



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “MEDITERRANEA”
DI REGGIO CALABRIA

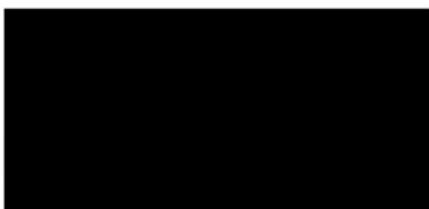
Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane

Dottorato di Ricerca in
Diritto ed Economia
Ciclo XXXV

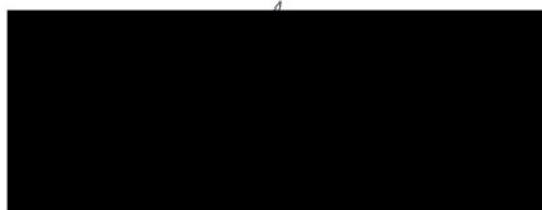
Curriculum: Pubblicistico – Cattedra di Diritto Amministrativo
Settore Scientifico Interdisciplinare: IUS/10

*LE SANZIONI AMMINISTRATIVE “PUNITIVE”:
APPRODI E PROSPETTIVE DI UN’IBRIDAZIONE ANNUNCIATA*

Tesi di Dottorato
della Dott.ssa Maria Baldari



Relatore
Chiar.mo Prof. Giuseppe Tropea



Chiar.mo Prof. Attilio Gorassini



Anno accademico 2021/2022

*A mia nonna,
che sapeva già*

INDICE

PREMESSA	7
CAPITOLO I: LE SANZIONI AMMINISTRATIVE PUNITIVE TRA CORTE EDU E CORTI INTERNE	8
1. Il potere sanzionatorio della p.a.....	8
2. La sanzione amministrativa come species del genus provvedimento amministrativo	10
3. Le differenze con le sanzioni civili e con le sanzioni penali.....	13
4. Il sistema delineato dalla legge n. 689/1981 ed il suo ambito applicativo	19
5. Le sanzioni amministrative “sostanzialmente” penali.....	21
6. L’orientamento della Corte Costituzionale	27
7. La posizione della Corte di Cassazione.....	30
8. Le pronunce del giudice amministrativo	33
9. Il progressivo adeguamento da parte del diritto UE.....	35
10. Brevi riflessioni a margine della nuova nozione di “materia penale”. Criticità e ricadute sugli interventi di depenalizzazione nazionali.....	38
CAPITOLO II: LE GARANZIE SOSTANZIALI.....	41
1. Considerazioni preliminari ed indicazioni di metodo	41
2. Il principio di legalità.....	42
2.1 La riserva di legge: assoluta o relativa?.....	45
2.2 Determinatezza, tassatività e divieto di analogia.....	50
2.3 Il divieto di retroattività in pejus. La successione di norme eterogenee..	57
3. La retroattività della lex mitior	61
4. Il principio di proporzionalità: dal diritto amministrativo al diritto penale	66
5. La natura personale dell’illecito e il principio di colpevolezza. La lettura costituzionalmente orientata dell’art. 6, l. n. 689/1981	73
CAPITOLO III: LE GARANZIE PROCEDIMENTALI	81
1. L’art. 6 CEDU e l’ambito applicativo dell’«equo processo».....	81
2. La “giurisdizionalizzazione” del procedimento nei Paesi continentali: tra tendenze evolutive e i dietrofront	84
3. Il giusto procedimento: questioni di teoria generale e riconoscimento della valenza costituzionale	90
3.1 Può dirsi esistente una piena sovrapposizione tra procedimento e processo?.....	94
4. Imparzialità ed indipendenza della p.a. Il modello delle Authorities	96
4.1 La terzietà: il problema della separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie	101
5. Il principio del contraddittorio come tutela “a più livelli”	106
5.1 La garanzia del contraddittorio rafforzato risulta realmente effettiva?	110
6. Il diritto al silenzio nel procedimento accertativo dell’illecito. Il contributo significativo della giurisprudenza nazionale e di quella sovranazionale.....	115
7. La presunzione di innocenza come regola probatoria: un principio ancora	

<i>inattuato</i>	122
CAPITOLO IV: LE GARANZIE PROCESSUALI	127
1. <i>Sanatoria processuale delle carenze procedurali secondo la Corte Edu</i>	127
2. <i>Riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative. Il difficile inquadramento della giurisdizione del g.o. e l'evoluzione del giudizio di opposizione</i>	130
3. <i>La giurisdizione sulle sanzioni irrogate dalle Autorità Amministrative Indipendenti</i>	135
3.1 <i>La full jurisdiction e il problema del sindacato sulla discrezionalità tecnica</i>	136
4. <i>Il ne bis in idem: da garanzia processuale a garanzia sostanziale. Una deminutio di tutela?</i>	143
5. <i>La caducazione degli effetti in conseguenza della illegittimità costituzionale della norma sanzionatoria</i>	151
6. <i>Sanzioni cd. processuali. Le sanzioni “alternative” all’inefficacia del contratto ex art. 123 c.p.a.</i>	157
6.1 <i>La confisca urbanistica come esempio di sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale: questioni risolte e nodi ancora problematici</i>	164
CONCLUSIONI	170
BIBLIOGRAFIA	180

PREMESSA

Il progetto di ricerca si prefigge l'obiettivo di analizzare lo specifico regime giuridico delle sanzioni amministrative dotate di carattere punitivo, rispetto alle quali si impone la necessità di estendere l'applicazione delle garanzie di derivazione più strettamente penalistica.

L'imprescindibile punto di partenza è rappresentato dal tentativo di perimetrazione della nozione in esame, la cui elaborazione risale alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, a far data dal noto caso *Engel and Others v. the Netherlands* del 1976, ha aderito ad una nozione autonoma di "accusa penale".

Nell'ambito del primo capitolo, si metterà in luce come il recepimento in ambito interno è dovuto innanzitutto agli ormai frequenti interventi della Corte Costituzionale la quale, da una decina di anni a questa parte, ha intrapreso un'opera di progressiva espansione del campo applicativo di dogmi riservati - fino a non molto tempo fa - al settore penale.

Nel farlo, segue un approccio innovativo, volto al riconoscimento automatico, da parte dell'interprete, dei principi inerenti allo statuto costituzionale e convenzionale della pena.

In linea di continuità con la tendenza inaugurata dalla Consulta si colloca il giudice amministrativo, con pronunce particolarmente sensibili all'influenza del nuovo filone giurisprudenziale.

Diversa è invece la posizione assunta - perlomeno fino ad ora - dalla Cassazione, la quale ha sempre mantenuto un atteggiamento di *self restraint*, anche al fine di evitare il superamento, in via interpretativa, di precise scelte di politica criminale attuate tramite i processi di depenalizzazione.

I capitoli successivi saranno organizzati secondo il seguente ordine: si analizzeranno dapprima le garanzie sostanziali, successivamente quelle procedurali ed infine quelle di natura processuale.

CAPITOLO I: LE SANZIONI AMMINISTRATIVE PUNITIVE TRA CORTE EDU E CORTI INTERNE

SOMMARIO: 1. Il potere sanzionatorio della p.a. – 2. La sanzione amministrativa come *species* del *genus* provvedimento amministrativo. – 3. Le differenze con le sanzioni civili e con le sanzioni penali. – 4. Il sistema delineato dalla l. n. 689/1981 ed il suo ambito applicativo. – 5. Le sanzioni amministrative “sostanzialmente” penali. – 6. L’orientamento della Corte Costituzionale. – 7. La posizione della Cassazione. – 8. Le pronunce del giudice amministrativo. – 9. Il progressivo adeguamento da parte del diritto UE. – 10. Brevi riflessioni a margine della nuova nozione di “materia penale”. Criticità e ricadute sugli interventi di depenalizzazione nazionali.

1. Il potere sanzionatorio della p.a.

Imprescindibile presupposto di questo studio è l’accertata compatibilità tra la funzione afflittiva, propria dei provvedimenti sanzionatori, e il perseguimento del pubblico interesse, cui l’azione amministrativa deve necessariamente tendere.

La precisazione non è peregrina, rendendosi necessaria al fine di sgombrare dal campo d’indagine quell’orientamento - per la verità minoritario - che nega una simile conclusione.

Il principale argomento sui cui si fonda la tesi in questione è rappresentato dalla constatazione secondo cui la funzione sanzionatoria, possedendo natura sostanzialmente giurisdizionale, apparterrebbe *naturaliter* al giudice e, pertanto, sarebbe semplicemente “prestata” alla p.a. per mere esigenze di deflazione del contenzioso¹.

La tesi appena menzionata non appare condivisibile, basti osservare che le finalità di prevenzione generale (cui la sanzione tende) connotano la funzione sanzionatoria come una delle possibili modalità di tutela del pubblico interesse.

L’irrogazione di una sanzione, infatti, non risulta finalizzata esclusivamente a compensare l’illecito mediante l’inflizione di conseguenze dannose in capo all’autore, essendo funzionale altresì alla prevenzione di future lesioni da parte della generalità dei consociati².

¹ Aderiscono a questa tesi, fra gli altri, G. SEVERINI, voce *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 2002, 1006; nonché R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2013, 9 e s. Nello stesso senso si era espresso anche H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1966, 283, secondo il quale l’attribuzione di una funzione giurisdizionale all’autorità amministrativa si giustifica proprio in quanto la stessa risulti funzionale al raggiungimento dello scopo perseguito dalla p.a., con il quale risulti organicamente connessa.

² In questo senso, v. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative*

La peculiarità che caratterizza la sanzione amministrativa, vale a dire il suo carattere afflittivo, non osta dunque affinché attraverso di essa venga perseguito al contempo un interesse pubblico, non sussistendo tra i due aspetti un insanabile contrasto.

Del resto, in tal senso si è espressa ormai da tempo anche la giurisprudenza.

La Cassazione ha infatti chiarito che la funzione amministrativa sanzionatoria garantisce interessi la cui tutela risulta attribuita alla p.a. stessa, e tanto in forma di una funzione cd. “sussidiaria” che interviene allorquando gli interessi perseguiti dalla funzione principale (“sussidiata”) siano lesi³. Nella medesima direzione, la Corte Costituzionale ha riconosciuto che le sanzioni amministrative rappresentano «*un momento ed un mezzo per la cura dei concreti interessi pubblici affidati all’Amministrazione*»⁴.

In tempi più recenti, anche la giurisprudenza sovranazionale è giunta ad analoghe conclusioni, sottolineando la non incompatibilità tra il perseguimento di un certo interesse pubblico e il carattere punitivo della sanzione⁵.

In altri termini, anche la funzione sanzionatoria rientra tra gli strumenti di cui l’Amministrazione dispone per il perseguimento della propria azione specifica e, proprio in ragione della natura complementare della funzione in esame rispetto a quelle di amministrazione attiva, si giustifica il particolare interesse che la p.a. nutre all’esercizio della stessa⁶.

Certo, non può nascondersi come per il tramite della funzione sanzionatoria l’interesse pubblico riceva una tutela soltanto indiretta: la sanzione rappresenta infatti uno strumento di perseguimento dell’interesse pubblico solo in via mediata, inidoneo a svolgere *ex se* una funzione di amministrazione attiva. Purtuttavia, nel momento stesso in cui si ammette tale profilo di complementarità, risulta difficile non attribuire anche al potere sanzionatorio una funzione di amministrazione attiva. In tal senso, particolarmente esemplificativa sembra essere la disciplina dettata con riferimento ai provvedimenti sanzionatori emanati dalle *Authorities*. In questi

pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo, in Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario, 2013, 132. Per un approccio costituzionalistico del tema, si rinvia a L. CUOCOLO, *Le sanzioni amministrative tra caratteri afflittivi ed amministrazione attiva*, in *Quad. reg.*, 2003, 531 e ss.

³ Cfr. Cass., Sez. un., 24 febbraio 1978, n. 926. Per un commento alla sentenza indicata, si rinvia a C.E. PALIERO-A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 370.

⁴ Corte cost., 14 aprile 1988, n. 447.

⁵ Cfr. in tale direzione Corte EDU, 27 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini c. Italia* (spec. par. 40), in materia di tutela della concorrenza nel mercato tutelata dall’AGCM.

⁶ Così A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica Amministrazione*, Padova, 1983, 243.

settori il collegamento tra funzione di regolazione/vigilanza da un lato, e funzione sanzionatoria dall'altro, emerge in maniera limpida dalla attribuzione di entrambe le funzioni ad un unico soggetto⁷.

Si pensi ad esempio all'AGCM, i cui poteri sanzionatori risultano strumentali alla tutela della stessa concorrenza e del mercato: i provvedimenti sanzionatori, pur dotati di carattere afflittivo, divengono strumento per la cura dello specifico interesse pubblico attribuito all'Amministrazione.

Considerazioni analoghe, e per certi versi ancora più significative, valgono anche con riferimento alle sanzioni disciplinate in via generale dalla l. n. 689/1981: in tale sistema il legislatore ha volutamente evitato di individuare una autorità amministrativa dotata di poteri specificatamente sanzionatori, attribuendo piuttosto tale competenza alle singole amministrazioni cui compete la tutela dell'interesse di volta in volta preso in considerazione⁸. E ciò proprio a riprova della naturale strumentalità del potere sanzionatorio rispetto a quello di amministrazione attiva.

I dati in esame, dunque, consentono di scongiurare l'idea che le sanzioni amministrative svolgano esclusivamente una funzione afflittiva e di prevenzione generale: se così fosse, infatti, sarebbe risultata più congeniale l'attribuzione della funzione in esame ad una Autorità amministrativa terza ed imparziale.

Viceversa, proprio l'attribuzione alla medesima Autorità amministrativa induce a riconoscere la natura intrinsecamente connessa di siffatto potere con la cura dello specifico interesse pubblico.

2. La sanzione amministrativa come species del genus provvedimento amministrativo

Tanto chiarito in ordine alla compatibilità tra la funzione sanzionatoria e perseguimento di un interesse pubblico, da cui discende la qualificazione della sanzione alla stregua di provvedimento amministrativo, appare ora il caso di soffermarsi sulle peculiarità che caratterizzano la sanzione e che valgono a distinguerla dal restante insieme di provvedimenti amministrativi.

La questione non è affatto facile, in quanto assai numerose sono le teorie che si sono contese il campo nel tempo⁹.

⁷ Sulla tematica, si rinvia alle considerazioni svolte da R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, 633.

⁸ Si vedano in particolare gli artt. 7 e 17, co. 3 l. n. 689/1981.

⁹ Senza alcuna pretesa di esaustività, ci si limiterà in questa sede a fare rinvio alle ricostruzioni che

Volendo tentare di fornire una sintesi, e in assenza di una chiara indicazione normativa sul punto, è possibile affermare che una sanzione si caratterizza in quanto tale solo se rapportata ad un fatto qualificato come illecito: rappresenta cioè un *posterius* rispetto ad un *prius*¹⁰.

Tra illecito e sanzione sussiste, in altri termini, un rapporto di causa-effetto tale per cui non può dirsi esistente una sanzione senza un illecito¹¹.

In ragione di tale rapporto, ai fini della presente indagine diventa necessario delimitare anche la nozione di illecito: tale ultimo si identifica nella violazione di un precetto compiuta da un soggetto¹² con l'ulteriore conseguenza che, nella misura in cui la sanzione finisce per incidere in modo immediato nella sfera giuridica del soggetto, si instaura un imprescindibile legame anche tra la prima ed il secondo.

Non solo. Come già anticipato, mediante la sanzione l'ordinamento intende da un lato, ristabilire l'ordine violato¹³; dall'altro, perseguire una funzione preventiva di obbedienza spontanea ai precetti normativi¹⁴. Tali considerazioni sono utili per

hanno avuto un eco maggiore nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale. In tale ottica, non si può che prendere le mosse da F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 e ss. il quale si preoccupa di elaborare una nozione unitaria di sanzione, criticando le altre tesi che invece ne proponevano una ricostruzione diversificata; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, che concepisce la sanzione, per un verso, come una componente del concetto stesso di ordinamento e, per altro verso, come un mezzo di cui l'ordinamento si avvale per garantire i precetti; E.T. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, II ed., Roma, 1936, propugna invece la teoria della sanzione giurisdizionale; E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 261, il quale nel ritenere che la sanzione è elemento necessario delle norme giuridiche, fa consistere tutta la norma nella sanzione; A. THON, *Norma giuridica e diritto*, trad. it., Padova, 1939, 16 e 132, e K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1916, I, 299, che fanno della sanzione una determinazione autonoma, seppur secondaria; F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, 83 e ss., che riconosce l'unità sostanziale della norma giuridica costituita dalla combinazione sanzione e precetto, ma ritiene conciliabile con tale asserita unità della norma che nella stessa possano coesistere diverse sanzioni.

¹⁰ Cfr. G. GAVAZZI, voce *Sanzione (Teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 1.

¹¹ In questo senso, v. E. CASSETTA, voce *Sanzione amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 598.

¹² Cfr. E. CASSETTA, voce *Sanzione amministrativa, cit.*, 598.

¹³ Secondo M.A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, 1992, 2, si ha sanzione in senso stretto «ogni volta che l'ordinamento, di fronte ad un atto anti-giuridico, considerata la turbativa che esso arreca all'interesse pubblico generale, reputa per ciò stesso (imprescindibilmente) necessario comminare una conseguenza dannosa (un male) a carico di chi ne è responsabile». In argomento N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 530, osserva che un sistema normativo potrebbe rinunciare alla sanzione solo nelle ipotesi in cui avesse la garanzia *a priori* di un'assoluta osservanza delle norme da parte dei suoi destinatari; tale ultima condizione potrebbe verificarsi solo in presenza di: a) un sistema normativo perfettamente razionale e destinato ad esseri perfettamente razionali; b) un ordinamento anche non razionale per esseri completamente automatizzati.

¹⁴ Seguendo così il noto insegnamento aristotelico. In senso critico, v. F. BENVENUTI, *Sul concetto*

distinguere quelle misure che, pur essendo consequenziali alla commissione di un illecito, risultano prive di natura sanzionatoria.

Non tutte le forme di reazione da parte della p.a. alla violazione di un precetto rappresentano infatti una sanzione amministrativa¹⁵. La specificità della sanzione rispetto alle altre tipologie di reazioni agli illeciti amministrativi si rinviene, secondo la ricostruzione prospettata da autorevole dottrina, nel suo carattere di “pena” in senso tecnico, avente cioè la finalità di irrogare una misura afflittiva e preventiva¹⁶. Di talché, uno degli elementi essenziali ed imprescindibili sarebbe rappresentato proprio dal carattere afflittivo nei confronti del trasgressore.

Così ragionando, ad esempio, non pare possa essere considerata sanzione la misura di carattere preventivo e cautelare che di regola non presuppone l'accertamento della violazione della legge, a meno che non si fondi sul pericolo accertato della violazione stessa da parte del soggetto¹⁷.

Allo stesso modo, non rappresenta una sanzione la dichiarazione di nullità o di rimozione dell'atto invalido, in quanto trattasi di reazione che opera solo nei confronti dell'atto e non anche dell'autore.

Ancora, non sarebbe sanzione la mera reintegrazione dello stato di cose antecedente alla trasgressione, poiché priva di carattere afflittivo¹⁸.

Al contrario, sono tali le sanzioni disciplinari, sebbene queste abbiano delle caratteristiche peculiari che valgono a distinguerle dalle altre¹⁹.

Come primo approdo, è possibile dunque affermare che affinché una misura

di sanzione, cit., 1306, il quale osserva che assegnare alla sanzione «una semplice funzione psicologica significherebbe estromettere la sanzione dal campo del giuridico proprio nel momento in cui il comportamento conforme al precetto si realizza; ossia nel momento in cui si realizza la norma di cui la sanzione è invece parte integrante». Secondo l'A., solo pensando che anche nella osservanza della norma come tale si realizza la sanzione - e, precisamente, nella sua funzione di assicurazione della giuridicità del precetto - sarebbe possibile considerare anche la sanzione come elemento della norma stessa.

¹⁵ In senso contrario, e dunque a favore di una nozione ampia di sanzione amministrativa, si v. A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925, 90 e ss. e 107 e ss.; U. ARDIZZONE, voce *Sanzioni amministrative*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1939, 1084 e ss.; più di recente, A. DE ROBERTO, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 18-20 settembre 1980)*, Milano, 1982, 126 e ss.

¹⁶ Fondamentale in tal senso è stato il contributo fornito da G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, secondo cui, peraltro, la sanzione amministrativa rappresenta un diritto soggettivo delle Autorità amministrative nei confronti dei privati, il quale fa da *pendant* ai doveri sanzionati in via amministrativa.

¹⁷ Cfr. A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive, cit.*, 86.

¹⁸ Così E. CASSETTA, voce *Sanzione amministrativa, cit.*, 599.

¹⁹ In tal senso C.E. PALIERO - A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative, cit.*, 356.

negativa adottata nell'esercizio di un potere amministrativo rientri nel campo delle sanzioni amministrative occorrono i seguenti elementi: correlazione con un illecito; direzione nei confronti dell'autore dell'illecito e non verso l'atto; finalità non solo di prevenzione ma anche afflittive.

3. *Le differenze con le sanzioni civili e con le sanzioni penali*

L'esistenza stessa della categoria di sanzioni amministrative pone la questione, logicamente successiva, della sua perimetrazione rispetto a quelle di natura civile e penale.

In assenza di una precisa definizione da parte del legislatore, l'approccio più corretto sembra essere quello che consiste nel procedere in via residuale e dunque in negativo, qualificando come amministrativa quella sanzione che non risulti né civile né penale; pertanto, il punto di partenza non può che essere l'analisi delle altre due categorie di sanzioni.

Prendendo le mosse dalle sanzioni civili, è agevole osservare come l'essenza sia rappresentata dalla finalità risarcitoria, la quale presuppone cioè la presenza di un danno che deve essere riparato proprio mediante l'irrogazione della sanzione.

La finalità è dunque ripristinatoria dello *status quo ante*: in altri termini, si guarda al danno arrecato, e ciò al fine di riportare il danneggiato nella medesima condizione in cui costui si trovava prima dell'illecito (nella medesima curva di indifferenza)²⁰.

²⁰ In materia appare il caso di fare un rapido al dibattito sui cd. "danni punitivi", espressione di per sé poco felice nella misura in cui accosta al danno il concetto di punizione il quale, a rigore, dovrebbe invece essere indipendente dal danno. A seguito della nota pronuncia con cui la Cassazione ha ammesso la delibazione di sentenze straniere che risarciscono i *punitive damages* ritenendoli non incompatibili con l'ordinamento giuridico italiano (il riferimento è a Cass, Sez. Unite, 5 luglio 2017, n. 16601), un certo orientamento sostiene non solo che una funzione punitiva del risarcimento non sia esclusa dal nostro ordinamento - come si ricaverebbe dalle ipotesi tassativamente previste dal legislatore - ma anche che, in futuro, ne sarebbe persino auspicabile una sorta di generalizzazione per legge. Di contro, la tesi più tradizionalista ritiene che le disposizioni normative valorizzate a questi fini (in via esemplificativa: art. 96, co. 3 c.p.c.; art. 614bis c.p.c.; art. 709-ter c.p.c.; art. 114, co. 4, lett. e) c.p.a.; art. 25 cod. proprietà industriale) più che introdurre una forma di danno punitivo sulla scorta del modello di matrice anglosassone, si limiterebbero a prevedere delle semplificazioni probatorie e delle liquidazioni forfettarie per dare effettività ad una tutela (pur sempre) risarcitoria che altrimenti sarebbe difficile da garantire in ragione della peculiare tipologia di danno che viene in considerazione. Sulla tematica si rinvia a G. PORTONERA, *Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile, in Europa e Diritto Privato*, fasc.4, dicembre 2021, pag. 707; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, gennaio 2019, pag. 6; C. SCONAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, aprile 2017, pag. 1109B;

In ciò si distingue dall'illecito amministrativo il quale, invece, non è illecito di danno e svolge una finalità afflittiva; sicché, proprio questa differenza teleologica, ne giustificherebbe l'eventuale cumulo²¹.

Ben più complesso risulta invece il *discrimen* rispetto alle sanzioni penali, a cui si accomunano proprio per la finalità afflittiva e preventiva²².

In questo senso, il dibattito ha risentito senza dubbio del pensiero di Zanobini, i cui studi hanno rappresentato per molto tempo il principale punto di riferimento della materia²³.

Dai suoi scritti si ricava l'idea che «*sanzioni specifiche dei rapporti di diritto pubblico sono soltanto le cosiddette “pene” [...] le quali hanno sempre lo scopo di imporre un male all'autore della violazione, non quello di risarcire l'amministrazione delle conseguenze dell'aggressione*».

L'elemento discrezionale sarebbe rappresentato solo dal procedimento e dall'autorità deputata alla irrogazione; in disparte questi aspetti, le sanzioni amministrative sarebbero delle vere e proprie “pene in senso tecnico”, con tutte le conseguenze in ordine al relativo regime giuridico (criterio “formale” o della competenza).

Non a caso, a fronte di tale omogeneità il legislatore ha posto in essere, in diverse occasioni, fenomeni di depenalizzazione, consistenti cioè nella trasformazione di illeciti penali in illeciti amministrativi.

Nel nostro ordinamento si è assistito ad operazioni di genere con un andamento non sempre omogeneo: mentre agli inizi del '900 si registrava un numero poco elevato di sanzioni amministrative a favore di quelle penali ritenute prevalenti, nella seconda metà del secolo si è riscontrata invece una inversione di tendenza che ha portato alla elaborazione, nell'ordine, della legge n. 689 del 1981 (la quale dispone appunto una generale depenalizzazione) del d. lgs. n. 507/1999 (in materia di depenalizzazione di reati minori) nonché del d. lgs. n. 8 del 2016 (che, in attuazione della delega, ha trasformato in illeciti amministrativi tutti reati puniti con la sola

E. LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.5, 2016, pag. 1474B; F. BENATTI, *Il danno punitivo fra forma e sostanza*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, 2014, pag. 0053B.

²¹ Sul punto, significative sono le considerazioni svolte da E. CANNADA BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc.dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 120.

²² Sulla omogeneità teleologica delle due sanzioni si rinvia a G. PAGLIARI, *Sanzione amministrativa e sanzione penale*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di A. CAGNAZZO-S. TOSCHEI, Torino, 2012, 716 e ss.

²³ Si allude in particolare a G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., Torino, 1924.

pena della multa o dell'ammenda, con l'eccezione di quelli rientranti in specifiche materie ritenute di particolare interesse)²⁴.

Senza indugiare troppo su questo aspetto, quello che rileva ai nostri fini è che la possibilità di qualificare un medesimo fatto ora come illecito penale ora come illecito amministrativo, con conseguenze in termini di trattamento sanzionatorio, testimonierebbe l'identità delle finalità perseguite dalle due tipologie di sanzioni.

La tesi in questione è stata in parte criticata dalla dottrina successiva che ne ha sottolineato i limiti²⁵, ragione per cui diversi autori hanno rinvenvenuto altrove il *discrimen* tra le categorie.

Secondo taluni, la differenza tra sanzioni amministrative e sanzioni penali andrebbe riscontrata nel più elevato disvalore della condanna penale, nella maggiore rilevanza degli interessi protetti dalla sanzione penale nonché nella circostanza che le pene sono irrogate da un giudice e non da un organo della p.a.²⁶.

Senonché, i parametri indicati non appaiono sempre risolutivi. La maggiore incidenza ed efficacia delle sanzioni penali, ad esempio, non è sempre riscontrabile,

²⁴ Sul fenomeno della depenalizzazione si rinvia, tra gli altri, a A. LAGOSTENA BASSI- L. RUBINI, *La depenalizzazione*, Milano, 1968; V. BACHELET, *Problemi e prospettive della "depenalizzazione" delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi in memoria di Esposito*, V, Padova, 1974, spec., 134 e ss.; D. PULITANÒ, *Corte Costituzionale, pena pecuniaria e riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dem. dir.*, 1980, 137; M. SINISCALCO - S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983; R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, I, 388 e ss.; A. ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato amministrativo. Ambito di applicazione*, Milano, 1990; V.L. DE CHIARA, *Nuovi traguardi di depenalizzazione*, in *Indice pen.*, 1991, 185; R. BRACCIALINI, *Problemi e protagonisti della depenalizzazione*, in *Questione giustizia*, 1991, 467 e ss.; C. MEZZABARBA-A. TRAVI, *Sanzioni amministrative. Rassegna di giurisprudenza della Cassazione: illecito amministrativo, procedimento, sanzioni accessorie*, in *Foro it.*, 1994, I, 775 e ss.; C. MEZZABARBA, *Sanzioni amministrative. Rassegna di giurisprudenza della Cassazione: disciplina processuale, prescrizione, violazioni in materia previdenziale e disciplina transitoria*, *ivi*, 1994, I, 1467 e ss.

²⁵ Basti pensare alla possibilità prevista dall'art. 24, l. 689/1981 di irrogazione congiunta di sanzioni penali e sanzioni amministrative da parte del giudice. Ad ogni modo, la tesi in questione (cd. "formalistica" o della competenza) ha rappresentato il fondamento a partire dal quale quella stessa dottrina è giunta ad accogliere la nozione restrittiva di sanzione amministrativa (connotata dalla funzione necessariamente afflittiva) cui si è fatto cenno al par. precedente. Cfr. in tal senso A. TRAVI, *Sanzione amministrativa cit.*, M.A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, *cit.*, 3; C.E. PALIERO, *Materia penale e illecito amministrativo cit.* 894.

²⁶ In proposito M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Milano, 1993, 814 osserva «secondo un modo di vedere diffuso nella pratica e nella giurisprudenza i procedimenti amministrativi sanzionatori sarebbero dei micromodelli di processi penali, affidati all'Autorità amministrativa per reprimere delle infrazioni alla legge di minor importanza, per le quali non conviene scomodare il magistero penale». Una aggiornata ricostruzione delle principali posizioni teoriche è offerta da G. PAGLIARI, *Sanzione amministrativa e sanzione penale*, *cit.*, 711 e ss.

in presenza di sanzioni amministrative pecuniarie molto elevate come quelle irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti.

Inoltre, l'osservazione secondo cui le sanzioni amministrative sono irrogate da un organo della p.a. non è indefettibile, potendo sussistere anche sanzioni amministrative disposte dall'autorità giurisdizionale. In questo senso è esemplificativa la previsione contenuta nell'art. 24 della legge n. 689/1981 secondo cui qualora l'esistenza di un reato dipenda dall'accertamento di una violazione non costituente reato, «*il giudice penale competente a conoscere del reato è pure competente a decidere sulla predetta violazione e ad applicare con la sentenza di condanna la sanzione stabilita dalla legge per la violazione stessa*».

Per una diversa posizione, la differenza starebbe nel diverso contenuto della sanzione: quella penale sarebbe l'unica a poter incidere sulla libertà personale dell'individuo; viceversa, quella amministrativa, lungi dal poter restringere una libertà fondamentale, potrebbe imporre solo una prestazione personale o patrimoniale²⁷.

