura maggiormente afflittiva del trattamento sanzionatorio scaturente dall’intervento normativo, dopo avere riassunto i giudizi, hanno provveduto all’accertamento in concreto della maggiore valenza punitiva del trattamento sanzionatorio introdotto con la legge di depenalizzazione e, a seguito della riproposizione della questione alla Corte costituzionale, quest’ultima ha in questa occasione accolto la questione.

 La Corte, in primo luogo, ribadisce l’orientamento secondo cui la fondamentale garanzia dell’irretroattività *in malam partem*, sancita dall’art. 25, co. 2 Cost. (consistente nel duplice divieto di applicare retroattivamente: una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante ed una legge che punisca più severamente un fatto già precedentemente incriminato) si estende al diritto sanzionatorio amministrativo, giacché riguarda non solo i reati e le pene, ma anche gli illeciti amministrativi e le sanzioni amministrative a carattere punitivo, 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 alla commissione del fatto*”. Tale principio, secondo la Corte si radica nell’art. 25, co. 2 Cost., letto alla luce delle garanzie derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani e, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte EDU relativa all’art. 7 CEDU.

La Corte passa poi alla precisazione dei limiti entro i quali il principio generale così analizzato risulti essere compatibile con gli interventi di depenalizzazione, vale a dire con quegli interventi di trasformazione di reati in illeciti amministrativi. Se il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative a carattere punitivo operasse indiscriminatamente, infatti, le leggi di depenalizzazione comporterebbero non solo, ai sensi dell’art. 2, co. 2 c.p., l’impossibilità di applicare ai fatti antecedentemente commessi le sanzioni *penali* vigenti al tempo della loro realizzazione, ma altresì l’impossibilità di applicare a quei fatti *le nuove sanzioni amministrative* introdotte in luogo di quelle penali. La depenalizzazione comporterebbe necessariamente che, nel periodo transitorio, non potrebbero essere puniti quei fatti che l’ordinamento continua a considerare illeciti, per quanto diversamente qualificati (da reati ad illeciti amministrativi). Al fine di evitare tali inconvenienti, in occasione di interventi di depenalizzazione, il legislatore sovente prevede, attraverso apposite norme transitorie, come nel caso della considerata legge 62 del 2005, l’applicazione retroattiva delle nuove sanzioni amministrative ai fatti antecedentemente commessi, sul duplice presupposto che: A) tali fatti erano già qualificati in termini di illiceità al momento della loro commissione; B) la sanzione penale all’epoca prevista era più grave di quella, di natura amministrativa, introdotta dalla legge di depenalizzazione[[36]](#footnote-36).

La Corte, in tal frangente, ribadisce un principio già affermato nella *sentenza n. 68/2017*: “*l’applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio risultante da un intervento di depenalizzazione non contrasta con l’art. 25, co. 2 Cost. se risulta in concreto più favorevole rispetto a quello previsto dalla disciplina penale vigente a tempo della commissione del fatto. Viceversa, una norma transitoria che imponga di applicare retroattivamente le nuove sanzioni amministrative punitive, anche se nel complesso comportano un trattamento più sfavorevole, contrasta con l’art. 25, co. 2 Cost*”.

Dunque, il passaggio da sanzione penale a sanzione amministrativa punitiva (rientrante cioè nella ‘materia penale’, alla luce dei noti criteri Engel) determina un fenomeno analogo alla successione di leggi penali ex art. 2 c.p., rispetto al quale deve valere la garanzia costituzionale dell’irretroattività del trattamento successivo, se in concreto sfavorevole all’agente.

La Corte costituzionale si sofferma poi sui rapporti tra reato e illecito amministrativo, ricordando che non risulta possibile dare per scontato il carattere più favorevole della sopravvenuta legge di depenalizzazione. In tal senso, comportando una *abolitio criminis*, la depenalizzazione generalmente garantisce all’autore dell’illecito una *lex mitior* e, tuttavia, ciò non può essere presunto ma va accertato in concreto dal giudice, in conformità ai richiamati principi costituzionali.

L’idea della natura sostanzialmente penale di determinate sanzioni amministrative, non garantisce più la loro automatica valutazione in termini di misure più favorevoli, rispetto a sanzioni penali delle quali prendono il posto per effetto di interventi di depenalizzazione, giacché come noto, una sanzione pecuniaria amministrativa piò risultare fortemente più afflittiva di una sanzione penale[[37]](#footnote-37). In altre parole, non deve sbalordire che a fronte di un fenomeno di depenalizzazione, ad oggi, la sanzione amministrativa scaturente dalla degradazione dell’illecito penale in illecito amministrativo, risulti essere maggiormente afflittiva e dal più pregnante carattere punitivo[[38]](#footnote-38).

La Corte afferma inoltre che, a fronte di simili scenari, non può non ammettersi ( come ha fatto la sentenza n. 68 del 2017) che “*la presunzione di maggior favore del trattamento sanzionatorio amministrativo rispetto al previgente trattamento sanzionatorio penale nell’ipotesi di depenalizzazione di un fatto precedentemente costitutivo di reato non può che intendersi, oggi, come meramente relativa, dovendosi sempre lasciare spazio alla possibilità di dimostrare, caso per caso, che il nuovo trattamento sanzionatorio amministrativo previsto dalla legge di depenalizzazione risulti in concreto più gravoso di quello previgente. Con conseguente illegittimità costituzionale dell’eventuale disposizione transitoria che ne preveda l’indefettibile applicazione anche ai fatti pregressi, per violazione dell’art. 25, secondo comma, Cost.*”.

La Corte costituzionale propende, dunque, per una pronuncia di accoglimento, giacché la disposizione censurata “*disponendo l’inderogabile applicazione retroattiva della nuova disciplina sanzionatoria ai fatti pregressi, si pone in contrasto con gli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 7 CEDU, nella parte in cui impone di applicare la nuova disciplina anche qualora essa risulti in concreto più sfavorevole di quella precedentemente in vigore*”. *Conseguentemente, il censurato art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui stabilisce che la confisca per equivalente prevista dall’art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998 si applica, allorché il procedimento penale non sia stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 62 del 2005, quando il complessivo trattamento sanzionatorio generato attraverso la depenalizzazione sia in concreto più sfavorevole di quello applicabile in base alla disciplina previgente*”.[[39]](#footnote-39)

Alla luce di queste affermazioni, non può non rilevarsi come, risulti essere del tutto evidente il carattere estremamente afflittivo che le sanzioni amministrative possono avere, giacché le stesse possono arrivare ad avere una valenza punitiva maggiore rispetto alle sanzioni penali. Il che significa, che non sempre al fenomeno della ‘depenalizzazione’ segue quello di una migliore prospettazione sanzionatoria per l’autore dell’illecito, potendo il complessivo trattamento sanzionatorio risultante dalla depenalizzazione essere, dunque, maggiormente afflittivo.

***7)*** ***“La svolta” della Corte Costituzionale n.63 del 2019 e la penetrazione del principio di retroattività della lex mitior nel diritto amministrativo punitivo in presenza di sanzioni formalmente qualificate amministrative dall’ordinamento ma aventi natura e funzione sostanzialmente “punitiva”.***

La questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2017 dalla Corte d’Appello di Milano, si riferiva ad una condanna per l’illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate tipizzato dall’art. 187-*bis* del T.u.f., a seguito della quale la Consob nel 2016 aveva irrogato, tra l’altro, la sanzione pecuniaria di centomila euro. Tuttavia, il successivo d.lgs. n. 72 del 2015, al comma 3 dell’art. 6, aveva espressamente previsto l’inapplicabilità della previsione di quintuplicazione delle sanzioni amministrative introdotta nel 2005, ripristinando il più mite sistema sanzionatorio precedente. Contestualmente, il comma 2 dello stesso art. 6 introduceva una disposizione di diritto transitorio, secondo la quale la nuova disciplina sanzionatoria avrebbe trovato applicazione solo per le violazioni future, prescrivendo la irretroattività della *lex mitior*. Su tale tale ultima disposizione normativa (il comma 2 dell’art. 6) è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 7 Cedu (ma la motivazione richiamava anche l’art. 49 CDFUE), nella parte in cui escludeva la retroattività *in mitius* della normativa sanzionatoria più favorevole introdotta dall’art. 6, comma 3.

L’iter logico-giuridico seguito dalla Corte Costituzionale nella *pronuncia n. 63 del 2019* può essere riepilogato nei termini che seguono.

In primo luogo, la Corte Costituzionale parte dall’assunto giuridico secondo cui*“il principio della retroattività della lex mitior in materia penale è fondato, sia sull’art. 3 Cost., che sull’art. 117, primo comma, Cost.”* e, dunque, *“eventuali deroghe a tale principio devono superare un vaglio positivo di ragionevolezza in relazione alla necessità di tutelare ulteriori interessi di rango costituzionale di pari portata.* In tal senso, i giudici della Consulta statuiscono che *“il principio in questione deve ritenersi applicabile anche alle sanzioni amministrative che abbiano natura punitiva”.*

A fronte di questa prima asserzione giuridica dei giudici delle leggi, successivamente, segue poi l’ulteriore considerazione ermeneutica secondo cui*“le sanzioni amministrative previste per l’abuso di informazioni privilegiate di cui all’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998[[40]](#footnote-40) hanno natura “punitiva”, e rientrano, come tali, nell’ambito di applicazione del principio della retroattività in mitius.”*

Infine, la logica conseguenza di tali due postulati non può che essere quella secondo cui *“**la deroga alla retroattività in mitius stabilita dall’art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, non supera il “vaglio positivo di ragionevolezza” ed è, pertanto, costituzionalmente illegittima, nella parte in cui esclude l’applicazione retroattiva delle modifiche in mitius apportate alle sanzioni amministrative previste per l’illecito di abuso di informazioni privilegiate di cui all’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998”.*

Dunque, in altre parole, la Corte Costituzionale parte dalla prima premessa metodologica secondo cui: la retroattività della *lex mitior* è un principio di rango costituzionale, che fonda le sue radici normative nell’art. 3 e 117 della Cost. e, dunque, per quanto possano ammettersi delle deroghe allo stesso, queste ultime devono superare il vaglio positivo di ragionevolezza. Da tale prima premessa metodologica può derivarsi l’assunto giuridico secondo cui, il principio della *lex mitior* deve applicarsi non solo nell’ambito della successione delle leggi penali nel tempo, bensì anche nell’ipotesi di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, quali risultano essere le sanzioni volte a reprimere l’abuso di informazioni privilegiate di cui all’art. 187 bis TUF, avendo queste ultime una natura fortemente dissuasiva, repressiva e punitiva, alla stregua di sanzioni formalmente penali. Conseguentemente, l’art. 187 bis TUF è incostituzionale, nella parte in cui prevede una deroga alla retroattività della *lex mitior* “non ragionevole”, giacché non impedisce l’applicazione di tale principio con riferimento a sanzioni sostanzialmente punitive[[41]](#footnote-41).

La “svolta” della Consulta consiste, in altre parole, nel ritenere applicabile il principio di retroattività della *lex mitior* anche alla successione nel tempo di norme formalmente qualificate amministrative da parte dell’ordinamento giuridico ma aventi natura sostanzialmente penale, garantendo, in un certo senso quindi la penetrazione delle garanzie penalistiche nel diritto amministrativo punitivo[[42]](#footnote-42), *giacché, come testualmente afferma la Corte: “non v’è dubbio che la sanzione amministrativa prevista dall’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 abbia natura punitiva, e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dei diritti umani assicurano alla materia penale, ivi compresa la garanzia della retroattività della lex mitior.”*

Il ragionamento seguito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 63 del 2019 risulta essere, prima che un ragionamento giuridico-normativo, un sillogismo logico-aristotelico e risulta essere declinabile tramite questi tre passaggi a dir poco “scientifici”:

* Premessa maggiore: il principio di retroattività della *lex mitior* ha natura costituzionale, ancorché non risulti avere valore assoluto ed inderogabile, rinvenendo il suo fondamento giuridico non nell’art. 25 comma 2 Cost, bensì nell’art. 3 Cost e, pertanto, sulla base della giurisprudenza di Strasburgo, risulta operante anche con riferimento ai fenomeni di depenalizzazione, allorquando alla fattispecie di reato precedentemente vigente succeda una sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente punitiva sulla base dei criteri Engel e delle garanzie della CEDU;
* Premessa minore: la sanzione amministrativa prevista dall’art. 187 bis d.lgs. 58 del 1998 ha natura formalmente amministrativa ma sostanzialmente punitiva e, pertanto, operano nei suoi riguardi le garanzie penali della CEDU;
* Soluzione ermeneutica: il principio della retroattività della legge sopravvenuta più favorevole opera anche con riguardo alla sanzione amministrativa di cui all’art. 187 bis del TUF e, dunque, dal momento che tale sanzione risulta complessivamente meno afflittiva della precedente sanzione amministrativa, dovrà trovare applicazione retroattiva.

Tale iter giuridico conduce alla constatazione della irragionevolezza della deroga alla retroattività *in mitius* stabilita dall’art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, oltre alla conseguente dichiarazione di illegittimità costituzionale[[43]](#footnote-43), nella parte in cui esclude l’applicazione retroattiva delle modifiche *in mitius* apportate alle sanzioni amministrative previste per l’illecito di abuso di informazioni privilegiate di cui all’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998.

***8)*** ***Riflessioni conclusive.***

Centrale nella sentenza della Corte Costituzionale n. 63 del 2019 risulta essere la trattazione del tema della natura giuridica dei poteri sanzionatori[[44]](#footnote-44) e delle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, come ad esempio quelle degli illeciti disciplinati nel Testo Unico di Intermediazione Finanziaria ovvero con riferimento al fenomeno di depenalizzazione di cui alla legge 689 del 1981, giacché si pone in capo all’interprete la necessità di valutare il carattere punitivo di tali prescrizioni normative, e la sua compatibilità con il quadro dell’unitario fenomeno sanzionatorio dell’ordinamento giuridico, che abbraccia anche le sanzioni penali.