Ancora, parte della dottrina ha osservato che lo strumento delle sanzioni amministrative dovrebbe essere utilizzato per scopi di controllo sociale in settori speciali, che ineriscono interessi devoluti all'Amministrazione²⁸. In altri termini, mentre le sanzioni penali tutelano l'interesse generale della società civile, quelle amministrative sarebbero finalizzate alla tutela di un interesse pubblico peculiare attribuito al controllo o alla regolazione dell'Amministrazione²⁹.

Neppure questi ultimi due criteri (vale a dire quello che si fonda sulla natura delle conseguenze nonché quello che fa riferimento alla particolarità/generalità degli interessi tutelati) appaiono del tutto risolutivi, specie ove si consideri che anche le sanzioni penali possono tutelare interessi devoluti alla cura delle Amministrazioni

²⁷ Cfr. in questo senso P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. (a cura di S. Cassese), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, tomi I, *Le funzioni di ordine. Le funzioni del benessere*, Milano, 2003, 8 e ss, e 585. Al riguardo, L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007, 601 e ss. sottolinea però come tale criterio, sebbene possa valere in relazione alle persone fisiche (e peraltro non sempre) non risulta mai applicabile per gli illeciti compiuti dalle persone giuridiche, rispetto alle quali non può esserci limitazione della libertà personale.

²⁸ In tal senso C.E. PALIERO-A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, *cit.*, 413.

²⁹ Segue questo orientamento M.A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, *cit.*, 3, che considera norme sanzionatorie amministrative «*quelle norme dirette a punire, con effetti limitatamente incidenti nella sfera dei rapporti con l'Amministrazione (epperò prevalentemente, ma non sempre, in via amministrativa) la violazione dei precetti dettati dall'ordinamento a specifica garanzia di una funzione riconosciuta propria di questa (polizia, finanza, ecc.)*».

e dunque lo stesso fatto può essere qualificato come illecito amministrativo o penale a seconda che della scelta operata dal legislatore.

Se è così, onde evitare facili smentite, probabilmente la strategia preferibile è quella di individuare come criterio discretivo la circostanza che la sanzione amministrativa sia irrogata all'esito di un procedimento amministrativo e rappresenti dunque esercizio di una potestà amministrativa.

Quest'ultimo sembra essere, in ultima analisi, l'aspetto che connota in positivo la sanzione amministrativa e la distingue dalle sanzioni civili e, soprattutto, da quelle penali³⁰. In altri termini, la diversità tra sanzione penale e sanzione amministrativa sta proprio nella diversa natura del potere di cui le stesse sono espressione: giurisdizionale la prima, amministrativa la seconda.

La diversa natura del potere incide poi sulla procedura applicabile, che sarà a sua volta giurisdizionale o amministrativa a seconda che si tratti di sanzione penale o amministrativa. A questo punto si innesta la questione relativa alla distinzione tra procedimento amministrativo e processo, sulla quale si è pure discusso in dottrina. Tale ultimo aspetto, sarà oggetto di successivo approfondimento nell'ambito del cap. III al quale si rinvia; purtuttavia, sembra utile anticipare alcune considerazioni che appaio utili fin da ora.

Da un lato, nonostante l'apparentemente netta separazione tra i due, un certo orientamento ha sostenuto una lettura "processuale" del procedimento, volta alla applicazione estensiva di alcuni principi propri del processo, come ad esempio il contraddittorio³¹. Procedimento e processo apparterrebbero dunque al medesimo

³⁰ Particolarmente significativa è, in questo senso, la ricostruzione di E. CASSETTA, voce *Sanzione amministrativa*, cit., 599, che definisce la sanzione amministrativa come «quella misura afflittiva non consistente in una pena criminale o in una sanzione civile, irrogata nell'esercizio di potestà amministrative come conseguenza di un comportamento assunto da un soggetto in violazione di una norma o di un provvedimento amministrativo». Si veda anche, ID., *Illecito penale e illecito amministrativo*, in *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 18-20 settembre 1980)*, Milano, 1982, 45 e ss. Nello stesso senso E. CANNADA BARTOLI, voce *Illecito (Diritto amministrativo)*, cit., 118, secondo cui la «sanzione amministrativa ed il relativo illecito, si definiscono, pertanto, rispetto alle corrispondenti figure penalistiche in termini negativi in quanto la pena amministrativa non si collega ad un (illecito che sia qualificato) reato»; nonché E. CAPACCIOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, Relazione al XXVI Convegno di Studi di Scienze dell'Amministrazione*, in *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1982, 89, ove si legge «ammesso che si possa identificare la "sanzione" come settore dotato di autonomia e specificità, "della 'sanzione amministrativa' sembra prudente dare una nozione negativa e residuale, nel senso appunto che essa è una sanzione non penale».

³¹ Nello specifico, la concezione del "procedimento-quasi giurisdizione" è stata teorizzata da M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica Amministrazione*

genus, con conseguente omogeneità in termini di regime giuridico.

Dall'altro lato, la tesi dominante respinge siffatta uniformità in ragione delle numerose differenze sussistenti tra le due procedure. Su tutte, quella insuperabile attiene al fatto che l'organo amministrativo non è mai del tutto terzo ed imparziale rispetto alla questione, dovendo necessariamente perseguire un interesse pubblico³².

Il procedimento amministrativo è infatti sempre finalizzato alla cura e al perseguimento dell'interesse di cui l'Amministrazione è portatrice, sia pure nel rispetto degli interessi legittimi dei soggetti interessati. E tanto vale anche in relazione ai procedimenti sanzionatori. Viceversa, lo scopo del processo amministrativo è quello di realizzare gli interessi (privati) del ricorrente, allorché gli stessi siano stati illegittimamente sacrificati nel procedimento³³.

Con la conseguenza che proprio la diversa natura tra sanzione penale ed

(il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), in *Riv. dir. proc.*, 1980, 254 e ss. Peraltro, l'idea che con il processo si esplica non solo la funzione giurisdizionale ma anche quella amministrativa si rinviene chiaramente negli scritti di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 e ss.; ID., *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, vol. III, Milano, 1995, 1735 e ss.; sulla possibilità di ricondurre procedimento e processo ad un unico *genus* si vedano, indicativamente, G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 779 e ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'Amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, 431 ss.; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964; ID., *La disciplina generale dell'attività amministrativa: considerazioni introduttive*, in *Quad. reg.*, 1987, 887 e ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, 483 e ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; più di recente, M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, 103 e ss., declina il paragone tra procedimento e processo rispetto allo specifico problema relativo all'*an* e al *quomodo* dell'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate".

³² Per una disamina più approfondita della questione, si rinvia a M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 369; F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 27, il quale ben osserva come il processo amministrativo serva a "dirimere controversie", mentre il procedimento a "decidere meglio"; G. TROPEA, *La partecipazione al procedimento fra istanze "di risultato" e riforma del processo amministrativo, La partecipazione negli enti locali. Problemi e prospettive*, Giappichelli, 2002.

³³ Così V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 266. Sulla tematica, significative sono altresì le riflessioni di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo, cit.*, par. 2. L'A. osserva che procedimento e processo si distinguono in quanto il primo è teso a soddisfare l'interesse dell'Amministrazione che emana l'atto, e solo di riflesso può dare soddisfacimento ad un interesse del cittadino; il secondo, invece, persegue l'interesse anche di altri soggetti, diversi dall'autore dell'atto conclusivo. L'elemento essenziale del processo starebbe dunque nella esplicazione di una funzione pubblica limitata, positivamente o negativamente, da atti posti in essere da e nell'interesse del destinatario dell'atto finale.

amministrativa osterebbe ad una omogeneità di regime giuridico³⁴.

Volendo sintetizzare, dunque, è possibile affermare che tra sanzioni amministrative e sanzioni penali sussistono le seguenti differenze: a) irrogazione ad opera di soggetti differenti; b) procedure difformi; c) diversa natura degli interessi tutelati.

4. *Il sistema delineato dalla legge n. 689/1981 ed il suo ambito applicativo*

La separazione tra sanzione amministrativa e sanzione penale sembra aver trovato consacrazione nella l. n. 689/1981, che ha svolto un ruolo di rilievo nella qualificazione dell'illecito amministrativo come autonoma categoria concettuale, dotata di proprie peculiarità.

La normativa in esame, infatti, testimonierebbe la volontà del legislatore di dettare una disciplina generale dell'istituto, distinta dall'illecito penale. Questo elemento innovativo varrebbe a superare la tesi, pur autorevolmente sostenuta, delle omogeneità tra sanzione penale e sanzione amministrativa³⁵.

L'intento perseguito dal legislatore pare essere quello di delineare uno strumento di controllo collegato all'Amministrazione e alle funzioni da essa svolta.

In questo senso, l'emanazione della legge n. 689/1981 ha rappresentato un grosso passo avanti o - per coloro i quali già si esprimevano in tal senso - la definitiva conferma, dell'autonomia della sanzione amministrativa, di cui ne vengono regolati gli aspetti sostanziali, procedimentali e processuali.

³⁴ Particolarmente evocative in tal senso sono le parole di F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione* (Varenna, 18-20 settembre 1980), Milano, 1982, 42 secondo cui sarebbe «del tutto impossibile ogni traslazione di principi da un sistema all'altro».

³⁵ Si allude a ZANOBINI, cfr. *supra* par. 3. In verità, occorre dare atto di come anche dopo la promulgazione della legge in esame molti autori continuarono a dubitare dell'autonomia della categoria I principali argomenti valorizzati a tal fine sono da un lato, la circostanza che il legislatore nel dettare per la prima volta una disciplina di carattere generale in materia di sanzione amministrativa lo abbia fatto proprio nell'ambito di una legge avente una finalità ben precisa, vale a dire l'introduzione di modifiche al sistema penale, e ciò proprio a conferma della omogeneità tra le due sanzioni. Dall'altro, la constatazione che la disciplina dettata in relazione all'illecito amministrativo fosse ispirata per molti aspetti al regime penalistico. Cfr. in tal senso R. BERTONI, G. LATTANZI, E. LUPO, L. VIOLANETE (coordinato da), *Modifiche al sistema penale*, vol.I, *Depenalizzazione e illecito amministrativo*, Milano, 1982. Ancora, appaiono significative le considerazioni svolte da C.E. PALIERO-A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 348, il quale osserva come l'intervento del legislatore sia stato «di ordine "ablativo", nel senso che sono stati lasciati intatti la validità e il contenuto dei precetti ed è stata eliminata solo la valenza penale della sanzione». L'A. prosegue constatando che la natura di sanzione amministrativa sia stata assegnata «ex lege non per ragioni riguardanti l'esercizio dell'azione amministrativa, ma solo per ragioni di decongestionamento e di maggiore qualificazione della giustizia penale».

Occorre dare atto, tuttavia, che non tutte le sanzioni amministrative rientrano nel campo applicativo della legge *de qua*: l'art. 12 chiarisce infatti che le disposizioni ivi contenute «*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*».

Tale ultima precisazione, frutto di una mediazione raggiunta in seno ai lavori parlamentari³⁶, si è resa necessaria in ragione del variegato ventaglio di figure di illecito amministrativo oramai presenti nel panorama giuridico. Rispetto alla tesi ampia volta a ricomprendere l'intera categoria di sanzioni (sia pure con l'esclusione di quelle disciplinari), è prevalsa alla fine la linea più moderata.

Peraltro, secondo una interpretazione dottrina particolarmente restrittiva, non tutte le sanzioni pecuniarie sarebbero comprese nel campo applicativo della l. n. 689/1981; al contrario, vi rientrerebbero solamente quelle aventi una funzione precipuamente "afflittiva o punitiva", e non anche quelle rispondenti in via prevalente ad una funzione ripristinatoria o riparatoria³⁷.

Quanto alle clausole di riserva, la verifica circa la "applicabilità" dovrebbe essere effettuata verificandone l'omogeneità, e ciò al fine di cogliere l'eventuale «*intrinseca incompatibilità della disciplina dettata dalla l. 689/1981 con le particolari caratteristiche ontologiche di un certo tipo di sanzioni, circostanza questa che ne precluderebbe l'applicazione*»³⁸.

Solo nel caso in cui tale preventiva verifica desse esito positivo, sarebbe possibile passare al successivo esame circa la «*salvezza della disciplina speciale di settore*», che troverà applicazione anche in caso di contrasto con le disposizioni generali³⁹.

³⁶ Per una compiuta ricostruzione dei lavori parlamentari che hanno preceduto l'approvazione della legge si rinvia a R. BERTONI, G. LATTANZI, E. LUPO, L. VIOLANETE (coordinato da), *Modifiche al sistema penale cit.*, 22 e ss.

³⁷ Cfr. sul punto M.A. SANDULLI voce *Sanzione amministrativa cit.*, 1 ss., secondo la quale «*la finale limitazione degli stessi alle sole pene pecuniarie fu essenzialmente ispirata da ragioni di ordine prudenziale nei confronti, da una parte, di quelle che impropriamente venivano considerate come sanzioni reintegrative e soddisfatta [...] dall'altra, di quelle sanzioni che possono, in un certo senso, definirsi "obiettive" o "reali" per lo stretto indefettibile collegamento che presentano con la cosa oggetto o fonte della trasgressione, rivelando in questo modo l'evidente riferimento ad una disciplina più generalmente interessante l'intero genus delle cd. sanzioni "punitive", applicabile, per quanto compatibile con il loro precipuo carattere, anche nei confronti delle pene "reali"*».

³⁸ M.A. SANDULLI, voce *Sanzione amministrativa cit.*, 7.

³⁹ Numerosi sono i casi in cui la giurisprudenza, applicando la clausola in esame, ha disapplicato la disciplina generale a favore di quella settoriale; tra tante, cfr. Cass. Sez. Lavoro, 16 maggio 2008, n. 13545; ID., 24 marzo 2003, n. 4290 in materia di previdenza ed assistenza avvocati; T.a.r. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 17 dicembre 2003, n. 3511 in materia di turni di apertura delle farmacie; Cass.

Da ultimo, per espressa previsione normativa, non rientrano nel campo applicativo della legge generale le sanzioni disciplinari, assoggettate alle rispettive norme settoriali.

Tanto è dovuto alla particolare natura delle sanzioni *de quibus*, che presuppongono l'esistenza di un rapporto "di supremazia speciale" tra il cittadino e la p.a.⁴⁰, in forza del quale il primo diviene titolare di uno specifico *status* da cui discendono obblighi generici nei confronti della seconda.

Proprio tale genericità rende impossibile la previa tipizzazione tanto delle singole condotte, quanto delle eventuali violazioni, con la conseguenza che l'esercizio del potere disciplinare risulta connotato da un'ampia discrezionalità sia *sull'an* che sul *quantum*.

Inoltre, all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego avvenuta ad opera dei dd. Lgs 2 febbraio 1993, n. 29 e 31 marzo 1998, n. 80, il citato rapporto di "supremazia speciale" - cui il potere disciplinare risulta riconducibile - è stato sostituito da un rapporto integralmente contrattualizzato. Ne è derivata dunque la fuoriuscita delle relative sanzioni disciplinari dal novero delle sanzioni amministrative.

Pertanto, le discipline speciali fatte salve dall'art. 12 della l. 689/1981 devono oggi essere riferite da un lato, ai settori di pubblico impiego non privatizzati elencati dall'art. 3, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165; dall'altro, ai poteri disciplinari riconosciuti agli Ordini professionali nei confronti dei propri iscritti.

5. *Le sanzioni amministrative "sostanzialmente" penali*

Se questo era lo *status* dell'ordinamento fino a meno di un ventennio fa, occorre adesso dare atto della tendenza di derivazione sovranazionale - oggetto del presente lavoro - che ha rivoluzionato l'assetto del sistema sanzionatorio amministrativo nazionale.

Si allude all'orientamento interpretativo accolto dalla Corte Edu dei Diritti dell'Uomo che, a far data dalla storica sentenza Engel del 1976⁴¹, propugnò una

Sez. Un., 22 febbraio 2002, n. 2625 in materia di contestazioni di violazioni nel settore radiotelevisivo.

⁴⁰ Su cui si rinvia a L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2006; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2002.

⁴¹ Corte eur. n. 5100/71, causa *Engel c. Paesi Bassi*.

nozione autonoma di «pena», da intendersi come presupposto di applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU nonché dell'art. 4 del Protocollo aggiuntivo n. 7 alla Convenzione medesima.

Trattasi di una interpretazione estensiva che consente di assicurare le garanzie e i principi dettati in materia di «*equo processo*» (art. 6 CEDU) e di «*nulla poena sine lege*» (art. 7 CEDU) non solo ai «*reati*», cui si riferiscono letteralmente le disposizioni, ma anche agli illeciti che, sebbene siano formalmente qualificati come amministrativi, si rivelino, nella sostanza, penali.

L'intento dei giudici di Strasburgo è quello di evitare, da parte dei singoli Stati, facili elusioni delle garanzie storicamente previste dalla CEDU per il settore penale⁴², e dunque per prevenire e/o contrastare quella che è stata definita come «*truffa delle etichette*»⁴³.

Il punto di partenza dell'orientamento della Corte risiede pertanto nella constatazione circa la non vincolatività del *nomen iuris* utilizzato dal legislatore nazionale ai fini della qualificazione di una sanzione come penale.

Quest'ultima affermazione, lungi da fraintendimenti, non deve però essere intesa come negazione di ogni valore giuridico alla qualificazione interna: posto, infatti, che la qualifica di una sanzione in senso penale può essere attribuita anche ad una sanzione formalmente amministrativa, non vale anche il contrario sicché una sanzione formalmente già qualificata come penale non necessita di ulteriori accertamenti di tipo sostanzialistico idonei a sconfessarne la natura⁴⁴.

In quest'ottica, il *nomen iuris* stesso rappresenta il primo dei cd. *Engel criteria* da seguire ai fini del riconoscimento sostanzialmente penale della sanzione.

Accanto a questo se ne collocano altri due di natura più sostanziale.

Da un lato, viene in rilievo la natura della disposizione punitiva, che a sua volta risulta articolato nei due sub-criteri: il primo, attiene all'area di applicazione e alla

⁴² Al riguardo, la nostra Corte Costituzionale ha riconosciuto come la finalità sia stata proprio quella di evitare un «*surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale*» (cfr. sentenza 4 giugno 2010, n. 196).

⁴³ Così F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2015, 4.

⁴⁴ Si parla a tal riguardo di «*one way autonomy*». Sul punto, si vedano le considerazioni svolte da F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo, cit.*, 4, il quale chiarisce come la qualificazione formale interna allo Stato sia «*vincolante esclusivamente in senso estensivo*», con la conseguenza che «*se una sanzione è penale per l'ordinamento nazionale, non sarà necessario accertare che siano integrati i requisiti sostanziali affermati dai giudici di Strasburgo*».

struttura del precetto; il secondo, privilegia le finalità da questo perseguite.

Dall'altro, incide il requisito della severità della sanzione stessa, da valutarsi non in astratto ma in concreto: ciò che conta, è che essa impatti in modo rilevante sulla sfera giuridica dell'autore dell'illecito.

I criteri enucleati si collocano tra loro in un rapporto di alternatività, con la conseguenza che per qualificare una sanzione come pena ai sensi della CEDU è sufficiente che questa sia tale anche sulla scorta di uno solo di essi.

La particolare complessità del caso, tuttavia, può rendere eccezionalmente opportuno l'impiego cumulativo dei criteri e, dunque, l'attribuzione della qualifica penale alla sola sanzione che li soddisfi tutti e tre⁴⁵.

Nell'applicazione di siffatti criteri la Corte EDU ha seguito un approccio non sempre uniforme, prediligendo, al contrario, un orientamento piuttosto casistico⁴⁶. Pur tuttavia, è possibile ricavare dai precedenti giurisprudenziali un dato pressoché costante, vale a dire la circostanza che la qualificazione utilizzata dalla norma nazionale non sia quasi mai dirimente⁴⁷.

A risultare decisivi risultano pertanto i restanti due criteri, vale a dire quello della natura della disposizione punitiva e l'altro inerente alla severità della sanzione, sui quali occorre soffermarsi.

Come anticipato, il criterio della natura della disposizione punitiva risulta articolato innanzitutto nel sub criterio relativo del campo di applicazione e della struttura del precetto, sulla scorta del ragionamento secondo cui sono penali quelle disposizioni che, mirando a reprimere comportamenti incompatibili con il vivere associato, risultano rivolte alla generalità dei consociati⁴⁸.

In secondo luogo, la natura della disposizione punitiva deve essere indagata alla

⁴⁵ In questa direzione si è espressa più di recente Corte eur., sez. III, 4 marzo 2014, n. 18640/10, causa *Grande Stevens c. Italia* ove si legge che nulla impedisce di adottare un approccio cumulativo allorché l'analisi distinta di ciascun criterio non permetta di pervenire ad una conclusione chiara.

⁴⁶ Circostanza questa che ha generato ripercussioni negative in termini di prevedibilità *ex ante* circa la soluzione della controversa. In questo senso, si rinvia alle considerazioni svolte da A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Diritto Amministrativo*, 2014, fasc. 4, 627-649; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 7, il quale osserva che l'«*approccio casistico talvolta rifugge da percorsi pienamente coerenti e prevedibili*». Negli stessi termini si è espresso anche N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali* (a cura di I. PELLIZZONE), Giuffrè, 2017 p. 89.

⁴⁷ Per lo meno in senso "restrittivo", volto cioè a precludere una qualificazione aggiuntiva, posto che invece la natura penale eventualmente riconosciuta già sul piano formale non potrebbe essere negata alla luce degli altri criteri.

⁴⁸ Cfr. Corte EDU, 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*

luce del sub criterio dello scopo del precetto stesso (cd. criterio teleologico): in quest'ottica, sarebbero penali quelle sanzioni che svolgono una finalità preventiva, repressiva e punitiva⁴⁹.

Anche il criterio della severità è stato più volte oggetto di attenzione da parte della Corte europea⁵⁰.

La limitazione della libertà personale denota certamente la natura penale della sanzione, e cioè nei casi di incisione non solo diretta ma anche indiretta, vale a dire all'esito di una operazione di conversione della pena inizialmente pecuniaria in una pena limitativa della libertà personale⁵¹.

Con riferimento alle sanzioni pecuniarie, il criterio della gravità risulta integrato nei casi in cui il massimo edittale astrattamente previsto, indipendentemente dal *quantum* concretamente inflitto, superi la soglia quantitativa del mero risarcimento o comunque del ripristino materiale⁵².

Per quanto concerne poi la qualifica delle sanzioni di carattere non pecuniario, come ad es. l'interdizione da una carica o da un ufficio o la confisca di beni, occorre innanzitutto verificare se queste risultino accessorie a sanzioni pecuniarie: ove così fosse, ne seguirebbero la natura, andando ad incidere ulteriormente sull'ambito

⁴⁹ Corte EDU, 20 luglio 2006, *Taiani c. Italia*, ove la Corte ha ritenuto di natura penale la misura della privazione del diritto di voto dei soggetti che siano stati dichiarati falliti, evidenziando il carattere «essenzialmente afflittivo» di tale misura, la cui ratio è quella di «devalorizzare e punire» detti soggetti.

⁵⁰ Cfr., *ex multis*, Corte eur., sez. V, 11 giugno 2009, n. 5242/04, causa *Dubus S.A. c. Francia*. Corte eur., sez. I, 4 ottobre 2007, n. 28183/03 causa *Anghel c. Romania*; Corte eur., sez. IV, 1 febbraio 2005, n. 61821/00, causa *Ziliberberg c. Moldavia*.

⁵¹ In tal senso infatti si noti come multa ed ammenda, pur avendo contenuto pecuniario, rivestano carattere penale in quanto anzitutto, di esse è ammessa la conversione in libertà controllata o in lavoro sostitutivo, misure entrambe incidenti sulla libertà personale; inoltre, la condanna alla pena pecuniaria, anche nei casi in cui non si convertibile direttamente, potrebbe comunque precludere al soggetto la fruibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena detentiva, così incidendo sulla libertà personale. Sul punto, cfr. E. CAPOCCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative*, in AA. VV., *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, 129, secondo cui «la primaria caratteristica per cui la sanzione amministrativa non si converte mai in pena detentiva separa la nostra ipotesi dalla sanzione penale».

⁵² Corte eur., grande cam., 21 febbraio 1984, n. 9544/79, causa *Oztürk c. Germania*. Del resto, proprio nel caso in esame i giudici di Strasburgo hanno fatto applicazione per la prima volta del criterio funzionale, dopo averlo solamente enunciato nel precedente caso *Engel* (il quale era stato risolto invece grazie al criterio della severità). Pertanto, secondo parte della dottrina, la svolta radicale nella giurisprudenza di Strasburgo dovrebbe essere attribuita proprio al caso *Oztürk c. Germania*. In tal senso, cfr. V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Rivista Italiana Di Diritto E Procedura Penale*, 2017, p. 988. Per un commento alla sentenza si rinvia a C.E. PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 894 ss.

patrimoniale⁵³.

Negli altri casi, la logica seguita dalla Corte Edu sembra essere quella di riconoscere natura penale alle sanzioni non pecuniarie che, per le loro caratteristiche, eccedono il mero ripristino, finendo così per attribuire valore decisivo proprio alla funzione svolta⁵⁴.

Il riconoscimento della qualifica penalistica, effettuato alla luce dei menzionati criteri, non comporta l'automatica applicazione dell'intero regime giuridico convenzionalmente dettato in relazione alle pene.

La stessa giurisprudenza della Corte Edu, infatti, all'interno della "materia penale" effettua un distinguo tra "*hard core of criminal law*" e cd. "*minor offences*"⁵⁵: posto che ad entrambe le categorie si applicano i principi dettati dall'art. 7 CEDU, è solo in relazione agli illeciti rientranti nel cd. *hard core* che risultano assicurate anche le garanzie procedurali di cui all'art. 6 CEDU.

Le eventuali carenze procedimentali in relazione alle cd. *minor offences* possono essere oggetto di sanatoria nella successiva fase giurisdizionale. Affinché ciò avvenga, tuttavia, occorre che il giudice competente possa sostituirsi interamente all'amministrazione effettuando quello che viene comunemente denominato sindacato di *full jurisdiction*⁵⁶.

Alla distinzione in esame non è seguita però una chiara indicazione circa il *discrimen* tra le due categorie. L'unico aspetto certo è che questa linea giurisprudenziale trova una propria giustificazione nella oggettiva mitezza delle sanzioni in questione⁵⁷.

⁵³ Così Corte eur., sez. III, 4 marzo 2014, n. 18640/10, causa *Grande Stevens c. Italia* nella quale la Corte ha sostenuto che le sanzioni interdittive e la confisca del prodotto o del profitto previste in materia di mercati finanziari siano da considerarsi sanzioni penali in quanto si cumulano ad una ingente sanzione pecuniaria che può astrattamente giungere fino a euro 15.000.000

⁵⁴ Così Corte eur., sez. II, 30 agosto 2007, n. 75909/01, causa *Sud Fondi s.r.l. c. Italia* in cui la Corte qualificò la confisca dei terreni oggetto di una lottizzazione abusiva come una sanzione penale sulla scorta dell'argomentazione secondo cui la stessa non ha come finalità il risarcimento pecuniario di un pregiudizio ma, piuttosto, mira a punire per evitare nuove violazioni legislative. Peraltro, nel caso di specie la confisca aveva riguardato anche terreni non edificati e, dunque, inidonei a cagionare un effettivo danno al paesaggio.

⁵⁵ Corte EDU, Grande Chambre, 21 febbraio 1984, n. 9544/79, causa *Oztürk c. Germania*; ID., 23 novembre 2006, n. 73053/01, causa *Jussila c. Finlandia*

⁵⁶ Sul punto, la giurisprudenza è ormai consolidata: si v., fra le altre, Corte EDU, 11 dicembre 2006, *Nedzela c. Francia*; Corte EDU, 27 gennaio 2004, *Kyprianou c. Cipro*; Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*; Corte EDU, 17 aprile 2012, *Steininger c. Austria*. Su tali aspetti si tornerà più avanti ai capitoli III e IV.

⁵⁷ Ad es. la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Jussila v. Finland* (23 novembre 2006, caso n. 73053/01) menziona espressamente la «*minor nature of the penalty*»; nel caso *Sandor Lajos Kiss*

In assenza di istruzioni sovranazionali precise, un orientamento interno ha ricondotto *de plano* la categoria delle sanzioni formalmente amministrative nell'ambito delle cd. *minor offences*, finendo così per sovrapporre la distinzione in esame a quella che intercorre tra sanzione formalmente penale e sanzione sostanzialmente penale⁵⁸.

Tale orientamento, all'evidenza, non appare convincente nella misura in cui sembra attribuire esclusiva rilevanza all'aspetto formale, e ciò in piena contrapposizione rispetto alle premesse poste alla base dell'interpretazione estensiva della Corte EDU⁵⁹ volta invece a privilegiare la sostanza.

Peraltro, una simile impostazione non rifletterebbe affatto l'obiettiva distanza che vi è, nella realtà, tra sanzioni amministrative minori e sanzioni amministrative maggiori, le quali ultime talvolta appaiono anche ben più temibili, sul piano del *malum* che infliggono, rispetto a sanzioni penali.

Per tali ragioni, sarebbe sbagliato pensare che tutte le sanzioni formalmente amministrative siano, in quanto tali, da ritenere estranee alla materia penalistica intesa in senso forte, e quindi sottoposte in modo (non si sa bene quanto) "minore" alle tutele dell'art. 6 CEDU.

Semmai è possibile ritenere che la qualificazione amministrativa di un illecito nel diritto nazionale può rappresentare un indizio circa il suo possibile carattere minore; da solo, tuttavia, questo non è sufficiente.

Anche le sanzioni formalmente amministrative, infatti, allorquando comportino conseguenze gravi per il trasgressore, sembrano suscettibili di rientrare nel cd. *hard core of criminal law*⁶⁰, con tutte le conseguenze che ne dovrebbero derivare in termini di regime giuridico.

v. *Hungary*, (29 settembre 2009, caso n. 26958/05) ricorda che perché la garanzia dell'udienza possa essere pretermessa occorre un « *minor character of the offence*»; nel caso *Suhadolc v. Slovenia* (17 Maggio 2011, caso n. 57655/08), poi, la Corte europea esplicita, in una sorta di interpretazione autentica della sentenza *Jussila*, che il parametro da tenere presente è non solo quello, un po' soggettivo e sfuggente, del « *degree of stigma*», ma anche quello, più concreto ed oggettivo, dell'ammontare della sanzione.

⁵⁸ In questo senso, si v. Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164; ID., 26 marzo 2015, n. 1595.

⁵⁹ Al riguardo, paiono piuttosto significative le considerazioni svolte da F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 78; nonché da A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema della intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 456 ss.

⁶⁰ Così F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 79.

6. L'orientamento della Corte Costituzionale

Come anticipato, quest'interpretazione evolutiva venne accolta per la prima volta dalla Corte Edu ormai più di quarant'anni fa; da allora, l'orientamento in questione si è via via consolidato negli anni grazie al susseguirsi di pronunce piuttosto conformi.

Simili spinte di derivazione sovranazionale non potevano che avere importanti ripercussioni anche in ambito interno; il loro recepimento, tuttavia, non è stato del tutto immediato.

Senza dubbio, un primo spartiacque risale al 2007, quando la Corte Costituzionale in occasione delle storiche “sentenze gemelle”⁶¹ ha riconosciuto alle disposizioni della CEDU (e alla interpretazione che di esse fa la Corte EDU) il rango di norme “interposte”, tali da integrare il parametro costituzionale cui all'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui lo stesso impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «*obblighi internazionali*».

Tale riconoscimento comporta, com'è noto, l'obbligo per il giudice nazionale, allorché ravvisi un potenziale contrasto tra una norma interna e una disposizione della CEDU, di tentare innanzitutto la via della cd. “interpretazione conforme” alla Costituzione. Qualora quest'ultima non risulti possibile, l'alternativa è rappresentata dalla rimessione della questione di legittimità costituzionale della norma interna⁶².

Dunque, a fronte di tale meccanismo, le norme convenzionali hanno assunto una cogenza maggiore rispetto al passato, dalla quale si sarebbe attesa una massiccia adesione ai principi enunciati dalla Corte EDU.

In verità, malgrado tale formale apertura alla giurisprudenza di Strasburgo, la Corte Costituzionale ha continuato a mantenere, per almeno altri dieci anni, un atteggiamento di parziale chiusura⁶³.

⁶¹ Si allude a Corte Cost., sentt. nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007.

⁶² Sul tema, *ex multis*, si rinvia a C. CARUSO, *Il “posto” dell'interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.4, 1 agosto 2018, pag. 1985; A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc.4, 2010, pag. 869; M. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte Costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, fasc.3-4, 2008, pag. 747; F. MANGANARO, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il Diritto di Proprietà*, in *Dir. Amm.*, fasc.2, 2008, pag. 379; S. VALAGUZZA, *Riflessioni sul primato attenuato del Diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, fasc.6, 2008, pag. 1375.

⁶³ In tal senso, si v. le parole utilizzate da F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. trim.*

La ragione era legata alla portata fortemente innovativa dell'orientamento il quale, condotto alle estreme conseguenze, secondo la Consulta avrebbe potuto indurre alla conclusione che «*tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*»⁶⁴. Per tale motivo le prime pronunce si sono limitate ad attuare i principi sovranazionali in relazione alle specifiche sanzioni già oggetto di attenzione da parte della Corte EDU perché qualificate come sostanzialmente penali.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla nota vicenda relativa alla confisca urbanistica ex art. 44, comma 2 DPR 380/2001 considerata, secondo un iniziale orientamento nazionale, come sanzione amministrativa⁶⁵. È stato necessario un duplice intervento da parte della Corte EDU⁶⁶ affinché il giudice delle leggi arrivasse a qualificarla come sostanzialmente penale⁶⁷.

Ancora, emblematiche appaiono pure le considerazioni svolte nel 2016 quando la Consulta escludeva la possibilità di applicare essa stessa i criteri Engel a tipologie di sanzioni rispetto alle quali i giudici di Strasburgo non si fossero ancora pronunciati⁶⁸. Ciò proprio in quanto le pronunce sovranazionali avevano avuto ad oggetto non il sistema sanzionatorio complessivamente inteso ma singole e specifiche disposizioni sanzionatorie.

Con la conseguenza che quei principi, anche ove dovessero sussistere i requisiti indicati dalla giurisprudenza internazionale, non avrebbero potuto trovare applicazione in assenza di un precedente specifico.

L'orientamento, a ben vedere, non risultava convincente; il punto debole di siffatta ricostruzione consisteva nel trascurare la circostanza che anche la Consulta è chiamata ad applicare la CEDU, e ciò anche in assenza di una previa indicazione

penale contemporaneo, 2015, p. 334, secondo il quale quello messo in atto dalla Consulta sarebbe stato «*un atteggiamento diffidente, a dir poco ambiguo*».

⁶⁴ Così Corte Cost., sent., 4 giugno 2010, n. 196.

⁶⁵ Cfr., tra le altre, Cass. Sez. III, 7 luglio 2004 n. 229609; Id., 27 gennaio 2005 n. 230979; Id., 7 novembre 2006 n. 236076; Id., 21 novembre 2007 n. 236076.

⁶⁶ Corte EDU, 20 gennaio 2009, n. 75909/01, causa *Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia*; ID., 29 ottobre 2013, n. 17475/09, causa *Varvara c. Italia*.

⁶⁷ Il riferimento è a Corte Cost., 1 aprile 2015, n. 49 che, nel riconoscere la necessità di una sentenza di condanna ai fini della applicazione della confisca, ritenne sufficiente anche una condanna intesa in senso sostanziale.

⁶⁸ Corte Cost., 20 luglio 2016, n. 193. In argomento, si rinvia a M. SCOLETTA, *Lo statuto normativo della confisca urbanistica nel prisma delle garanzie convenzionali. Nota a Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.i.e.m. s.r.l. e altri contro Italia*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.1, 2019, pag. 47; M. COLACURCI, *La nozione di materia penale" nella sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, in *Cassazione Penale*, fasc. 2, 2016, pag. 794B.

specifica da parte di Strasburgo⁶⁹.

Non a caso, la stessa Corte Costituzionale appena un anno dopo è tornata sui propri passi superando *«l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU se non con riferimento a casi che siano stati già oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo»*⁷⁰: anche i Giudici degli Stati membri sono tenuti ad applicare ed interpretare la Convenzione e, dunque, ad evitarne la violazione.

Tali affermazioni sono state oggetto di successiva precisazione negli anni successivi: sempre più frequentemente la Consulta sostiene la necessità di una applicazione non solo automatica da parte dell'interprete (cioè in assenza di uno specifico precedente della Corte EDU)⁷¹, ma anche totale, vale a dire comprensiva dell'insieme di principi inerenti allo statuto costituzionale e convenzionale della pena, con esclusione dei soli dettami contenuti nell'art. 27 Cost. che appaiono strettamente legati alla natura della pena limitativa della libertà personale⁷².

⁶⁹ Sul punto, v. F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, cit., 2015, p. 337.

⁷⁰ Così Corte Cost., 7 aprile 2017, n. 68.

⁷¹ Cfr. Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 63, punto n. 6.2 del Considerando in diritto: *«Rispetto, però, a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità "punitiva", il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della "materia penale" – ivi compreso, dunque, il principio di retroattività della lex mitior, nei limiti appena precisati – non potrà che estendersi anche a tali sanzioni. A tale conclusione non osta l'assenza, sino a questo momento, di precedenti specifici nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come questa Corte ha avuto recentemente occasione di affermare, infatti, "è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo" (sentenza n. 68 del 2017)».*

⁷² Ad es. la Corte ha applicato anche alle sanzioni amministrative il principio di proporzionalità, cfr. Corte Cost., 15 maggio 2019, n. 112, punto n. 8.2 del Considerando in diritto: *«Questa Corte ha esteso in molteplici occasioni alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente "punitivo" talune garanzie riservate dalla Costituzione alla materia penale. Ciò è accaduto, in particolare, in relazione ad una serie di corollari del principio nullum crimen, nulla poena sine lege enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost., quali il divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie in peius (sentenze n. 223 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010), della sufficiente precisione del precetto sanzionato (sentenze n. 121 del 2018 e n. 78 del 1967), nonché della retroattività delle modifiche sanzionatorie in mitius (sentenza n. 63 del 2019). Una tale estensione non è avvenuta, invece, in relazione ai principi in materia di responsabilità penale stabiliti dall'art. 27 Cost. (sentenza n. 281 del 2013 e ordinanza n. 169 del 2013). Tali principi – a cominciare dalla necessaria funzione rieducativa della pena – appaiono infatti strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale, e che resta sempre più o meno direttamente sullo sfondo anche nell'ipotesi in cui vengano irrogate pene di natura diversa, come rimedio di ultima istanza in caso di inadempimento degli obblighi da esse derivanti. Cionondimeno, non può dubitarsi che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito sia applicabile anche alla generalità delle sanzioni amministrative. Come anticipato, questa Corte ha già, in numerose occasioni, invocato tale principio – anche in relazione a misure delle quali veniva espressamente negata la natura "punitiva" (come nel caso deciso dalla sentenza n. 22 del 2018) – a fondamento di dichiarazioni di illegittimità costituzionale di automatismi sanzionatori,*

All'evidenza, per il tramite di siffatto meccanismo è in atto, anche nel nostro ordinamento, un vero e proprio processo di assimilazione tra le due figure di illecito amministrativo ed illecito penale, di cui si darà diffusamente atto nei capitoli successivi.

Si tratta di una tendenza inversa rispetto a quella inaugurata dalla l. n. 689 del 1981 da molti invece considerata, come anticipato, il testo che avrebbe sancito il definitivo riconoscimento della natura autonoma della sanzione amministrativa⁷³.

7. *La posizione della Corte di Cassazione*

Una posizione di eguale apertura non si riscontra invece da parte della Cassazione, la quale ha sempre assunto un atteggiamento di *self restraint*, rimasto insensibile all'adeguamento posto in essere dalla Consulta.

In tal senso, paradigmatiche sembrano le considerazioni svolte in relazione alla portata applicativa dell'art. 21-*octies* l. 241/1990, disposizione che ha sollevato fin da subito diverse perplessità nella misura in cui, sancendo il superamento dei vizi procedurali che non abbiano influito sul contenuto del provvedimento, si pone in contrasto con le istanze garantiste sovranazionali⁷⁴.

Secondo la Cassazione, l'art. 21-*octies* si applicherebbe anche alle sanzioni relative ai mercati finanziari, con la conseguenza che «*gli eventuali vizi del procedimento amministrativo previsto dall'art. 195 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che si svolge dinanzi alla Commissione nazionale per la società e la borsa, non sono rilevanti, in ragione tanto della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, quanto della immodificabilità del suo contenuto*»⁷⁵.

Sulla stessa scia si collocano le considerazioni svolte, in pari data, in relazione al rispetto del principio del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori di cui all'art. 187-*septies* d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

ritenuti non conformi al principio in questione proprio perché esso postula «l'adeguatezza della sanzione al caso concreto»; adeguatezza che «non può essere raggiunta se non attraverso la concreta valutazione degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell'illecito» (sentenza n. 161 del 2018; nello stesso senso, ex multis, sentenze n. 268 del 2016 e n. 170 del 2015).

⁷³ Cfr. considerazioni svolte *supra* par. 4

⁷⁴ Su tali criticità si rinvia, fra gli altri, a D. CORLETTI, *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2006, 33 e ss; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 221 SS; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, 2015.

⁷⁵ Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20929.

Secondo quanto previsto dalla disposizione in esame, prima dell'irrogazione della sanzione occorrerebbe procedere solo alla contestazione dell'addebito e alla valutazione delle eventuali controdeduzioni dell'autore dell'illecito; di conseguenza, non darebbero luogo a violazione del contraddittorio né l'omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'ufficio sanzioni amministrative Consob, né la sua mancata audizione personale.

Secondo la Cassazione, infatti, in questa fase non troverebbero applicazione i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo al procedimento giurisdizionale, e ciò in quanto il principio del contraddittorio «*dovrebbe pur sempre modellarsi in concreto, in funzione dello stato in cui si trova la procedura al momento dell'acquisizione delle ulteriori prove, e non implica affatto, di per sé, la necessità della relativa assunzione alla costante presenza della parte*»⁷⁶.

Ancora, qualche anno dopo, in tema di sanzioni per violazioni del codice della strada, le Sezioni Unite hanno sostenuto che la mancata audizione dell'interessato che ne abbia fatto richiesta in sede procedimentale non sarebbe idonea ad inficiare la validità della ordinanza-ingiunzione, atteso che «*quelle ragioni potrebbero senza dubbio essere prospettate in sede giurisdizionale*»⁷⁷, ove il giudice gode di una cognizione piena capace di investire il rapporto e non solo l'atto.

Alla base del mancato riconoscimento dei principi del giusto processo già in ambito procedimentale risiede, essenzialmente, la negazione circa la natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate da Consob e Banca d'Italia, i cui giudizi di opposizione sono attribuiti alla competenza del giudice di legittimità⁷⁸.

Una parziale apertura in tal senso si è registrata con riferimento alle sanzioni in materia di abusi di mercato, in considerazione del fatto che la Corte Edu nel noto caso *Grande Stevens* si era occupata proprio di una sanzione irrogata su tale specifica materia⁷⁹.

L'approccio, in altri termini, continua ad essere quello in base al quale, essendo la Corte Edu giudice del caso concreto, i principi da essa enunciati non potrebbero trovare applicazione in assenza di un precedente specifico⁸⁰.

Come anticipato tale *modus agendi*, in un primo momento seguito anche dalla

⁷⁶ Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20935.

⁷⁷ Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2010, n. 1786.

⁷⁸ Cfr. art. 133, co. 1, lett. l) c.p.a.

⁷⁹ Corte eur., sez. III, 4 marzo 2014, n. 18640/10, causa *Grande Stevens c. Italia*.

⁸⁰ Si veda ad esempio Cass. Sez. II, 2016 n. 3652.

Consulta, è stato da questa recentemente sconfessato⁸¹, senza che a ciò sia seguito un effettivo adeguamento da parte della Cassazione la quale, dal canto suo, tenta di contenere una generale sovrapposizione tra sanzione amministrativa e sanzione penale.

Le ragioni di una simile ritrosia potrebbero rinvenirsi nell'intento di non vanificare i processi di depenalizzazione sempre più spesso messi in atto dal legislatore, giungendo ad obliterare in via interpretativa una precisa scelta di politica criminale⁸².

Tale approccio, tuttavia, omette di considerare che spesso le sanzioni amministrative risultanti dalle operazioni di depenalizzazione presentano dei limiti edittali elevatissimi, tali da renderle in concreto più afflittive di quelle penali.

A ciò si aggiunga che, mentre le sanzioni penali non sono immediatamente esecutive e possono anche godere di taluni benefici che ne impediscono la concreta esecuzione (si pensi ad es. alla sospensione condizionale), analoghi istituti non sono previsti per le sanzioni amministrative, le quali risultano invece sempre di immediata esecuzione.

Senza trascurare, infine, la circostanza che approccio di tal fatta, pur dichiarandosi rispettoso dei principi sovranazionali finisce, nella sostanza, per eluderne la portata applicativa.

E ciò in quanto questa giurisprudenza, pur convenendo in linea teorica sull'estensione delle garanzie convenzionali anche alle sanzioni amministrative, con specifico riferimento ai casi in concreto considerati esclude la qualifica sostanzialmente penale delle sanzioni, finendo così per negarne il presupposto applicativo⁸³.

⁸¹ Corte Cost., 7 aprile 2017, n. 68, sulla quale v. *supra* par. 6.

⁸² In tal senso, v. A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2021, fasc. 4, 265-266.

⁸³ Particolarmente significative in tal senso appaiono le considerazioni recentemente svolte dalla Corte Costituzionale la quale, con riferimento al caso specifico della caducazione del giudicato ex art. 30. co. 4, l. 87 del 1953 in conseguenza della illegittimità costituzionale dell'automatismo sanzionatorio della revoca della patente ex art. 222, co. 2 cod. strada, ha osservato come «*la giurisprudenza di legittimità – rovesciando entrambe le premesse interpretative da cui muove il giudice a quo – da un lato riconosce, ormai con plurime pronunce, che la norma censurata si presta ad essere applicata anche alle sanzioni amministrative “sostanzialmente penali”; ma dall'altro nega, in modo altrettanto costante, che la revoca della patente abbia una simile natura, e conseguentemente esclude che il giudice dell'esecuzione sia abilitato ad effettuare l'operazione cui il rimettente intenderebbe procedere nel caso di specie*» (Corte Cost., 16 aprile 2021, n. 68). Sulla questione, si rinvia alle considerazioni svolte *infra* al capitolo IV.

8. Le pronunce del giudice amministrativo

Maggiori adesioni si riscontrano invece da parte del giudice amministrativo, il quale si mostra incline alla tendenza evolutiva inaugurata dalla Consulta.

Già nel 2014, ad esempio, con riferimento alla sanzione interdittiva prevista dall'art. 43 del d. lgs. n. 28/2011 in materia di fonti di energia rinnovabile, il Consiglio di Stato nel sollevare q.l.c.⁸⁴, individuava come ulteriore parametro di legittimità costituzionale l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU.

Secondo il giudice amministrativo infatti *«l'assegnazione alla “materia penale” di un significato ampio conduce a ritenere che anche il potere amministrativo sanzionatorio deve essere esercitato nel rispetto, non solo delle garanzie dell'equo processo, ma anche dai principi sanciti dal citato art. 7»*. Di conseguenza, l'art. 43 del d.lgs. n. 28/2011, nella parte in cui introduce una sanzione afflittiva con effetti retroattivi si porrebbe in contrasto *«non soltanto con l'art. 25, secondo comma, Cost, ma anche con la suddetta norma convenzionale»*⁸⁵.

Alla base di un simile ragionamento si colloca, all'evidenza, il riconoscimento e l'applicazione degli *“Engel criteria”*.

Sulla stessa scia si pone una pronuncia in materia di procedure sanzionatorie dinnanzi alla Consob⁸⁶.

Sebbene tali ultime, per effetto dell'intervento della Consulta⁸⁷, fossero passate *medio tempore* alla giurisdizione del g.o., la sentenza appare qui rilevante proprio nella misura in cui le qualifica come sostanzialmente penali in piena aderenza alle coordinate ermeneutiche fornite dai giudici di Strasburgo⁸⁸.

⁸⁴ La norma in esame, infatti, venne dichiarata incostituzionale da Corte Cost., sent. 10 marzo 2017, n. 51.

⁸⁵ Cons. di Stato, ord. 9 luglio 2014, n. 3498.

⁸⁶ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595.

⁸⁷ Corte Cost., sent. 27 giugno 2012, n. 162.

⁸⁸ Cfr. pt. 14 del Considerando in diritto *«Come è noto, la Corte EDU, anche in risposta al processo di depenalizzazione della repressione di certe condotte da parte delle Alte parti contraenti, ha sviluppato una nozione di “accusa penale” ai sensi dell'art. 6, par. 1, avente portata autonoma dalle classificazioni utilizzate negli ordinamenti statali. Questa nozione è oggetto di una giurisprudenza consolidata (a partire dalla sentenza Engel ed altri v. Paesi Bassi, 8 giugno 1976), che richiede di tener conto di tre criteri, da considerarsi alternativi e non cumulativi: i) la qualificazione giuridico-formale dell'infrazione nel diritto interno; ii) la natura dell'infrazione; iii) la natura o il grado di severità della sanzione. Pertanto, la qualificazione che l'infrazione riceve nell'ordinamento nazionale non ha che un valore formale e relativo, e può cedere ove si accerti la natura intrinsecamente penale della stessa, avendo riguardo alla funzione deterrente e repressiva della sanzione, e al tipo di sanzione prevista. Affinché quindi l'art. 6, par. 1, trovi applicazione (nella parte in cui fa riferimento all'accusa penale), è sufficiente che l'infrazione in questione sia*

Ancora, si pensi al contenzioso sviluppatosi in materia di sanzioni irrogate da tutte le altre *Authorities*, ed in particolare quelle irrogate da Antritrust e Ivass.

A titolo esemplificativo, il Consiglio di Stato ha annullato il regolamento IVASS proprio in ragione della natura sostanzialmente penale della sanzione Ivass la quale, pur non essendo una sanzione penale in senso stretto, ne possiederebbe «*il carattere sostanziale in base alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*». E tanto si afferma argomentando sulla «*natura della norma che prevede l'infrazione, volta ad assicurare [...] la tutela di interessi generali della società normalmente presidiati dal diritto penale*», nonché sulla «*natura e particolare severità delle sanzioni applicabili, che possono ledere il credito dei soggetti interessati e produrre conseguenze patrimoniali importanti*»⁸⁹.

Ebbene questo orientamento, se da un lato si colloca nel consolidato solco interpretativo dei giudici di Strasburgo, dall'altro si discosta profondamente dalla giurisprudenza della Cassazione.

Quest'ultima, come si è visto, con riferimento alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e Consob, ne ha negato, a più riprese, la qualificazione penalistica⁹⁰.

Il che, ove si rifletta sulla circostanza che entrambe le tipologie di sanzioni (quelle Consob/Banca d'Italia da un lato, e quelle Ivass dall'altro) si presentano identiche per aspetti sia sostanziali che procedurali, genera ripercussioni negative in termini di parità di trattamento e di certezza del diritto, tali da far dubitare della coerenza e razionalità di un siffatto sistema di riparto di giurisdizione⁹¹.

di natura penale rispetto all'ordinamento nazionale oppure che abbia esposto l'interessato ad una sanzione che, per la sua natura e gravità, ricada generalmente nella materia penale, avendo carattere punitivo e deterrente e non semplicemente risarcitorio o ripristinatorio. La Corte EDU si è riservata la possibilità di adottare un approccio cumulativo qualora l'analisi separata di ciascun criterio non le consenta di pervenire ad una conclusione chiara quanto all'esistenza di una accusa in materia penale». Nel caso di specie tuttavia il Consiglio di Stato, facendo applicazione del cd. margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli Stati, finisce per negare la violazione dei principi dell'equo processo; sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte al cap. III.

⁸⁹ Consiglio di Stato, VI Sez., 28 marzo 2019, n. 2042. Le medesime argomentazioni venivano valorizzate dai giudici di Palazzo Spada nella successiva pronuncia, pubblicata nella stessa data, ai fini del riconoscimento della natura sostanzialmente penale di «una sanzione amministrativa pecuniaria come quella per cui è causa [nella specie € 27.530,70] che l'istituto [Ivass] può irrogare» (Consiglio di Stato, VI Sez., 28 marzo 2019, n. 2043).

⁹⁰ Ad eccezione delle sole sanzioni Consob in materia di *market abuse*.

⁹¹ Nello specifico, evocative sono le considerazioni di E. BINDI - A. PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS. Quale è il rationale della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia?*, in *Giust. Amm.* 2019, secondo cui «l'attuale giurisdizione della Corte di appello, con rito camerale (oggi camerale atipico in conseguenza delle correzioni effettuate dal d. lgs. n. 72 del 2015) non deriva da un processo di rinnovazione legislativa consapevole, ma solo dalla riesplorazione di una precedente normativa

Non solo. Un contrasto interpretativo potrebbe delinarsi anche con riferimento alle medesime sanzioni irrogate dall'Ivass ove la controversia dovesse giungere fino in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione: in tal caso, infatti, non è detto che i giudici di legittimità confermino la natura penale già riconosciuta del giudice amministrativo.

9. *Il progressivo adeguamento da parte del diritto UE*

In conclusione di capitolo, è opportuno fare un rapido cenno al grado di recepimento dell'indirizzo ermeneutico inaugurato dalla Corte di Strasburgo anche da parte della giurisprudenza dell'Unione europea.

Al riguardo, è emblematica la vicenda relativa alle sanzioni antitrust della Commissione, espressamente qualificate come amministrative dall'art. 23, n. 5 del Regolamento CE n. 1 del 2003⁹²: sulla base siffatto dato normativo, la stessa Corte di giustizia in passato negava l'applicazione delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU⁹³. Tuttavia, a distanza di qualche anno – e con ogni probabilità anche per influsso della nota sentenza *Menarini* che riconduceva alla materia penale una sanzione antitrust della nostra ACGM⁹⁴ - la Corte dell'*European Economic Area* ha accolto l'opposto orientamento volto ad estendere i principi enunciati sull'equo processo anche a tale materia⁹⁵.

Con una pronuncia ancora più incisiva, la Corte di Giustizia ha precisato che ai fini del riconoscimento della natura penale sono applicabili, alternativamente, tre criteri: «*il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nella natura nonché nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischi di correre*»⁹⁶.

Si tratta, a ben vedere, di una adesione piena agli *Engel criteria* che, in quanto tale, non può non avere ripercussione sul regime applicabile alle pene intese in senso sostanziale.

Sotto tale profilo, infatti, dovrebbero essere assicurate anche a siffatte misure le

abrogata da un atto ritenuto costituzionalmente viziato non nel merito ma per eccesso di delega».

⁹² «Le decisioni adottate a norma dei paragrafi 1 e 2 non hanno carattere penale».

⁹³ Cfr. in tal senso C. giust., sez. II, 17 giugno 2010, causa C-413/08, *Lafarge SA c. Commissione europea*.

⁹⁴ Corte EDU, sez. II, 7 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini c. Italia*.

⁹⁵ V. Corte EFTA, 18 aprile 2012, caso E-15/10, *Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority*.

⁹⁶ C. giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, causa C- 11/11.

garanzie previste dal diritto euronitario in relazione al settore penale, ed in particolare dei principi espressi dagli artt. 47-50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE⁹⁷.

Ed in effetti di recente la Corte di Giustizia ha per esempio ritenuto applicabile anche alle sanzioni amministrative la disposizione contenuta al par. 3 dell'art. 49 CDFUE in materia di proporzionalità, sebbene la stessa faccia riferimento letteralmente alla «pena» e al «reato»⁹⁸.

Tali considerazioni, già di per sé rilevanti, si colorano di un significato ancora più pregnante ove si rifletta sugli effetti cui le stesse sono in grado di generare sul sistema delle fonti.

Le disposizioni contenute nella Carta di Nizza risultano infatti suscettibili di applicazione diretta nel nostro ordinamento in virtù delle limitazioni di sovranità cui l'Italia consente, ai sensi dell'art. 11 Cost., in quanto «*necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*».

Ciò vuol dire che, qualora una norma nazionale dovesse porsi in contrasto con i principi sanciti dalla CDFUE, il giudice di merito, in virtù del principio di primazia del diritto Ue, dovrebbe procedere alla disapplicazione della norma interno.

Così operando, il sindacato sui diritti fondamentali diventerebbe di tipo “diffuso” e non più “accentrato” in capo alla Corte Costituzionale.

Ancora, il ruolo della Consulta potrebbe essere ulteriormente eroso in conseguenza dell'eventuale coinvolgimento della Corte di Giustizia.

A far data dal Trattato di Lisbona infatti, com'è noto, la Carta di Nizza possiede lo stesso valore giuridico dei Trattati. Ciò vuol dire che in caso di dubbi sulla compatibilità con i principi espressi dalla CDFUE il giudice nazionale potrebbe sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE affinché si pronunci sulla corretta interpretazione dei principi venuti in rilievo.

Tale meccanismo opererebbe, anch'esso, a discapito del ruolo rivestito dalla Corte Costituzionale, e ciò in quanto le garanzie riconosciute dalle CDFUE ricalcano i principi fondamentali sanciti dalla nostra Carta Costituzionale; con la conseguenza

⁹⁷ 47 “Diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”; 48 “Presunzione di innocenza e diritto di difesa”; 49 “Principi di legalità e di proporzionalità”; 50 “Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato”.

⁹⁸ Corte di Giustizia, sentenza 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA e altri*, causa C-537/16. Tale affermazione, come si avrà modo di precisare, è suscettibile di dar luogo ad effetti di particolare importanza in relazione al fondamento del principio di proporzionalità nel nostro ordinamento. Sulla questione, si rinvia alle considerazioni svolte al cap. II, par. 4.

che ove una disposizione dovesse porsi in contrasto con la prima, risulterebbe altresì incompatibile con la seconda (cd. doppia pregiudizialità)⁹⁹.

In tale evenienza il giudice interno, in ossequio al citato principio di primazia del diritto Ue, sarebbe indotto a sollevare il rinvio pregiudiziale in luogo della q.l.c., con ulteriore spostamento del sindacato dall'ambito interno a quello sovranazionale.

In questo quadro, uno scenario ulteriore è rappresentato dalla possibilità che il rinvio pregiudiziale alla CGUE sia proposto dalla stessa Corte Costituzionale, in un'ottica di leale collaborazione tra le Corti.

È quanto di recente accaduto nell'ambito di un'articolata vicenda giudiziaria nella quale veniva in rilievo proprio la questione concernente la necessità di estendere una garanzia propria del settore penalistico – in specie il diritto al silenzio nel corso della procedura accertativa dell'illecito – anche alle sanzioni irrogate per illeciti commessi in materia di intermediazione finanziaria.

La vicenda, in quanto attinente ad una garanzia cd. procedimentale, sarà oggetto di approfondimento nell'ambito del capitolo a queste dedicato¹⁰⁰.

Per quanto qui d'interesse, giova tuttavia ricordare come la Corte Costituzionale, pur aderendo all'approccio sostanzialista patrocinato dalla Corte EDU, abbia ravvisato l'impossibilità di dichiarare la illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. in quanto introdotto in attuazione di un obbligo comunitario. Pertanto, invitava la CGUE a chiarire la portata della normativa comunitaria, tenendo conto della circostanza che la stessa fosse suscettibile di entrare in conflitto con gli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza¹⁰¹. E la Corte di Lussemburgo, dal canto suo, ha fatto proprie le considerazioni già

⁹⁹ Di tale fenomeno è ben consapevole la nostra Corte Costituzionale, la quale se ne è più volte occupata. Dopo aver patrocinato un iniziale orientamento secondo cui in casi del genere la rimessione alla Consulta sarebbe la strada da seguire in via prioritaria (cfr. Corte Cost., sent. n. 269 del 2017), qualche anno dopo compì un primo passo indietro nella affermazione della priorità della q.l.c. rispetto al rinvio pregiudiziale (Corte Cost. sent. n. 20 del 2019), fino a giungere a riconoscere la sussistenza del potere in capo al giudice di compiere il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE «*anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta*» (Cfr. Corte Cost. sent. n. 63 del 2019, punto 4.3 del Considerato in diritto). Sulla tematica si rinvia a A ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, Consulta on line.

¹⁰⁰ Si alludea a cap. III, par. 6.

¹⁰¹ Cfr. Corte Cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117.

svolte dalla Consulta contribuendo così a fornire il proprio apporto in un'ottica di tutela integrata e multilivello dei diritti fondamentali dei cittadini¹⁰².

La sentenza in esame, del resto, appare rilevante anche perché rappresenta la conferma della adesione da parte della Corte di Giustizia alla tesi interpretativa volta a riconoscere alle sanzioni amministrative lo statuto proprio delle pene, così contribuendo a dare seguito a quel percorso di progressivo superamento della distinzione tra i due modelli sanzionatori¹⁰³.

10. Brevi riflessioni a margine della nuova nozione di “materia penale”. Criticità e ricadute sugli interventi di depenalizzazione nazionali

A dispetto della sua innovatività, un tale orientamento, se letto in un'ottica sistematica, sembra rappresentare una sorta di ritorno al passato, in ossequio alla nota *“teoria vichiana dei corsi e dei ricorsi storici”*.

Si allude in particolare al periodo in cui, nel silenzio del legislatore, autorevole dottrina sosteneva che l'elemento discretivo tra sanzione penale e sanzione amministrativa dovesse ravvisarsi solo nel procedimento e nell'autorità competente, con la conseguenza che per tutti gli altri aspetti le sanzioni amministrative, in quanto vere e proprie *“pene in senso tecnico”*, sarebbero soggette al medesimo regime giuridico¹⁰⁴.