In generale, le sanzioni amministrative possono essere definite alla stregua di misure afflittive non consistenti in una pena criminale ovvero in una sanzione civile, irrogate nell’esercizio di potestà amministrative, come conseguenza di un comportamento assunto da un soggetto in violazione di una norma o di un provvedimento ovvero irrogato in capo al responsabile cui l’illecito sia imputato. Taluno, in dottrina, ha sottolineato il nesso con l’istituto dell’autotutela. Altra parte della comunità degli interpreti, invece, associa il tema del potere sanzionatorio nel diritto amministrativo punitivo alla funzione amministrativa di cura dell’interesse pubblico affidato dalla norma attributiva del potere, propendendo per l’affrancamento dal paradigma penalistico.

Vi è infine chi, nel rinnegare la strumentalità dei poteri sanzionatori rispetto all’amministrazione attiva, mette in evidenza il carattere punitivo del diritto amministrativo sanzionatorio, richiamando il fenomeno sanzionatorio penalistico.

Come noto, nell’ambito del diritto euro-unitario e convenzionale, le sanzioni punitive di matrice amministrata sono sottoposte ad un regime di garanzie unitario ed analogo a quello applicabile alle sanzioni penali. In tal senso, sembra opportuno precisare come, nel sistema CEDU, sono ritenute “penali” alcune sanzioni che nel nostro ordinamento sono tradizionalmente qualificate come amministrative, giacché la Corte europea di Strasburgo ha affermato che viola il divieto di *bis in idem* di cui all’art. 4 Protocollo 7 alla CEDU, la contestuale comminazione, con riguardo ad una medesima condotta e con riferimento agli stessi fatti, di una sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale e di una sanzione penale.

Con *sentenza del 4 marzo 2014* ‘*Grande Stevens* *c. Italia’*, la Corte di Strasburgo ha censurato la normativa italiana che sanziona i reati di *market abuse* fondata sul doppio sistema sanzionatorio penale ed amministrativo. Successivamente, la Corte EDU con *sentenza del 15 novembre 2016 ‘A e B c. Norvegia’* ha tuttavia salvato il sistema del doppio binario sanzionatorio, a condizione che i due procedimenti, quello penale ed amministrativo, siano sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo, dovendosi evitare, innanzitutto, una duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, ed imponendosi altresì che la sanzione imposta dal primo giudice sia presa in debita considerazione dal secondo nell’ambito di un giudizio di proporzionalità. Non è infine mancato l’apporto ermeneutico della Corte di Giustizia UE al dibattito sovranazionale sulla compatibilità del doppio binario sanzionatorio con il principio del ne bis in idem, la quale, con tre importanti pronunce del 20 marzo 2018, riguardanti, rispettivamente, un procedimento sanzionatorio per omesso versamento IVA, un procedimento CONSOB per manipolazione del mercato, e due procedimenti CONSOB per abuso di informazioni privilegiate. In tale occasione, la CGUE ha ribadito la validità dei criteri elaborati dalla Corte EDU per l’individuazione delle sanzioni aventi un carattere intrinsecamente e sostanzialmente penale, ritenendo che, le sanzioni amministrative in questione fossero caratterizzate da un elevato grado di afflittività e da una finalità punitiva e non meramente risarcitoria/compensativa. La Corte di Giustizia UE, tuttavia, ha affermato che le legislazioni nazionali dei singoli Stati membri possono introdurre limitazioni al principio del *ne bis in idem*, qualora le stesse siano finalizzate ad un obbiettivo di interesse generale e siano disciplinate in modo chiaro e preciso così da consentire al soggetto accusato di prevedere quali atti od omissioni possono costituire oggetto di tale cumulo sanzionatorio, derivante da tale doppio binario “consentito”. La Corte ha altresì evidenziato la necessità di un coordinamento dei procedimenti in questione in modo da limitare le sanzioni inflitte a quanto strettamente necessario, tenuto anche conto della gravità dell’illecito commesso. Nelle fattispecie portate alla sua attenzione, la Corte ha statuito che, gli obiettivi di assicurare una riscossione integrale dell’IVA e di tutela dell’integrità dei mercati finanziari dell’UE, oltre che la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari risultano essere obiettivi idonei a giustificare un cumulo sanzionatorio derivante dal doppio binario (sanzione penale + sanzione formalmente amministrativa dal carattere sostanzialmente punitivo).

Dunque, in altre parole, sempre nell’ottica del ridimensionamento della rilevanza del principio del *ne bis in idem* internazionale, così come prospettato già in precedenza dalla sentenza “*A. e B. contro Norvegia*”, la Corte di Giustizia dell’UE ha riconosciuto che agli Stati membri è consentito prevedere un cumulo sanzionatorio, a patto che tale sistema di doppio binario sia conforme a determinate caratteristiche e condizioni dalla stessa precisate[[45]](#footnote-45).

La tematica della natura sostanzialmente punitiva di sanzioni formalmente amministrative, con riferimento alla compatibilità tra il principio del *ne bis in idem* con i meccanismi di doppio binario sanzionatorio (che sanzionano la medesima condotta con un illecito penale ed uno amministrativo) è strettamente connessa al tema dell’estensione delle garanzie penalistiche al diritto amministrativo punitivo. Si tratta infatti di ambiti giuridici fortemente discussi, sia a livello sovranazionale (euro-unitario e convenzionale), che a livello nazionale. Infatti, nella giurisprudenza dalla Corte EDU, a partire dalla sentenza Engel, si è ormai consolidato il principio secondo cui le garanzie convenzionali si applicano non solamente alle sanzioni formalmente qualificate come penali dal legislatore interno, ma anche a quelle sostanzialmente tali. In tal senso, al fine di evitare l’agevole elusione delle garanzie sancite dalla CEDU, si ritiene che debbano considerarsi penali quelle misure che, ancorché non qualificate come tali poiché non irrogate all’esito di un processo penale, sono ciò nonostante dirette ad assolvere una funzione repressiva mediante l’applicazione di sanzioni significativamente afflittive.

In tal senso, è possibile rinvenire due diversi corollari derivanti dalla riqualificazione delle sanzioni amministrative ovvero delle misure di sicurezza (si pensi all’ipotesi della confisca per equivalente) in termini di pena in senso sostanziale.

Il primo corollario è quello dell’inefficacia retroattiva delle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente dotate di una carica punitiva, giacché l’art. 7 della CEDU sancisce il principio della irretroattività delle nuove incriminazioni ovvero di una legge che prevede un trattamento sanzionatorio deteriore rispetto a quello vigente al momento della commissione dell’illecito. Nel nostro ordinamento giuridico, in particolare, la questione è venuta in rilievo con riferimento all’istituto della confisca per equivalente, giacché in tal caso tale misura è stata riqualificata come pena, poiché avente ad oggetto beni non derivanti dal reato commesso, non risultando quindi connotata da una funzione preventiva che mira a neutralizzare la pericolosità insista nel mantenimento di beni di origine illecita, bensì da quella punitiva, volta piuttosto a stigmatizzare il comportamento criminoso, tramite l’imposizione di un sacrifico patrimoniale finalizzato al ripristino della situazione economica antecedente alla commissione dell’illecito.

Il secondo corollario derivante dall’interpretazione dei criteri Engel è rappresentato dall’applicazione del principio di retroattività della legge più favorevole anche nell’ambito del diritto amministrativo punitivo, laddove sembrerebbe oggi possibile affermare che un illecito amministrativo, da considerarsi in senso sostanzialmente penale, qualora sia modificato in senso più favorevole, possa trovare applicazione anche nei riguardi del soggetto autore della condotta posta in essere sotto la vigenza della disciplina deteriore.

In generale, il dibattito circa il rapporto tra il principio di irretroattività della legge più sfavorevole e quello della *lex mitior,* con riferimento alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali poiché dotate di una carica punitiva, che, in materia di confisca per equivalente, sembrava ormai essere piuttosto sopito, risulta essere di nuovo al centro di diatribe ermeneutiche nella comunità degli interpreti[[46]](#footnote-46), ad esito dei nuovi fenomeni di depenalizzazione, che hanno interessato, particolarmente, il campo degli illeciti in materia di intermediazione finanziaria e quello degli illeciti fiscali in materia di imposte sul valore aggiunto.

Tale nuovo riacceso dibattito circa la possibilità di applicare i principi di diritto intertemporale penalistici anche al campo del diritto amministrativo punitivo, nasce dal fatto che, mentre in passato, la tesi maggioritaria riteneva di dover escludere l’applicazione della *lex mitior* anche ai fenomeni di successione tra illeciti penali ed amministrativi derivanti da processi di depenalizzazione, diversamente, oggi, a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 63 del 2019, sembra potersi affermare un principio di diritto opposto, vale a dire quello secondo cui: “*non v’è dubbio che la sanzione amministrativa prevista dall’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 abbia ‘natura punitiva’, e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dei diritti umani assicurano alla materia penale, ivi compresa la garanzia della retroattività della lex mitior.*”

In conclusione, alla luce dei due corollari sopra descritti (vale a dire quello del divieto di retroattività di una sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente punitiva ed applicazione retroattiva *in mitius* di una sopravvenuta sanzione amministrativa nel complesso meno afflittiva rispetto alla precedente sanzione amministrativa), sembrerebbe possibile affermare che sussiste attualmente una tendenza del nostro ordinamento giuridico volta ad equiparare *tout court* le regole della successione delle leggi nel tempo nel campo del diritto penale e del diritto amministrativo punitivo. E questo perché sembrano ormai entrati a fare parte del nostro ordinamento giuridico quei principi convenzionali ed euro-unitari che disciplinano le sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali alla stregua di sanzioni formalmente e sostanzialmente penali. Dunque, non sarebbe più ravvisabile quella netta contrapposizione tra la disciplina della successione delle norme nel tempo in ambito penale e disciplina della successione delle norme nel tempo nell’ambito del diritto amministrativo “punitivo”.

 Elena Berto,

 Tirocinante del Consiglio di Stato.