Volendo tentare di trarre talune - inevitabilmente parziali - conclusioni, non è peregrino affermare che, per effetto di questa nuova linea interpretativa, il concetto di *“materia penale”* risulta affidato a criteri plurivoci, venendo così dominato da un nuovo dinamismo.

Una simile prospettiva consente di delineare un sistema a più livelli, ove: l'apice è rappresentato dall'illecito formalmente e sostanzialmente penale, caratterizzato da uno statuto garantistico forte; un livello intermedio, coincidente con quello che la Corte Edu definisce *“hard core of criminal law”*, in cui la natura intrinsecamente

¹⁰² CGUE, sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19.

¹⁰³ Nello stesso senso v. anche Corte di Giustizia, sentenza del 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, C-596/16 e C-597/16, sulla quale v. meglio cap. IV, par. 4.

¹⁰⁴ Il riferimento è agli scritti di G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative cit.*, il cui pensiero è riassunto da C.E. PALIERO-A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative cit.*, per il quale si rinvia alle considerazioni svolte *supra* al par. 3. In senso contrario, si vedano le argomentazioni di F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa cit.*, 42 il quale, proprio in ragione della profonda diversità di sanzioni tra natura penale e natura amministrativa, sosteneva l'impossibilità di *«ogni traslazione di principi da un sistema all'altro»*.

penale rimanda al peculiare statuto di garanzie ricavabile dagli artt. 6 e 7 CEDU; ed infine il livello minimale delle cd. “*minor offences*”, cui si applicano i soli principi dettati dall’art. 7 CEDU.

Non può sfuggire come un approccio di tal fatta, per quanto finalizzato ad un innalzamento delle garanzie del soggetto sanzionato e dunque rappresentativo, di per sé, di un mutamento *in melius*, possa, al contempo, determinare un *vulnus* in termini di certezza ed effettività, stante l’assenza di precisi confini tra le singole categorie.

In effetti, all’articolazione di un tale sistema multilivello non ha fatto seguito l’indicazione di chiare linee ermeneutiche, idonee a guidare l’interprete all’atto della prodromica attività di qualificazione della singola sanzione.

La conseguenza è stata un’applicazione poco uniforme degli *Engel criteria*, i cui esiti si sono rilevati piuttosto casistici.

Se è così, però, la *ratio* cui si faceva prima cenno, vale a dire l’innalzamento delle garanzie, rischia di venire sconfessata in partenza.

Per convincersene, basti pensare ad esempio all’impossibilità di conoscere *ex ante* le precise conseguenze della propria condotta illecita, circostanza questa che si pone in netto contrasto con il principio di prevedibilità e determinatezza, particolarmente rigoroso nella materia penale.

Non solo, un orientamento troppo estensivo rischia di condurre ad esiti contraddittori specie laddove vengano in rilievo quelle sanzioni divenute amministrative solo all’esito di un processo di depenalizzazione¹⁰⁵.

Sul punto, la finalità di tali interventi legislativi è stata ravvisata nell’alleggerimento del carico degli uffici giudiziari penali. Tant’è che, in linea con questa *ratio*, la prevalente giurisprudenza, sempre al fine di agevolare l’attività accertativa sia dell’amministrazione sia del giudice civile competente nel successivo giudizio di opposizione, ha avallato un’interpretazione semplificata del dato normativo

¹⁰⁵ Il termine in questione, che si presta ad indicare fenomeni anche molto diversi tra loro, deve essere qui inteso come fenomeno trasformazione di illeciti originariamente penali in illeciti amministrativi; sulla natura pluralista del termine de quo si v. C. E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, UTET, Torino, 1989, 430 ss. Nel nostro ordinamento, in disparte sporadici interventi, è possibile individuare tre processi di depenalizzazione di carattere sistematico: il primo, introdotto dalla l. 317/1967; il secondo, dettato dalla l. 6897/1981 e l’ultimo riconducibile al d. lgs n. 8/2016; in argomento, si rinvia a P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1968, 60; F. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 689/1981: una svolta reale nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982, 359; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1983.

applicabile - rappresentato prevalentemente dai principi contenuti nella l. 689/1981 e di per sé ispirato al modello penalistico -, con conseguente sacrificio di talune garanzie sostanziali, procedurali e processuali¹⁰⁶.

È di tutta evidenza come questa impostazione, all'indomani della diffusione dei *dicta* sovranazionali, necessiti di un'inevitabile opera di ripensamento.

Alla base del cambio di prospettiva si pone il superamento dell'assunto secondo cui la sanzione amministrativa successivamente introdotta sia sempre più favorevole rispetto alla sanzione penale originaria, così giustificando un'attenuazione delle garanzie proprie del settore penale¹⁰⁷.

Senonché, per quanto un mutamento interpretativo di tal fatta sia ampiamente condivisibile, non può sottacersi come, laddove il riconoscimento della natura punitiva interessi proprio quelle sanzioni già oggetto di interventi di depenalizzazione, un simile *modus agendi* determini l'effetto ultimo di frustrare quella *ratio* di alleggerimento del carico giudiziario cui si faceva prima riferimento. Tale contraddizione appare come un "male inevitabile", in quanto giustificata proprio dall'esigenza di adeguamento all'orientamento sovranazionale; purtuttavia, al fine di contenere le ricadute negative sul piano nazionale, sembra auspicabile riservare tale trattamento solo a quei provvedimenti che si caratterizzano per una più marcata connotazione penalistica.

In questo senso, un'indicazione di massima che si intende suggerire è quella di dare luogo ad un vaglio rigoroso dei requisiti indicati dalla Corte Edu.

Tanto sarebbe possibile, innanzitutto, interpretando in chiave restrittiva (o, per meglio dire, contenitiva) i *criteria* sostanzialistici; in secondo luogo, riconoscendo la natura punitiva solo a quegli illeciti che soddisfano almeno due dei criteri *de quibus*, secondo un approccio di tipo cumulativo.

Proprio tale ultima soluzione, finora adottata dalla Corte Edu solo in relazione ai casi di particolare complessità in cui la natura penale risulta particolarmente controversa, si auspica venga assunta a modello generale.

¹⁰⁶ Sulla tematica, si rinvia alle importanti riflessioni di P. CERBO, *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, in *Diritto Amministrativo*, 2018, fasc. 1, 55 e ss.

¹⁰⁷ L'assunto è stato definitivamente consacrato nella recente pronuncia Corte Cost., 7 aprile 2017, n. 68 con cui la Consulta ha chiarito che «un giudizio di maggior favore non può certamente basarsi solo sulla qualificazione giuridica della sanzione come amministrativa e sull'astratta preferibilità di una risposta punitiva di tale natura rispetto a quella penale».

CAPITOLO II: LE GARANZIE SOSTANZIALI

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari ed indicazioni di metodo. – 2. Il principio di legalità. – 2.1 La riserva di legge: assoluta o relativa? – 2.2. Determinatezza, tassatività e divieto di analogia. – 2.3 Il divieto di retroattività *in pejus*. La successione di norme eterogenee. – 3. La retroattività della *lex mitior*. – 4. Il principio di proporzionalità: dal diritto amministrativo al diritto penale. – 5. La natura personale dell'illecito e il principio di colpevolezza. La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 6, l. n. 689/1981.

1. Considerazioni preliminari ed indicazioni di metodo

Dopo aver chiarito la nozione di sanzione sostanzialmente penale declinata dalla Corte di Strasburgo, ed averne evidenziato i confini di recepimento da parte della giurisprudenza nazionale sia di legittimità sia di merito, il presente lavoro intende analizzare le conseguenze sotto il profilo del regime giuridico.

La qualifica di una sanzione in senso “punitivo” dovrebbe infatti essere seguita dalla applicazione dello statuto previsto per le pene in senso formale, tanto dalla Costituzione, quanto - in virtù della rinnovata valenza in ambito interno - dalla CEDU.

La commistione tra le due aree non risulta sempre agevole, specie ove vengano in rilievo taluni aspetti peculiari, intrinsecamente legati alle caratteristiche proprie delle pene limitative della libertà personale.

La problematicità della questione risulta peraltro acuita dalla totale assenza di interventi normativi in materia, che lascia alla soggettività dell'interpretazione giurisprudenziale il delicato compito di adeguare l'ordinamento alle istanze sovranazionali.

L'approccio metodologico che si intende seguire consiste nel raggruppare gli istituti per aree di afferenza, vale a dire sostanziale, procedimentale e processuale; le prime saranno trattate nell'ambito del presente capitolo, le altre saranno oggetto di approfondimento nei capitoli successivi.

Per ciascuna area si cercherà di passare in rassegna, senza alcuna pretesa di esaustività, le principali garanzie che, originariamente previste in materia penale, dovrebbero essere oggetto di estensione anche al settore amministrativo.

In questa operazione, si darà atto dei risultati già raggiunti grazie all'opera della giurisprudenza e delle conseguenze pratiche derivanti da tale “ibridazione”.

Al contempo, ci si soffermerà su taluni profili non ancora approfonditi dalla giurisprudenza rispetto ai quali, in ragione del loro carattere di “confine”,

sembrerebbe profilarsi l'opportunità di una interpretazione evolutiva.

2. Il principio di legalità

Seguendo l'approccio metodologico appena indicato, volto a mettere in luce le garanzie tipicamente penalistiche oggetto di estensione anche al settore amministrativo, dal perimetro d'indagine potrebbe sembrare escluso, almeno *prima facie*, il principio di legalità.

Quest'ultimo in effetti, già a livello costituzionale, trova un esplicito fondamento anche in relazione alle sanzioni amministrative, nella misura in cui l'art. 23 Cost. prevede che «*Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*».

Una conferma nel medesimo senso si rinviene nell'ambito delle fonti di rango primario. Anche la legge generale sulle sanzioni amministrative nell'ambito dei principi menziona espressamente il principio *de quo* prevedendo 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*» (art. 1).

In materia non sono mancate neppure pronunce da parte dei giudici di legittimità. A fronte dell'indubbia applicazione del principio di legalità anche alle sanzioni amministrative, gli interventi della Consulta si sono incentrati in realtà su un profilo particolare, vale a dire quello della individuazione di un ulteriore fondamento costituzionale, e nello specifico nell'art. 25 Cost. tradizionalmente riservato alle sanzioni penali.

Ed è proprio questo il profilo che in questa sede risulta particolarmente rilevante, nella misura in cui produce ripercussioni sul regime giuridico delle sanzioni sostanzialmente punitive.

Com'è noto, infatti, il principio di legalità in ambito penalistico risulta declinato in una accezione particolarmente garantista, resa necessaria dalla logica di *extrema ratio* che anima il diritto penale.

Dalla disposizione in esame infatti, oltre al principio di legalità - che vieta di punire un fatto non espressamente previsto come reato dalla legge vigente al momento della sua commissione - , si ricavano altresì tre importanti corollari¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Sul principio di legalità in materia penale si rinvia, *ex multis*, a G. VASSALLI, Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Dig. Disc. Pen*, Torino, 1994, vol. VIII, 278 e ss.; F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen*, Torino, 1993, vol. VII, 338 e ss.; ID. *Riserva di legge e diritto penale*

Innanzitutto, il principio di riserva di legge, che esclude dal novero delle fonti abilitate ad intervenire in materia penale quelle gerarchicamente subordinate alla legge¹⁰⁹.

In secondo luogo, il principio di tassatività e di determinatezza, che si traduce nell'obbligo per il legislatore di disciplinare con sufficiente precisione la materia riservata, in modo da limitare gli spazi di discrezionalità delle autorità (amministrative o giurisdizionali) preposte all'applicazione della legge¹¹⁰.

Ancora, il principio di irretroattività in *malam partem*, in ossequio al quale la legge non può ricollegare conseguenze o effetti giuridici sfavorevoli a fatti commessi prima della sua entrata in vigore¹¹¹.

I medesimi principi non risultano invece ricavabili dalla disposizione contenuta nell'art. 23 Cost., da qui la rilevanza della questione concernente la possibile estensione dell'art. 25 Cost. anche alle sanzioni formalmente amministrative. In altri termini il principio di legalità, pur essendo sancito a livello costituzionale tanto in relazione alle sanzioni amministrative, tanto con riferimento a quelle penali, si connota in termini diversi a seconda che attenga all'uno o all'altro settore; con la conseguenza che non risulta privo di rilevanza interrogarsi sull'applicazione dell'art. 25 Cost. alle sanzioni punitive.

Ebbene, la giurisprudenza costituzionale interpellata proprio sulla questione in esame, ha a lungo fatto esclusivo riferimento all'art. 23 Cost., negando rilievo all'art. 25 Cost.¹¹².

moderno, in *Studium juris*, 1996, 276 e ss.; P.G. GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, Milano, 1972; G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, vol. XXVIII, 950 e ss.; F. CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XVIII, 1.

¹⁰⁹ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, 2001, 50 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, 42 e ss.; L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, 1990, 7; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 54.

¹¹⁰ F. MANTOVANI, *cit.*, 64 e ss.; M. DOLCINI- G. MARINUCCI, *Il principio di determinatezza. Fonti e definizioni*, in *Codice penale commentato*, Parte Generale, Milano, 1990, 30 e ss.

¹¹¹ P. CERBO, *Il Principio di irretroattività*, in AA. VV. (a cura di A. CAGNAZZO-S. TOSCHEI), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2012; G. PAGLIARI, *Il Principio di legalità*, in *ibidem*.

¹¹² Cfr., *ex multis*, Corte Cost., sent. 3 maggio 2002, n. 150, la quale ha affermato perentoriamente che «per quanto riguarda l'asserita violazione dell'art. 25 Cost., deve osservarsi che il co. II di detto articolo, nello stabilire un principio di necessaria e previa definizione legislativa degli illeciti, si riferisce, come questa Corte ha già avuto occasione di precisare, alla solo materia penale». Nello stesso senso, v. Corte Cost., sent. 24 luglio 1995, n. 356; ID., sent. 3 giugno 1992, n. 250.

Alla base di una simile conclusione si collocava un'esigenza pratica ben precisa, vale a dire quella di garantire allo Stato l'attribuzione di una potestà legislativa esclusiva in materia penale.

Il termine «*legge*», contenuto nell'art. 25 Cost., veniva infatti interpretato dalla giurisprudenza costituzionale come legge statale; sicché, la riconduzione alla disposizione in esame anche delle sanzioni amministrative, avrebbe comportato l'erosione della potestà legislativa regionale¹¹³.

La situazione è mutata all'indomani della modifica del titolo V della Costituzione, in occasione della quale la materia dell'«*ordinamento penale*» è stata espressamente attribuita alla potestà statale esclusiva¹¹⁴.

Così assicurata la riserva di legge statale in materia penale, nel rinnovato quadro costituzionale veniva meno la necessità di interpretare restrittivamente l'art. 25 Cost..

In effetti, sconfessando il proprio precedente orientamento, la Corte Costituzionale ha successivamente ritenuto applicabile l'art. 25, co. 2 Cost., data l'ampiezza della sua formulazione, ad «*ogni intervento sanzionatorio*» e dunque anche a quello amministrativo¹¹⁵.

In particolare, nel caso esaminato dalla Consulta veniva in rilievo il canone della irretroattività in *malam partem*, il quale appunto è stato ritenuto applicabile anche alla confisca dell'autoveicolo disposta in caso di guida in stato di ebrezza. La premessa del ragionamento si sostanziava nella qualifica della misura in oggetto come sanzione sostanzialmente penale alla stregua dell'interpretazione evolutiva degli artt. 6 e 7 CEDU¹¹⁶.

Non solo. Seguendo il medesimo percorso logico, la qualifica di una sanzione

¹¹³ In questo senso, si vedano le considerazioni di G. CORSO, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in AA. VV. (a cura di U. POTOTSCHNIG), *Le sanzioni amministrative (Atti del XXVI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione)*, Milano, 1982, 78, secondo cui grazie alla riconduzione delle sanzioni amministrative all'art. 23 Cost. «*la riserva è soddisfatta, per le prestazioni, non solo dalla legge statale, ma anche dalla legge regionale*». Per una completa ricostruzione del dibattito dottrinario sul punto, si rinvia a G. COLLA- G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2001, 247-248.

¹¹⁴ Art. 117, co. 3, lett. l) Cost.

¹¹⁵ Cfr. Corte Cost., sent. 4 giugno 2010, n. 196; nel medesimo senso v. anche ID., sent. 18 aprile 2014, n. 104 nella quale la Consulta dopo aver precisato che l'art. 25, co. 2 Cost. «*data la sua formulazione*» si riferisce a tutte le sanzioni, chiarisce che l'art. 1, l. 689/1981 contiene un principio «*analogo*» a quello contenuto nella menzionata disposizione costituzionale.

¹¹⁶ Per un commento alla sentenza si rinvia a A. TRAVI, *Corte eur. dir. uomo e Corte Costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. Cost.*, 2010, 2323 e ss.

amministrativa in senso punitivo dovrebbe comportare l'applicazione dello statuto convenzionale della pena e, per quanto qui interessa, dell'art. 7 CEDU; disposizione, quest'ultima, che pur sancendo anch'essa il principio di legalità, lo connota in termini non del tutto coincidenti con quelli delineati in ambito interno. L'art. 7 infatti da un lato, non racchiude in sé il corollario della riserva di legge e neppure dell'esigenza di una norma scritta: tanto si rende necessario in ragione dell'adesione alla CEDU anche da parte di Paesi con sistema di *common law*.

Dall'altro, include il requisito della prevedibilità, intesa come conoscenza degli effetti penali della propria condotta. La nozione in esame, pur essendo in parte coincidente con quella della determinatezza, possiede una estensione maggiore: mentre la prima attiene solo alla tecnica di formulazione del precetto, la seconda include anche interpretazione che alla norma viene data dalla giurisprudenza¹¹⁷.

Ne consegue dunque che dal recepimento dei criteri Engel deriva non solo il riconoscimento di nuove garanzie, ma altresì il rafforzamento di quelle già applicate. In forza di siffatto meccanismo il principio di legalità, lungi dall'essere inteso come mera necessità che la sanzione sia prevista dalla legge, si riempie di contenuto.

Le implicazioni pratiche derivanti da siffatto assetto saranno oggetto di approfondimento nei paragrafi successivi, ove si procederà all'analisi dei singoli corollari del principio di legalità.

2.1 La riserva di legge: assoluta o relativa?

All'indomani dell'estensione del principio di riserva di legge anche agli illeciti amministrativi, una questione che si è subito posta ha riguardato l'idoneità della legge regionale ad integrare la riserva *de qua*.

Come chiarito, l'art. 117, co. 2 lett. 1) attribuisce alla competenza esclusiva statale la materia dell'«ordinamento civile e penale», precludendo così l'intervento del legislatore regionale in materia di sanzioni penali.

Viceversa, la competenza in materia di illeciti e sanzioni amministrative spetta alle

¹¹⁷ Cfr. Corte EDU, sez. V, 11 aprile 2013, caso n. 20372/11, *Vyerentsov v. Ukraine*. Per un commento sull'art. 7 CEDU, si rinvia a A. BERNARDI, *Commento sub. art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in S. BARTOLE- B. CONFORTI- G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 252-253; ID., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2002, 04, 673.

Regioni nelle materie di loro competenza, sia concorrente (Art. 117, co. 3, Cost.) sia esclusiva (art. 117, co. 4 Cost.), sia pure con dei limiti diversi: nelle materie di competenza concorrente, le Regioni sono vincolate dai principi fondamentali dettati dal legislatore statale, tra i quali rientrerebbero tutte le norme contenute nella Sezione I della l. 689/1981¹¹⁸; nelle materie di competenza esclusiva (cd. residuali), il legislatore regionale sarebbe comunque tenuto a rispettare i limiti derivanti dalle leggi statali nelle materie trasversali, nelle materie-valore, nonché nelle materie ordinamentali¹¹⁹.

A fronte di tale ripartizione, uno dei problemi che si è posto all'attenzione della giurisprudenza ha riguardato l'eventuale competenza regionale in relazione alle sanzioni amministrative punitive, in conseguenza della natura assoluta o relativa della riserva di legge.

Seguendo il percorso logico fino ad ora seguito, in base al quale al riconoscimento della natura sostanzialmente penale di una sanzione dovrebbe seguire l'applicazione del relativo statuto giuridico, in materia non dovrebbe trovare lo spazio la legge regionale¹²⁰.

E ciò proprio in quanto, con riferimento al diritto penale, la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente escluso la competenza regionale sia in funzione ampliativa sia in funzione restrittiva dall'area di punibilità; tanto non solo per esigenze di legalità ma, soprattutto, di uguaglianza sull'intero territorio nazionale¹²¹.

Purtuttavia di recente la Corte Costituzionale, interpellata su una questione strettamente collegata a quella in esame¹²², sia pure in un *obiter*, sembra aver ammesso la competenza regionale anche con riferimento alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali.

In particolare nel caso posto all'attenzione della Consulta, il Governo impugnava

¹¹⁸ Così C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa cit.*, 170.

¹¹⁹ Così P. CERBO, *Sistemi sanzionatori e autonomia regionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, fasc. 3, 271.

¹²⁰ Sulla questione v. riflessioni di L. PALADIN, *Il problema delle sanzioni nel diritto regionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, p. 392, secondo cui nella giurisprudenza costituzionale «*la concezione egualitaria della riserva di legge penale vien fatta prevalere...sulla stessa concezione garantistica, che invece potrebbe lasciare un certo spazio alla legislazione locale in materia di pene*».

¹²¹ Sul punto v. L. PALADIN, *Il problema delle sanzioni nel diritto regionale cit.*, 238.

¹²² Nella specie, si trattava di chiarire la natura assoluta o relativa della riserva di legge, al fine di accertare la legittimità del rinvio ad atti sublegislativi ai fini dell'integrazione del precetto su cui v. meglio *infra*.

l'art. 8 della legge della Regione Abruzzo 8 giugno 2018, n. 11 recante « *Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 27 aprile 2017, n. 28 (Gestione della fauna ittica e disciplina della pesca nelle acque interne)*» per asserita violazione del principio di legalità sancito dall'art. 25, comma secondo, Cost. sotto più profili.

Innanzitutto, per violazione del principio di tipicità-determinatezza delle norme sanzionatorie, poiché formulate in modo troppo “generale” e non idoneo a consentire l'individuazione adeguata del precetto sanzionatorio. In secondo luogo, le stesse violerebbero il principio di legalità anche sotto il profilo della riserva di legge assoluta la quale, secondo il ricorrente, sarebbe applicabile anche a disposizioni che prevedono sanzioni amministrative di natura punitivo-afflittiva.

La Corte, pur confermando l'applicabilità delle garanzie di matrice penale a qualsiasi sanzione afflittivo-punitiva indipendentemente dalla qualificazione formale, ha effettuato comunque un distinguo a seconda dello specifico profilo che viene in rilievo.

Sicché, se da un lato ha confermato l'obbligo per qualsiasi norma, anche regionale, che preveda sanzioni di carattere afflittivo-punitivo di rispettare il principio di legalità declinato come obbligo di tipicità-determinatezza del precetto sanzionatorio; dall'altro ha escluso l'applicabilità del divieto di eterointegrazione anche alle fattispecie punitive di natura amministrativa previste da leggi regionali. Seguendo il ragionamento della Consulta «*tale giurisprudenza si riferisce infatti esclusivamente alle leggi penali in senso stretto, per le quali ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost. vige il principio della riserva (assoluta) di legge statale, [...]. Tale giurisprudenza non è invece applicabile alle leggi regionali che prevedano mere sanzioni amministrative, le quali ben possono rinviare – nel rispetto dei meno stringenti principi desumibili dall'art. 23 Cost. (sentenza n. 115 del 2011) – anche ad atti sublegislativi ai fini dell'integrazione del precetto (amministrativamente) sanzionato in forza della stessa legge regionale*»¹²³.

Il risultato pratico ricavabile dalle su esposte argomentazioni, ed in particolare l'individuazione del parametro costituzionale di cui all'art. 23 Cost., è l'esclusione della garanzia formale della riserva assoluta di legge, con conseguente applicazione delle garanzie meno stringenti.

Proprio la non “assimilabilità” tra le nozioni di “materia penale” nazionale e convenzionale - che, lungi dall'essere pienamente sovrapponibili, rimarrebbero tra

¹²³ Cfr. Corte Cost., sent. del 29 maggio 2019, n. 134, punto 3.1. del Considerato in diritto.

loro indipendenti¹²⁴ - giustificerebbe il riconoscimento della potestà legislativa regionale in materia.

Considerazioni analoghe sono poi ribadite dalla stessa Consulta a distanza di un anno, in occasione del ricorso presentato dal Governo avverso gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4 della legge della Regione Veneto 16 luglio 2019, n. 25 (*Norme per introdurre l'istituto della regolarizzazione degli adempimenti o rimozione degli effetti nell'ambito dei procedimenti di accertamento di violazioni di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative*).

Nel richiamare la sua costante giurisprudenza¹²⁵ la Corte Costituzionale, pur riconoscendo in linea generale l'applicazione delle garanzie discendenti dall'art. 25, co. 2, Cost. anche agli illeciti e alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo, ha fatto salva l'eccezione «*della riserva assoluta di legge statale, che vige per il solo diritto penale stricto sensu, come da ultimo precisato dalla sentenza n. 134 del 2019. Tale pronuncia ha altresì ribadito che il potere sanzionatorio amministrativo – che il legislatore regionale ben può esercitare, nelle materie di propria competenza – resta comunque soggetto alla riserva di legge relativa all'art. 23 Cost., intesa qui anche quale legge regionale*»¹²⁶.

Una soluzione di tal fatta, che potrebbe essere percepita come una battuta d'arresto rispetto all'andamento evolutivo che qui si sta esaminando, trova in realtà una propria coerenza alla luce del sistema delle fonti complessivamente inteso.

Per comprenderlo, basterà ricordare che l'inclusione delle sanzioni punitive nella materia penale vale con riferimento ai principi delineati dalla CEDU, e non anche a quelli che esulano dalle garanzie convenzionalmente previste.

Sicché, configurandosi il riparto tra potestà legislativa statale e regionale come una questione prettamente interna, la sua mancata estensione non si pone in contrasto con il filone interpretativo avallato da Strasburgo.

Peraltro, le pronunce menzionate appaiono rilevanti anche sotto un altro profilo attinente sempre alla natura della riserva di legge, considerata questa volta non in

¹²⁴ Sulla predetta assimilazione, nonché sui rischi che essa comporterebbe, cfr. N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017, 95 ss; C. CARUSO, *Il «posto» dell'interpretazione conforme alla CEDU*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2018, 1996 ss.

¹²⁵ Cfr. Corte Cost., sentenze nn. 134 del 2019, 223 del 2018, 121 del 2018, 68 del 2017, 276 del 2016 e 104 del 2014.

¹²⁶ Così Corte Cost., sent. del 18 gennaio 2021, n. 5 punto 5.1. del Considerato in diritto.

relazione ai soggetti competenti ma in rapporto alla gerarchia delle fonti.

La questione concerne cioè la possibilità per le leggi regionali di rinviare a fonti subordinate, nella specie atti normativi secondari o di natura amministrativa.

Sul punto appare appena il caso di premettere che in materia penale, tra le due tesi della riserva relativa¹²⁷ e della riserva assoluta¹²⁸, si è affermata la teoria della riserva di legge cd. “tendenzialmente assoluta”¹²⁹.

In ossequio alla teoria in esame, sarebbe consentito il rinvio a norme regolamentari abilitate ad introdurre mere «*specificazioni tecniche*» di uno o più elementi già enucleati dalla norma primaria, sulla base di un criterio tecnico dalla stessa indicato¹³⁰.

Ebbene, un problema analogo si pone con riferimento alla materia delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali.

E anche in relazione a queste ultime la giurisprudenza della Corte Costituzionale, se da un lato non aderisce appieno all’orientamento più garantista proprio del settore penale, dall’altro non accoglie neppure la tesi della riserva relativa *tout court*.

Senza dubbio, la riserva di legge prevista dall’art. 23 Cost. è intesa quale riserva relativa e, in quanto tale, consente maggiori margini di integrazione da parte di fonti secondarie. Purtroppo tale aspetto non deve essere enfatizzato, in quanto lo stesso «*non relega [...] la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa “in bianco”*». Al contrario, è considerato principio supremo dello Stato di diritto quello secondo cui «*i consociati sono tenuti a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge*” (sentenza n. 115 del 2011, e numerosi precedenti ivi

¹²⁷ Secondo la quale sarebbe consentito al legislatore disciplinare gli aspetti essenziali della materia rinviando per gli altri alle norme di rango secondario, cfr. R. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Giuffrè, Milano, 1980; C.E. PALIERO - A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989; D. PULITANO’, *Sub art. 1*, in A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCCALA’, *Commentario breve al codice penale*, 8 e ss.

¹²⁸ Secondo cui il legislatore non potrebbe rimettere, neppure in parte, la disciplina della materia a fonti secondarie, se non per l’introduzione di mere previsioni di dettaglio, dovendo farsi carico di delineare gli elementi costitutivi del reato e la relativa sanzione in modo completo. V. M. ROMANO, *Sub art 1*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004.

¹²⁹ Così M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale*, Giuffrè, Milano, 1974; D. PULITANO’, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1960, 320.

¹³⁰ Sulla teoria in esame, si rinvia a F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, 42 e ss.; G. FIANDACA- E. MUSCO, *op. cit.*, 52; M. ROMANO, *op. ult. cit.*, 170 e ss.

richiamati)»¹³¹.

Da tale principio discende che anche nei casi in cui la legge rinvii ad un successivo provvedimento amministrativo generale o ad un regolamento, debba comunque indicare i criteri direttivi per orientare la discrezionalità dell'amministrazione.

La soluzione, del resto, non si discosta molto neppure da quella sulla quale si erano attestate tanto la giurisprudenza civile quanto quella amministrativa, con riferimento alla previsione contenuta nell'art. 1 della l. 689/1989.

Anche i giudici di merito infatti, muovendo dalla medesima idea di derivazione penalistica in base alla quale il principio di legalità impone una riserva tendenzialmente assoluta, erano giunti alla conclusione secondo cui il rinvio a norme secondarie sarebbe possibile esclusivamente in funzione della maggiore e migliore chiarificazione, soprattutto sotto il profilo tecnico-specialistico, di una legge che abbia già determinato gli aspetti caratterizzanti tanto della sanzione quanto del comportamento vietato¹³².

Tanto l'integrazione del precetto, quanto la fissazione della relativa sanzione, non sarebbero dunque consentiti né da parte di regolamenti né di atti amministrativi generali, come ad esempio le circolari amministrative esplicative e le ordinanze sindacali¹³³.

2.2 *Determinatezza, tassatività e divieto di analogia*

Ulteriore corollario del principio di legalità è rappresentato dal principio di tassatività e determinatezza.