1. Per quanto concerne l’insieme dei principi regolatori del regime intertemporale delle norme penali, in dottrina, si prendano in considerazione i contributi di: Mantovani “*Diritto penale*”, nona edizione, Padova, CEDAM, 2015; Veneziani, “*Elementi di diritto penale*”, parte generale, sesta edizione, Padova, CEDAM, 2015; Fiandaca, Musco, “*Diritto penale*”, parte generale, settima edizione, Zanichelli, Bologna, 2014; Ramacci “*Corso di diritto penale*”, quarta edizione, a cura di Guerrini, Giappichelli, Torino, 2015; Padovani, “*Diritto penale*”, decima edizione, Milano, Giuffrè, 2012; Cadoppi, Marinucci Dolcini “*Corso di diritto penale*”, Terza Edizione, Milano, Giuffrè, 2012. [↑](#footnote-ref-1)
2. Per quanto concerne i principi regolatori della successione delle norme nel tempo in materia penale, e la differente valenza costituzionale del principio di irretroattività della norma sfavorevole (art. 25 comma 2 Cost.) rispetto a quello della retroattività della norma più favorevole (art. 3 Cost.), sembra opportuno riepilogare i punti fermi cui si è fino ad ora addivenuti nella comunità degli interpreti, soprattutto con riferimento all’*excursus* giurisprudenziale della Corte Costituzionale. I due principi che governano il regime generale intertemporale delle norme incriminatrici penali, e che disciplinano il fenomeno della successione delle leggi penali nel tempo sono due: 1)\_Il divieto di retroattività della norma penale sfavorevole, vale a dire il c.d. principio di irretroattività, previsto dall’art. 25, comma 2 della Costituzione, il quale risulta essere del tutto inderogabile ed assoluto; 2)\_Il principio di retroattività della legge penale più favorevole, sovente definito come il principio della *lex mitior*, il quale risulta sancito dall’art. 2 del codice penale, e non assurge a rango di diritto fondamentale ed assoluto, essendo limitabile e derogabile in presenza del sindacato di ragionevolezza, operato in positivo, sulla base del contemperamento di altri valori di rilevante impatto. Il divieto di retroattività della norma penale sfavorevole è inoltre funzionale a tutelare il valore fondamentale della libertà di autodeterminazione: i cittadini devono conoscere con sicurezza quali condotte sono prescritte dalla legge come reati, e quali sanzioni sono ad essi ricondotte. Non è possibile applicare una norma incriminatrice a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, giacché deve essere tutelato il principio di affidamento e della prevedibilità. Si tratta, come già più volte ribadito, di un principio incondizionato, che vieta di applicare retroattivamente la norma incriminatrice a fatti antecedenti la sua entrata in vigore. Diversamente, il principio di retroattività della legge penale più favorevole (il principio della *lex mitior*) risulta essere un valore non sancito espressamente dalla Costituzione, avendo lo stesso un valore tendenziale e, quindi, derogabile sulla base di un sindacato di ragionevolezza. Si tratta di un principio che non è volto a tutelare la prevedibilità e la calcolabilità del rischio penale delle condotte. In altre parole, non si tutela la libertà di scegliere se accettare o meno il rischio penale legato alla commissione di una determinata fattispecie criminosa, bensì il principio di uguaglianza. Quindi sono ammesse deroghe al principio di retroattività della *lex mitior* qualora siano sostenute dalla ragionevolezza, giacché in questo caso, il soggetto agente quando ha commesso il fatto di reato ben sapeva di compiere un fatto prescritto dalla legge come reato, non sussistendo un difetto di affidamento ovvero un difetto di prevedibilità. Pur essendo chiaro che il soggetto agente che ha commesso il reato sotto la vigenza della norma più severa, aspira a che gli venga applicata la disciplina della legge penale più favorevole sopravvenuta, tale diritto non risulta tuttavia essere del tutto incondizionato ed assoluto. Con riferimento alla retroattività della *lex mitior*, infatti, non entra in gioco la tutela della libertà di scelta, della calcolabilità, della prevedibilità del rischio penale, che sono valori fondamentali, subentrando semplicemente un problema di uguaglianza, nel senso che può risultare irragionevole trattare in modo differente due fatti storici uguali, semplicemente sulla base dell’assunto giuridico che un fatto è accaduto prima dell’entrata in vigore della *lex mitior* mentre l’altro dopo. [↑](#footnote-ref-2)
3. A tal proposito, sembra utile richiamare *la Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 17 settembre 2009 (Scoppola c. Italia)*, la quale testualmente afferma come: “*In materia di applicazione della legge penale. L’art. 7, par. 1, della Convenzione non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo. Pertanto, nell’ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, costituisce violazione dell’art. 7, par. 1, CEDU l’applicazione della pena più sfavorevole al reo. Costituisce altresì violazione dell’art. 6 par. 1 CEDU, relativo al diritto ad un processo equo, l’applicazione retroattiva delle nuove regole di determinazione della pena introdotte dal d.l. n. 341 del 2000 per il giudizio abbreviato, essendo stato deluso il legittimo affidamento che l’imputato aveva riposto su una riduzione di pena in sede di scelta del rito speciale”*.  [↑](#footnote-ref-3)
4. A sostegno della tesi che propende per il carattere non assoluto e derogabile del principio di retroattività della *lex mitior* può argomentarsi come, se dovesse assicurarsi un valore assoluto al principio della retroattività della legge penale più mite, ad esempio, saremmo costretti a ritenere incostituzionali quelle disposizioni normative contenute nell’art. 2 del codice penale che prevedono la deroga alla retroattività della *lex mitior* per le leggi eccezionali e temporanee, che risultano essere leggi ultra-attive, trattandosi di prescrizioni che continuano ad applicarsi ai fatti commessi sotto la loro vigenza, anche quando perdono di efficacia. Si tratta di situazioni eccezionali, che vengono disciplinate da leggi speciali ultra-attive (più severe), che continuano ad avere effetto anche dopo la perdita della loro efficacia, poiché non avrebbe senso applicare la *lex mitior* generale sopravvenuta, anche in quei casi particolari ed eccezionali. Diversamente, le leggi eccezionali e temporanee smetterebbero di svolgere la loro funzione deterrente, qualora fosse loro applicabile la *lex mitior*, giacché quando tali disposizioni vengono meno, per scadenza del loro termine, comunque non potrebbe applicarsi la sopravvenuta legge più favorevole. È evidente la ratio della deroga al principio della retroattività della *lex mitior* per le leggi temporanee ed eccezionali, dal momento che la ragione giustificatrice che garantisce la deroga ragionevole deriva dalla diversità del contesto fattuale, da un lato, della situazione eccezionale (quando la commissione del fatto è connotata da un particolare disvalore) e, dall’altro, della situazione ordinaria e non eccezionale (quando la commissione del fatto è connotata da un minor disvalore). In questi casi, la deroga alla *lex mitior* non determina una irragionevole disparità di trattamento. Al contrario, assolutizzare il principio della *lex mitior* significherebbe applicare la legge penale più favorevole anche in casi eccezionali, una volta che la legge eccezionale istituita per disciplinarli sia venuta meno: l’ultra-attività delle leggi in questione, infatti, garantisce il fatto che le stesse si applichino ai fatti eccezionali, operanti anche se sia sopraggiunta una *lex mitior* successivamente, giacché in questo caso, la stessa non retroagisce. Il fatto che la *lex mitior* non si applichi anche quando le leggi eccezionali perdono di efficacia per scadenza del termine, continuando ad applicarsi a quei casi eccezionali in deroga alla legge più favorevole sopravvenuta, risulta essere evidentemente una “deroga favorevole” alla stessa *lex mititor*, in considerazione dell’assunto della diversità fattuale tra chi ha commesso il fatto nella situazione eccezionale e chi lo ha commesso dopo. La Corte Costituzionale, in tal senso, ha più volte asserito come, predicando il valore assoluto della *lex mitior*, la disciplina delle norme eccezionali e temporanee verrebbe meno, poiché sarebbe negata la loro efficacia dissuasiva e deterrente. Quanto detto conferma che la *lex mitior* e la sua retroattività sono valori non assolutizzabili, bensì tendenziali, che devono essere derogati in presenza di una ragione giustificatrice meritevole. [↑](#footnote-ref-4)
5. Il legislatore ordinario disciplina il fenomeno della successione delle leggi nel tempo, in particolare, il divieto della retroattività della legge penale più sfavorevole (principio inderogabile), all’interno degli artt. 1 e 2, comma 1 del codice penale. Rispettivamente, ai sensi dell’art. 1 c.p.è prescritto che *“nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto dalla come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”;* mentre, a norma dell’art. 2, comma 1 c.p. si afferma che: *“nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato”*. Queste disposizioni riprendono la prescrizione costituzionale dell’art. 25 comma 2 della Costituzione, secondo cui “*nessuno può essere punito se non in base ad una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto*”. Tale principio della irretroattività è strumentale alla tutela della prevedibilità e calcolabilità del rischio penale delle condotte e, quindi, è strumentale alla tutela del principio della libertà e dell’autodeterminazione e delle scelte delle condotte da porsi in essere. La tutela della libertà di autodeterminazione è altresì strumentale anche alla funzione rieducativa della pena. La Corte Costituzionale ha ritenuto che l’art. 25, comma 2 della Cost. garantisse anche il principio di colpevolezza e, quindi, il divieto di responsabilità del fatto altrui. La colpevolezza completa il principio di legalità ed il divieto di retroattività. La prevedibilità e la calcolabilità della soglia del rischio penale, infatti, garantiscono la conoscibilità ex-ante delle conseguenze sanzionatorie associate a determinate condotte, prima della commissione delle stesse, giacché solo in questo modo possono essere rimproverabili. Il reato deve essere disciplinato tassativamente ed in modo determinato e deve essere desumibile *ex ante* rispetto alla commissione del fatto. La condotta non può essere semplicemente e materialmente ascrivile al soggetto, dovendo essere possibile rimproverargli il disvalore della condotta colpevole, sulla base della sua volontà e, dunque, del dolo ovvero della colpa manifestati nell’azione criminosa. Il fondamento dell’art. 25, comma 2, in altre parole, rinviene la sua ratio anche nel principio di colpevolezza, il quale completa il principio di riserva di legge. Infatti, mentre la riserva di legge garantisce la prevedibilità c.d. oggettiva, diversamente, la colpevolezza garantisce la calcolabilità soggettiva. [↑](#footnote-ref-5)
6. Art. 10, comma 3° [l. 251/2005](https://www.altalex.com/documents/leggi/2007/04/30/legge-ex-cirielli-attenuanti-generiche-recidiva-usura-e-prescrizione)*: “Se, per effetto delle nuove disposizioni, i termini di prescrizione risultano più brevi, le stesse si applicano ai procedimenti ed ai processi pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, ad esclusione dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché dei processi già pendenti in grado di Appello o avanti alla Corte di Cassazione”.* [↑](#footnote-ref-6)
7. In proposito, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con una prima sentenza del 2015 (*Taricco)* ha imposto la disapplicazione dei termini di prescrizione di taluni reati fiscali in materia IVA, *in malam partem*, nel caso in cui l’applicazione del regime prescrizionale nazionale in discorso avesse per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi di tutela degli interessi finanziari euro-unitari imposti dall’art. 325 paragrafi 1 e 2 TFUE. Il *Dictum* Taricco è stato tuttavia reputato dalla Corte Costituzionale potenzialmente lesivo del principio di legalità di cui all’art. 25 comma 2 Cost., nei suoi corollari della riserva di legge, irretroattività e determinatezza. Secondo la Consulta italiana, infatti, la riserva di legge sarebbe lesa dalla possibilità da parte della CGUE di imporre fattispecie incriminatrici direttamente applicabili e lesive della sfera giuridica soggettiva dei cittadini italiani, per mezzo di una statuizione giurisdizionale, di rango pretorio e sovranazionale, dal momento che, nell’ordinamento giuridico italiano, la riserva di legge ha carattere tendenzialmente assoluto, oltre che, natura parlamentare: le scelte di politica criminale sono rimesse al monopolio legislativo del parlamento, in quanto organo rappresentativo e democratico. Il principio di irretroattività sarebbe leso, invece, dalla mancata specificazione da parte del *Dictum* Taricco della operatività intertemporale delle sue prescrizioni: gli obblighi di disapplicazione *in malam partem* dei termini prescrizionali non posso valere per i fatti di reato commessi prima della statuizione della CGUE. Infine, la “regola Taricco” sarebbe affetta da un “deficit di determinatezza”, nel senso che la locuzione giurisdizionale del “numero considerevole di gravi frodi fiscali in materia IVA” risulta essere vaga e generica e, necessiterebbe pertanto, di un’opera di “tassativizzazione” da parte dei giudici comuni. L’incompatibilità del *Dictum* Taricco con il principio di legalità costituzionale italiano ha portato Corte Costituzionale a sollevare un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia dell’UE, con ordinanza n. 24 del 2017. La questione pregiudiziale è stata sollevata al fine di chiarire tre questioni ermeneutiche di rilevante impatto. In primo luogo, si è ritenuto che la “regola” Taricco, così come formulata dalla CGUE, risultasse lesiva del principio di determinatezza, essendo il riferimento “*al considerevole numero di casi di gravi frodi fiscali*” del tutto vago ed indefinito. In secondo luogo, il Dictum Taricco è stato reputato potenzialmente lesivo dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili dell’essere umano. Da ultimo, si è paventato il rischio di un contrasto tra la prospettata disapplicazione in *malam partem* e la natura giuridica sostanziale dell’istituto della prescrizione italiana. In risposta all’ordinanza di rimessione ex art. 267 TFUE sollevata dalla Corte Costituzionale, la Corte di Giustizia dell’UE, con una successiva sentenza del 2017 (*c.d. Taricco bis*), ha ribadito la vincolatività del precedente obbligo di disapplicazione *in malam partem* dei termini di prescrizione, qualora in un numero considerevole di gravi casi di frodi fiscali, possa emergere una lesione degli interessi finanziari dell’Unione europea. Tuttavia, è stata riconosciuta la possibilità per il giudice nazionale di sindacare rispetto ai singoli casi concreti la conformità di questa regola generale ai principi supremi dell’ordinamento interno, quali in particolare quello della determinatezza-prevedibilità del trattamento sanzionatorio della fattispecie incriminatrice e del suo conseguente regime prescrizionale. In altre parole, sulla base dei supremi principi emersi nella vicenda Taricco, si osserva anzitutto che la disapplicazione delle norme in materia di prescrizione (artt. 160 e 161 c.p.) potrebbe tradursi, in via generale, in una lesione del principio di determinatezza e di prevedibilità della fattispecie penale e del conseguente trattamento sanzionatorio. Ciò in quanto, come precisato dalla Corte Costituzionale, nell’ordinamento italiano, per tradizione giuridico costituzionale ancestrale, la prescrizione risulta avere una valenza giuridica di istituto sostanziale, e pertanto soggiace alle garanzie del “*nullum crimen sine lege*. [↑](#footnote-ref-7)
8. La divergenza di orientamenti tra la Corte Costituzionale italiana e la Corte di Giustizia dell’UE, manifestatasi in materia, non concerne, quindi, l’estensione e la portata del principio di riserva di legge. Infatti, la Corte di Giustizia dell’UE, da sempre, considera la riserva di legge un principio assoluto appartenente alle tradizioni giuridiche costituzionali degli stati membri e, dunque, appartenente ai principi generali dell’ordinamento UE. La discrasia di vedute tra il giudice delle leggi e la CGUE non risiede nella attribuzione del rango di valore costituzionale al principio di riserva di legge, quanto piuttosto nella diversa natura giuridica attribuita all’istituto della prescrizione. In tal senso, la Corte Costituzionale ritiene che la riserva di legge sia un istituto di carattere sostanziale, per il quale vale a tutti gli effetti il principio di legalità ex art. 25, comma 2 Cost (in tutti i suoi corollari della riserva di legge, determinatezza- prevedibilità, irretroattività, divieto di analogia *in malam partem*); la CGUE, invece, reputa la prescrizione un istituto di carattere processuale, che soggiace al principio del *tempus regit actum*. Tuttavia, la determinazione della natura giuridica della prescrizione risiede nella discrezionale scelta degli Stati membri dell’UE, non rientrando la stessa nel campo della c.d. “*need of harmonization*”, dunque, gli Stati membri dell’UE sono liberi di disciplinare la prescrizione alla stregua di un istituto di diritto penale sostanziale. Pertanto, la mancata disapplicazione delle norme in materia di prescrizione appare pienamente conciliabile con la su riferita giurisprudenza sovranazionale. Ciò in quanto, la Corte di Giustizia, pur esprimendo un giudizio negativo sul regime prescrizionale nazionale di cui agli artt. 160 e 161 c.p., e sulla sua capacità di assicurare la piena tutela degli interessi finanziari euro-unitari, rimette alla discrezionale valutazione dei giudici comuni degli stati membri la facoltà di verificare l’ammissibilità del diverso regime da essa enunciato. [↑](#footnote-ref-8)
9. Un’ulteriore questione che rimane aperta riguarda la possibilità per le istituzioni euro-unitarie di fondare il loro intervento negli ordinamenti giuridici nazionali penalistici sull’art. 325 TFUE. Ciò in quanto il Trattato sul funzionamento dell’UE contiene due disposizioni normative specificatamente rivolte alla regolazione della potestà normativa diretta euro-unitaria in campo penale. Infatti, l’art. 83 TFUE, nel definire il potere legislativo delle istituzioni euro-unitarie in materia penale, lo delinea alla stregua un “potere indiretto”, che si attua tramite lo strumento della direttiva. Ciò significa che agli Stati membri viene lasciato un ampio spazio di discrezionalità nella concretizzazione delle misure generali di armonizzazione dettate a livello euro-unitario. Altra norma di sicuro rilievo è l’art. 86 TFUE, che prevede l’istituzione di una Procura Penale Europea cui affidare il compito di rilevare e perseguire le frodi ed i reati lesivi degli interessi finanziari euro-unitari. Tale norma è stata letta da taluni come attributiva alle istituzioni euro-unitarie di un potere legislativo diretto in materia penale. Questo assunto è stato in particolare fondato sul richiamo allo strumento regolamentare (dotato di efficacia diretta) quale fonte di individuazione dei reati aventi una rilevanza per gli interessi finanziari UE (operato dal secondo paragrafo). Tuttavia, appare maggioritaria la tesi opposta che svaluta il richiamo al regolamento, confermando, quale strumento principe di intervento dell’UE in materia penale, la direttiva. In altre parole, si ritiene generalmente preclusa alle istituzioni euro-unitarie la possibilità di intervenire a livello legislativo, in modo diretto, ed *in malam partem*, nell’ambito dell’ordinamento penalistico nazionale. Questo perché, nell’ordinamento giuridico nazionale italiano, la riserva di legge ha carattere statuale e parlamentare. Inoltre, le istituzioni legislative euro-unitarie soffrono un “deficit di democraticità e rappresentatività”, indispensabile per poter intervenire con scelte di politica criminale limitative della libertà personale. Da ultimo, sulla base del principio di attribuzione, le istituzioni euro-unitarie possono esercitare un potere legislativo solo nelle materie di loro competenza, e, come noto, la materia penale esula dalle competenze euro-unitarie. [↑](#footnote-ref-9)
10. La Corte Costituzionale, con *la pronuncia n. 115 del 2018*, valorizza il “deficit di determinatezza” che caratterizza, contemporaneamente, sia la "*regola Taricco*” che l’art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE. *In tal senso, la* "regola Taricco" risulta irrimediabilmente indeterminata nella definizione del «*numero considerevole di casi*» in presenza dei quali può operare la disapplicazione dei termini di prescrizione, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio determinato e sufficientemente tassativo da un punto di vista legale che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita, non potendosi del resto attribuire a tale giudice “*il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)*”. Inoltre, l’art. 325 TFUE risulta essere una norma indeterminata, giacché “*il suo testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della «regola Taricco*”. I giudici costituzionali ricordano inoltre come sia stata la stessa Corte di Giustizia, con la sentenza *Taricco II*, a dare risalto alla “*necessità che le scelte di diritto penale sostanziale permettano all'individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici”;* secondo la Corte costituzionale, in tal senso, “*perlomeno nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalora (finanche in seno al diritto dell'Unione, in quanto rispettoso dell'identità costituzionale degli Stati membri) l'imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati*”. Questo perché nell’ambito dei rapporti tra potere legislativo e giudiziario non può non prendersi in considerazione la prevalenza del “diritto scritto di produzione legislativa”. Si precisa poi, che “*il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta*”. Ad avvalorare tali assunti giuridici viene inoltre richiamata l’ordinanza 24 del 2017 nel passo in cui si afferma “*che la persona prendendo contezza dell'art. 325 TFUE, non potesse immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni del tutto peculiari*”. Il corollario che se ne può trarre è che, *“fermo restando che compete alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell'Unione, e specificare se esso abbia effetto diretto*”, appare indiscutibile che, come peraltro riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia in *Taricco II*, “*un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento*”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Con terminologia non dissimile si è espressa *la Corte Costituzionale n. 193 del 2016*, la quale, con riferimento all’impossibilità di estendere la portata applicativa del principio della retroattività della *lex mitior* anche al sistema del diritto punitivo amministrativo, ha testualmente affermato che: “*l’estensione del principio, di matrice convenzionale, della retroattività della legge successiva favorevole ha già formato oggetto di valutazione da parte di questa Corte, laddove è stato ritenuto che «Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l’ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio» (*[*sentenza n. 236 del 2011*](http://www.giurcost.org/decisioni/2011/0236s-11.html)*). Con riferimento al caso in esame, va rilevato che – nell’affermare il principio della retroattività del trattamento sanzionatorio più mite – la giurisprudenza della Corte europea non ha mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell’ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche “punitive” alla luce dell’ordinamento convenzionale. L’intervento additivo invocato dal rimettente risulta, quindi, travalicare l’obbligo convenzionale: esso è volto ad estendere la portata del principio della retroattività della lex mitior al complessivo sistema sanzionatorio amministrativo, finendo così per disattendere la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata “amministrativa” dal diritto interno) come “convenzionalmente penale”, alla luce dei cosiddetti criteri Engel (così denominati a partire dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi e costantemente ripresi dalle successive sentenze in argomento); criteri, peraltro, la cui applicazione, al di là di quello della qualificazione giuridica, sarebbe facilitata da ulteriori precisazioni da parte della Corte europea o dei singoli ordinamenti nazionali nell’ambito del margine di apprezzamento e di adeguamento che è loro rimesso. In definitiva, non si rinviene nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, l’affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative.”*  [↑](#footnote-ref-11)
12. Per quanto concerne la disciplina legislativa che prevede il principio c.d. “tendenziale” della retroattività della legge penale più mite, si fa riferimento all’art. 2 commi 2, 3 e 4 del codice penale. Tale regola generale si applica quando il legislatore non pone in essere dei regimi speciali intertemporali con norme *ad hoc* (norme transitorie specifiche), derogando a questi tre commi, e questo è possibile proprio perché questi tre commi non hanno una copertura costituzionale. In altre parole, la portata derogabile del principio della *lex mitior* assume particolare rilievo, sorgendo in tal senso un problema ermeneutico di non scarsa rilevanza, quando il legislatore pone in essere delle deroghe che hanno una portata incisiva e maggiore rispetto alla valenza giuridica della disciplina normativa prevista da questi tre articoli. Al contrario, l’art. 1 e l’art. 2, comma 1 c.p., laddove sanciscono il principio del divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice, trovano una copertura costituzionale e quindi sono inderogabili, per cui non possono subire deroghe da parte del legislatore. [↑](#footnote-ref-12)
13. Per una compiuta analisi del più volte evocato principio di legalità, con particolare riferimento alla successione della legge penale nel tempo, si vedano i contributi dottrinali di: Mantovani “*Diritto penale*”, nona edizione, Padova, CEDAM, 2015; Marinucci Dolcini “*Corso di diritto penale*”, Terza Edizione, Milano, Giuffrè, 2012; Ramacci “*Corso di diritto penale*”, quarta edizione, a cura di Guerrini, Giappichelli, Torino, 2015; Padovani, “*Diritto penale*”, decima edizione, Milano, Giuffrè, 2012; Musco, Ardito, “*Diritto penale tributario*”, Terza edizione, Zanichelli, Bologna, 2016; Pulitanò “*Diritto penale*”, sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2015; Cadoppi, Veneziani, “*Elementi di diritto penale*”, parte generale, sesta edizione, Padova, CEDAM, 2015; Fiandaca, Musco, “*Diritto penale*”, parte generale, settima edizione, Zanichelli, Bologna, 2014; Fiorella, “*La legge penale e la sua applicazione. La struttura del diritto penale*”, Giappichelli, Torino, 2016. [↑](#footnote-ref-13)
14. Nella sentenza Scoppola della Corte EDU sopra citata, in particolare, si è affermato che «*l’art. 7, paragrafo 1, della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa*», che si traduce «*nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all’imputato*». Tale principio risulta essere in parte analogo e sovrapponibile a quello contenuto nel quarto comma dell’art. 2 cod. pen., che dalla Corte di Strasburgo è stato elevato al rango di principio della Convenzione. E’ noto, infatti, che a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza della Corte Costituzionale è costante nel ritenere che «*le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione), integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali*». Ciò posto, l’*excursus* storico e giuridico della giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana, in materia, può essere analizzato alla luce delle seguenti sentenze: *a) n. 236, n. 113, n. 80 del 2006; b) n. 1 del 2011; c) n. 196 del 2010; d) n. 311 del 2009*. Tali pronunce addivengono ai medesimi risultati pratici sopra richiamati, in quanto, ai sensi delle stesse deve concludersi nel senso che, costituendo l’art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, rispetto all’art. 117, primo comma, Cost., una norma interposta, la sua violazione, riscontrata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo con la sentenza della Grande Camera del 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, comporta l’illegittimità costituzionale delle norme impugnate contrastanti con tali parametri ermeneutici. [↑](#footnote-ref-14)
15. In dottrina, sul punto, si vedano: Grosso, Pellissero, Petrini, Pisa, “*Manuale di diritto penale*”, parte generale, seconda edizione, Giuffrè Milano, 2017. Lanzi, Aldovrandi, “*Diritto penale tributario*”, Seconda edizione, CEDAM, Padova, 2017. Mantovani, “*Diritto penale*”, nona edizione, Padova, CEDAM, 2015. Mantovani, “*Principi di diritto penale*”, seconda edizione, CEDAM, Padova, 2007. Manzini, “*Trattato di diritto penale italiano*”, Volume III, Torino, UTET, 1934. Marinucci, E. Dolcini, “*Corso di diritto penale*”, Terza Edizione, Milano, Giuffrè, 2012. Musco, F. Ardito, “*Diritto penale tributario*”, Terza edizione, Zanichelli, Bologna, 2016. Padovani, “*Diritto penale*”, decima edizione, Milano, Giuffrè, 2012. Pagliaro, “*Principi di diritto penale”, quarta edizione, Milano, Giuffrè, 1993. Palazzo, “Corso di diritto penale*”, Giappichelli, Torino, 2016. Pezzi, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in Arc. pen., 2018, 9. Pulitanò, “*Diritto penale”, sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2015. Ramacci,* *“Corso di diritto penale*”, quarta edizione, a cura di Guerrini, Giappichelli, Torino, 2015. Ramponi, “*Diritto penale dell’economia*”, Torino, Giappichelli, 2017. [↑](#footnote-ref-15)
16. L’art. 1 della legge 689 del 1981, prescrive 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. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati.”* [↑](#footnote-ref-16)
17. In particolare gli artt. 40 e 41 della legge di depenalizzazione prescrivono che: (“*Violazioni commesse anteriormente alla legge di depenalizzazione*”) “*le disposizioni di questo capo si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito*”. (art. 40) (“*Norme processuali transitorie”) “l'autorità giudiziaria, in relazione ai procedimenti penali per le violazioni non costituenti più reato, pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, se non deve pronunciare decreto di archiviazione o sentenza di proscioglimento, dispone la trasmissione degli atti all'autorità competente. Da tale momento decorre il termine di cui al secondo comma dell'art. 14 per la notifica delle violazioni, quando essa non è prevista dalle leggi vigenti. Le multe e le ammende inflitte con sentenze divenute irrevocabili o con decreti divenuti esecutivi alla data di entrata in vigore della presente legge sono riscosse, insieme con le spese del procedimento, con l'osservanza delle norme sull'esecuzione delle pene pecuniarie. Restano salve le pene accessorie e la confisca, nei casi in cui le stesse sono applicabili a norma dell'art. 20. Restano salvi, altresì, i provvedimenti adottati in ordine alla patente di guida ed al documento di circolazione, ai sensi del testo unico delle norme sulla circolazione stradale, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 15 giugno 1959, n. 393, e della legge 20 giugno 1935, n. 1349, sui servizi di trasporto merci. Per ogni altro effetto si applica il secondo comma dell'art. 2 del codice penale*”. (art. 41). [↑](#footnote-ref-17)
18. A tal proposito, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 193 del 2016, nel pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 della legge 689 del 1981, nella parte in cui non prevede l’applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi, ha affermato il principio secondo cui, la Corte EDU nell’affermare la valenza retroattiva del trattamento sanzionatorio più mite, “*non si è mai riferita al sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell’ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche “punitive” alla luce dell’ordinamento convenzionale*”. In altre parole, non sarebbe dunque possibile “*estendere la portata del principio della retroattività della lex mitior al complessivo sistema sanzionatorio amministrativo*”, giacché si finirebbe “*per disattendere la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata “amministrativa” dal diritto interno) come “convenzionalmente penale”, alla luce dei cosiddetti criteri Engel (così denominati a partire dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi e costantemente ripresi dalle successive sentenze in argomento)”.* I giudici delle leggi, dunque, affermano il principio secondo il quale “*non è possibile rinvenire nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, l’affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative*.” Da ciò discenderebbe, come diretto corollario, la non fondatezza della denunciata violazione degli obblighi internazionali, di cui all’art. 117, primo comma, Cost., oltre che dell’art. 3 Cost, giacché con riferimento all’art. 3 Cost., “*la costante giurisprudenza di questa Corte, richiamata dallo stesso rimettente, ha affermato che in materia di sanzioni amministrative non è dato rinvenire un vincolo costituzionale nel senso dell’applicazione in ogni caso della legge successiva più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza, modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore in base alle materie oggetto di disciplina*”. Da tali considerazioni deriva l’assunto giuridico secondo cui, la generalizzata ed indiscriminata estensione del principio della *lex mitior* a tutto il sistema sanzionatorio amministrativo, non avrebbe alcuna ragion d’essere. Inoltre, l’invocata declaratoria di illegittimità costituzionale sancirebbe il principio della retroattività della *lex mitior* per le sanzioni amministrative in maniera persino più ampia di quanto stabilito dall’art. 2 cod. pen., il quale fa salvo il limite del giudicato ed esclude dal proprio ambito di operatività le leggi eccezionali e temporanee. [↑](#footnote-ref-18)
19. La suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, sempre nella stessa direzione, con *sentenza del 19 gennaio del 2005, n. 1327*, ha fatto applicazione del disposto dell’art. 41 della legge 689 del 1981, sulla scorta dell’implicito presupposto del carattere generale della disposizione normativa in questione, con particolare riferimento alla parte che detta la disciplina inter-temporale della depenalizzazione e dell’applicazione dell’art. 2 comma 4 c.p. anche nelle ipotesi di successione tra reato ed illecito amministrativo. Tale statuizione del 2005 delle sezioni unite ha trovato un successivo avallo nella *decisione del 10 aprile 2009 n. 15629 della seconda sezione penale della Cassazione* che, nell’evidenziare la portata generale degli artt. 40 e 41 della legge 689 del 1981, ha statuito nel senso della applicazione di tale regime intertemporale anche in ipotesi future di depenalizzazione, adottando una soluzione diametralmente opposta rispetto a quella adottata dalle *Sezioni Unite nel 1994* e richiamando la pronuncia della *Cassazione sezione lavoro del 3 febbraio 1996,* nella quale si è affermato il seguente principio di diritto: “*la disciplina transitoria dettata dalla legge 689 del 1981 agli artt. 40 e 41 è applicabile non solo ai reati depenalizzati da tale legge, ma anche ad ogni altra ipotesi di depenalizzazione, ancorché disposta dopo l’entrata in vigore della legge del 1981*”.