Ai fini della corretta comprensione dei concetti indicati, giova prendere le mosse dagli approdi cui si è giunti nel settore penale, per poi verificarne la possibile estensione anche all'area amministrativa.

Al riguardo, sebbene un certo orientamento tenda ad interpretare i due termini come

¹³¹ Così Corte Cost., sent. del 18 gennaio 2021, n. 5 punto 5.1. del Considerato in diritto.

¹³² Sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte da D. PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato cit.*, 320.

¹³³ Cfr. Cons. St., sez. I, 17 ottobre 2001, n. 885; nonché Cass. 20 novembre 2003, n. 17602; ID., 22 luglio 2004, n. 13659; ID., 26 aprile 2006, n. 9584; ID., 1 giugno 2010, n. 13344. La massima ricorrente è quella secondo cui « *il principio della riserva di legge fissato nella materia delle sanzioni amministrative dall'art. 1, l. 689/198° impedisce che l'illecito amministrativo e la relativa sanzione siano introdotti direttamente da fonti normative secondarie, ma non esclude tuttavia che i precetti della legge, sufficientemente individuati, siano eterointegrati da norme regolamentari, in virtù della particolare tecnicità della dimensione in cui le fonti secondarie sono destinate ad operare*».

sinonimi¹³⁴, la tesi preferibile ritiene che i concetti non siano perfettamente sovrapponibili¹³⁵.

Secondo quest'ultimo approccio la determinatezza, attenendo al modo di costruzione della norma, imporrebbe la descrizione della fattispecie in termini chiari e precisi.

Così intesa, pur ricomprendendo la tassatività, non si identificherebbe completamente con quest'ultima la quale, invece, esprime il divieto per il giudice ed il legislatore di estendere la disciplina contenuta nelle norme incriminatrici oltre i casi espressamente previsti, risolvendosi così nel divieto di analogia in *malam partem*¹³⁶.

Prendendo le mosse dal principio di determinatezza, occorre rilevare che la sua estensione all'area amministrativa, diversamente da quanto accaduto nel settore penale, è stata oggetto di un lungo dibattito.

In una fase iniziale, la valorizzazione delle peculiarità proprie delle sanzioni amministrative finalizzate alla cura concreta dell'interesse pubblico, ed in particolare la loro riconduzione agli artt. 23 e 97 Cost., aveva portato alla negazione del principio in esame.

In questo senso si era pronunciata anche la Consulta, secondo la quale «*l'illecito amministrativo e [...] la sanzione amministrativa sono dotati di spiccata specificità ed autonomia rispetto al sistema sanzionatorio penale e ciò emerge anzitutto dal riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali*»¹³⁷. Conseguenza di

¹³⁴ In tal senso cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1980, 50 e ss.; F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, co. 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *Quest. Crim.*, 1980, 194 e ss.; M. ROMANO, *Sub Art. 1*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I (Art. 1-84), Milano, 2004, 41 e ss.; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 85 e ss.; M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Torino, 1964, 43; A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv.it. dir. e proc. Pen.* 1969, 694 e ss.

¹³⁵ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2001, 99.

¹³⁶ Sul punto cfr. F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Cedam, 1979, 45 e ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 27 e ss. In senso critico, v. M. ALLENA, *Il principio di determinatezza, in La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni* (a cura di A. CAGNAZZO – S. TOSCHEI- F.F. TUCCARI), Giuffrè, 2016, 153 secondo cui «*al di là del carattere più o meno convincente di questa tesi, resta il fatto che, ove si guardi al piano applicativo, le suddette differenze tendano in realtà a sfumare: per es., si afferma di solito che la tassatività della fattispecie si risolve nel divieto di analogia (la norma redatta in forma tassativa impedisce infatti al giudice di configurare altri casi o fatti oltre a quelli espressamente stabiliti); tuttavia, è altresì vero che pure una norma non redatta in termini chiari e precisi (e dunque indeterminata) costringe il giudice chiamato ad applicarla a ricorrere all'analogia*».

¹³⁷ Così Corte Cost., sent. 21 aprile 1994, n. 159. In dottrina cfr. V. ANGIOLINI, *Principi*

tale impostazione era una riduzione delle garanzie riconosciute ai cittadini tra cui, appunto, il mancato riconoscimento del principio di tassatività-determinatezza.

Tale assunto non deve tuttavia indurre a ritenere che il principio in esame non possieda alcun valore in ambito amministrativo: l'art. 1 della legge 689/198, nel sancire il principio di legalità, riconosce infatti i connessi corollari della riserva di legge, tassatività-determinatezza e irretroattività; la loro enunciazione nell'ambito di una legge di rango primario, tuttavia, li renderebbe derogabili da parte delle singole leggi speciali.

È solo in conseguenza dell'influsso di derivazione sovranazionale che si è assistito ad un *overruling* da parte della Consulta, attuato mediante la già menzionata pronuncia del 2010. In quell'occasione la Corte ha riconosciuto come «*dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*»¹³⁸.

Ebbene, tanto chiarito in ordine alla applicabilità del principio in esame anche alle sanzioni amministrative, il vero *punctum dolens* attiene al grado di determinatezza necessario e, dunque, al rigore con cui lo stesso è stato oggetto di applicazione.

A tal fine, è utile ricordare che nella composizione della fattispecie è possibile individuare tre distinte categorie di elementi, vale a dire rigidi, elastici e vaghi (o indeterminati), rispetto ai quali la determinatezza si declina diversamente.

In dettaglio, non pongono problemi di compatibilità i cd. elementi rigidi, rispetto ai quali la riconduzione del caso concreto alla fattispecie astratta risulta di immediata rilevabilità; viceversa, palesemente incompatibili con l'art. 25 Cost. sono gli elementi vaghi o indeterminati, assolutamente inadeguati a fondare un parametro univoco di valutazione e qualificazione del fatto concreto¹³⁹.

Oggetto di maggiore attenzione è stata invece la categoria degli elementi elastici ovvero quegli elementi non astrattamente tipizzabili *a priori* dal legislatore che, pertanto, lasciano al giudice un margine di apprezzamento meno vincolato rispetto ai cd. elementi rigidi. Sul punto, è ormai prevalente l'opinione secondo cui gli stessi

costituzionali e sanzioni amministrative, in *Jus*, 1995, 227 e ss.

¹³⁸ Si allude a Corte Cost., sent. 4 giugno 2010, n. 196, per la quale si rinvia alle considerazioni svolte *infra* al par. 2. Nel medesimo senso v. anche ID., sent. 18 aprile 2014, n. 104.

¹³⁹ Per un maggiore approfondimento della tematica in esame si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 2001, 70 e ss.

risultino comunque corrispondenti al canone della determinatezza, e ciò in quanto il loro impiego in sede di determinazione della fattispecie rappresenta per certi versi un'esperienza irrinunciabile, attesa la funzione di "organi respiratori" cui essi assolvono.

Infatti con riferimento ai precetti sanzionatori amministrativi la Consulta - ribadendo peraltro il proprio orientamento poco rigoroso già affermatosi con riferimento alle fattispecie penalistiche¹⁴⁰ - ha chiarito come «*il criterio legale di tipizzazione degli illeciti amministrativi [...] è compatibile con una certa elasticità nella puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili, purché esse siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scale di doveri propri della funzione esercitata*»¹⁴¹ e specie quando «*il contenuto dei valori tutelati dalla norma [...] è tale da rendere impossibile prevedere tutti i comportamenti che possono lederli*»¹⁴².

La stessa la Consulta si è espressa in termini ancora meno stringenti in materia di sanzioni Consob, osservando come il principio in esame non sia destinato ad operare con la stessa intensità nei due diversi ambiti, «*di talché in alcun modo e sotto alcun profilo è lecito discorrere di norme sanzionatorie in bianco, essendo i*

¹⁴⁰ Sul punto, è noto infatti che la Corte Costituzionale abbia accolto solo raramente le eccezioni di legittimità sollevate sotto il profilo della violazione del principio di tassatività-determinatezza della fattispecie penale. In tal senso, v. G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 2001, 143 e ss. A titolo esemplificativo, in tempi più recenti la Corte con riferimento alla fattispecie di disastro innominato di cui all'art. 434 c.p. ha ritenuto che il precetto potesse essere oggetto di sufficiente determinazione per il tramite di un ordinario percorso ermeneutico unito ad una interpretazione giurisprudenziale costante, Nel dettaglio, in Corte Cost, 1 agosto 2008, n. 327, punto 6 del Considerato in diritto si legge che «è opportuno rilevare come l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale. Sostenere il contrario significherebbe, difatti, "tradire" entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della regula iuris verrebbe meno giacché nell'ipotesi considerata la regula verrebbe creata, in misura più o meno ampia dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti. Ciò non esclude, tuttavia, che l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa. Ed è in questa prospettiva che va letto, per l'appunto, il precedente richiamo alla corrente nozione giurisprudenziale di "disastro"».

¹⁴¹ Corte Cost. sent. 24 luglio 1995, n. 356, punto 4 del Considerato in diritto.

¹⁴² Corte Cost. sent. 8 giugno 1981, n. 100, punto 5 del Considerato in diritto.

poteri regolamentari della Consob rigorosamente individuati ex ante secondo principi e direttive contenute in fonti primarie, onde la relativa portata precettiva si sostanzia in una analitica specificazione di contenuti già sufficientemente delineati dalla legge»¹⁴³.

Dal canto suo, la Suprema Corte ha ritenuto che l'indeterminatezza della fattispecie possa essere supplita dalla puntuale motivazione del provvedimento¹⁴⁴.

Sulla stessa scia si è posta anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, da cui si trae ulteriore conferma della scarsa rilevanza del principio di determinatezza.

In tal senso, è significativa l'affermazione secondo cui «*il principio di tipicità degli illeciti amministrativi è compatibile con una certa elasticità nella puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili*» e ciò in quanto, diversamente dagli illeciti penali, non sussiste in questo caso «*alcun obbligo costituzionale di tipicità e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*»¹⁴⁵.

Un tale stato dell'arte, in verità, non pare compatibile con i dettami della CEDU. Nello specifico, la giurisprudenza costituzionale, unita a quella civile ed amministrativa, non appaiono soddisfacenti nel dare attuazione alle prescrizioni contenute nell'art. 7 CEDU ove è sancito, come anticipato, il requisito della prevedibilità¹⁴⁶.

Si tratta di una nozione che nella giurisprudenza sovranazionale viene articolata in due sottoprincipi.

Il primo, relativo al momento formativo della disposizione, presuppone la determinatezza della disposizione incriminatrice e, dunque, che l'illecito sia chiaramente definito dalla legge; con la precisazione che il termine legge deve essere qui inteso in senso generico, come tale idoneo ad includere anche la consuetudine o la *common law*¹⁴⁷.

Il secondo, attinente al momento interpretativo della stessa, impone la ragionevolezza dell'interpretazione, da valutare tanto alla luce del testo normativo in sé e per sé considerato (ragionevolezza cd. tecnica), quanto dei precedenti

¹⁴³ Cass. 4 settembre 2014, n. 18683.

¹⁴⁴ In questo senso, cfr. Cass. 7 agosto 2012, n. 14210.

¹⁴⁵ Così Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507.

¹⁴⁶ Sulla tematica si rinvia a A. BERNARDI, *Commento sub art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE- B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 252-253.

¹⁴⁷ Cfr. Corte edu, sent. 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG e a. c. Svizzera*, par. 68; ID., 3 maggio 2007 *Custers, Deveaux e Turk c. Danimarca*, par. 94 e ss.; ID., 19 febbraio 2008, *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania*, par. 120.

risultati interpretativi cui il testo in questione ha dato origine (ragionevolezza cd. storica)¹⁴⁸.

In altri termini, in ambito sovranazionale la prevedibilità è declinata in termini sostanziali e contenutistici tali da consentire al cittadino di regolare la propria condotta futura, con possibili interventi giurisprudenziali di specificazione e definizione che siano ragionevolmente prevedibili alla luce della prassi applicativa e del mutamento del contesto socio-culturale¹⁴⁹.

Così inteso, il principio in esame realizza un più equilibrato bilanciamento tra esigenza di flessibilità dell'azione amministrativa sanzionatoria e garanzie per il cittadino: da un lato, la possibilità di specificare in via interpretativa un precetto risulta comodo per la p.a., non più stretta nel rigido formalismo del principio di legalità; dall'altro, per il cittadino ciò che rileva realmente è la possibilità di orientare il proprio comportamento in conseguenza della prevedibilità del precetto, a prescindere dal contesto in cui lo stesso risulta formulato.

Tant'è che, proprio sulla scorta di siffatte argomentazioni, parte della dottrina si interroga – con argomentazioni condivisibili - sulla opportunità di applicare nell'ambito dei giudizi di costituzionalità in materia, non tanto l'art. 25, co. 2 Cost., quanto piuttosto l'art. 7 CEDU nella sua veste di norma interposta.

Così operando, infatti, alla p.a. sarebbe concesso completare con proprie fonti regolamentari la descrizione della fattispecie disciplinata solo nelle linee essenziali dal legislatore, salvaguardando al contempo il bisogno di flessibilità da sempre molto sentito nella regolazione amministrativa¹⁵⁰.

Passando poi ad analizzare il principio di tassatività, si è detto che lo stesso viene interpretato in ambito penalistico come divieto di analogia in *malam partem*, al fine di evitare che un soggetto sia incriminato o punito in assenza di una norma penale espressamente prevista.

Viceversa, è tradizionalmente ammissibile l'analogia in *bonam partem*, che conduce alla applicazione di una norma più favorevole per il soggetto¹⁵¹.

¹⁴⁸ V. Co. edu, dec. 4 marzo 1985, *Enkelmann c. Svizzera*.

¹⁴⁹ In questi termini v. M. ALLENA, *Il principio di determinatezza cit.*, 162.

¹⁵⁰ Così M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi.it*, gennaio 2017.

¹⁵¹ Per una disamina più approfondita della tematica, si rinvia a F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 267; G. FIANDCA- E. MUSCO, *Diritto penale cit.*, 94; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 89 e ss; C. ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, IV, 511.

Con riferimento alle sanzioni amministrative, la tesi per molto tempo prevalente reputava ininfluyente la distinzione in esame, ritenendo sempre vietata l'analogia, quand'anche la stessa producesse effetti in *bonam partem*¹⁵². Tale interpretazione, ritenuta possibile in virtù della riconduzione della materia in esame all'art. 23 Cost. in luogo dell'art. 25 Cost.,¹⁵³ veniva avallata anche dalla Consulta¹⁵⁴ nonché dalla giurisprudenza civile¹⁵⁵.

In verità, una siffatta ricostruzione era messa in crisi già dalla formulazione dell'art. 1 della l. 689/1981, il cui tenore letterale è pressoché sovrapponibile a quello dell'art. 25 Cost. Purtuttavia, la tesi prevalente ha continuato ad avallare il divieto sulla base dell'assunto secondo cui, in ambito amministrativo, alle garanzie per il singolo si contrapporrebbe l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico il quale, invece, subirebbe un grave detrimento ove si procedesse della estensione analogica delle norme più favorevoli¹⁵⁶.

L'argomento non appare convincente, in quanto la garanzia del cittadino si ergerebbe, essa stessa, ad ostacolo all'esercizio del potere pubblico.

Inoltre, simili considerazioni contrasterebbero anche con la giurisprudenza sovranazionale la quale, con riferimento alle sanzioni che possiedano carattere punitivo, all'evidenza, osta ad una simile interpretazione.

Ed in effetti in tempi più recenti la giurisprudenza interna ha mostrato un *favor* verso l'analogia *in bonam*.

In particolare, un importante passo avanti deve essere ricondotto ad una pronuncia della Consulta del 2014¹⁵⁷ in materia di sanzioni per violazione della normativa in tema di riposo giornaliero e riposo settimanale.

Sulla questione, strettamente connessa con il principio di retroattività della *lex mitior*, si rinvia alle considerazioni svolte *infra* al par. 3.

¹⁵² Cfr. C.E. PALIERO- A. TRAVI, voce *Sanzione amministrativa cit.*, 351.

¹⁵³ In questo senso, v. A. VIGNERI, *Profili generali delle sanzioni amministrative (commento alla l. 689/1981, Modifiche al sistema penale)*, in *Nuove leggi civ.*, 1982, 1132. In senso contrario, cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 138.

¹⁵⁴ V. Corte Cost., 19 novembre 1987, n. 420 e 421; ID., 5 novembre 1986, n. 226.

¹⁵⁵ Cfr. Cass. 12 novembre 2014, n. 24111 (in materia di circolazione stradale), ID., sez. lav. 12 ottobre 2010, n. 20991 (in materia di collocamento al lavoro).

¹⁵⁶ Cfr. L. COEN, *Il divieto di analogia*, in *La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni* (a cura di A. CAGNAZZO - S. TOSCHEI - F.F. TUCCARI), Giuffrè, 2016, 207; A. ROMANO TASSONE, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2011, vol. 19, fasc. 1, 1-27.

¹⁵⁷ Corte Cost., ord. 28 ottobre 2014, n. 147.

2.3 Il divieto di retroattività in pejus. La successione di norme eterogenee

Anche il divieto di retroattività delle disposizioni sanzionatorie amministrative poteva essere desunto già dalla formulazione dell'art. 1, l. 689/1981.

L'assenza di una copertura costituzionale, tuttavia, faceva sì che il principio in esame fosse derogabile da parte di leggi speciali successive; da qui l'importanza della sua riconduzione all'art. 25, co. 2 Cost.

Al riguardo, sebbene per lungo tempo avesse prevalso la tesi negativa¹⁵⁸, in conseguenza del recepimento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo - avvenuto con la storica pronuncia della Consulta 2010¹⁵⁹ - si prese atto del fatto che «*tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*» e dunque, per quanto qui d'interesse, all'art. 25, co. 2 Cost.

Anche la giurisprudenza amministrativa¹⁶⁰ e quella civile¹⁶¹, a distanza di poco, si consolidavano nella medesima direzione, sottolineando come l'irretroattività risulti funzionale ad assicurare la certezza e stabilità cui devono essere improntati i rapporti tra privati e Amministrazione.

Sul piano pratico, il profilo temporale rilevante ai fini dell'operatività del divieto viene individuato nella commissione dell'illecito e non nell'emanazione del provvedimento sanzionatorio¹⁶²: ove così non fosse, infatti, la norma da applicare sarebbe strettamente dipendente dalle tempistiche della p.a., con inevitabile violazione del principio di certezza dei rapporti giuridici.

In questo contesto, si inserisce la delicata questione concernente la successione di

¹⁵⁸ In questo senso, v. E. DOLCINI, *Commento all'art. 1*, in E. DOLCINI – A. GIARDA – F. MUCCIARELLI – C.E. PALIERO – E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle "modifiche al sistema penale" (Legge 24 novembre 1981, n. 689)*, Milano, 1982, 10 ove si legge che la collocazione dell'art. 25, co. 2 Cost. «*fra una serie di principi schiettamente penalistici*» e la sua «*diretta derivazione dal principio illuministico nullum crimen sine lege*» porta ad escludere che si riferisca anche alle sanzioni amministrative. In giurisprudenza, cfr. Corte Cost. 14 marzo 1984, n. 68; ID., 3 giugno 1992, n. 250.

¹⁵⁹ Corte Cost., sent. 4 giugno 2010, n. 196, già citata *supra* al par. 2. In senso critico, si osserva quanto affermato da A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 627 ss. che mette in evidenza la necessità di recuperare una dimensione prettamente «*amministrativa*» delle sanzioni.

¹⁶⁰ In questo senso v. Cons. St. sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5422; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3847; ID., 11 aprile 2013, n. 1973.

¹⁶¹ Così Cass. sez. II, 12 novembre 2014, n. 24111. Nella medesima direzione v. anche Cass., Sez. Un., 10 agosto 2012, n. 14374; Cass. sez. lav., 26 gennaio 2012, n. 1105; Cass. sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 29411.

¹⁶² Cass. sez. II, 15 ottobre 2007, n. 21584; ID., 28 gennaio 2008, n. 1789.

disposizioni sanzionatorie cd. “eterogenee”.

Ebbene, se in caso di trasformazione di illecito da amministrativo a penale, in forza delle previsioni contenute nell’art. 25 Cost. e nell’art. 2 c.p., non sussistono dubbi circa la non applicabilità retroattiva della norma successiva alla commissione del fatto; maggiormente problematica appare l’ipotesi inversa in cui ad una sanzione penale ne succeda una amministrativa.

In presenza di una depenalizzazione da un lato, la regola dell’*abolitio criminis* vieta di sanzionare un fatto che «secondo una legge posteriore, non costituisce reato»; dall’altro, il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative ex art. 1 l. 689/1989 osta alla applicazione della nuova norma. In tutti questi casi, dunque, il fatto non sarebbe punibile né penalmente né amministrativamente.

Il vuoto di tutela e la disparità di trattamento che ne conseguono vengono spesso attuti dallo stesso legislatore che, con norme di natura transitoria, si preoccupa di chiarire la disposizione oggetto di applicazione.

Così è avvenuto in occasione della emanazione della più volte menzionata l. 689/1981 la quale all’art. 40 prevede che le disposizioni in essa contenute «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». Una disposizione di analogo tenore è contenuta nell’art. 8 del d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, che ha disposto la depenalizzazione di numerosi reati bagatellari¹⁶³.

In casi del genere, la *ratio* di certezza posta alla base del divieto di retroattività sarebbe comunque garantita: al momento della commissione dell’illecito, infatti, quel fatto possiede già rilievo penale.

Questo approccio, per quanto condivisibile in relazione alle sanzioni amministrative “pure”, merita, nella prospettiva che qui interessa, talune precisazioni.

Innanzitutto, ove la sanzione amministrativa successivamente introdotta possieda natura sostanzialmente penale, neppure una disposizione transitoria specificatamente prevista potrebbe sancirne la applicazione retroattiva, pena la violazione dell’art. 25, co. 2 Cost.

¹⁶³ «Le disposizioni del presente decreto che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, sempre che il procedimento penale non sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili».

Peraltro, in situazioni del genere, dovrebbe ragionarsi in termini non dissimili da quanto previsto con riferimento alla successione di norme penali, rispetto alla quale l'art. 2, co. 4 c.p. prevede l'applicazione della disposizione più favorevole al reo¹⁶⁴. Questa conclusione, in verità, era stata sconfessata dalle SS. UU. le quali avevano ritenuto che, in mancanza di una espressa codificazione nell'ambito della l. 689/1981, il principio di cui all'art. 2, co. 4 c.p. non fosse estendibile alla materia in esame; e ciò in quanto «l'applicazione analogica al regime sanzionatorio amministrativo di categorie generali desunte dal diritto penale, anche se si tratta di categorie o principi favorevoli all'agente» non sarebbe consentita¹⁶⁵.

Tali affermazioni troverebbero giustificazione nella asserita “metamorfosi” dell'illecito che, mutandone la natura, comporterebbe l'introduzione della sanzione amministrativa *ex novo*.

Senonché, in caso di sanzione sostanzialmente penale, a venire meno sarebbe proprio il presupposto di siffatto ragionamento, vale a dire la “metamorfosi” dell'illecito.

A fronte della sostanziale omogeneità delle fattispecie, non ci sarebbero dunque ostacoli alla applicazione della regola *de qua* e dunque, all'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa in quanto disposizione successiva favorevole¹⁶⁶.

Neppure tale ultima affermazione appare però così scontata, nella misura in cui la stessa presuppone che la sanzione amministrativa sia in ogni caso più favorevole rispetto a quella penale.

Potrebbe ad esempio accadere che la disposizione successiva, nel depenalizzare l'illecito, sostituisca alla sanzione detentiva il binomio sanzione pecuniaria-confisca, prevedendo così l'aggiunta di una misura in precedenza non presente e

¹⁶⁴ La distinzione tra *abolitio* e *mutatio*, e dunque l'applicazione del co. 2 o del co. 4 dell'art. 2 c.p., è stata oggetto di grande dibattito dottrinario. In estrema sintesi, i criteri individuati sono stati: il criterio della doppia punibilità in concreto (su cui v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 116; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, Giappichelli, Torino, 1999, 113; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano, I*, Padova, 1999, 338); il criterio della continuità normativa (M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2002, 1248; F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. dir. pen.*, VII, Torino, 1993, 367); il criterio del rapporto strutturale (T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° co., c.p.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, 1361; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale cit.*, 79; G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale cit.* 280).

¹⁶⁵ Cass. Sez. Un., 28 giugno 2012, n. 25457.

¹⁶⁶ La problematica si pone infatti a cavallo tra il principio di irretroattività *in pejus* e la retroattività della *lex mitior* sulla quale si rinvia al par. 3 *infra*

dotata di natura sostanzialmente penale.

In particolare, un problema del genere si è posto in relazione al depenalizzato illecito di abuso di informazioni privilegiate: l'art. 9 della legge n. 62/2005, introducendo la confisca per equivalente, ne ha previsto l'applicazione anche alle violazioni commesse anteriormente.

Interrogata sulla legittimità costituzionale della norma in esame la Consulta, in un primo momento, pur riconoscendo la natura sostanzialmente penale della confisca per equivalente, ha dichiarato inammissibile la questione ritenendo che il giudice *a quo* non avesse motivato sulla natura effettivamente deteriore del trattamento sanzionatorio successivamente introdotto; quest'ultimo inteso non nell'ottica della singola misura ma, piuttosto, «*nel suo complesso e dunque comprensivo della confisca per equivalente*»¹⁶⁷.

Infatti, laddove il nuovo trattamento fosse risultato complessivamente più favorevole, non si sarebbe posto alcun problema di contrasto con il principio di legalità della pena, applicandosi la regola della retroattività della *lex mitior*.

In altri termini, secondo il ragionamento fatto proprio dalla Consulta, un mutamento di prospettiva dalla singola misura al trattamento sanzionatorio complessivo potrebbe consentire, ove quest'ultimo fosse comunque più favorevole della sanzione precedente, l'applicazione retroattiva anche di una misura nuova ed ulteriore rispetto a quelle in precedenza previste.

La decisione in esame suscitò fin da subito numerose critiche: il risultato pratico di un siffatto *modus operandi* era l'applicazione retroattiva di una misura sostanzialmente penale, in palese violazione dell'art. 25, co. 2 Cost.¹⁶⁸.

Non a caso, ad appena un anno di distanza, interrogata nuovamente sulla questione, la Consulta forniva taluni importanti chiarimenti.

Innanzitutto, la Corte ha precisato che il carattere più favorevole della sopravvenuta legge di depenalizzazione, lungi dall'essere dato per scontato, deve essere oggetto di accertamento in concreto da parte del giudice.

Tale affermazione risulta ancora più vera in relazione alle sanzioni sostanzialmente penali, rispetto alle quali è maggiore l'esigenza di «*evitare l'applicazione retroattiva all'autore dell'illecito di una disciplina di carattere*

¹⁶⁷ Corte Cost., 7 aprile 2017, n. 68.

¹⁶⁸ Per un commento critico alla sentenza si rinvia a F. VIGANO', *Un'altra deludente pronuncia della Corte Costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017.

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»¹⁶⁹. E, atteso che il giudice remittente aveva ampiamente motivato sulle ragioni del carattere in concreto maggiormente afflittivo del nuovo trattamento sanzionatorio, l’inevitabile conseguenza è stata la declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina transitoria¹⁷⁰.

Nell’ottica di sistema che qui interessa, la pronuncia in esame segna un importante passo in avanti: posto il carattere punitivo che talune sanzioni amministrative possono avere, la depenalizzazione degli illeciti non produce sempre un effetto favorevole ma, lungi da qualsivoglia automatismo, occorre sempre una valutazione che tenga conto del preciso grado di afflittività della misura sanzionatoria la quale, per quanto formalmente amministrativa, potrebbe rivelarsi in concreto più incisiva di quella penale.

Ove così fosse, il divieto di irretroattività in *malam partem* osterebbe ad una sua applicazione ai fatti commessi prima dell’entrata in vigore.

3. *La retroattività della lex mitior*

Un profilo su cui il filone giurisprudenziale riconducibile alla Corte di Strasburgo ha inciso in maniera significativa è quello della retroattività della disposizione successiva favorevole.

Questa regola che, come anticipato, a livello di legge ordinaria è contenuta nell’art. 2, co. 4 c.p., non trova fondamento nell’art. 25 Cost.; non a caso, la sua applicazione alla materia qui esaminata è stata oggetto maggiori dibattiti, giungendo ad un punto di svolta solo in tempi relativamente recenti.

Il principio *de quo* si fonda infatti sull’art. 3 Cost., il quale impone di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti «*a prescindere dalla circostanza che essi siano commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’abolitio criminis o la modifica mitigatrice*»¹⁷¹. E ciò in quanto sarebbe irragionevole punire o continuare a punire più gravemente una persona per un fatto

¹⁶⁹ Corte Cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 223, punto 6.3 del Considerato in diritto.

¹⁷⁰ Per un commento alla decisione in esame si rinvia a G.L. GATTA, *Non sempre ‘depenalizzazione’ equivale a ‘mitigazione’. la corte costituzionale sull’irretroattività delle sanzioni amministrative ‘punitive’ più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l’insider trading secondario)*, in *penalecontemporaneo.it*, dicembre 2018.

¹⁷¹ Così, Corte Cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394.

che, secondo la legge posteriore, non è punito affatto o è punito più lievemente.

La base costituzionale funge anche da limite al principio stesso: a differenza della irretroattività *in pejus* che rappresenta un valore incondizionato, la retroattività della *lex mitior* è suscettibile di deroghe da parte del legislatore ordinario in tutti i casi in cui queste risultino necessarie a tutelare interessi di pari rango.

Tale derogabilità non risulta messa in discussione neppure laddove si individui un secondo referente costituzionale nell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7, par. 1 CEDU¹⁷², così come interpretato dai giudici di Strasburgo nel noto caso *Scoppola c. Italia*¹⁷³.

A seguito di quella storica pronuncia, infatti, la Corte Costituzionale ha sottolineato come gli stessi giudici europei non avessero concluso nel senso che quel principio dovesse operare incondizionatamente e senza deroga alcuna; anzi, presso quella giurisprudenza, lo stesso sarebbe stato enunciato entro margini più ristretti rispetto a quelli delineati dalla normativa interna¹⁷⁴.

Ne consegue allora che ancora oggi eventuali deroghe al principio in esame debbano ritenersi ammissibili solo ove superino un vaglio di ragionevolezza, da valutarsi non in termini negativi di “non manifesta irragionevolezza” ma, al contrario, in positivo come necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti¹⁷⁵.

¹⁷² Art. 7, par 1 CEDU «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso». Sul punto, si rinvia a F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro Amministrativo – T.A.R. (II)*, fasc. 4, 2013, p. 1228.

¹⁷³ Corte EDU, sentenza 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* in cui venne precisato che l'art. 7 garantisce non solo il principio di irretroattività ma anche, implicitamente, il principio di retroattività della legge penale più favorevole. Secondo i giudici di Strasburgo infatti tale principio risulterebbe incorporato nella regola secondo cui «laddove vi siano differenze tra leggi penali in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali successive intervenute prima che sia intervenuta sentenza definitiva, le corti devono applicare la legge le cui disposizioni siano più favorevoli per l'imputato».