Dalle sezioni unite del 1994 sembra essersi distaccata anche la *sentenza del 7 marzo 2005 n. 4924 dei giudici di legittimità civili*, nell’ambito della quale si è deciso di aderire all’orientamento secondo cui “*in caso di trasformazione di illeciti penali in illeciti amministrativi, i fatti commessi nel vigore della precedente disciplina non restano sottratti a qualunque sanzione, trovando comunque applicazione quella amministrativa*”. Nella stessa pronuncia, i giudici di legittimità hanno inoltre sostenuto che “*il principio della applicazione della norma sopravvenuta più favorevole al reo si riferisce anche al caso di trasformazione dell’illecito penale in illecito amministrativo, giacché la legge del 1981, all’art. 40 esprime un principio di carattere generale, non limitato alle violazioni contemplate nella legge stessa, ma applicabile a tutti i provvedimenti di depenalizzazione, anche successivi, in difetto di apposita disciplina transitoria.*” Ciò posto, sempre sull’onda di tale *trend* ermeneutico, sembra opportuno ribadire, in via generale, che nel periodo in cui venne compilato il codice penale, il fenomeno della depenalizzazione era un fatto assolutamente straordinario e che, pertanto, il legislatore non avrebbe potuto prevedere il successivo ricorso all’istituto *de quo*, con la conseguenza che l’art. 2 c.p. non disciplina espressamente la successione tra reato ed illecito amministrativo e, tuttavia, sembra dettare un principio estensibile a siffatta evenienza all’attuale comma 4. [↑](#footnote-ref-19)
20. La Corte in tale occasione afferma che, in mancanza di una apposita disciplina transitoria, deve procedersi all’applicazione retroattiva della sanzione amministrativa, statuendo testualmente che: “*è vero che la tesi sostenuta dal ricorrente ha trovato riscontro nella giurisprudenza penale di questa Corte (*anche a Sezioni unite: sentenza 7394/1994, citata nel ricorso assieme alla sentenza 2724/1996 della III Sezione penale*) questo Collegio ritiene, tuttavia, di aderire all’opposto orientamento espresso dalle sezioni civili, secondo cui, in caso di trasformazione di illeciti penali in illeciti amministrativi, i fatti commessi nel vigore della precedente disciplina non restano, anche in difetto di apposite norme transitorie, sottratti a qualsiasi sanzione, ma trova comunque applicazione quella amministrativa. Infatti, per un verso, il principio dell’applicazione della norma sopravvenuta più favorevole al reo (articolo 2, comma 3, c.p.) si riferisce anche al caso di trasformazione dell’illecito penale in illecito amministrativo; per altro verso, l’articolo 40 della legge 689/1981 ("Le disposizioni del capo I si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all’entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito") esprime un principio di carattere generale, non limitato alle violazioni contemplate nella legge stessa, ma applicabile a tutti i provvedimenti di depenalizzazione, anche successivi, in difetto di apposita disciplina transitoria".* [↑](#footnote-ref-20)
21. Come noto, e come ampliamente discusso in tale trattazione, per giurisprudenza di legittimità ormai consolidata (facente capo al *leading case* delle Sezioni Unite del 1994), la disciplina della successione modificativa di leggi penali ex art. 2 comma 4 c.p. non può essere estesa all’ipotesi del passaggio da un illecito penale ad uno civile o amministrativo, non potendosi riscontrare nessuna continuità normativa nel caso di trasformazione di una fattispecie incriminatrice costituente reato in un mero illecito amministrativo. L’impossibilità di applicare l’art. 2 comma 4 c.p. anche ai casi di depenalizzazione, trae la sua ragion d’essere dall’assunto giuridico secondo cui, con il fenomeno della depenalizzazione interviene un’abolizione di una incriminazione con conseguente riduzione dell’area del penalmente rilevante e, dunque, l’illecito amministrativo inserito ex-novo non potrà essere una legge modificativa, rilevando una discrasia tra le due disposizioni normative di cui al comma 2 e 4 dell’art. 2 c.p. che impedisce qualunque rapporto di continuità tra l’illecito penale e quello amministrativo. La giurisprudenza prevalente, in altre parole, ritiene che l’art. 2 comma 4 c.p. disciplini solamente la successione tra norme incriminatrici, e non quelle nelle quali subentri una legge che trasformi il fatto costituente reato in illecito amministrativo e, pertanto, il principio della retroattività della norma più favorevole ex art. 2 comma 4 c.p., volto ad assicurare al cittadino il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge penale vigente al momento del fatto e quello previsto dalle leggi successive, può operare solamente con riferimento all’ipotesi di successione tra fattispecie incriminatrici, non essendo estensibile al caso della successione che degradi un fatto previsto come illecito penale ad illecito amministrativo. Dunque, alla sanzione amministrativa risulta inapplicabile l’art. 2 comma 4 c.p. sia nell’ipotesi in cui ad una sanzione amministrativa ne succeda un’altra dello stesso tipo (tranne nei casi di sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente afflittiva), sia nell’ipotesi in cui ad una legge che puniva determinate violazioni con la sanzione penale se ne avvicendi una che punisce le medesime violazioni con la sanzione amministrativa.

Di norma, e se il legislatore nulla dice in tal senso, l’illecito amministrativo che sostituisce quello penale non può trovare applicazione a fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore in base alla regola contenuta nell’art. 2 comma 4 c.p., in quanto “norma di favore”. Tuttavia, l’illecito amministrativo da cui derivi un trattamento più favorevole può trovare applicazione retroattiva, purché ci sia una norma che lo preveda espressamente. Affinché l’applicazione retroattiva dell’illecito amministrativo, inteso come norma più favorevole, abbia luogo, sarà necessaria la prescrizione di una norma *ad hoc* che imponga retroattivamente l’applicazione dell’illecito depenalizzato, poiché per effetto del principio di irretroattività sancito dall’art. 1 della legge 689 del 1981, l’illecito amministrativo di regola non si applica retroattivamente a fatti avvenuti prima della disposizione che lo ha introdotto. In altre parole, occorrerà una disciplina transitoria (come quella prevista negli artt. 40 e 41 della legge 689 del 1981) che espressamente dichiari l’applicazione delle disposizioni che hanno trasformato i reati in illeciti amministrativi anche alle violazioni commesse prima della loro entrata in vigore. In assenza di disposizioni transitorie espresse, deve inoltre escludersi che possa farsi riferimento agli artt. 40 e 41 della legge 689 del 1981, Sezione IV, “*Disposizioni transitorie e finali*”, giacché queste disposizioni non possono essere intese quali norme generali di inquadramento valide per tutti i futuri casi di depenalizzazione, dal momento che, la norma transitoria in questione ha carattere del tutto eccezionale ed è strettamente legata al fenomeno della depenalizzazione (considerato come destinato storicamente ad esaurirsi).

Dunque, risulta a questo punto comprensibile la ragione per la quale le leggi di depenalizzazione di solito prevedono (tramite apposite discipline transitorie) l’applicabilità retroattiva di tali nuove sanzioni ai fatti commessi prima della loro entrata in vigore, sul duplice assunto secondo cui: a) tali fatti erano già qualificati in termini di illiceità al momento della loro commissione: b) la sanzione penale all’epoca prevista era più grave di quella, di natura amministrativa, introdotta ad esito della depenalizzazione. [↑](#footnote-ref-21)
22. Dunque, sulla base dell’attuale quadro giurisprudenziale di legittimità facente capo al recente *Dictum* della *Suprema Corte di legittimità a Sezioni Unite n. 24257 del 2012* sembrerebbe doversi propendere per l’impossibilità di estendere la portata applicativa dell’art. 2 comma 4 c.p. anche all’ipotesi di trasformazione di una fattispecie incriminatrice di reato in illecito amministrativo. [↑](#footnote-ref-22)
23. La giurisprudenza maggioritaria in materia ritiene che debba essere garantita la piena autonomia dei connotati e dei principi propri, rispettivamente, degli illeciti penali e di quelli amministrativi, giacché la retroattività *in mitius* risulta operare solo per i primi, diversamente dalla irretroattività della successiva norma incriminatrice che opera anche per i secondi. Altro principio cardine di tale materia risiede nell'esclusione della valenza generale, come disposizioni transitorie *omnibus*, degli artt. 40 e 41 della legge n. 689 del 1981, operanti, invece, solo con riguardo agli illeciti depenalizzati con la stessa legge, come risulta evidente sia dai lavori preparatori, sia dalla circostanza che quasi tutte le leggi di depenalizzazione successive hanno provveduto a dettare disposizioni transitorie *ad hoc* e, dunque, non vi sarebbe necessità di attribuire a quegli articoli valore generale. Inoltre, la metamorfosi dell’illecito, da penale ad amministrativo, non solamente è volta a garantire la modifica della natura della sanzione, ma deve essere intesa anche nel senso della esclusione del rilievo penale del precetto a seguito di una diversa valutazione del disvalore sociale del fatto. In altre parole, vi è l’introduzione *ex novo* dell'illecito amministrativo, con il duplice corollario del divieto di una lettura dell'art. 2, comma quarto, c.p. come riferibile anche alla successione nel tempo tra legge penale e legge punitiva amministrativa e dell'applicazione del divieto di retroattività non solo alle previsioni sanzionatorie di fatti in precedenza reputati leciti, ma anche ai casi di trasformazione dell'illecito da penale ad amministrativo. [↑](#footnote-ref-23)
24. Nel diritto penale, questi fenomeni di “abrogazioni secche” possono essere considerati alla stregua di fenomeni di successione delle leggi penali nel tempo “*sui generis”*, giacché con l’abrogazione della vecchia norma (speciale) non ne viene introdotta una del tutto nuova, in quando si ri-espande la norma (generale) che già esisteva precedentemente nell’ordinamento giuridico. Quindi, si tratta di un fenomeno di successioni delle leggi penali nel tempo in senso improprio, perché alla abrogazione della vecchia legge segue la previsione di una norma non del tutto nuova, bensì si profila la ri-espansione di una norma già esistente nell’ordinamento giuridico. [↑](#footnote-ref-24)
25. Nel caso dell’abrogazione della bancarotta in amministrazione controllata (a seguito dell’abrogazione della procedura di amministrazione controllata) con conseguente ri-espansione della norma precedente di carattere generale dell’appropriazione indebita, le Sezioni Unite hanno affermato la presenza di un fenomeno di *abolitio cum abrogatio*, *ai fini della revoca del giudicato di condanna di fronte al giudice dell’esecuzione*. In tal senso, il giudice di merito non sembrerebbe avere problemi a tal riguardo, potendo provvedere alla riqualificazione giuridica del fatto storico sotto una diversa fattispecie normativa (quella generale pre-esistente), diversamente dal giudice dell’esecuzione che non può provvedere a tale riqualificazione, data la limitatezza dei suoi poteri di cognizione.