¹⁷⁴ Si allude a Corte Cost., sent. 19 luglio 2011, n. 236 ove si osservò che mentre per la Corte EDU il principio cessa di operare nei casi in cui sia intervenuta una sentenza di condanna definitiva; la legislazione nazionale consentirebbe invece di superare il giudicato nella ipotesi di *abolitio criminis* di cui al comma 2 dell'art. 2 c.p.

¹⁷⁵ Per una disamina più approfondita della tematica, si rinvia a F. VIGANO', *Retroattività della legge penale più favorevole*, in G. GAROFOLI-TREU, *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2012; S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig.disc. pen.*, Torino, 1999, vol. XIV, 97 e ss; T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° co., c.p.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, 1361; P. SEVERINO, *Successione di leggi*

Ebbene, se tanto vale con riferimento al settore penale, per molto tempo non potette dirsi lo stesso in relazione agli illeciti amministrativi.

In questo contesto, infatti, la regola della irretroattività della disposizione sanzionatoria era enunciata senza eccezione alcuna, con conseguente applicazione della disciplina vigente al momento del fatto, tanto nei casi di successiva mitigazione del trattamento sanzionatorio quanto in quelli di sopravvenuta abrogazione¹⁷⁶.

Talvolta, lo stesso legislatore si era preoccupato di derogare a questa regola mediante apposite previsioni normative¹⁷⁷; tali ultime, tuttavia, venivano interpretate dalla giurisprudenza pressoché costante come previsioni di carattere eccezionale, in quanto tali, non applicabili alla totalità delle sanzioni amministrative¹⁷⁸.

Nella medesima direzione era andata anche la Corte Costituzionale la quale, almeno inizialmente, escludeva che il principio di stretta legalità si ponesse in contrasto con la Costituzione; con la conseguenza che, in assenza di precisi vincoli, la scelta di prevedere l'applicazione retroattiva della disposizione favorevole sarebbe stata rimessa alla discrezionalità del legislatore¹⁷⁹.

In siffatto contesto, parte della dottrina evidenziava già la irrazionalità di simili conclusioni, almeno per quanto concerne i casi in cui una disposizione successiva fosse intervenuta in senso abrogativo.

In tali evenienze, infatti, l'ultrattiva applicazione della norma vigente al momento del fatto si sarebbe posta in contrasto con la logica di prevenzione generale e speciale cui la sanzione amministrativa risulta orientata, poiché sottoporrebbe a un trattamento sanzionatorio un fatto non più considerato come illecito dall'ordinamento.

Anzi, la stessa formulazione dell'art. 1 della l. 689/1981 si presterebbe ad una interpretazione più coerente con la funzione della sanzione amministrativa, atteso

penali nel tempo, in *Enc. giur. Treccani*, 1993, vol. XXX, 5; P. SIRACUSANO, *Successioni di leggi penali*, Messina, I, 1988.

¹⁷⁶ Cfr. Cass. sez. lav., 9 marzo 2004, n. 4781; Cass. sez. II, 20 gennaio 2010, n. 944.

¹⁷⁷ Cfr., in via esemplificativa, art. 3, co. 3, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 in materia di sanzioni amministrative tributarie nonché art. 23bis, co. 3, d.P.R. 31 marzo 1988, n. 148 in materia di sanzioni amministrative nel settore valutario le quali prevedono che «*se la legge in vigore nel momento in cui è stata commessa la violazione e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, si applica la legge più favorevole, salvo che il provvedimento di irrogazione sia divenuto definitivo*».

¹⁷⁸ Cfr. *ex multis*, Cass. sez. lav. 4 agosto 2000, n. 10242; Id., 18 giugno 1999, n. 6117.

¹⁷⁹ V. Corte Cost., ordd. 24 aprile 2002, n. 140 e 28 novembre 2002, n. 501.

che il riferimento ai «casi» e ai «tempi» considerati dalle «leggi che prevedono sanzioni amministrative» dovrebbe essere inteso proprio come impossibilità per una legge, vigente al momento della violazione ma poi abrogata, di continuare a sanzionare una certa condotta non più considerata illecita¹⁸⁰.

Seguendo tale approccio, la *ratio* di prevenzione generale e speciale non sarebbe invece vanificata nei casi in cui la disposizione successiva si limitasse ad attenuare il trattamento sanzionatorio, poiché il perdurare del carattere illecito la renderebbe comunque compatibile con l'applicazione di una pena più severa rispetto a quella successivamente introdotta¹⁸¹.

Ebbene, simili affermazioni risultano senz'altro condivisibili con riferimento alle sanzioni amministrative cd. "pure"; purtuttavia, meritano qualche ulteriore precisazione nei casi in cui vengano in gioco le sanzioni amministrative di carattere punitivo.

In relazione a queste ultime, infatti, la distinzione appena evidenziata non trova ragione d'essere, e ciò in quanto in questo settore non si porrebbe solo una questione di compatibilità logica tra carattere illecito della condotta e trattamento sanzionatorio ma, inevitabilmente, a venire in considerazione sarebbero anche esigenze di eguaglianza, ragionevolezza e proporzione.

Di tali istanze si è fatta carico la Corte Costituzionale¹⁸², chiamata a vagliare la legittimità della disposizione transitoria che escludeva l'applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio più mite previsto per l'illecito di cui all'art. 187*bis* t.u.f.¹⁸³.

Nel caso sottoposto al suo esame la Consulta ha osservato che la negazione del principio del *favor rei* nella logica dell'art. 6, co. 2 del d. lgs. 72/2015 troverebbe una propria giustificazione da un lato, nella sospetta irragionevolezza derivante dalla applicazione solo ad alcune disposizioni (vale a dire quelle che prevedono un

¹⁸⁰ Così P. CERBO, *Il Principio di irretroattività*, in AA. VV. (a cura di A. CAGNAZZO-S. TOSCHEI) *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2012, 243-244.

¹⁸¹ *Idem*, p. 246.

¹⁸² Si allude a Corte Cost. 21 marzo 2019, n. 63.

¹⁸³ Nello specifico, il regime sanzionatorio più mite rispetto a quello contenuto nella precedente versione dell'art. 187-*bis* t.u.f. era dettato dall'art. 6 comma 3 del d.lgs. 72 del 2015. Il comma 2 della medesima disposizione, nel dettare il regime transitorio, prevede che le nuove disposizioni si applicassero solo «alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia» con l'effetto non solo di escluderne l'efficacia retroattiva, ma addirittura di rinviarne l'applicabilità alla entrata in vigore dei regolamenti che le Autorità menzionate avrebbero dovuto adottare in forza del decreto legislativo medesimo.

trattamento più severo); dall'altro, per evitare ripercussioni negative sui procedimenti sanzionatori in corso.

Entrambe le motivazioni, ad avviso della Corte, non appaiono ragionevoli: né la prima, posto che è proprio la mancata applicazione generalizzata della retroattività *in melius* ad apparire irragionevole; né la seconda, in quanto il timore di ripercussioni negative sui procedimenti in corso non costituisce un interesse costituzionalmente rilevante tale da giustificare una deroga al principio *de quo*¹⁸⁴.

Il mancato superamento del vaglio di ragionevolezza conduce, per le ragioni sopra esposte, alla dichiarazione di illegittimità della disciplina transitoria, con l'effetto ultimo di equiparare il regime giuridico della sanzione sostanzialmente penale a quello della pena¹⁸⁵.

Le coordinate ermeneutiche della Consulta assumono particolare importanza nell'ottica che qui interessa, anche nella misura in cui si prestano a risolvere, in via generale, le problematiche che vengono in rilievo allorquando, all'esito del mutamento del *quantum* sanzionatorio, non sia previsto un apposito regime intertemporale.

Nel silenzio del legislatore, in ossequio al principio in esame, dovrebbe applicarsi infatti la disciplina più favorevole, quand'anche le nuove disposizioni nulla prevedessero in ordine alla loro applicazione retroattiva¹⁸⁶.

Né, in questo quadro, deve essere considerata come battuta d'arresto la più recente pronuncia con cui la Corte Costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sull'applicabilità retroattiva della *lex mitior* in relazione all'escussione della garanzia provvisoria prevista dal nuovo Codice dei Contratti

¹⁸⁴ Peraltro, appariva priva di ragionevolezza anche la decisione di posporre l'entrata in vigore della disposizione in esame al momento della emanazione di regolamenti della Banca d'Italia e Consob: in quanto relativi alla procedura di accertamento della sanzione, gli stessi non influiscono né sulla configurazione degli illeciti né sulla modalità di determinazione delle sanzioni amministrative pecuniarie.

¹⁸⁵ Per un commento alla sentenza si rinvia a P. PROVENZANO, *Illecito amministrativo e retroattività in bonam partem: da eccezione alla regola a regola generale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.1, 2020, pag. 52; G. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 aprile 2019.

¹⁸⁶ Ad esempio, in questo senso può risolversi la questione concernente l'introduzione di sanzioni pecuniarie (v. D.L. 19/2020 e successivi Decreti Legge n. 33/2020 e n. 24/2024) in luogo dell'originaria sanzione di cui all'art. 650 c.p. in materia di contrasto alla diffusione della pandemia da Covid-19. Sul punto, si rinvia alle considerazioni di P. PROVENZANO, *Note critiche sulla disciplina in materia di sanzioni amministrative intese a contrastare la diffusione della pandemia da Covid-19*, in www.ceridap.eu, 22 dicembre 2022.

Pubblici¹⁸⁷.

In particolare, in quel caso veniva in rilievo la garanzia provvisoria in capo al concorrente che, inizialmente prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, è stata abolita dal d. lgs. n. 50/2016. Il giudice *a quo*, sul presupposto della natura sostanzialmente punitiva della garanzia in esame, aveva sostenuto che la mancata retroattività della sua abolizione fosse in contrasto con il principio della *lex mitior*, così sollevando q.l.c. della normativa transitoria¹⁸⁸.

Ad avviso della Consulta, però, è proprio tale presupposto che verrebbe meno nel caso di specie; trattandosi di ambito esterno alla “materia penale”, dunque, il mancato riconoscimento della retroattività favorevole non sarebbe, coerentemente, in contrasto con i principi costituzionali e convenzionali.

In tal senso, infatti, si era già orientata la prevalente giurisprudenza sia costituzionale sia amministrativa, che ha quasi unanimemente considerato la cauzione strettamente funzionale alla tutela della concorrenza, oltre che finalizzata ad assicurare la serietà e la correttezza delle offerte presentate¹⁸⁹.

Inoltre, la natura punitiva della misura viene nuovamente negata dalla Consulta, all'esito di un'attenta applicazione degli *Engel criteria*. Al riguardo, la garanzia non è «*formalmente qualificata come tale dall'ordinamento*»; in secondo luogo, la sua escussione «*ha un ambito applicativo limitato agli operatori economici che partecipano alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici e non è rivolta alla generalità dei consociati*»; da ultimo, lo scopo perseguito «*non è repressivo e punitivo, essendo volta, da un lato, a “garantire serietà ed affidabilità dell'offerta”, dall'altro, a consentire “l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante”*»¹⁹⁰.

4. Il principio di proporzionalità: dal diritto amministrativo al diritto penale

Del principio di proporzionalità si fa da tempo applicazione nel diritto

¹⁸⁷ Il riferimento è a Corte Cost., 26 luglio 2022, n. 198.

¹⁸⁸ Cons. Stato, Sez. V, ord. n. 3299/2021.

¹⁸⁹ In questo senso, cfr. Corte Cost., ord. 211/2011; ID., sent. n. 23/2022; Cons. Stato, Ad. Plen., 10 dicembre 2014, n. 34; ID., Sez. IV., 22 aprile 2021, n. 3255; ID., Sez. V., 10 aprile 2018, n. 2181.

¹⁹⁰ Punto 8.3 del *Considerato in diritto*. Per un commento alla sentenza si rinvia a C. TRAPUZZANO, *Appalti pubblici: l'escussione della garanzia provvisoria non ha natura punitiva*, in *www.altalex.com*, 5 ottobre 2022.

amministrativo. Elaborato nell'Ottocento dall'ordinamento tedesco¹⁹¹, è stato successivamente sviluppato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che lo elevò al rango di principio generale del diritto comunitario¹⁹².

Nella sua attività interpretativa la CGUE, recependo gli insegnamenti tedeschi, ha fondato il canone della proporzionalità sugli elementi della idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto (o adeguatezza).

In questo senso, una misura può dirsi: idonea, quanto consente alla p.a. di conseguire l'obiettivo stabilito; necessaria, quando comporti il minor sacrificio per i soggetti privati incisi dal potere; proporzionato in senso stretto (o adeguato), quando non sia tale da gravare in modo intollerabile sull'interessato.

Già livello comunitario, dunque, la proporzionalità rappresenta un concetto di relazione tra il mezzo prescelto e il fine pubblico. In quest'ottica, costituisce uno strumento che consente alla p.a., prima, e al giudice, poi, di compiere operazioni di bilanciamento tra contrastanti interessi pubblici e privati.

Nel diritto nazionale, il principio in esame ha assunto una particolare valenza all'indomani della l. 15/2005 che, incidendo sul testo dell'art. 1 della l. 241/1990, ha assoggettato l'attività amministrativa al rispetto di tutti i principi procedurali di diritto comunitario.

¹⁹¹ Per una ricostruzione storica del principio in esame, si rinvia a D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2007, fasc.2, p. 603; ID., *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, fasc.3-4, p. 743.; A.M. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, in S. CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 4643 e ss.; ID., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 37 e ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; ID., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, fasc. 5, p. 1197; V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006, 717; A. POLICE, *Articolo 1, co. 1: principi generali dell'attività amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005* (a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO), Torino 2005, 49 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2016, p. 361.

¹⁹¹ «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

¹⁹² La massima frequente è quella secondo cui «per stabilire se una disposizione di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità è necessario controllare se i mezzi da essa contemplati siano idonei a realizzare lo scopo perseguito, senza andare oltre quanto è necessario per raggiungerlo [...] fermo restando che, qualora si presenti una scelta tra più misure appropriate, è necessario ricorrere alla meno restrittiva», così C. giust. 18 novembre 1987, causa C-137/85, *Maizena e a.*, Id., 16 ottobre 1991, causa C-24/90, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas c./Werner Faust offene Handelsgesellschaft Kg*; Id., 17 luglio 1997, causa C-354/95, *National Farmers' Union*.

In conseguenza della novella, il rispetto del principio di proporzionalità è stato evocato dalla giurisprudenza italiana in maniera costante in diversi settori, dalla materia ambientale, alla concorrenza, al commercio, agli appalti pubblici e, per ciò che qui interessa, alle sanzioni¹⁹³.

Con specifico riferimento alla materia in esame, all'interesse pubblico all'irrogazione della sanzione si contrappone quello del destinatario volto a difendere la propria situazione giuridica; tale ultimo interesse deve essere tenuto in debito conto dall'amministrazione procedente, tanto nella fase istruttoria, quanto in quella decisoria, ove risulta funzionale alla gradazione della sanzione rispetto alla gravità dell'inadempimento.

La dottrina più attenta, peraltro, aveva evidenziato come lo stesso principio operi con una diversa intensità in ragione della tipologia di sanzione che viene in rilievo e, conseguentemente, del grado di discrezionalità riconosciuto alla p.a.¹⁹⁴

Nei casi di sanzioni dotate di natura ripristinatoria, la discrezionalità risulta limitata alle sole valutazioni sulla opportunità e sulla eventuale quantificazione; allorquando le stesse presentino carattere afflittivo, ai fini della personalizzazione del trattamento sanzionatorio la p.a. è invece tenuta a valutare anche la gravità della violazione e l'entità della lesione.

Una conferma in questo senso si trae anche dal dato positivo.

La legge n. 1. 689/1981 infatti, nel subordinare l'applicazione delle sanzioni pecuniarie al rispetto del principio in esame, prevede da un lato, la graduazione tra un minimo e un massimo; dall'altro, criteri specifici per la quantificazione che tengano conto delle caratteristiche del fatto concreto¹⁹⁵.

¹⁹³Esemplificativa è Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087 ove il giudice amministrativo precisa che «il principio di proporzionalità [...] si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile» Nel medesimo senso, cfr. Cons. St. sez. IV, n. 2670/01; Id., 5714/02; Id., Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885.

¹⁹⁴ Cfr. A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998, 75 e ss.; M. SQUINTU, *Il principio di proporzionalità*, in AA. VV. (a cura di A. CAGNAZZO-S. TOSCHEI) *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹⁹⁵ Vedi artt. 10 e 11. Art. 10: *La sanzione amministrativa pecuniaria consiste nel pagamento di una somma non inferiore a euro 10 e non superiore a euro 15.000. Le sanzioni proporzionali non hanno limite massimo. Fuori dei casi espressamente stabiliti dalla legge, il limite massimo della sanzione amministrativa pecuniaria non può, per ciascuna violazione, superare il decuplo del minimo»; Art. 11 «Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla*

Preso atto dell'ampio riconoscimento del principio in esame sia a livello giurisprudenziale che legislativo, appare ora il caso di chiedersi se, ed eventualmente in che termini, la natura punitiva alla sanzione amministrativa possa determinare un ulteriore incremento di garanzie sotto questo profilo.

Il principio *de quo*, infatti, trova ampia applicazione anche in materia penale¹⁹⁶. In questo settore lo stesso è reputato una declinazione del principio di offensività rispetto al quale viene in rilievo in una fase successiva: solo dopo aver accertato che il fatto risulti offensivo sia in astratto (nella previsione della fattispecie da parte legislatore), che in concreto (nella applicazione ad opera del giudice), è possibile proceder alla verifica circa la proporzionalità del trattamento sanzionatorio alla gravità dell'offesa.

Per quanto si tratti di un principio non sia espressamente enunciato nel testo costituzionale, lo stesso trova fondamento normativo nel combinato disposto di diversi articoli.

Innanzitutto, nell'art. 3 Cost il quale impone che a fatti di diverso disvalore corrispondano diversi trattamenti sanzionatori; con la conseguenza che il giudizio di legittimità dovrebbe essere effettuato secondo uno schema "triadico", basato cioè sul confronto tra il trattamento sanzionatorio oggetto di censura e quello previsto per una fattispecie di pari o superiore disvalore considerata come *tertium comparationis*¹⁹⁷.

Secondariamente, nel co.1 dell'art. 27 Cost. che, in materia di personalità della responsabilità penale, a fronte della necessaria individualizzazione della pena, osta alla previsione di pene fisse nel loro ammontare; al contrario, è necessario che le stesse risultino proporzionate alla concreta gravità, oggettiva e soggettiva, del singolo fatto di reato. Ancora, nel co. 3 dello stesso articolo, il quale nel sancire la

legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche».

¹⁹⁶ Per una disamina più approfondita del principio di proporzionalità nel diritto penale si rinvia a V. MANES, *Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013; L. DELLI PRISCOLI - F. FIORENTINI, *Trattamento sanzionatorio eccessivo e principio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3910; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.6, 1 dicembre 2019, pag. 907; A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza Costituzionale in materia penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.3, 2016, pag. 1427.

¹⁹⁷ Si veda in tal senso Corte Cost., sentt. nn. 68 del 2012, n. 409 del 1989 e n. 218 del 1974.

necessaria funzione rieducativa della pena, presuppone che questa sia avvertita come “giusta” dal condannato e, dunque, proporzionata alla offesa concretamente arrecata.

Questo secondo fondamento apre la strada ad un sindacato di natura diversa, incentrato sul trattamento sanzionatorio in sé e per sé considerato, in quanto rapportato alla sola fattispecie che viene in rilievo (cd. schema autonomo)¹⁹⁸.

Se, come si sta tentando di chiarire in questa sede, dalla qualifica in senso punitivo di una sanzione deriva l'applicazione del regime giuridico penalistico, la conseguenza dovrebbe essere che il principio di proporzionalità venga riconosciuto con la medesima intensità e, dunque, mediante la riconduzione agli stessi fondamenti costituzionali.

Ma, a quanto sostenuto fino ad ora, occorre aggiungere una importante precisazione. Questa uniformità di regime normativo non può ritenersi totale, trovando un insormontabile ostacolo in quei casi in cui vengano in rilievo peculiari aspetti che risultano intrinsecamente connessi alle caratteristiche proprie delle pene limitative della libertà personale. Tra questi, sembra essere rientrare proprio l'art. 27 Cost. con i principi ad esso riconducibili, incluso quello di proporzionalità.

Quest'ultimo, con riferimento alle sanzioni punitive, sembra dunque rinvenire la propria base normativa nel solo art. 3 Cost., sia pure in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta compromessi dalla specifica sanzione. Con l'ulteriore conseguenza che, ai fini del sindacato di proporzionalità, risulterebbe imprescindibile l'utilizzo di un *tertium comparationis*. In verità, nell'ottica della integrazione tra le fonti, è possibile rinvenire un'ulteriore base normativa anche nell'art. 49, par. 3 della Carta di Nizza¹⁹⁹.

Benché la disposizione in esame faccia espresso riferimento alla «pena» ed al «reato», è stata infatti recentemente interpretata in maniera estensiva dalla Corte di Giustizia, la quale la ritiene applicabile anche alle sanzioni amministrative dotate di carattere punitivo²⁰⁰.

Se è così, a fronte della rilevanza giuridica che la Carta ha acquisito nel nostro ordinamento a seguito del Trattato di Lisbona, il sindacato di proporzionalità sulle

¹⁹⁸ Cfr. sul punto Corte Cost., sentt. nn. 343 del 1993, 341 del 1994 e, più di recente, 236 del 2016, 222 del 2018 e 40 del 2019.

¹⁹⁹ «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

²⁰⁰ Cfr. sul punto Corte di Giustizia, sentenza 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA e altri*, causa C-537/16.

sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, nonostante la mancata applicazione dell'art. 27 Cost., potrebbe essere ugualmente effettuato secondo lo schema autonomo.

Tale conclusione consentirebbe di cogliere in ogni caso un profilo di differenziazione rispetto alle sanzioni amministrative "pure" in relazione alle quali, non applicandosi neppure l'art. 49, par. 3 Carta di Nizza, permane invece la necessità di effettuare il sindacato secondo lo schema triadico.

Questo *iter* logico sembra essere stato seguito, ad esempio, dalla Corte Costituzionale nella pronuncia che ha sancito la illegittimità dell'art. 187-*sexies* t.u.f.²⁰¹ nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria (diretta o per equivalente) «*del prodotto*» e dei «*beni utilizzati*» per commettere l'illecito, e non solo del «*profitto*»²⁰².

Secondo la Consulta, a fronte della natura punitiva delle confische *de quibus*, la circostanza che la misura in questione si aggiungesse una sanzione amministrativa pecuniaria a sua volta di rilevante gravità (applicabile oggi fino a cinque milioni di euro), unita alla mancata graduabilità della stessa (il «*prodotto*» e i «*beni utilizzati*» sono infatti confiscabili per intero), conducevano nella prassi a risultati applicativi necessariamente sproporzionati rispetto agli illeciti in questione. Tale scrutinio di proporzionalità veniva compiuto proprio a prescindere dal raffronto con il trattamento sanzionatorio previsto per altre fattispecie.

Certo, un siffatto *modus agendi*, nella misura in cui conduce all'adozione di sentenze manipolative che individuano un trattamento sanzionatorio sostitutivo a quello dichiarato incostituzionale, reca con sé il rischio di possibili sconfinamenti in aree di discrezionalità riservate al legislatore²⁰³.

Tant'è che, facendosi carico anche di queste istanze la Consulta, in tempi più recenti, nel chiarire la *ratio* della propria giurisprudenza sulle soluzioni

²⁰¹ Nel testo introdotto dall'art. 9, comma 2, lett a) della legge 62 del 2005. Tuttavia, a fronte della parziale attuazione della delega conferita con la l. n. 163/2017 con cui il legislatore aveva invitato il Governo a rivedere la norma in questione «*in modo tale da assicurare l'adeguatezza della confisca, prevedendo che essa abbia ad oggetto, anche per equivalente, il profitto derivato dalle previsioni del regolamento (UE) n. 596/2014*», e dunque della conferma - anche nella nuova disciplina - della confiscabilità oltre che del «*profitto*», anche del «*prodotto*», la dichiarazione di illegittimità debba essere estesa all'art. 187-*sexies* nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art 4, comma 14, d. lgs. 107 del 2018.

²⁰² Il riferimento è a Corte Cost., sent. 10 maggio 2019, n. 112.

²⁰³ Circostanza questa messa in luce dalla più attenta dottrina. In tal senso, cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, p. 251 ss.

“costituzionalmente adeguate”, è intervenuta definendo il rapporto tra sentenza ablativa e sentenza manipolativa.

Quest’ultima si connoterebbe in termini residuali, essendo limitata ai soli casi in cui il vuoto di tutela derivante da una eventuale sentenza ablativa determini una «*menomata protezione di diritti fondamentali dell’individuo o di beni di particolare rilievo per l’intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali*»²⁰⁴.

Da ultimo, sempre in relazione al principio di proporzionalità, appare il caso di precisare come questo debba essere rispettato anche nei casi di cd. doppio binario sanzionatorio, vale a dire quelli in cui si proceda alla congiunta irrogazione di una sanzione penale e sanzione amministrativa punitiva.

Su questo aspetto si è recentemente soffermata la Cassazione che, pur riconoscendo la legittimità del doppio binario, ha sottolineato la necessità che il trattamento sanzionatorio complessivo risulti, in ogni caso, proporzionato²⁰⁵.

A tal fine, ha fornito i criteri cui il giudice penale deve attenersi in sede di commisurazione della pena, allorquando lo stesso si pronunci nei confronti di un imputato al quale sia già stata inflitta, per il medesimo fatto, una sanzione punitiva divenuta definitiva²⁰⁶.

In dettaglio, il Supremo Collegio ha escluso innanzitutto la violazione del divieto del *bis in idem*, in ragione del fatto che i procedimenti si fossero svolti nel pieno rispetto dei requisiti indicati dalla giurisprudenza sovranazionale per la legittimità del doppio binario²⁰⁷.

²⁰⁴ Così Corte Cost., sent. 23 settembre 2021, n. 185, concernente la sanzione amministrativa fissa di 50.000 euro prevista dall’art. 7, co. 6, del d.l. n. 158/2012 a carico dei concessionari del gioco e dei titolari di sale giochi e scommesse, per la violazione degli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d’azzardo previsti dal comma 5 della medesima disposizione. Per un commento alla sentenza si rinvia a L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistema Penale*, 4 ottobre 2021; G. CASAVECCHIA, *Sanzioni amministrative fisse e rime obbligate. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 185 del 2021*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 6/2021, 496 e ss.

²⁰⁵ Nello specifico, il giudizio di legittimità concerneva la presentazione di una dichiarazione infedele, fattispecie sanzionata in via amministrativa dagli artt. 1, comma 2 (per quanto attiene alle imposte sul reddito) e 5, comma 4 (per quanto attiene all’imposta sul valore aggiunto) del D. lgs. 471/1997, nonché prevista e punita dall’art. 4, D.lgs. 74/2000.

²⁰⁶ Si allude in particolare a Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 2022, n. 2245.

²⁰⁷ In questo senso *cfr.* Corte EDU, sentenza Grande Camera, 15/11/2016, caso *A e B c. Norvegia*. Sul ne bis in idem si rinvia alle considerazioni svolte al cap. IV, par. 4

In secondo luogo, dalla natura sostanzialmente penale della sanzione applicata ai sensi degli artt. 1, co. 2 e 5, co. 4 del d. lgs. 471/1997²⁰⁸, ha ricavato la conseguenza necessaria circa il rispetto della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente inteso. Una simile valutazione dovrebbe essere condotta alla stregua del criterio contenuto nell'art. 135 c.p. che, nella misura in cui consente di raggugliare la cifra di 250 € a un giorno di pena detentiva, *«fornisce l'utilità di misura della sanzione (sostanzialmente e formalmente) penale applicabile per il medesimo fatto storico»*.

E, all'esito di tale conversione, per l'eventualità in cui la sanzione complessiva dovesse reputarsi sproporzionata, la Cassazione suggerisce due strumenti per adeguare la sanzione penale: il primo, è rappresentato dalla applicazione delle attenuanti generiche di cui all'art. 62bis c.p; il secondo, risiede nella valutazione in ordine alle condizioni economiche del reo richiamata dallo stesso art. 133bis c.p.²⁰⁹.

5. La natura personale dell'illecito e il principio di colpevolezza. La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 6, l. n. 689/1981

Affinché ad un soggetto possa essere inflitta una sanzione amministrativa occorre che l'illecito da lui commesso abbia natura "personale".

Questa caratteristica comporta non solo il divieto di responsabilità per fatto altrui ma, anche, che la condotta sia sorretta da un coefficiente soggettivo psicologico tale da giustificare la rimproverabilità dell'autore dell'illecito.

L'intero sistema sanzionatorio risultante dalla legge generale sulle sanzioni amministrative appare infatti improntato al principio di personalità e, dunque, di colpevolezza.

²⁰⁸Pari ad una somma compresa tra il novanta e il centoottanta per cento della maggior imposta dovuta o della differenza di credito utilizzato.

²⁰⁹ In particolare, nella motivazione si legge che, ove il divieto di *bis in idem* non risulti violato, comunque *«deve essere garantito un meccanismo di compensazione che consenta di tener conto, in sede di irrogazione della seconda sanzione, degli effetti della prima così da evitare che la sanzione complessivamente irrogata sia sproporzionata»*. Con la conseguenza che *«in caso di sanzione (formalmente amministrativa ma) sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU, irrevocabilmente applicata all'imputato successivamente condannato in sede penale per il medesimo fatto storico, il giudice deve commisurare la pena tenendo conto di quella già irrogata, utilizzando, a tal fine, il criterio di ragguglio previsto dall'art. 135 c.p. applicando, se del caso, le circostanze attenuanti generiche e valutando le condizioni economiche del reo»*. Sull'adeguatezza di tali criteri, si rinvia a F. COLAIANNI - D. COLOMBO, *Doppio binario sanzionatorio e proporzionalità della sanzione complessivamente irrogata. La Cassazione detta i criteri per la commisurazione della pena*, in *Giurisprudenza penale web*, 2022, 1.

Per convincersene, è sufficiente evocare talune delle disposizioni in essa contenute le quali, tutte, possono qualificarsi come corollari del principio in esame²¹⁰.

In questo senso, risultano particolarmente evocative da un lato, l'art. 2, in ossequio al quale occorre che l'agente abbia la capacità di intendere e volere; dall'altro, l'art. 3, il quale prevede che «*ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*».

A ben vedere, l'elenco appare piuttosto numeroso; in via esemplificativa, si pensi: all'art. 5, che sancisce l'applicazione della sanzione nei confronti di tutti i soggetti che abbiano concorso alla commissione dell'illecito; all'art. 6 che, dopo aver previsto la regola circa la responsabilità solidale di soggetti diversi dall'autore dell'illecito ma che abbiano un rapporto qualificato con lo stesso o con la cosa che servì a commettere l'illecito, prevede il diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione; all'art. 7 ove si prevede la non trasmissibilità dell'obbligazione agli eredi.