La Cassazione in questi casi (si pensi all’abrogazione dell’oltraggio, oltre che, all’esempio della abrogazione della bancarotta in amministrazione controllata) utilizza, accanto ai criteri formali, anche i c.d. criteri sostanziali, perché la continenza formale, cioè l’esistenza di un rapporto di specialità tra la norma speciale che viene abrogata e la norma generale che si ri-espande in conseguenza dell’abrogazione, non è reputato sufficiente come criterio discretivo, essendo necessario rifarsi a criteri di natura sostanziale, poiché si è in presenza di fenomeni di successione delle leggi nel tempo “impropri”, soprattutto se il legislatore manifesta solo una volontà negativa di abrogazione secca della fattispecie, senza manifestare anche una volontà positiva. La Cassazione, in queste ipotesi, ha avuto modo di operare, in prima analisi, un raffronto strutturale, asserendo come sul piano strutturale non sia evincibile un vero e proprio rapporto di specialità, perché l’appropriazione indebita richiede il dolo specifico, mentre la bancarotta richiede una qualifica specifica. Si tratterebbe, dunque, di elementi specializzanti reciproci, non essendoci un rapporto formale di continenza. Dunque, sarebbe ravvisabile un rapporto di discontinuità, tale da classificare il fenomeno in questione come un fenomeno di *abolitio* e, pertanto, dovrebbe darsi luogo alla revoca del giudicato. Successivamente, la Cassazione pone in essere una valutazione di carattere sostanziale, asserendo come in realtà si debba fare riferimento anche alla natura giuridica dei diversi beni protetti, giacché l’appropriazione indebita tutela il patrimonio in quanto tale, mentre la bancarotta tutela il patrimonio, ma non in sé per sé, bensì quale fonte di garanzia dei creditori. La Cassazione, con riferimento a tale fattispecie ha concluso statuendo che quando il legislatore manifesta una mera volontà negativa abrogando il reato e basta, i criteri formali non risultano sufficienti poiché sono necessari anche criteri sostanziali. [↑](#footnote-ref-25)
26. Nel caso dell’abrogazione del reato di oltraggio, con riferimento al rapporto con l’ingiuria (oggi l’oltraggio è stato previsto nuovamente dal legislatore e l’ingiuria non è più reato), la Cassazione ha avuto modo di affermare che l’abrogazione dell’oltraggio equivale ad un’ipotesi di *abrogatio cum abolitio*, poiché vi era stata *abolitio criminis*. Dunque, si sarebbe dovuto provvedere alla revocazione delle condanne per il reato di oltraggio. Se però non era ancora intervenuto il passaggio in giudicato della sentenza, il giudice di merito dava luogo alla riqualificazione del fatto, modificando la rubrica dell’imputazione: non più il reato di oltraggio bensì quello dell’ingiuria. Sussiste in questi casi una diversità tra il giudizio di cognizione del giudice di merito ed il giudizio di esecuzione dei giudici esecutivi. Nel primo caso, se *l’abolito criminis* del reato di oltraggio comportante la ri-espansione del reato di ingiuria si è verificata prima della condanna, il giudice di merito può riqualificare il fatto di reato dell’oltraggio con il fatto di reato dell’ingiuria. Nel caso in cui invece la modifica normativa si sia verificata dopo il passaggio in giudicato della sentenza, il giudice dell’esecuzione può provvedere solo ed unicamente alla revoca del giudicato di condanna. Tale diversità di situazioni si spiega perché siamo di fronte ad un fenomeno di successione delle leggi penali c.d. “improprio”, poiché dopo che viene abrogata la “norma speciale”, si verifica la ri-espansione della norma generale, che è una norma “nuova” solo relativamente, perché in realtà già esisteva nell’ordinamento giuridico. Inoltre vi è una differenza tra il giudice di cognizione, che ha poteri di merito e quindi può dare luogo alla riqualificazione del fatto di reato rispetto al giudice dell’esecuzione che, non essendo un giudice di merito, non ha poteri cognitivi di riqualificazione del fatto, per cui può semplicemente revocare il giudicato di condanna. Ai tempi della statuizione delle Sezioni Unite relative all’abrogazione del reato di oltraggio, il legislatore non aveva ancora previsto il comma 3 dell’art. 2 c.p., per cui ancora non aveva previsto la possibilità di modificare il giudicato, cambiando la pena detentiva in una pena pecuniaria. Dunque il giudice dell’esecuzione poteva solamente revocare il giudicato di condanna. Non essendoci all’epoca l’art. 2 comma 3 c.p., le Sezioni Unite giunsero alla conclusione di prevedere la revoca del giudicato in caso di condanna, qualificandosi il fenomeno in questione come *mutatio*. È evidente, in tal senso, che il fenomeno dell’*abolitio* rileva solamente in sede di esecuzione. Infatti, in sede di cognizione, se c’è *abolitio*, il giudice di merito dà luogo alla riqualificazione del fatto storico e lo inquadra e lo sussume nella differente fattispecie di reato, che è una norma che già esisteva nell’ordinamento giuridico, norma di carattere generale, che a seguito dell’abrogazione della norma speciale, si ri-espande naturalmente. Mentre invece, una volta intervenuto il giudicato, il giudice dell’esecuzione non ha il potere cognitorio di riqualifica del fatto storico, per cui, se c’è *abolitio*, deve revocare il giudicato. Trattandosi di un fenomeno di successioni delle leggi penali nel tempo c.d. “improprio”, la distinzione tra *abolitio e mutatio*, rileva solamente ai fini della revoca del giudicato di condanna in sede di esecuzione, proprio perché il giudice di merito può provvedere con la riqualificazione del fatto di reato, sussumendo il fatto storico sotto una diversa fattispecie, quella generale che si ri-espande per effetto dell’abrogazione della norma speciale. [↑](#footnote-ref-26)
27. In dottrina, si è sottoposto ad ampie critiche la commistione tra i criteri formali-strutturali e quelli sostanzialistici operata dalla giurisprudenza, giacché è stata valutata in senso critico e negativo la preliminare indagine fondata sul raffronto tra fattispecie astratte di reato ed il successivo utilizzo di criteri sostanzialistici, come la valutazione dei beni giuridici tutelati dalle norme. In particolare, si vedano: Mantovani, “*Diritto penale*”, nona edizione, Padova, CEDAM, 2015. Mantovani, “*Principi di diritto penale*”, seconda edizione, CEDAM, Padova, 2007. Manzini, “*Trattato di diritto penale italiano*”, Volume III, Torino, UTET, 1934. Marinucci, E. Dolcini, “*Corso di diritto penale*”, Terza Edizione, Milano, Giuffrè, 2012. Musco, F. Ardito, “*Diritto penale tributario*”, Terza edizione, Zanichelli, Bologna, 2016. Padovani, “*Diritto penale*”, decima edizione, Milano, Giuffrè, 2012. Pagliaro, “*Principi di diritto penale”, quarta edizione, Milano, Giuffrè, 1993*; Palazzo*, “Corso di diritto penale*”, Giappichelli, Torino, 2016. Pezzi, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in Arc. pen., 2018. Pulitanò, “*Diritto penale”, sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2015.*  [↑](#footnote-ref-27)
28. Mantovani “*Diritto penale*”, nona edizione, Padova, CEDAM, 2015; Marinucci Dolcini “*Corso di diritto penale*”, Terza Edizione, Milano, Giuffrè, 2012; Ramacci “*Corso di diritto penale*”, quarta edizione, a cura di Guerrini, Giappichelli, Torino, 2015; Padovani, “*Diritto penale*”, decima edizione, Milano, Giuffrè, 2012; Musco, Ardito, “*Diritto penale tributario*”, Terza edizione, Zanichelli, Bologna, 2016; Pulitanò “*Diritto penale*”, sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2015; Cadoppi, Veneziani, “*Elementi di diritto penale*”, parte generale, sesta edizione, Padova, CEDAM, 2015; Fiandaca, Musco, “*Diritto penale*”, parte generale, settima edizione, Zanichelli, Bologna, 2014; Fiorella, “*La legge penale e la sua applicazione. La struttura del diritto penale*”, Giappichelli, Torino, 2016. Mantovani, “*Principi di diritto penale*”, seconda edizione, CEDAM, Padova, 2007. Manzini, “*Trattato di diritto penale italiano*”, Volume III, Torino, UTET, 1934. Marinucci, E. Dolcini, “*Corso di diritto penale*”, Terza Edizione, Milano, Giuffrè, 2012. Pagliaro, “*Principi di diritto penale”, quarta edizione, Milano, Giuffrè, 1993. -F. Palazzo, “Corso di diritto penale*”, Giappichelli, Torino, 2016. Pezzi, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in Arc. pen., 2018. Ramponi, “*Diritto penale dell’economia*”, Torino, Giappichelli, 2017. [↑](#footnote-ref-28)
29. L’esempio emblematico, a tal riguardo, è quello della disciplina normativa relativa all’assunzione di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno e/o dell’autorizzazione al lavoro. La norma in questione, inizialmente, puniva il soggetto che avesse assunto alle sue dipendenze extra-comunitari senza il permesso di soggiorno. La norma successiva, al contrario, puniva il soggetto datore di lavoro a seguito dell’assunzione alle sue dipendenze di extra-comunitari senza l’autorizzazione per lavorare. Sulla base della c.d. “teoria del fatto concreto”, che analizza meramente i connotati ed i caratteri della fattispecie naturalistica, in presenza dell’abrogazione della norma precedente, reputa il soggetto ugualmente punibile, giacché si dà luogo alla sussunzione del fatto concreto nell’ambito della nuova fattispecie astratta, anche in presenza di fatti commessi prima dell’entrata in vigore della norma successiva. E questo perché il fatto concreto è sussumibile sia nella fattispecie normativa astratta precedente, che in quella nuova. La diversa “teoria del confronto tra le fattispecie normative astratte”, invece, pone a confronto le due norme sulla base di criteri sostanziali, ovvero sulla base di criteri formali. L’approccio sostanzialistico ci pone nella condizione di domandarci se è cambiato il bene giuridico e, dunque, se è cambiata la ratio della norma. Tale tesi conduce a valutazioni opinabili e soggettive, in quanto discrezionali. L’approccio formalista (maggiormente avallato dalla giurisprudenza) diversamente, ci pone nella condizione di domandarci se sussiste un rapporto di continenza formale e se sussiste un rapporto di specialità. In tal senso, è necessario fare un’analisi degli specifici elementi delle due fattispecie al fine di valutare quali siano cambiati. Nella norma precedente alla modifica era possibile rinvenire i seguenti elementi: a) assunzione; b) extra-comuniatrio; c) mancanza di permesso di soggiorno. Nella successiva disposizione normativa, invece, sono rinvenibili i seguenti elementi: a) assunzione; b) extra-comunitario; c) mancanza di autorizzazione a lavorare. I primi due elementi sono identici, ma muta il terzo elemento. Non sono norme speciali, non c’è continenza formale, c’è discontinuità. È come se ci fossero due cerchi che si intersecano e, non, due cerchi concentrici. Il primo reato è abolito, ed il secondo è nuovo. Sulla base della teoria logico formale, il vecchio reato essendo stato abolito non è più applicabile, ed il secondo reato, essendo nuovo non può operare retroattivamente e, dunque, il soggetto non sarà punito, perché sulla base del raffronto tra le norme astratte, le stesse non risultano essere in rapporto di continenza formale, per cui c’è una cesura ed una discontinuità, giacché la vecchia norma è abolita e la nuova incriminazione non può essere applicata retroattivamente. [↑](#footnote-ref-29)
30. Per quanto concerne il fenomeno della “abrogazione legislativa secca”, è bene altresì rilevare come, in questi casi il legislatore operi l’abrogazione della norma speciale e, senza manifestare nessuna intenzione positiva, si verifica l’automatica ri-espansione della vecchia norma generale, che prima non poteva operare a causa delle restrizioni introdotte della specialità del settore. Si tratta di un fenomeno di successione tra entrambe pre-esistenti al fatto storico. In questi casi è necessario comprendere che rapporto ci sia tra la norma speciale abrogata, e la precedente norma generale che si ri-espande. La circostanza particolare in questo caso è che la norma generale che si ri-espande non è una norma nuova in senso assoluto, bensì una norma che già esisteva nell’ordinamento giuridico quando il fatto è stato commesso. Dunque, qualora si giungesse ad affermare che il legislatore ha determinato un fenomeno di *abolitio*, poiché risulta esserci stata una discontinuità, si prospetterebbe un fenomeno differente, rispetto a quello descritto a proposito del fenomeno di successione delle leggi penali in “senso proprio”. Per quanto concerne le ipotesi e gli esempi attinenti al fenomeno della successione delle leggi penali nel tempo, si dice che in presenza di *abolitio*, il soggetto non possa essere punito, perché la vecchia norma viene abrogata e la nuova norma non può retroagire. In tale ipotesi però, la “nuova norma”, è nuova in senso relativo, perché in realtà si tratta di una norma generale che già esisteva nell’ordinamento e che si è “ri-espansa” per effetto dell’abrogazione di quella speciale. Quindi si è in presenza di un fenomeno di successione delle leggi penali nel tempo, in senso “improprio”. Si pensi al differente fenomeno riferibile alla particolare legge di modifica n. 94 del 2009, intervenuta sull’art. 6 del Testo Unico in materia di immigrazione, che attualmente punisce lo straniero che, senza giustificato motivo, non ottempera all’ordine di esibizione di un documento di identità “e” del permesso di soggiorno. Prima della novella, la norma puniva lo straniero che non esibiva uno dei due documenti. Dopo l’entrata in vigore della modifica ci si è chiesti se, la sostituzione della congiunzione “o” con la congiunzione “e” avesse (o meno) modificato il novero dei soggetti suscettibili di essere sanzionati. Nel 2011 le Sezioni Unite affermarono che si trattava di un fenomeno di *abolitio criminis parziale*, giacché sarebbero stati pretermessi dal novero dei soggetti punibili gli stranieri irregolari, venendosi a determinare un fenomeno di riformulazione della norma con passaggio dalla norma generale alla norma speciale, determinante *l’abolitio criminis* della sotto-fattispecie integratrice degli elementi costitutivi della norma generale espunta. [↑](#footnote-ref-30)
31. In tal senso, la Corte Costituzionale n. 193 del 2016 afferma come: “*La scelta legislativa dell’applicabilità della lex mitior limitatamente ad alcuni settori dell’ordinamento non può ritenersi in sé irragionevole, giacché la qualificazione degli illeciti, in particolare di quelli sanzionati in via amministrativa, in quanto espressione della discrezionalità legislativa si riflette sulla natura “contingente” e storicamente connotata dei relativi precetti. Essa giustifica, quindi, sul piano sistematico, la pretesa di potenziare l’effetto preventivo della comminatoria, eliminando per il trasgressore ogni aspettativa di evitare la sanzione grazie a possibili mutamenti legislativi. Il limitato riconoscimento della retroattività in mitius, circoscritto ad alcuni settori dell’ordinamento, risponde, quindi, a scelte di politica legislativa in ordine all’efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati. Tali scelte costituiscono espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi e risultano quindi sindacabili da questa Corte solo laddove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell’arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione. Va, infine, rilevato che un intervento come quello invocato dal rimettente, in quanto finalizzato alla generalizzata ed indiscriminata estensione del principio della lex mitior a tutto il sistema sanzionatorio amministrativo, risulta esorbitante dall’ambito della disciplina settoriale della quale il giudice a quo è chiamato a fare applicazione.”* [↑](#footnote-ref-31)
32. Si veda, in particolare, Corte Cost. n. 193/2016, con riferimento ai seguenti contributi: Scoletta, *Materia penale e retroattività favorevole: il ‘caso’ delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost*., 2016; Chibelli, [*La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*](https://www.penalecontemporaneo.it/d/5041-la-problematica-applicabilita-del-principio-di-retroattivita-favorevole-alle-sanzioni-amministrative), in *Dir. pen. cont in Riv. trim*., n. 3/2016; Per quanto riguarda la pronuncia della Corte Cost. n. 43/2017, si veda Ubiali, [*Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa “sostanzialmente penale”: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*](https://www.penalecontemporaneo.it/d/5300-illegittimita-sopravvenuta-della-sanzione-amministrativa-sostanzialmente-penale-per-la-corte-costit), in diritto penale contemporaneo n. 3/2017. Particolarmente importante risulta poi essere la sentenza della Corte Cost. n. 68/2017, commentata da Viganò, [*Un’altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative ‘punitive’*](https://www.penalecontemporaneo.it/d/5340-unaltra-deludente-pronuncia-della-corte-costituzionale-in-materia-di-legalita-e-sanzioni-amministra), in diritto penale contemporaneo n 4/2017. Per quanto riguarda la pronuncia della Corte Cost. n. 109/2017, si veda Viganò, [*Una nuova pronuncia della Consulta sull’irretroattività delle sanzioni amministrative*](https://www.penalecontemporaneo.it/d/5412-una-nuova-pronuncia-della-consulta-sullirretroattivita-delle-sanzioni-amministrative), in diritto penale contemporaneo, fasc. 5/2017. Infine, di recente, si veda la sentenza della Corte Cost. n. 223/2018, commentata da Gatta, [*Non sempre ‘depenalizzazione’ equivale a ‘mitigazione’: la Corte Costituzionale sull’irretroattività delle sanzioni amministrative ‘punitive’ più sfavorevoli di quelle penali*](https://www.penalecontemporaneo.it/d/6365-non-sempre-depenalizzazione-equivale-a-mitigazione-la-corte-costituzionale-sullirretroattivita-dell), in diritto penale contemporaneo 2018. [↑](#footnote-ref-32)
33. Si pensi al fenomeno giuridico della depenalizzazione in materia di intermediazione finanziaria (art. 9 comma 6 della legge n. 62 del 2005), con riferimento alla fattispecie di abuso di informazioni privilegiate*.* Prima del 2005, come noto, l’abuso di informazioni privilegiate (c.d. insider trading) era previsto unitariamente come fattispecie di reato delittuosa dall’art. 184 del d.lgs. n. 58/1998. Successivamente, con l’intervento riformatore operato dall’art. 9 della legge n. 62/2005 si è dato luogo ad una modifica dell’impianto normativo in materia di abusi di mercato, previsto originariamente dal t.u.f., introducendo un autonomo illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, configurato oggi dal nuovo art. 187-bis t.u.f., per il quale è stata prevista una sanzione pecuniaria amministrativa nonché la confisca (sia in forma diretta che per equivalente) del prodotto, del profitto e dei beni utilizzati per commetterlo, disciplinata dall’art. 187-sexies t.u.f. Inoltre, l’art. 9 della medesima legge modificò l’originaria disposizione in materia di confisca del prodotto, profitto e dei beni utilizzati per commettere i delitti previsti dal t.u.f., tra i quali lo stesso abuso di informazioni privilegiate, prevedendo, anche in questo caso, la possibilità di una confisca per equivalente, allorché non ne fosse possibile la confisca diretta. Lo stesso art. 9 della l. n. 62/2005 ha stabilito inoltre, al comma 6, che le disposizioni da esso introdotte “*si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito. Per ogni altro effetto si applica l’articolo 2 del codice penale*”. I problematici risvolti dell’intervento riformatore sono emersi nel momento in cui si è dato luogo ad una pluralità di procedimenti di opposizione avverso sanzioni irrogate dalla CONSOB (comprensive di confische per equivalente ai sensi dell’art. 187-sexies t.u.f.) per fatti commessi prima del 2005, che al momento della loro commissione costituivano il delitto di abuso di informazioni privilegiate di cui all’art. 184 t.u.f., e che in seguito alla riforma del 2005 sono unicamente riconducibili al corrispondente illecito amministrativo di cui all’art. 187-bis t.u.f. In al senso, la giurisprudenza della suprema Corte di Cassazione si è a più riprese interrogata sulla legittimità costituzionale della disciplina transitoria in parola, sotto il profilo del suo possibile contrasto, in particolare, con il principio di irretroattività della legge penale sancito dagli artt. 25 co. 2 Cost. e, per il tramite dell’art. 117 co. 1 Cost., dall’art.  7 CEDU. Tali disposizioni normative di rango primario e secondario possono essere invocate giacché si tratta pacificamente di sanzioni che, pur qualificate formalmente dall’ordinamento nazionale come ‘amministrative’, risultano avere tuttavia natura sostanzialmente punitiva e, dunque, devono soggiacere alle garanzie penalistiche.