La nettezza del dato letterale, nella prassi, viene depotenziata dall'attività interpretativa. Secondo la giurisprudenza infatti, da un lato la sussistenza dell'elemento soggettivo si presume e quindi, a seguito dell'accertamento dell'elemento oggettivo della condotta, grava sul sanzionato la dimostrazione dell'insussistenza dell'elemento psicologico; dall'altro, il verbale di accertamento di violazioni amministrative fa piena prova fino a querela di falso, sicché sia l'amministrazione sia il giudice dell'opposizione sono sgravati dall'accertamento dei fatti integranti la condotta vietata.

Cionondimeno, la valenza generale del principio in esame non è messa in discussione, come risulta confermato dagli interventi con cui la Corte Costituzionale ha nel tempo censurato quelle leggi che si pongono in contraddizione con esso.

Ad esempio, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 126-bis, co. 2, del d.lgs. n. 285/1992 nella parte in cui assoggettava il proprietario del veicolo

²¹⁰ Sul punto, cfr. Cass., Sez. II, 30 giugno 2006, n. 15088 secondo cui «*il sistema della l. n. 689 del 1981, preserva il principio della natura personale della responsabilità, disciplinando rigorosamente i profili della 'imputabilità' (art. 2), dell' 'elemento soggettivo' della violazione (art. 3), delle 'cause di esclusione della responsabilità' (art. 4), del 'concorso di persone' (art. 5); e lo stesso profilo di deroga ad esso apportato attraverso l'istituto della 'solidarietà' (art. 6) resta rigorosamente circoscritto e delimitato e la sua disciplina non tollera interpretazioni che, estendendo l'ambito delle fattispecie in essa espressamente contemplate, comportino il mancato rispetto del principio della 'riserva di legge' fissato nell'art. 1*».

alla decurtazione dei punti della patente per omessa comunicazione all’Autorità amministrativa delle generalità del conducente che ha commesso l’infrazione, proprio in quanto «l’applicazione di questa ulteriore sanzione prescinde da qualsivoglia accertamento della responsabilità personale del proprietario del veicolo in relazione alla violazione delle norme concernenti la circolazione stradale»²¹¹.

È interessante notare come in tal caso il parametro di legittimità violato sia stato individuato nell’art. 3 Cost., in rapporto alla disciplina generale del sistema sanzionatorio della l. 689/1981 ed in particolare alla norma contenuta nell’art. 3 secondo cui ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.

In sostanza, la illegittimità costituzionale della sanzione amministrativa non deriverebbe tanto dalla mancanza di un coefficiente psicologico in capo al sanzionato, quanto piuttosto dalla irragionevole disparità di trattamento rispetto a situazioni affini nelle quali bisognerebbe, al contrario, procedere ad un attento vaglio in ordine alla sussistenza dell’elemento psicologico.

Quest’ultima precisazione, nell’ottica che qui interessa, risulta assai rilevante.

È noto, infatti, che nel sistema penale il principio di colpevolezza viene desunto da una lettura complessiva dell’ordinamento costituzionale²¹².

Innanzitutto, viene in rilievo l’art. 25 Cost.: dalla riserva di legge e dal principio di irretroattività si ricava una esigenza di prevedibilità e di calcolabilità del rischio penale che sarebbe frustrata se, anche a fronte di una legge chiara che fissa per il futuro gli elementi della fattispecie, il soggetto venisse punito quand’anche la violazione di quel limite dovesse avvenire per circostanze imprevedibili e quindi non rimproverabili soggettivamente.

In secondo luogo, particolarmente denso di significato è l’art. 27 Cost. commi 1 e 3: il primo, sancisce la natura personale della responsabilità penale; il terzo, nella misura in cui impone la funzione rieducativa del trattamento sanzionatorio, implicitamente richiede che la condotta sia soggettivamente rimproverabile:

²¹¹ Corte Cost. sent. 24 gennaio 2005, n. 207.

²¹² La letteratura è piuttosto ampia. Fra tutti, si rinvia a F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 1985; G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1987, 798; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1987, 836; D. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, 646 e ss.; G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, 1 e ss.

rispetto ad un soggetto che non abbia compreso il disvalore della propria condotta, infatti, non sarebbe soddisfatta l'esigenza di risocializzazione ma, semmai, la stessa sarebbe avvertita come ingiusta.

Il principio in esame è stato assunto a fondamento di dichiarazioni di illegittimità costituzionale di disposizioni che prevedessero forme di responsabilità oggettiva a far data dalle storiche pronunce della Corte Costituzionale del 1988²¹³. In quell'occasione la Consulta ha statuito che il principio di colpevolezza rappresenta il secondo aspetto del principio di legalità, in quanto collegato all'esigenza di assicurare al privato la certezza di libere scelte di azione individuale; proprio questa funzione di garanzia risulta in conflitto con forme di responsabilità oggettiva.

Senza indugiare ulteriormente su questi aspetti che ci condurrebbero lontano dal tema d'indagine, ciò che preme evidenziare in questa sede è che secondo la tesi maggioritaria²¹⁴ l'art. 27 Cost. non si estenderebbe agli illeciti amministrativi; a ciò ostando tanto il dato letterale, che fa preciso riferimento alla «*responsabilità penale*», tanto i lavori preparatori dell'Assemblea Costituente.

In altri termini, l'art. 27 Cost., in maniera non dissimile dall'art. 25 Cost., pur essendo invocati a fondamento di principi che nella loro generalità risultano applicabili anche al di fuori del settore penale, risulterebbero comunque limitati alle pene in senso proprio, rispetto alle quali sia il principio di legalità sia quello di personalità e colpevolezza risulterebbero declinati in una accezione più ampia e pregnante.

Ebbene, se tale esegesi normativa appare condivisibile in relazione alle sanzioni amministrative cd. "pure", la stessa – come è intuibile - merita una rivisitazione per quanto attiene alle sanzioni punitive.

Sulla scorta delle ragioni che si sta tentando di esplicitare, ove una sanzione amministrativa dovesse vedersi riconosciuta la natura sostanzialmente penale, non

²¹³ Si allude a Corte Cost., sent. 23 marzo 1988, n. 364 e 13 dicembre 1988 n. 1085. In quella stessa circostanza la Corte precisò anche che il divieto in questione non è tassativo ma, al contrario, l'attribuzione di responsabilità su base meramente obiettiva contrasta con il dettato costituzionale solo quando riguarda gli elementi "più significativi" della fattispecie, lasciando così alla giurisprudenza successiva il compito di individuazione dei medesimi. Sulla tematica, si rinvia a F. BASILE, *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, in G. GAROFOLI - T. TREU (a cura di), *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013; T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. Pen.* 1988, 449; ID., *Diritto Penale*, Milano, 1998.

²¹⁴ In questo senso. Cfr. E. CASSETTA, voce *Sanzione amministrativa*, cit., 600; V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, cit., 237 e ss.; C.E. PALIERO-A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 376 e ss.

dovrebbero esserci divergenze tra il regime normativo di quest'ultima e quello proprio delle pene. Ne consegue che anche il principio di colpevolezza, già vigente nel settore amministrativo, in questa materia dovrebbe essere integrato ed applicato in una accezione più pregnante.

In via esemplificativa, in forza della regola secondo cui ogni elemento significativo della fattispecie deve essere sorretto da un coefficiente psicologico (sia esso dolo o colpa), in presenza di una violazione inevitabile per "errore di diritto" la sanzione non dovrebbe essere irrogata, proprio in quanto in siffatta ipotesi difetterebbe l'elemento soggettivo²¹⁵.

A questa conclusione, del resto, è giunto anche il Consiglio di Stato, con riferimento alla parte qualificata come "afflittiva" della sanzione irrogata dall'*Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas* ai sensi del d. lgs. n. 387/2003. In particolare, secondo i giudici di Palazzo Spada «*La natura 'penale' della sanzione determina l'applicazione dei principi di matrice penalistica, tra i quali quello della necessaria esistenza di un comportamento doloso o colposo del soggetto ai sensi dell'art. 27 Cost. In particolare, per quanto rileva in questa sede, l'art. 5 Cod. pen., così come integrato dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, dispone che l'errore di diritto esclude la colpevolezza nel caso in cui la violazione del precetto sia stata inevitabile*»²¹⁶.

Non solo, proseguendo su questa stessa scia, eventuali forme di responsabilità oggettive sarebbero da ritenersi sempre vietate, senza che possano dirsi ammissibili deroghe, quand'anche sorrette da adeguate motivazioni rispettose del canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Ad esempio, dovrebbe essere rivisto il principio della solidarietà passiva dettato dall'art. 6 della l. 689/1981 il quale, come anticipato, comporta il pagamento della sanzione pecuniaria in capo a persone diverse dall'autore materiale dell'illecito²¹⁷.

²¹⁵ In questi termini si era espressa la Corte Costituzionale in occasione della menzionata sentenza n. 364 del 1988 in cui ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. «*nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile*».

²¹⁶ Cons. di St., sez. VI, 1 dicembre 2015, n. 5421. Nella medesima direzione si è espressa anche parte della dottrina; in particolare, cfr. F. GOISIS, *Le sanzioni amministrative e il diritto europeo*, in *La sanzione amministrativa*, a cura di A. CAGNAZZO- S. TOSCHEI-F.F. TUCCARI, Milano, 2016, 39, secondo cui «*se la nozione costituzionale di sanzione penale va ormai estesa, alla luce della CEDU, anche alle sanzioni amministrative, dovrebbe ritenersi pure rilevante l'art. 27 Cost., con conseguente affermazione, anche in materia di reazione amministrativa agli illeciti, dei principi di necessaria personalità e colpevolezza*».

²¹⁷ Ai sensi dell'art. 6, l. 689/1981 infatti «*Il proprietario della cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione o, in sua vece, l'usufruttuario o, se trattasi di bene immobile, il titolare*

In ambito amministrativo questo principio è ritenuto legittimo in quanto accompagnato dalla previsione di un diritto di regresso per l'intero, sempre azionabile nei confronti dell'autore del trasgressore²¹⁸. Tale correttivo, infatti, fa sì che il responsabile resti sempre e soltanto l'autore della violazione, non gravando neppure in *parte qua* sugli obbligati in solido²¹⁹.

In relazione agli illeciti penali invece la previsione in esame, se interpretata alla lettera, sarebbe incostituzionale nella misura in cui si risolve in una forma di responsabilità per fatto altrui.

L'alternativa ad un simile epilogo potrebbe essere quella di una "mitigazione" in via interpretativa.

In tal senso, una strada percorribile potrebbe essere quella della lettura costituzionalmente orientata della norma *de qua*, in maniera non dissimile da quanto già avvenuto in relazione a numerose forme di responsabilità oggettiva cd. "occulta" presenti nel sistema penale²²⁰.

di un diritto personale di godimento, è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta se non prova che la cosa è stata utilizzata contro la sua volontà. Se la violazione è commessa da persona capace di intendere e di volere ma soggetta all'altrui autorità, direzione o vigilanza, la persona rivestita dell'autorità o incaricata della direzione o della vigilanza è obbligata in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto. Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta».

²¹⁸ Sul carattere innovativo di tale previsione rispetto alla regola della solidarietà in precedenza prevista nel sistema amministrativo cfr. M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit. 128 e ss.

²¹⁹ In questo senso, v. R. GIOVAGNOLI - M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, 118.

²²⁰ L'elenco è numeroso. Si pensi al delitto preterintenzionale previsto in via generale dall'art. 43 c.p.; al reato aberrante di cui agli artt. 82 e 83 c.p.; all'omicidio preterintenzionale ex art. 584 c.p.; alla morte come conseguenza non voluta di un altro delitto sanzionata dall'art. 586 c.p.; alle previsioni di cui agli artt. 116 e 117 c.p. in materia di concorso di persone. Sulla materia la bibliografia è molto ampia; fra gli altri, si rinvia a F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1981, 456; A. PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità oggettiva*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1985, 645; ID., *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1988, 387; G. FIANDACA, *Considerazioni su responsabilità oggettiva e prevenzione*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1981, 41; C.F. GROSSO, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, cit., 267; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1998, 271; F. BASILE, *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, in G. GAROFOLI - T. TREU (a cura di), *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013; ID., *La responsabilità oggettiva nella più recente giurisprudenza della Cassazione relativa agli artt. 116, 584 e 586 c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 novembre 2012.

In ordine ai soggetti responsabili in solido, in altri termini, occorrerebbe accertare da un lato, che questi abbiano fornito un contributo morale o materiale alla commissione dell'illecito, da identificarsi in particolare nella omissione del controllo della cosa medesima, secondo quanto previsto dall'art. 40, co. 2 c.p.; dall'altro, che essi possiedano un coefficiente soggettivo tale da qualificarli alla stregua di soggetti concorrenti nell'illecito.

Così, il «*proprietario*», l'«*usufruttuario*» o il «*titolare di un diritto di godimento*» della cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione sarebbero soggetti a trattamento sanzionatorio ove, dolosamente o colposamente, abbiano messo di controllare la cosa stessa. In maniera analoga, «*la persona rivestita dell'autorità o incaricata della direzione o della vigilanza*» del soggetto incapace di intendere e di volere sarebbe solidalmente responsabile nel caso in cui a titolo di dolo o colpa abbia omesso di vigilare sul soggetto a lui affidato. Ancora, «*la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore*» potrebbero dirsi corresponsabili della violazione commessa dal rappresentante o dal dipendente ove abbiano omesso, dolosamente o colposamente, i controlli necessaria alla prevenzione degli illeciti della specie di quelli commesso.

Peraltro, il riferimento da ultimo evocato alla responsabilità delle persone giuridiche in ordine agli illeciti commessi dai dipendenti obbliga a svolgere, in chiusura di capitolo, ulteriori riflessioni in merito al sistema delineato dal d. lgs. n. 231 del 2001.

La legge in esame, infatti, nello sdoganare una forma di responsabilità in capo alle persone giuridiche e agli enti collettivi, pur qualificandola come “amministrativa”, detta una disciplina che per numerosi aspetti presenta profili più propriamente penalistici.

A tal proposito, basti pensare alle seguenti circostanze: la responsabilità è oggetto di accertamento da parte del giudice penale; il trattamento sanzionatorio risulta particolarmente severo; la disciplina della successione di leggi nel tempo ricalca il contenuto dell'art. 2 c.p.; la responsabilità dell'ente presuppone la commissione di un reato da parte della persona fisica; è prevista la punibilità a titolo di tentativo.

L'insieme di questi elementi porta a ritenere che tale forma responsabilità abbia natura sostanzialmente penale; anzi, tale natura penalistica dovrebbe essere intesa in una accezione ancora più forte rispetto a quella oggetto di analisi in questa sede e ciò in quanto, in questo caso, gli indici che depongono in tal senso vanno ben oltre

i cd. *Engel criteria*, primo fra tutti la stretta connessione con la consumazione di un reato in senso proprio ed il suo conseguente accertamento in sede processuale.

Non a caso, proprio con riferimento a tale forma di responsabilità si è parlato di una sorta di *tertium genus*, dotato cioè di natura mista, in parte amministrativa e in parte penale²²¹.

Ne deriva pertanto che, per quanto concerne il piano delle garanzie costituzionali, la stessa soggiace alle previsioni proprie dell'ordinamento penale.

Ciò non esclude tuttavia che, per quanto attiene il piano della disciplina specifica, la stessa possa ispirarsi alle previsioni contenute nella l. 689/1981 in materia di sanzioni amministrative. Ad es. si pensi alla materia della prescrizione che, nella misura in cui prevede un autonomo termine quinquennale che si sospende a partire dalla contestazione dell'illecito e resta sospeso per tutta la durata del processo, sembra ispirarsi all'illecito amministrativo. O, ancora, alla mancata previsione dell'istituto della sospensione dell'esecuzione della pena, che pure accomuna questa materia al settore amministrativo.

Questa forma di responsabilità, con cui si è cercato di sopire l'annoso dibattito in materia, è stata sdoganata ormai più di venti anni fa e, pertanto, potrebbe essere vista come una sorta di "prototipo" delle sanzioni punitive.

²²¹ Quest'ultima sembra essere la tesi da ultimo accolta dalle Sez. Unite, sent. 18 aprile 2014, n. 3834 in occasione del noto caso *Thyssenkrupp*. La questione ha suscitato grande dibattito anche nella dottrina; fra tutti, si rinvia a G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in AA.VV. (a cura di G. GARUTI), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002; ID, *La responsabilità diretta ex crimine degli enti collettivi: modelli sanzionatori e modelli strutturali*, in AA. VV., *L'ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) degli enti collettivi*, in *Leg. Pen.*, 2003, 358; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2006, 127 e ss.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 398; D. PULITANO, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2002, 417; A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall' "utile" al "giusto". Il futuro dell'illecito da reato dell'ente nello spazio globale*, Giappichelli Editore, Torino, 2018; N. SELVAGGI, *In tema di 'riforma' della responsabilità da reato dell'ente: brevi note tra Europa e Italia*, in A. FIORELLA – R. BORGOGNO – A. S. VALENZANO, *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Jovene, 2015.

CAPITOLO III: LE GARANZIE PROCEDIMENTALI

SOMMARIO: 1. L'art. 6 CEDU e l'ambito applicativo dell'«*equo processo*». – 2. La “giurisdizionalizzazione” del procedimento nei Paesi continentali: tra tendenze evolutive e i dietrofront. – 3. Il giusto procedimento: questioni di teoria generale e riconoscimento della valenza costituzionale – 3.1 Può dirsi esistente una piena sovrapposizione tra procedimento e processo? – 4. Imparzialità ed indipendenza della p.a. Il modello delle *Authorities*. – 4.1 La terzietà: il problema della separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. – 5. Il principio del contraddittorio come tutela “a più livelli”. – 5.1 La garanzia del contraddittorio rafforzato risulta realmente effettiva? – 6. Il diritto al silenzio nel procedimento accertativo dell'illecito. Il contributo significativo della giurisprudenza nazionale e di quella sovranazionale. – 7. La presunzione di innocenza come regola probatoria: un principio ancora inattuato.

1. *L'art. 6 CEDU e l'ambito applicativo dell'«equo processo»*

L'analisi delle garanzie procedurali applicabili alle sanzioni punitive non può che prendere le mosse dalla nozione di «*equo processo*», contenuta nell'art. 6 della CEDU e successivamente recepita a livello interno nel testo dell'art. 111 Cost.

All'espressione in esame sono riconducibili, innanzitutto, i principi di pubblicità, equità e ragionevole durata del processo, la cui importanza si coglie ove si rifletta sul peso - sia economico che psicologico - che il processo rappresenta per il cittadino.

La stessa implica, inoltre, il diritto ad un giudice «*indipendente e imparziale, costituito per legge*»²²²; infine, le facoltà indicate dal par. 3 (vale a dire il diritto all'informazione, a disporre del tempo necessario a preparare la propria difesa, all'assistenza di un difensore nonché di un interprete, a contribuire alla formazione delle prove) sono tutte espressione del diritto di difesa e del suo corollario del principio del contraddittorio.

Letteralmente, la disposizione fa riferimento alle «*controversie sui diritti e doveri di carattere civile*» e ad «*ogni accusa penale*»; sicché, stante lo specifico riferimento alla materia processuale, si potrebbe essere indotti a pensare che il procedimento amministrativo si collochi al di fuori del suo campo di applicazione. Questa conclusione, com'è noto, è stata sconfessata dalla Corte di Strasburgo che nella sua ormai consolidata giurisprudenza ha attribuito al concetto di «*tribunale*» un significato autonomo rispetto a quello riconosciuto dai vari ordinamenti nazionali.

Del resto, un rischio di elusione non dissimile da quello già evidenziato con

²²² Sul significato di tali espressioni si tornerà *infra* ai parr. 4 e 4.1

riguardo alla eventuale esclusiva rilevanza delle qualifiche sostanzialistiche nazionali si avrebbe se si attribuisse valore alla sola nozione interna di tribunale.

Le garanzie convenzionali, infatti, potrebbero restare inapplicate in ragione dell'attribuzione di funzioni (para)giurisdizionali a soggetti non appartenenti al potere giudiziario.

Proprio per scongiurare un simile risultato, la nozione di «*tribunale*» dovrebbe essere riferita a qualsiasi autorità pubblica chiamata a decidere un'accusa penale ovvero idonea a «*determinare*», cioè a incidere significativamente e con efficacia vincolante, su un «*diritto civile*». Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, ciò che rileva ai fini del riconoscimento della natura giurisdizionale di un'autorità sarebbe l'effetto della funzione esercitata, vale a dire quello di «*decidere le questioni di sua competenza sulla base di norme di diritto, a seguito di procedimenti svolti in modo prestabilito*»²²³.

In base a tale approccio, anche un'autorità amministrativa dotata di potestà sanzionatoria rientrerebbe nella nozione di «*tribunale*» di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, e sarebbe pertanto tenuta al rispetto delle garanzie del giusto processo già nella fase procedimentale²²⁴.

Tale conclusione, tutt'altro che scontata, confligge con l'orientamento per molto tempo prevalente nella giurisprudenza nazionale secondo cui, ad esempio, il diritto di difesa, pur essendo riconosciuto anche nei procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative, godrebbe in questo settore di una valenza per così dire «*attenuata*»²²⁵.

²²³ Così Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 19 aprile 1974, *Viera Sramek v. Austria*, § 36. Nella medesima direzione v. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*. In tempi più recenti, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 novembre 1995, *Bryan v. the United Kingdom*, cit., § 47, ove la Corte ha affermato che un ispettore del Ministero dell'ambiente chiamato a verificare se alcune costruzioni erano abusive può essere considerato un «tribunale» ai sensi dell'art. 6, par. 1 CEDU poiché: «*the facts have already been established in the course of a quasi-judicial procedure governed by many of the safeguards required by Article 6 para. 1*».

²²⁴ Sulla rilevanza dell'art. 6 CEDU anche nel procedimento sanzionatorio amministrativo cfr. G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, 27; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 87; M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 1127 ss.; M. ALLENA, *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Giustamm.*

²²⁵ Si pensi ad es. a Corte Cost., sent. 3 novembre 2000, n. 460 secondo cui «*Di fronte alla distinzione tra procedimenti disciplinari giurisdizionali e procedimenti disciplinari amministrativi, questa Corte ha già ricordato che la proclamazione contenuta nell'art. 24 Cost., se indubbiamente si*

Anche in tempi recenti la Consulta si è espressa in modo piuttosto netto, ritenendo che «non è utilmente evocabile quale parametro di legittimità costituzionale l'art. 24 Cost., ove la disposizione censurata abbia ad oggetto non un procedimento di natura giurisdizionale ma [...] esclusivamente una procedura di carattere amministrativo»²²⁶.

D'altro canto, a favore del superamento di questo orientamento si è schierata la dottrina più attenta alle istanze sovranazionali, giunta ad ipotizzare, con un'espressione tanto forte quanto densa di significato, una sorta di «giurisdizionalizzazione della fase procedimentale»²²⁷ per quanto attiene tanto al profilo di reale parità tra accusa e difesa, quanto a quello della effettiva separazione tra accusa ed organo decidente.

Un segnale di recepimento di questi principi – sia pur debole - sembra potersi ricavare a livello legislativo da un recente intervento in materia di tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari.

Si allude in particolare all'art. 24, co. 1 della l. 28 dicembre 2005, n. 262, il quale, con riguardo ai procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP, ha previsto un generale rafforzamento delle garanzie procedurali.

Nello specifico, la menzionata disposizione ha codificato i principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie²²⁸.

dispiega nella pienezza del suo valore prescrittivo solo con riferimento ai primi, non manca tuttavia di riflettersi, seppure in maniera più attenuata, sui secondi, in relazione ai quali, in compenso, si impongono al più alto grado di coerenza le garanzie di imparzialità e di trasparenza che circondano l'agire della pubblica amministrazione. V', insomma, un sensibile accostamento tra i due diversi tipi di procedimento disciplinare, che trova ragione “nella natura sanzionatoria delle pene disciplinari, che sono destinate ad incidere sullo stato della persona nell'impiego o nella professione” (sentenza n. 71 del 1995)». Per un commento alla sentenza si rinvia a B.G. MATTARELLA, *Diritto d'accesso e Consob: l'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Giornale di dir. amm.*, 2001, 261.

²²⁶ Così Corte Cost., ord. 22 febbraio 2010, n. 77.

²²⁷ Così L. TORCHIA, *Verso una Banca d'Italia repubblicana ed europea?*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 278. Più di recente, il tema dei rapporti tra la funzione dell'amministrare e la funzione del giudicare è stato trattato da P. CERBO - G. D'ANGELO - S. SPUNTARELLI, (eds.), *Amministrare e giudicare: trasformazioni ordinamentali*, Jovene Editore, Napoli 2022.

²²⁸ Per una disamina più approfondita, si rinvia a B.G. MATTARELLA, *Artt. 23-24*, in *La tutela del risparmio. Commentario della legge 28 dicembre 2005, n. 262, e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, a cura di A. NIGRO-V. SANTORO, Torino, 2007, 438 ss. Con particolare riferimento alla richiamata separazione tra funzioni istruttorie e decisorie cfr. R. VILLATA-F. GOISIS, *Procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali*, in L. DE ANGELIS, N. RONDINONE (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, Torino, 2008, 541 ss., 543 ss.

Il recepimento dei principi convenzionali in questo settore era apparso come un atto quasi obbligato all'indomani del noto caso *Didier*, in cui i giudici di Strasburgo avevano censurato l'ordinamento francese proprio in relazione alla disciplina dettata per i mercati finanziari²²⁹.

Come molto spesso accade, però, al recepimento formale dei principi convenzionali non è seguita una effettiva applicazione a livello pratico.

Sebbene il co. 1 dell'art. 24 l. 262/2005 sancisca la regola della separazione tra autorità inquirente ed autorità decidente²³⁰, nella prassi il contraddittorio sui fatti resta garantito in modo piuttosto debole. Com'è stato autorevolmente sostenuto, molto spesso questo si riduce ad una sorta di "rito teatrale" ove accusa e autorità decidente finiscono per compiere un «*esercizio retorico nel dire le stesse cose*»²³¹, ben lontano dai canoni dettati dalla CEDU.

La tematica, tuttavia, è molto più complessa e di questo si darà atto nei paragrafi seguenti.

2. La "giurisdizionalizzazione" del procedimento nei Paesi continentali: tra tendenze evolutive e i dietrofront

Andando ben al di là dello specifico settore dei mercati finanziari, le ragioni di un simile disallineamento tra teoria e prassi sono piuttosto risalenti dovendo essere ricercate, in via generale, nella struttura dell'apparato amministrativo complessivamente inteso.

L'auspicata "giurisdizionalizzazione" della fase procedimentale implicherebbe, da un lato, la totale indipendenza dell'autorità tanto dall'esecutivo quanto dalle parti in

²²⁹ Corte Edu, caso *Didier c. Francia* (dec.), n. 58188/00, 27 agosto 2002.

²³⁰ Nello specifico, al comma 1 dell'art. 24, l. 262/2005 si legge che «*Ai procedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP volti all'emanazione di provvedimenti individuali si applicano, in quanto compatibili, i principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi recati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. Le notizie sottoposte per iscritto da soggetti interessati possono essere valutate nell'istruzione del procedimento. Le Autorità di cui al presente comma disciplinano le modalità organizzative per dare attuazione al principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione*».

²³¹ Così F. MERUSI, *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 939 ss.

causa; dall'altro, l'assunzione della decisione all'esito di una procedura pienamente rispettosa del diritto di difesa.

Un sistema così delineato sembra evocare il modello di amministrazione “*quasi judicial*” propria dell'ordinamento anglosassone, ove gli *Administrative Tribunals* sono di regola composti non da funzionari amministrativi, ma da esperti del settore in posizione indipendente dall'amministrazione e dalle parti private²³².

Nei sistemi di *common law* i *Tribunals* seguono procedure di tipo contenzioso e adottano decisioni vincolanti per le amministrazioni. In virtù della loro estraneità all'apparato giudiziario - che assicura il rispetto del principio di separazione dei poteri - gli stessi godono di una cognizione estesa al merito, potendo dunque sostituire la loro determinazione alla decisione amministrativa impugnata²³³.

Tali caratteristiche collocano questi organismi in una zona grigia tra amministrazione e giurisdizione, soprattutto all'indomani della significativa riforma attuata dal TCEA del 2007²³⁴. Proprio in virtù di siffatta natura, si assiste ad una sorta di sovrapposizione tra funzioni giurisdizionali ed amministrative, in grado di realizzare una tutela più compiuta per il cittadino.

Ebbene, un modello simile è lontano sia dal procedimento amministrativo come inteso nei Paesi continentali, sia dal sistema dei ricorsi amministrativi in cui l'autorità, lungi dal possedere analoghe caratteristiche di indipendenza, risulta legata al potere esecutivo.

Sembrano essere queste le ragioni strutturali, di sistema, che rendono particolarmente difficoltosa la via della giurisdizionalizzazione del procedimento.

Non solo, in questo quadro sistematico occorre anche dare atto di un intervento del

²³² In questo senso, v. E. BALBONI, *Idea e prassi dell'amministrazione giustiziale*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, 1996, 183 ss.

²³³ Per una disamina più approfondita della tematica si rinvia a G. LIGUGNANA, *L'amministrazione giudicante. Modelli ed esperienze inglesi*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato* (a cura di G. FALCON), Padova, 2010, 63 ss., 68; ID., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei tribunals*, in *Dir. proc. Amm.*, 2009, 432 ss.

²³⁴ Si allude al Tribunal, Courts and Enforcement Act (TCEA) del 2007 il quale, per quanto qui d'interesse, ha inciso in una duplice direzione: da un lato, ha ulteriormente rafforzato il grado di indipendenza degli *Administrative Tribunals* dalle strutture ministeriali; dall'altro, ha integrato maggiormente i *Tribunals* nel sistema della giustizia. Sulla questione v. D. DE GRAZIA, *Il sistema di giustizia amministrativa del Regno Unito: verso l'integrazione delle tutele*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009, 221 ss., 238 ss.; M. MACCHIA, *La riforma degli administrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209 ss.

legislatore che, seppure coevo alla l. 262/2005, si pone rispetto ad essa in una posizione di netta discontinuità.

Si allude all'introduzione dell'art. 21-*octies* nell'ambito della legge generale sul procedimento amministrativo, per opera della l. 11 febbraio 2005, n. 205²³⁵.

Com'è noto, tale disposizione al secondo comma prevede il superamento dei vizi procedimentali ove sia evidente che non abbiano influito sul contenuto dispositivo del provvedimento. In quest'ottica, sembra ripercorre l'esperienza tedesca della cd. soggettivizzazione delle garanzie procedimentale, vale a dire l'idea che queste non valgono di per sé ma solo laddove influiscano, in concreto, sulla sostanza degli interessi fatti valere dal cittadino²³⁶.