Sulla base dell’assunto giuridico della natura punitiva delle sanzioni irrogate dalla CONSOB e, segnatamente, della nuova confisca per equivalente disciplinata dall'art. 187-sexies t.u.f., la Cassazione ha ipotizzato un contrasto tra la regola dell'applicazione retroattiva di quest'ultima ai fatti commessi prima del 2005 e ora depenalizzati rispetto al principio costituzionale e convenzionale sopra analizzati. Tale contrasto non sarebbe superabile in via di interpretazione conforme rispetto al dato testuale di cui all’art. 9 co. 6 della l. 62/2005 e, dunque, la Suprema Corte, nel formulare la questione di legittimità costituzionale, ha rimesso tale quesito alla Consulta che si è pronunciata con sentenza del 2019. [↑](#footnote-ref-33)
34. Questioni simili erano già state dichiarate inammissibili con la sentenza n. 68 del 2017, con particolare riferimento all’applicazione retroattiva della confisca per equivalente *ex* art. 187 *sexies* t.u.i.f., per quanto concerne fatti di *insider trading* secondario commessi prima della depenalizzazione del 2005, quando l’illecito era previsto come reato, senza la previsione della confisca per equivalente del prodotto, del profitto e dei beni usati per commettere il reato (essendo in precedenza possibile la sola confisca diretta). Nel depenalizzare l’*insider trading*secondario (art. 187 bis t.u.i.f.), la legge 62 del 2005 ha previsto, con una disposizione transitoria (art. 9), che le nuove sanzioni amministrative (compresa la confisca per equivalente) si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito. Nei procedimenti relativi ai giudizi *a quibus*, ai sensi di tale disposizione, la CONSOB aveva irrogato retroattivamente le nuove sanzioni amministrative previste dalla legge di depenalizzazione, compresa la nuova ipotesi di confisca per equivalente.   [↑](#footnote-ref-34)
35. La questione era già stata sollevata ma era stata ritenuta inammissibile dalla Corte costituzionale (sent. 68/2017) per erroneità del presupposto interpretativo, giacché la Corte, *dopo avere riconosciuto natura sostanzialmente punitiva alla confisca per equivalente*, ritenne che la Cassazione aveva “*omesso di tenere conto del fatto che la natura penale, ai sensi dell’art. 7 della CEDU, del nuovo regime punitivo previsto per l’illecito amministrativo comporta un inquadramento della fattispecie nell’ambito della successione delle leggi nel tempo e demanda al rimettente il compito di verificare in concreto se il sopraggiunto trattamento sanzionatorio, assunto nel suo complesso e dunque comprensivo della confisca per equivalente, si renda, in quanto di maggior favore, applicabile al fatto pregresso, ovvero se esso in concreto denunci un carattere maggiormente afflittivo. Soltanto in quest’ultimo caso, la cui verificazione spetta al giudice a quo accertare e adeguatamente motivare, potrebbe venire in considerazione un dubbio sulla legittimità costituzionale dell’art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005, nella parte in cui tale disposizione prescrive l’applicazione della confisca di valore e assoggetta pertanto il reo a una sanzione penale, ai sensi dell’art. 7 della CEDU, in concreto più gravosa di quella che sarebbe applicabile in base alla legge vigente all’epoca della commissione del fatto*”. [↑](#footnote-ref-35)
36. la Corte, nella medesima sentenza, afferma che: “*una simile tecnica legislativa si sottrae a censure di illegittimità costituzionale. L’applicazione retroattiva delle nuove sanzioni amministrative, ancorché di natura sostanzialmente punitiva, e in quanto tali attratte dall’orbita dell’art. 25, co. 2 Cost., è di solito compatibile con la norma costituzionale in parola, non venendo in questione l’applicazione retroattiva di un trattamento sanzionatorio più severo di quello vigente al momento del fatto, bensì, all’opposto, l’applicazione retroattiva di un trattamento sanzionatorio che risulta normalmente più favorevole*”. [↑](#footnote-ref-36)
37. Dunque, è possibile che delle sanzioni amministrative risultino maggiormente afflittive delle sanzioni penali, ancorché sulla base di un’analisi *prima facie* sembrerebbe doversi escludere una simile eventualità atteso che, come ricorda la Corte costituzionale, “*la sanzione penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale o potenziale, sul bene della libertà personale (la stessa pena pecuniaria potendo essere convertita, in caso di mancata esecuzione, in sanzioni limitative della libertà personale stessa), incidenza che è, invece, sempre esclusa per la sanzione amministrativa*” (con l’eccezione a ben vedere, tuttavia, dell’espulsione amministrativa dello straniero, qualora le si riconosca il carattere, appunto, di sanzione e non già di misura ripristinatoria). Ed è altresì vero che “*la pena possiede un connotato speciale di stigmatizzazione, sul piano etico-sociale, del comportamento illecito, che difetta alla sanzione amministrativa*”. Cionondimeno, osserva la Corte costituzionale, “*l’impatto della sanzione amministrativa sui diritti fondamentali della persona non può essere sottovalutato ed è, anzi, andato crescendo nella legislazione vigente*”. [↑](#footnote-ref-37)
38. E un esempio della “*elevatissima carica afflittiva di talune sanzioni amministrative*” è offerto dalla disciplina vigente dell’*insider trading* ex art. 187 *bis* t.u.i.f., nella versione del d.lgs. n. 107/2018, che prevede una sanzione amministrativa che può giungere, a carico di una persona fisica, sino all’importo di cinque milioni di euro, aumentabili ai sensi del comma 5 dello stesso art. 187-bis fino al triplo (e dunque fino a quindici milioni di euro) o fino al maggiore importo di dieci volte il profitto conseguito ovvero le perdite evitate per effetto dell’illecito.Tali sanzioni pecuniarie sono, d’altra parte, affiancate dalle sanzioni di carattere interdittivo previste dall’art. 187-quater del d.lgs. n. 58 del 1998, che restringono fortemente le opzioni professionali e, dunque, il diritto al lavoro dei soggetti colpiti dalla sanzione; e sono destinate a essere applicate congiuntamente, ai sensi della disposizione in questa sede censurata alla confisca, diretta e per equivalente, del prodotto e del profitto dell’illecito. Tutte queste sanzioni sono oggi destinate, almeno di regola, a essere pubblicate nei siti internet della Banca d’Italia o della CONSOB (art. 195-bis del d.lgs. n. 58 del 1998), con conseguente, e tutt’altro che trascurabile, effetto stigmatizzante a carico dei soggetti che ne sono colpiti. Con l’ulteriore peculiarità che nessuna di queste sanzioni può essere condizionalmente sospesa, a differenza di quanto accade per le pene. [↑](#footnote-ref-38)
39. In altre parole, il complessivo trattamento sanzionatorio sopravvenuto, comprensivo della nuova confisca per equivalente, risulta maggiormente afflittivo rispetto a quello previgente. Prima della depenalizzazione, la legge comminava per l’*insider trading* secondario la reclusione fino a due anni, la multa da venti a seicento milioni di lire (innalzabili sino al triplo in presenza di particolari circostanze); una serie di pene accessorie, unitamente alla pubblicazione della sentenza su almeno due quotidiani; nonché la confisca diretta dei mezzi utilizzati per commettere il delitto e dei beni che ne costituiscono il profitto. Come sottolinea la sentenza in questione, “*l’eventuale sospensione condizionale della pena avrebbe, peraltro, consentito all’autore del delitto di sottrarsi a tutte le sanzioni in questione, con la sola eccezione della confisca; e, in ogni caso, gli sarebbe stato applicato ratione temporis l’indulto previsto dalla legge 31 luglio 2006, n. 241*”. Dopo la depenalizzazione del 2005, la legge (da ultimo modificata nel 2018) comminava per l’illecito: 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); 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 di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente a tale prodotto o profitto e ai beni utilizzati per commettere l’illecito. Nessuna di tali sanzioni amministrative, sottolinea la Corte costituzionale, “*poteva, d’altra parte, essere sospesa; né poteva in alcun modo operare, rispetto a sanzioni amministrative, l’indulto previsto dalla menzionata legge n. 241 del 2006*”. La Corte osserva infatti come “*il carattere in concreto deteriore del nuovo trattamento scaturito dall’intervento di depenalizzazione appare, inoltre, con particolare evidenza laddove si ponga mente alla sorte dell’insider primario che aveva rivelato le informazioni privilegiate ai ricorrenti nei procedimenti a quibus. Tali considerazioni mostrano che….la comparazione tra la gravità delle due discipline sanzionatorie (quella penale previgente, e quella amministrativa successiva) è ben possibile, e anzi doverosa, onde evitare l’applicazione retroattiva all’autore dell’illecito di una disciplina di carattere punitivo, al di là della sua formale qualificazione, più gravosa di quella in vigore al momento del fatto, in contrasto con il principio costituzionale qui all’esame*”. [↑](#footnote-ref-39)
40. Al fine di comprendere la portata dirimente del principio di diritto espresso dalla Consulta, occorre muovere una premessa con riferimento alla fattispecie di abuso di informazioni privilegiate. Mediante la legge 18 aprile 2005, n. 62 (*Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*, con la quale fu tra l’altro modificato il t.u. finanza del 1998) all’abuso di informazioni privilegiate furono dedicate due nuove disposizioni del novellato testo unico: l’art. 184, che ha continuato a configurare la condotta in questione come delitto; e l’art. 187-bis, che ha introdotto una figura di illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, punita con sanzioni amministrative pecuniarie da ventimila a tre milioni di euro, aumentabili, ai sensi del comma 5 dello stesso articolo, fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall’illecito, quando esse apparissero inadeguate anche se applicate nel massimo, avuto riguardo alle qualità personali del colpevole ovvero all’entità del prodotto o del profitto conseguito. Successivamente, l’art. 39 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 (*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*) ha stabilito in via generale, al comma 1, il raddoppio delle pene stabilite per i reati previsti dal decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*), dal t.u. finanza e dalla legge 12 agosto 1982, n. 576 (*Riforma della vigilanza sulle assicurazioni)*, e al comma 5 la quintuplicazione di tutte le sanzioni amministrative pecuniarie previste in tali corpora normativi. La conseguenza di tale riforma, dunque, è stata quella di delineare una sanzione amministrativa pecuniaria prevista per l’illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, di cui all’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998, innalzata a centomila euro nel minimo e a quindici milioni di euro nel massimo. Successivamente, con l’art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 72 del 2015 si è disposto che «*alle sanzioni amministrative previste dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, non si applica l’articolo 39, comma 3, della legge 28 dicembre 2005, n. 262*»: con un effetto, dunque, di ripristino della cornice edittale originariamente stabilita dalla legge n. 62 del 2005 per gli illeciti amministrativi da essa previsti, al netto della quintuplicazione introdotta, appunto, dalla legge n. 262 del 2005. Per effetto dunque dell’art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 72 del 2015, l’illecito amministrativo previsto dall’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 tornava a essere punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a tre milioni di euro, salva la possibilità di procedere agli aumenti di cui al comma 5 dello stesso art. 6. L’art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015 stabilì, tuttavia, che «*le modifiche apportate alla parte V del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, si applicano alle violazioni commesse dopo l’entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d’Italia secondo le rispettive competenze […]. Alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d’Italia continuano ad applicarsi le norme della parte V del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 vigenti prima della data di entrata in vigore del presente decreto legislativo*». Attualmente, la disciplina dell’illecito amministrativo in parola è stata nuovamente modificata dall’art. 4, comma 9, del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107, recante «*Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124/UE, 2003/125/CE e 2004/72/CE*», che, in attuazione della legge 25 ottobre 2017, n. 163 (Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea - Legge di delegazione europea 2016 - 2017), ha adeguato la legislazione nazionale al regolamento (UE) n. 596/2014, modificando ulteriormente, per quanto in questa sede rileva, l’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998. In particolare, la disposizione novellata descrive le condotte costitutive dell’illecito (ridenominato «Abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate») attraverso un mero rinvio alle ipotesi indicate nell’art. 14 del predetto regolamento UE, disponendo poi che tali condotte siano punite con la sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a cinque milioni di euro, aumentabili fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il profitto conseguito ovvero le perdite evitate per effetto dell’illecito, nei casi previsti dal comma 5 dello stesso art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998. A seguito di tali ultime modifiche, dunque, l’illecito amministrativo in parola resta punibile con la sanzione amministrativa pecuniaria minima di ventimila euro, mentre il massimo edittale è ora innalzato a cinque milioni di euro (salvi gli aumenti nei casi previsti dal comma 5). L’art. 4, comma 9, del d.lgs. n. 107 del 2018 ha nuovamente modificato il quadro sanzionatorio previsto dall’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998, in particolare tenendo fermo il minimo edittale di ventimila euro, ma innalzando il massimo da tre a cinque milioni di euro, salva la possibilità di ulteriori aumenti nei casi previsti dal comma 5 dello stesso art. 187-bis. Nulla ha disposto, però, il legislatore del 2018 in merito all’applicazione nel tempo della nuova disciplina, facendo così ritenere che abbia inteso assegnarle efficacia soltanto per il futuro. Ciò esclude che sia necessario restituire gli atti al giudice a quo. [↑](#footnote-ref-40)
41. La scelta del legislatore del 2015 di derogare alla retroattività dei nuovi e più favorevoli sistemi sanzionatori risultanti dal d.lgs. n. 72 del 2015, secondo l’opinione della Corte Costituzionale, pone in essere una deroga irragionevole, ledendo ingiustamente il diritto degli autori dell’illecito di abuso di informazioni privilegiate a vedersi applicare una sanzione proporzionata al disvalore del fatto, considerato nella sua attualità, secondo la mutata considerazione del disvalore del fatto da parte del legislatore. Dunque, non può che seguirne l’illegittimità costituzionale dell’art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, nella parte in cui esclude l’applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l’illecito disciplinato dall’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998. Tale illecito è, come noto, caratterizzato da un sistema sanzionatorio identico a quello previsto dall’art. 187-bis, rispondente ad una logica punitiva e fortemente deterrente e dissuasiva, già riscontrata in passato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (sentenza 4 marzo 2014, [Grande Stevens e altri contro Italia](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141794), e dalla Corte di giustizia UE (Grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, Garlsson e altri, in causa [C-537/16](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0537)) e dalla stessa Corte di cassazione (sezione quinta civile, sentenza 30 ottobre 2018, n. 27564). [↑](#footnote-ref-41)
42. La Corte Costituzionale, nell’affermare il principio di diritto della estensione applicativa della regola della retroattività della *lex mitior* anche al diritto amministrativo punitivo, non omette di analizzare la valenza giuridica del principio in questione, affermando testualmente come: “*La giurisprudenza costituzionale è, in tal modo, giunta ad assegnare al principio della retroattività della lex mitior in materia penale un duplice, e concorrente, fondamento. L’uno – di matrice domestica – riconducibile allo spettro di tutela del principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost., nel cui alveo peraltro la*[*sentenza n. 393 del 2006*](http://www.giurcost.org/decisioni/2006/0393s-06.html)*, in epoca immediatamente precedente alle*[*sentenze “gemelle” n. 348*](http://www.giurcost.org/decisioni/2007/0348s-07.html)*e*[*n. 349 del 2007*](http://www.giurcost.org/decisioni/2007/0349s-07.html)*, aveva già fatto confluire gli obblighi internazionali derivanti dall’art. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e dall’art. 49, paragrafo 1, CDFUE, considerati in quell’occasione come criteri interpretativi (*[*sentenza n. 15 del 1996*](http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0015s-96.htm)*) delle stesse garanzie costituzionali. L’altro – di origine internazionale, ma avente ora ingresso nel nostro ordinamento attraverso l’art. 117, primo comma, Cost. – riconducibile all’art. 7 CEDU, nella lettura offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo (oltre alla*[*sentenza Scoppola*](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94135)*, Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione 27 aprile 2010,*[*Morabito contro Italia*](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98642)*; sentenza 24 gennaio 2012,*[*Mihai Toma contro Romania*](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108754)*; sentenza 12 gennaio 2016,*[*Gouarré Patte contro Andorra*](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159911)*; sentenza 12 luglio 2016,*[*Ruban contro Ucraina*](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165250)*), nonché alle altre norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l’Italia che enunciano il medesimo principio, tra cui gli stessi artt. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 49, paragrafo 1, CDFUE, quest’ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell’art. 11 Cost*”. [↑](#footnote-ref-42)
43. In primo luogo, la Corte ribadisce il rango costituzionale della retroattività favorevole, che trova un doppio fondamento: a) sul piano interno, nell’art. 3 Cost., cioè nel principio di uguaglianza-ragionevolezza, così come interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte costituzionale (sentenza n. 393 del 2006; n. 394 del 2006; n. 236 del 2011; b) sul piano internazionale, le cui garanzie entrano a fare parte dell’ordinamento costituzionale attraverso l’art. 117 Cost., la retroattività favorevole trova autonomo riconoscimento nell’art. 7 CEDU, così come interpretato dalla sentenza *Scoppola* del 2009, nell’art. 15 PIDCP, nonché, per mezzo dell’art. 11 Cost., nell’art. 49 CDFUE, con l’ulteriore corollario secondo cui, la retroattività favorevole trae il proprio fondamento e la propria origine dalle “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati europei.

Il secondo passaggio logico della Corte è il riconoscimento della possibile estensione della regola della *lex mitior* anche alle sanzioni amministrative, pur essendo già stata affrontata la questione nella sentenza n. 193 del 2016, che aveva tuttavia escluso la generalizzata applicazione alle sanzioni amministrative della garanzia in esame precisando invece come tale estensione fosse imposta solo in relazione a “singole e specifiche discipline sanzionatorie” qualora qualificabili in concreto come convenzionalmente penali alla luce dei noti *Engel criteria*. In modo più generalizzato ed esteso e, consequenzialmente con tale impostazione, la Corte ribadisce come alle sanzioni amministrative “*che abbiano natura e finalità punitiva*” sia invece senz’altro applicabile il complesso delle garanzie della “*materia penale*”, così come definita dai principi convenzionali, compresa quella della retroattività favorevole.

Questo perché l’assenza di precedenti specifici nella giurisprudenza di Strasburgo non impedisce di sviluppare nell’ordinamento interno i principi fondamentali della Cedu, facendone applicazione anche rispetto ad aspetti che non siano già stati direttamente trattati dalla Corte Europea, in virtù di un’anticipazione dei dettami della Corte sovranazionale, giacché i principi fondamentali della Cedu hanno una portata generale, che vive anche nell’interpretazione dei giudici degli Stati membri. Inoltre, il vincolo dell’uguaglianza/ragionevolezza di cui all’art. 3 cost. fa sì che anche rispetto alle sanzioni punitive non sia costituzionalmente ammissibile continuare a sanzionare un fatto che nell’ordinamento giuridico ha perso il proprio carattere di illiceità, né continuare a punirlo sulla base di un apprezzamento di disvalore che sia mutato *in bonam partem*. Nel terzo passaggio argomentativo la Corte riconosce il carattere ‘punitivo’ delle sanzioni pecuniarie comminate dall’art. 187-*bis* del T.u.f. per l’illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, in virtù del suo carattere afflittivo e della sua finalità repressiva e non meramente risarcitoria o ripristinatoria, oltre che per la particolare severità delle sanzioni pecuniarie. In tal senso, la giurisprudenza costituzionale, in una pluralità di casi, ha aderito all’approccio sostanzialista della Corte Europea (ad es. in materia di confisca per equivalente, proprio in materia di abusi di mercato con sent. nn. 223 del 2018 e n. 68 del 2017). Inoltre, la stessa Corte di Giustizia ha riconosciuto espressamente la natura penale della fattispecie in esame, pronunciandosi di recente sulla questione della garanzia *ne bis in idem* ai sensi dell’art. 50 CDFUE (Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza 20 marzo 2018, Di Puma e altri). [↑](#footnote-ref-43)
44. Secondo autorevole dottrina, in particolare, Casetta, “*Manuale di diritto amministrativo*”, Milano, Giuffrè, 2018, il fenomeno dei poteri sanzionatori nel diritto amministrativo deve essere indagato a partire dalla nozione di sanzione, con la quale si intendono le conseguenze sfavorevoli di un illecito (corrispondente alla violazione di un precetto compiuta da un soggetto), applicate coattivamente dallo Stato ovvero altro ente pubblico. La sanzione costituisce la misura retributiva nei confronti del trasgressore e del responsabile dell’illecito, corrispondente alla inflizione di un male ritenuto maggiore rispetto al beneficio che dalla violazione possa derivare, strumentale alla creazione di un rapporto diretto tra l’autore dell’illecito e la sanzione, nel senso che quest’ultima incide sul primo in modo immediato, avendo natura e funzioni eminentemente afflittive. Essa, in altre parole, colpisce il comportamento antigiuridico di un soggetto. La sanzione, oltre ad avere carattere eminentemente afflittivo, risulta essere la conseguenza di un comportamento antigiuridico di un soggetto, non potendo identificarsi in una misura avente carattere preventivo e cautelare, giacché è sempre necessario l’accertamento della violazione della legge. Non costituisce una sanzione, ad esempio, l’annullamento ovvero la rimozione di un atto invalido, poiché in questo caso il soggetto rimane estraneo alla diretta considerazione normativa. Non può classificarsi quale sanzione nemmeno il ripristino dello stato di cose antecedenti alla trasgressione, poiché non si rinviene nessuna finalità afflittiva. [↑](#footnote-ref-44)
45. La Corte di Giustizia, con la pronuncia del 2018 sopra citata, ha affermato che, l’art. 50 della CDFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona, per illeciti amministrativi in materia di *market abuse* ovvero frodi IVA, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale, purché siffatta normativa: 1) sia volta a un obbiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in materia IVA, fermo restando che detti procedimenti e sanzioni devono avere scopi complementari; 2) contenga disposizioni che garantiscano un coordinamento che limiti a quanto strettamente necessario l’onere supplementare risultante dal cumulo dei procedimenti; 3) preveda disposizioni che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratta. In particolare, i giudizi di Lussemburgo hanno chiarito che spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto del complesso delle circostanze del procedimento principale, che l’onere risultante dall’applicazione del complesso delle norme sanzionatorie nazionali non risulti eccessiva rispetto alla gravità del reato commesso. L’art. 50 CDFUE, inoltre, conferisce ai soggetti degli ordinamenti nazionali un diritto direttamente applicabile nell’ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale. La Corte di Giustizia dell’UE ha altresì chiarito come sia necessario che vi sia una base legale del meccanismo del cumulo sanzionatorio, oltre che la previsione dello stesso attraverso norme chiare e precise che consentano al singolo di prevedere quali atti o omissioni possano costituire oggetto di un siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni. Inoltre, viene ribadita la necessità di un carattere complementare del cumulo sanzionatorio, giacché un cumulo di procedimenti e sanzioni di carattere penale può essere giustificato allorché detti procedimenti e dette sanzioni riguardino, in vista della realizzazione di un interesse generale, scopi complementari vertenti eventualmente su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata, circostanza questa che spetta al giudice verificare. Infine, risulta necessario che gli oneri a carico degli interessati derivanti da un cumulo di procedimenti siano limitati a quanto strettamente necessario al fine di realizzare l’obbiettivo di interesse generale richiamato e le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato. [↑](#footnote-ref-45)
46. Per quanto concerne la compiuta analisi delle fattispecie di reato attinenti al diritto penale dell’economia, con particolare riguardo agli abusi di mercato ed agli illeciti in materia di imposta sul valore aggiunto, si vedano, in dottrina, i seguenti autori: Cadoppi, Veneziani, “*Elementi di diritto penale”, Parte generale,* sesta edizione, Padova, CEDAM, 2015; Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, “*Diritto penale dell’economia*”, Tomo II, Reati societari, fallimentari, finanziari, bancari, tributari. Torino, UTET, 2016; Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, “*Trattato di diritto penale. Il diritto penale e la legge penale*”, parte generale, Volume I, Tomo I, UTET, Torino, 2012. [↑](#footnote-ref-46)