Questa previsione si pone, all'evidenza, in contrasto con i principi sanciti dalla CEDU i quali imporrebbero, almeno nelle materie incluse nel campo di applicazione della Convenzione, una sua rimeditazione.

Ciononostante, per molto tempo la Cassazione si è mostrata lontana dal fornirne una interpretazione adeguatrice, finendo per disattendere la regola secondo cui i principi del giusto processo debbano essere attuati già in fase procedimentale. Al contrario, questa giurisprudenza ha frequentemente dato spazio a valutazioni volte ad accertare l'effettiva incidenza della violazione procedimentale sul contenuto del provvedimento finale.

Significativo è ad esempio un precedente del 2009 avente ad oggetto proprio le sanzioni in materia di mercati finanziari, settore oggetto dell'intervento legislativo sopra menzionato.

Al riguardo, i Giudici di legittimità hanno ritenuto che *«per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 21octies, co. 2, l. 241/1990 gli eventuali vizi del procedimento amministrativo innanzi alla CONSOB non sono rilevanti, in ragione tanto della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, quanto della immodificabilità*

²³⁵ In argomento si rinvia G. TROPEA - F. SAITTA, *L'articolo 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 4, 1 dicembre 2017; S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 1 giugno 2019, pag. 481; G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formalisostanziali alla prova del Diritto Europeo*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.2, 1 giugno 2017, pag. 259.

²³⁶ Si tratta, peraltro, di una prospettiva oggetto di numerose critiche già in relazione al sistema tedesco, a causa della sua aperta incompatibilità con la CEDU. Sul punto, cfr. M. KUNNECKE, *Procedural errors in the Administrative procedure*, in *Tradition and change in Administrative Law: an Anglo-German Comparison*, 2007, n. 137-172.

del suo contenuto»²³⁷.

In maniera ancora più dirompente, in una diversa pronuncia dello stesso periodo la Cassazione, di fronte alla paventata violazione del diritto di difesa e del contraddittorio da parte delle delibere sanzionatorie in questione, ha concluso che *«in tema di intermediazione finanziaria, il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative previsto dall'art.187-septies del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato»*. L'omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'ufficio sanzioni e la sua mancata personale audizione innanzi alla commissione, pertanto, non violerebbero il principio del contraddittorio; e ciò in quanto in tale fase non troverebbero applicazione *«i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo al procedimento giurisdizionale»*.

Ancora, facendo attuazione del margine di apprezzamento riconosciuto in capo ai singoli Stati, i giudici hanno precisato che il principio del contraddittorio dovrebbe *«pur sempre modellarsi in concreto, in funzione, cioè dello stato in cui si trova la procedura al momento dell'acquisizione delle ulteriori prove, e non implica affatto, di per sé, la necessità della relativa assunzione alla costante presenza della parte»²³⁸*.

Un orientamento parzialmente diverso, che merita qui di essere segnalato proprio nella misura in cui sembra porsi in linea con la CEDU, è quello seguito da una parte della giurisprudenza amministrativa.

Il Consiglio di Stato, ad esempio, ha evidenziato talune perplessità in relazione alla previsione inserita nell'art. 55bis, co. 9ter, del d. lgs 165/2001 che, in materia di sanzioni disciplinari dei pubblici dipendenti, sancisce il principio di irrilevanza dei

²³⁷ Così Cass. Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20929. In particolare, venendo in rilievo il vizio di tardività dell'esercizio del potere, la Cassazione reputava l'art. 21-octies, co. 2 norma la cui *«natura processuale è facilmente desumibile proprio a tenore del disposto del citato secondo comma [...] e la cui ratio (sulla quale, funditus, Cons. St. 5419/06) è indiscutibilmente da rinvenirsi nell'intento di sanare con efficacia retroattiva, tutti gli eventuali vizi procedurali non influenti sul diritto di difesa in relazione a provvedimenti vincolanti adottati in una materia – l'intermediazione finanziaria – in cui il bilanciamento, anche costituzionale, dei valori individuali e collettivi destinati a tutela consente al legislatore ordinario interventi che privilegiano la tutela del risparmio e della trasparenza e buon andamento dei mercati e delle operazioni finanziarie»*.

²³⁸ Così Cass. Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20935. Sulla stessa scia si colloca anche Cass. Sez. Un., 29 aprile 2010, n. 10363 in tema di sanzioni per violazioni del codice della strada, rispetto alla quali neppure la mancata audizione dell'interessato che ne avesse fatto richiesta in sede procedimentale comporterebbe la invalidità della ordinanza-ingiunzione.

vizi formali e procedurali, sia pure col rispetto di determinate condizioni²³⁹.

Nello specifico, i giudici di Palazzo Spada hanno osservato come il procedimento disciplinare non possa essere equiparato *tout court* al procedimento amministrativo per invocare, a giustificazione della dequotazione dei vizi formali del procedimento disciplinate, il più generale principio di cui all'art. 21-octies, co.2, l. n. 241 del 1990. Ad un simile parallelismo, infatti, osta «*per un verso, la considerazione che il procedimento disciplinare costituisce lo strumento non già per l'esercizio di un potere amministrativo in generale, bensì del potere disciplinare, che è una species del genus potere punitivo, ed è pertanto circondato da una serie di inderogabili esigenze di tutela della dignità e della libertà del dipendente e, per altro verso, la constatazione che quella previsione riguarda i soli provvedimenti a contenuto vincolato e non può pertanto essere estesa analogicamente ad un provvedimento, a tipico contenuto discrezionale, come quello irrogativo della sanzione disciplinare*»²⁴⁰.

Né, a parere del Consiglio di Stato, questa irrilevanza del vizio formale potrebbe trovare giustificazione – come pure era stato sostenuto - nella *ratio* di prevenire assoluzioni di dipendenti per meri ritardi o per vizi legati all'avvio o alla conclusione del procedimento: la finalità in questione non sarebbe infatti sufficiente, dovendo semmai tale obiettivo essere garantito mediante la responsabilizzazione della p.a. per le violazioni formali e procedurali²⁴¹.

Ad ogni modo, in disparte questa eccezione, la tesi dominante sembra essere quella patrocinata dalla Cassazione, che si pone in linea di discontinuità rispetto alle previsioni contenute nella CEDU.

A questo punto, giova anche ricordare la già menzionata distinzione tra c.d. «*hard core of criminal law*» e c.d. «*minor offences*», coniata dai giudici di Strasburgo proprio ai fini del riconoscimento delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU²⁴².

²³⁹ In particolare «*purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività*», così all'art. 55bis, co. 9ter.

²⁴⁰ Così Cons. Stat., Adunanza della Commissione Speciale, parere del 21 aprile 2017, n. 916 relativo allo schema del decreto legislativo recante “Modifiche ed integrazioni al Testo unico del pubblico impiego, di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi della legge 7 agosto 2015, n. 124”.

²⁴¹ Peraltro, nonostante tali osservazioni, la disposizione è stata mantenuta nel testo finale del decreto, che ha sottratto a tale regime solo il termine iniziale e quello finale i quali, dunque, sono gli unici a mantenere carattere di perentorietà.

²⁴² Alla distinzione in esame si è già fatto cenno al cap. I.

La Corte ha difatti stabilito che le eventuali violazioni delle garanzie fissate dall'art. 6 CEDU, incorse nel procedimento di irrogazione delle misure punitive riconducibili alla nozione di «*minor offences*», possano essere oggetto di successiva sanatoria nella fase giurisdizionale²⁴³.

Nel caso *Jussila v. Finland*²⁴⁴, ad esempio, ha reputato non indispensabile l'udienza pubblica deputata al controesame dei testi di accusa. E ciò proprio in quanto per le *minor offences* prive di riprovazione sociale – quale risultava essere quella del caso in questione concernente una sanzione tributaria di modesta entità - le garanzie dell'art. 6 non debbono necessariamente operare tutte in forma cumulativa; purché però nella successiva fase il giudice adito sia abilitato a sostituirsi interamente all'Amministrazione.

A tal riguardo si usa infatti l'espressione «*full jurisdiction*», proprio per indicare la disponibilità per il cittadino di un tribunale con giurisdizione sul merito della questione, ossia sul fatto come sul diritto, non vincolato ai precedenti accertamenti degli organi amministrativi e dotato dunque di piena autonomia ed indipendenza nell'esame di tali questioni²⁴⁵.

In altri termini, la regola è quella della soddisfazione fin da subito, nel procedimento amministrativo, delle garanzie del giusto processo. Ove ciò non sia possibile, nei limiti delle *minor offences*, sarebbe ammessa anche una soddisfazione *ex post*, in sede giurisdizionale. In tale ultimo caso, però, la tutela giurisdizionale deve presentare i caratteri di una *full jurisdiction*.

Si è già accennato anche alla difficoltà nella individuazione di una chiara linea di demarcazione tra le due categorie e al rischio che per il suo tramite possa reintrodursi, fittiziamente, una distinzione fondata esclusivamente sul dato formale²⁴⁶.

In disparte questi profili, un aspetto che deve essere ora segnalato attiene innanzitutto alla individuazione delle garanzie, tra quelle previste dall'art. 6, che possono essere pretermesse: tale aspetto non è del tutto chiaro.

²⁴³ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 11 dicembre 2006, *Nedzela c. Francia*, e Corte EDU, *Tomachev c. Estonia*.

²⁴⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 novembre 2006, caso n. 73053/01, *Jussila v. Finland*.

²⁴⁵ Così F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 e ss.; ID., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 546.

²⁴⁶ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte *supra*, cap. I, par. 5.

Ad oggi, in base alla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, si può soltanto dire che esclusivamente l'udienza pubblica e il diritto di controinterrogare i testi di accusa possano, con relativa sicurezza, rientrare tra le garanzie sacrificabili. Su questi aspetti ci si soffermerà nei paragrafi seguenti.

In secondo luogo, ulteriore questione problematica concerne l'idoneità del successivo giudizio a sanare gli eventuali vizi procedimentali, oltre che la pienezza e l'effettività dei poteri di cui gode il giudice, amministrativo o civile che sia. Tali tematiche saranno oggetto di specifica trattazione nel successivo capitolo IV.

3. *Il giusto procedimento: questioni di teoria generale e riconoscimento della valenza costituzionale*

L'espressione "giusto procedimento" non è nuova nel panorama giuridico nazionale.

Le prime enunciazioni - piuttosto risalenti - sono riconducibili ad alcuni autori che consideravano il procedimento come il luogo in cui gli interessati dovessero essere posti «*in grado di far valere le proprie ragioni e di esperire gli opportuni rimedi*»²⁴⁷.

In siffatto contesto, un ruolo rilevante sarebbe svolto dalla motivazione dell'atto che contribuisce ad ampliare la sfera dei doveri a carico dell'amministrazione, fino a comprendere anche il vincolo a pronunciarsi sugli apporti provenienti dal privato²⁴⁸.

Il tema però è ben più complesso, intersecando la questione di teoria generale concernente i rapporti tra procedimento e processo²⁴⁹: all'evidenza, una tematica di così estrema rilevanza non può essere oggetto di trattazione in questa sede.

Basterà qui ricordare che, secondo i teorici generali del processo, quest'ultimo non è altro che una *species* del più ampio *genus* procedimento.

²⁴⁷ Così V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 130-131.

²⁴⁸ Cfr. G. SCIULLO, *Il principio del giusto procedimento fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986, 305 e 309.

²⁴⁹ Per una disamina più approfondita della questione, si rinvia a E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 105 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Processo (Teoria generale)*, in *Nss D.I.*, vol. XIII, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1983, p. 57 ss.; ID., *Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss.; ID., *Capograssi e la realtà del processo*, in AA. VV. (a cura di F. MERCADANTE), *L'individuo, lo stato, la storia. Giuseppe Capograssi nella storia religiosa e letteraria del Novecento*, Milano, 1990; ID., *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 1 ss.

Il tratto distintivo del processo sarebbe rappresentato non tanto dall'*an* della partecipazione quanto piuttosto dal *quomodo*: affinché si abbia processo non sarebbe sufficiente la partecipazione dei soggetti nella forma dell'audizione e/o della contestazione, occorrendo semmai il contraddittorio, vale a dire la struttura dialettica del procedimento nella simmetrica parità delle posizioni.

Questa concezione del contraddittorio, però, lungi dall'essere prerogativa esclusiva del processo si presta ad essere elevata a categoria generale, applicabile anche all'attività della p.a., la quale pure è chiamata a tenere conto degli interessi potenzialmente confliggenti²⁵⁰; alcuni autori hanno parlato, a tal proposito, di "diffusione del processo" a tutte le branche dell'ordinamento²⁵¹.

Nella medesima direzione, altra dottrina ha precisato che procedimento e processo, pur rappresentando le forme "tipiche" di estrinsecazione rispettivamente della funzione amministrativa e di quella giurisdizionale, non sono per ciò solo irrinunciabili. Queste ultime, infatti, rappresentano per il diritto un mero strumento, sicché nulla osta acché anche l'amministrazione attiva venga esercitata nelle forme del processo²⁵².

Secondo i sostenitori di questa tesi, una conferma in tal senso si ricaverebbe anche dalla Carta Costituzionale nel suo complesso.

Il costituente avrebbe infatti accolto una concezione di complementarità ed integrazione tra procedimento e processo, il cui connotato essenziale risulta rappresentato dalla conformazione dell'amministrazione «*secondo fini di giustizia e metodi di giustizia*», circostanza questa che implica proprio una processualizzazione dei metodi di azione della pa.²⁵³.

Una *ratio* così garantista ha imposto, peraltro, l'individuazione di una precisa copertura costituzionale; tale operazione, tuttavia, non è stata così scontata.

In una prima fase, infatti, la Consulta non ha riconosciuto la valenza costituzionale del "giusto procedimento", reputandolo un principio dell'ordinamento giuridico

²⁵⁰ In questo senso v. L. P. COMOGLIO, *Contraddittorio (Principio del) – I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 12.

²⁵¹ In questi termini si esprimeva ad es. E. FAZZALARI, *Diffusione del processo*, cit, pp. 866-7.

²⁵² Così F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, p. 137 ss.; M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, p. 112.

²⁵³ Il riferimento in questo caso non può che essere a M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica Amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, p. 252 ss., il quale aveva realizzato un'opera di sistematizzazione dei rapporti intercorsi nelle varie epoche storiche tra procedimento e processo.

dello Stato e, in quanto tale, vincolante per il solo legislatore regionale²⁵⁴.

Un punto si svolta è rappresentato dalla legge 241 del 1990, indicata da più parti come legge introduttiva del principio del giusto procedimento.

Quest'ultima, infatti, avrebbe dato luogo a quella "esportazione" degli elementi essenziali del processo anche all'attività amministrativa, mediante la codificazione di una serie di istituti che riecheggiano quelli che erano stati in passato qualificati come *substantialia processus*²⁵⁵.

Tale provvedimento legislativo, nella misura in cui delinea un giusto procedimento che involve l'intera attività amministrativa, ha sopperito alla mancata costituzionalizzazione del principio stesso.

Una tappa ulteriore è stata segnata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 che, nell'ambito dei principi generali dell'attività amministrativa, ha rinviato ai «*principi dell'ordinamento europeo*» e, dunque, anche all'art. 41 della Carta di Nizza sul diritto ad una buona amministrazione.

Proprio quest'ultima disposizione ha consentito alla Consulta di ricondurre il giusto procedimento al principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa²⁵⁶.

L'occasione è stata offerta da una controversia in materia di *spoil system* in cui la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni che

²⁵⁴ Cfr. ad es. Corte Cost., sent. 23 febbraio 1962, n. 13; ID., sent. 6 luglio 1965, n. 59. In argomento, cfr. A.M. SANDULLI, *Il procedimento*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), p. gen., tomo II, Milano, 2003, 1035 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, 1829 ss.; M. COCCONI, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le regioni*, 2010, 1023.

²⁵⁵ Si pensi agli istituti della motivazione, del termine del procedimento, della comunicazione di avvio, della partecipazione mediante audizione e presentazione di documenti e memorie. O ancora, sempre in quest'ottica, particolarmente significativo è il preavviso di rigetto *ex art. 10bis* che sembrerebbe trasporre nel procedimento amministrativo l'istituto dell'informazione di garanzia tipica del procedimento penale, così finendo per codificare il diritto di difesa tra le garanzie del procedimento amministrativo. Anche la giurisprudenza ha riconosciuto il valore "processuale" degli istituti in esame. Cfr. ad es. Cass., Sez. I, civ., 20 maggio 2002, n. 7341 in cui si osserva che con la l. n. 241/1990 il procedimento amministrativo ha subito una attenuazione della «*storica caratterizzazione autoritativa del procedimento che sfocia in un provvedimento, per favorire il più ampio grado di partecipazione del soggetto interessato alla formazione del medesimo. Ciò talvolta a mezzo di un vero e proprio contraddittorio, analogo per forza di cose, a quello giudiziario che ne costituisce il modello*». Sui *substantialia processus* v. A. PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, vol. 70, fasc. 3, 680-696.

²⁵⁶ Sul punto, cfr. F. CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 13/1962 alla sentenza n. 104/2007 della Corte costituzionale*, in *Foro amm.-CdS*, 2008, 278; L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009, 281 ss.

prevedevano la decadenza automatica degli incarichi di direzione generale alla scadenza del mandato dell'organo politico, evento estraneo alle vicende del rapporto stesso²⁵⁷.

Secondo la Consulta, tale prassi generava una duplice violazione dell'art. 97 Cost.: da un lato, sotto l'aspetto dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, atteso che la rimozione del dirigente non si fondava sulla valutazione oggettiva delle qualità e delle capacità professionali dimostrate; dall'altro, sotto il profilo della violazione del principio del giusto procedimento, in quanto al destinatario non venivano garantiti il contraddittorio con l'ente e la possibilità di conoscere la motivazione del provvedimento²⁵⁸.

Letto in quest'ottica, dunque, il giusto procedimento viene riconosciuto come principio costituzionale, posto a tutela dei cittadini e delle loro libertà, al fine assicurare equilibrio e parità tra le parti del procedimento.

Anzi, secondo parte della giurisprudenza, la disciplina del giusto procedimento sarebbe in piena sintonia con il diritto europeo che, ai fini della effettività della tutela, impone la limitazione di ogni margine di incertezza giuridica, sia sul piano sostanziale che su quello procedurale²⁵⁹.

Del resto, come acutamente osservato dalla dottrina, posto che l'art. 6 CEDU non garantisce un risultato finale ma un giusto procedimento-processo, le garanzie procedurali, per quanto aiutino il cittadino a difendere i propri interessi a fronte del potere, lasciano comunque inalterata la facoltà dell'amministrazione di decidere la soluzione più coerente con il pubblico interesse, seppure dialetticamente ricostruito²⁶⁰.

In questo senso, non ci sarebbe dunque alcuna incompatibilità tra giusto procedimento e pieno raggiungimento dell'interesse pubblico. Al contrario, quest'ultimo potrebbe trovare giovamento dall'apporto collaborativo del cittadino

²⁵⁷ Si allude a Corte Cost., sent. 23 marzo 2007 n. 103; Id., 23 marzo 2007 n. 104.

²⁵⁸ Sulla tematica, si rinvia a P. LOMBARDI, *Il provvedimento di nomina del direttore generale di azienda sanitaria tra interesse a ricorrere delle associazioni di categoria, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione*, in *Sanità pubb. e priv.*, 2010, 75 ss.; ID., *Il governo del territorio tra politica ed amministrazione*, Milano, 2012, 90 ss.; S. FORASASSI, *Rassegna di giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali. Speciale in tema di giusto procedimento*, in *Nuove autonomie*, 2011, 417 ss. P.M. VIPIANA, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Padova, 2017, 57.

²⁵⁹ In questi termini si esprime ad es. TAR Campania, Napoli, sez. V, 15 aprile 2014, n. 2903.

²⁶⁰ Così M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2012, pag. 569.

il quale, ben potrebbe con la propria attività, aiutare l'amministrazione a decidere.

3.1 Può dirsi esistente una piena sovrapposizione tra procedimento e processo?

Le ultime affermazioni vanno lette con la dovuta cautela. Sarebbe infatti sbagliato ritenere che per tale via possa darsi luogo ad una piena equiparazione tra procedimento e processo: una tale conclusione non sarebbe né corretta né opportuna.

Non sarebbe innanzitutto corretta in quanto, sebbene sia vero che “il contraddittorio”, inteso come struttura dialettica del processo nella simmetrica parità delle posizioni possa essere esportato anche al modulo procedimentale, questo non sarebbe sufficiente *ex se* ad assicurare un giusto procedimento nel senso cui qui si fa riferimento.

A ben vedere infatti, tra contraddittorio ed equilibrio sostanziale delle parti auspicato dall'art. 6 CEDU esiste un rapporto tale per cui sarebbe proprio quest'ultimo ad assicurare *l'audiatur et altera pars* e non il contrario. In altri termini, il contraddittorio non sarebbe idoneo a trasformare una struttura diseguale in una paritaria, e ciò in quanto in mancanza di un rapporto tra pari, non potrebbe logicamente aversi contraddittorio, che di tale rapporto rappresenta l'altra faccia²⁶¹. Non sarebbe neppure opportuno, in ragione degli effetti distorsivi che la diffusione del modulo processuale già nell'esercizio delle funzioni amministrative potrebbe comportare. Si pensi ad esempio alle conseguenze negative in punto di celerità e speditezza dell'azione amministrativa che inevitabilmente si registrerebbero se già in fase procedimentale dovessero essere assicurata la totalità delle garanzie del processo penale; nonché agli effetti sul successivo sindacato giurisdizionale, dinnanzi al quale potrebbero essere fatti valere eventuali vizi “procedurali” intervenuti nella fase procedimentale, così riducendolo ad un sindacato di tipo formale.

Sulla scorta di siffatte argomentazioni appare allora più corretto ritenere che la menzionata trasversalità del processo non comporti una completa assimilazione della procedura amministrativa alle forme processuali giurisdizionali, dovendosi in ogni caso provvedere ad un adeguamento della processualità ai connotati tipici della

²⁶¹ Questa conclusione è condivisa in dottrina da F. MAZZARELLA, *Processo, contraddittorio, norma processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 62 ss.

funzione amministrativa²⁶².

E la conclusione cui si è appena giunti dovrebbe restare inalterata anche laddove dovesse concordarsi con quegli autori che auspicano l'estensione dell'art. 111 Cost. al procedimento²⁶³.

Si allude in particolare alla tesi secondo cui, malgrado la collocazione della disposizione *de qua* nella Sezione II dedicata alle “Norme sulla giurisdizione” nonché il riferimento testuale al «*processo*», una lettura evolutiva-estensiva fondata su una sorta di coestensività tra Costituzione ed amministrazione, dovrebbe indurre, in assenza di precise ragioni ostative, a considerare l'art. 111 Cost. come ulteriore fondamento costituzionale del giusto procedimento.

Tale lettura, del resto, non sarebbe neppure molto lontana dalla interpretazione sostanzialista che si sta patrocinando in questa sede, la quale consentirebbe di superare il rigido dato testuale mediante l'accoglimento di una nozione autonoma e sostanziale di “tribunale”.

Ma, appunto, anche ove dovesse aderirsi a questa tesi, occorrerebbe sempre avere in mente le intrinseche peculiarità della fase procedimentale che ne rendono di fatto impossibile una perfetta equiparazione alla fase processuale.

E ciò, come si diceva prima²⁶⁴, diversamente da quanto accade in altri ordinamenti, come quelli di *common law*, che delineano un modello caratterizzato da uno statuto costituzionale unitario della funzione giurisdizionale e di quella amministrativa²⁶⁵. Nei paragrafi seguenti si tenterà di argomentare sulla validità di simili affermazioni.

²⁶² Sul punto, v. U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione ed ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, p. 213.

²⁶³ Il riferimento è a L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del “giusto procedimento” e l'archetipo del “processo”*, in *Quad. Cost.*, 2009, 281 e ss.

²⁶⁴ Cfr. par. 2

²⁶⁵ Si allude in particolare al modello della *natural justice* inglese e del *due process of law* americano, sui quali cfr. G. F. FERRARI, *Il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. II, Modena 1996, p. 759 ss. Per un maggiore approfondimento sul modello inglese, si rinvia A. E. BOENFIELD, M. ASIMOV, *State and Federal Administrative Law*, St. Paul, 1989; E. GELLHORN, R. M. LEVIN, *Administrative Law and Process*, St. Paul, 1990; H. W. R. WADE, C. F. FORSYTH, *Administrative Law*, London, 1994; D. J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 1996. In relazione al modello americano cfr. J. LANDIS, *The Administrative Process*, New Haven, 1938, p. 46; R. POUND, *Administrative Law. Its Growth, Procedure and Significance*, Pittsburgh, 1941; B. SCHWARTZ, *An Introduction to American Administrative Law*, London-New York, 1958; J. K. PENNOCK, J. W. CHAPMAN, *Due process*, New York, 1977; J. O. FREEDMAN, *Crisis and Legitimacy. The Administrative Process and American Government*, Cambridge (Mass.), 1980.

4. Imparzialità ed indipendenza della p.a. Il modello delle Authorities

Una prima indicazione nel senso appena illustrato si ricava considerando uno degli enunciati di cui all'art. 6, co. 1 CEDU, vale a dire quello della necessaria indipendenza ed imparzialità del giudice chiamato ad esaminare la causa equamente.

Si tratta di principi che in relazione all'ambito processualpenalistico risultano espressamente sanciti dall'art. 111 Cost., così modificato proprio al fine di garantire l'effettiva attuazione delle norme contenute nella CEDU, in un momento storico in cui la giurisprudenza nazionale negava valore costituzionale alle disposizioni in essa contenute²⁶⁶.

Nello specifico, con una previsione che ricalca quella contenuta nell'art. 6 CEDU, il co. 2 dell'art. 111 Cost. prevede che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale». L'espressione non è di per sé sovrabbondante, possedendo ciascuno dei termini menzionato un significato preciso e distinto dall'altro.

La terzietà concerne infatti lo *status*, cioè il piano ordinamentale, ed impone che il giudice non cumuli in sé più funzioni processuali, così accogliendo il principio della separazione tra le funzioni processuali di accusa e difesa²⁶⁷. La finalità è quella di evitare l'eventuale condizionamento del giudice dovuto alla sua pregressa valutazione della materia da esaminare, imponendo dunque l'assenza di qualunque pregiudizio in ordine alla fattispecie giudicanda.

L'imparzialità attiene invece alla funzione esercitata nel processo, richiede l'equidistanza del giudice rispetto alla posizione delle parti e, dunque, che non vi siano legami tra queste e l'autorità giudiziaria²⁶⁸. In base all'interpretazione fornita dalla Consulta, tale caratteristica dovrebbe essere intesa anche nel senso di “non

²⁶⁶ Sulle origini composite della riforma costituzionale si rinvia a M. CECCHETTI, *Il principio del “giusto processo” nel nuovo articolo 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA. VV. (a cura di P. TONINI), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova, 2001, p. 49; E. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. Pen.*, 2000, p. 758; P. TONINI, “Giusto processo” riemerge l'iniziativa del Parlamento, in *Dir. pen. Proc.*, 2000, p. 137.

²⁶⁷ Secondo alcuni autori, la terzietà imporrebbe anche la separazione della carriera tra giudici e pubblici ministeri. In questo senso, v. G. FRIGO, *Così le scelte sulla valutazione delle prove vanificano le conquiste sul giusto processo*, in *Guida dir.*, 1999, 48.

²⁶⁸ Per una disamina più approfondita, si rinvia a P. FERRUA, *Il “giusto processo” in Costituzione*, in *Dir. Giust.*, 2000, I, 78.

pregiudicatezza” rispetto all’oggetto del giudizio, essendo vietato anche un eventuale collegamento con l’oggetto del procedimento²⁶⁹.

Queste previsioni risultano attuate dal legislatore di rango primario, preoccupatosi innanzitutto di introdurre l’istituto della incompatibilità proprio al fine di disciplinare le conseguenze derivanti dalla violazione di siffatto principio²⁷⁰.

In secondo luogo, gli strumenti della astensione e della ricusazione di cui agli artt. 36-37 c.p.p. consentono al giudice e alle parti di porre rimedio, oltre che ai casi di incompatibilità, anche ad altre situazioni espressamente indicate dall’art. 36, co. 1, lett. a-h, parimenti idonee ad incidere sull’imparzialità²⁷¹.

Infine, nei casi in cui la violazione delle regole di imparzialità riguardi il giudice inteso non come persona fisica ma come ufficio nel suo complesso, è attivabile il rimedio della rimessione del processo delineato dall’art. 45 c.p.p.²⁷²

Passando all’ulteriore requisito dell’indipendenza, questo è richiamato dall’art. 104, co. 1 Cost., ove si legge che «*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*». Il legislatore costituzionale ha inteso in tal modo assicurare l’indipendenza tanto dell’ordine giudiziario dagli altri poteri, quanto del singolo magistrato persona fisica da qualunque influenza esterna.

L’autonomia e l’indipendenza del giudice sono assicurati inoltre dal principio di soggezione soltanto alla legge (art. 101, co. 2, Cost.), che da un lato lo rende immune dalle pressioni degli altri organi costituzionali, dall’altro gli vieta di oltrepassare il limite della legge stessa.

²⁶⁹ In questo senso, v. Corte Cost., sent. del 10 novembre 1992 n. 432.

²⁷⁰ Nello specifico, l’incompatibilità del giudice può derivare dalla circostanza che questi abbia emesso uno degli atti indicati dall’art. 34 c.p.p. o si trovi in rapporti di parentela, coniugio o affinità fino al secondo grado con altro giudice dello stesso procedimento (art. 35 c.p.p.).

²⁷¹ «*Il giudice ha l’obbligo di astenersi: a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli; b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto di lui del coniuge; c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull’oggetto del procedimento fuori dell’esercizio delle funzioni giudiziarie; d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private; e) se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata; f) se un prossimo congiunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero; g) se si trova in taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dagli articoli 34 e 35 e dalle leggi di ordinamento giudiziario; h) se esistono altre gravi ragioni di convenienza*».

²⁷² «*In ogni stato e grado del processo di merito, quando gravi situazioni locali, tali da turbare lo svolgimento del processo e non altrimenti eliminabili, pregiudicano la libera determinazione delle persone che partecipano al processo ovvero la sicurezza o l’incolumità pubblica, o determinano motivi di legittimo sospetto, la Corte di cassazione, su richiesta motivata del procuratore generale presso la corte di appello o del pubblico ministero presso il giudice che procede o dell’imputato, rimette il processo ad altro giudice, designato a norma dell’articolo 11*».

Inoltre, a garanzia dell'indipendenza è posto il Consiglio Superiore della Magistratura, organo di autogoverno competente sulle vicende relative agli uffici e alla carriera dei magistrati.

Ebbene, con riferimento all'organizzazione della p.a. e all'attività procedimentale da questa compiuta, per quanto sia possibile scorgere degli elementi di affinità con la disciplina processuale, non sembra ravvisabile una perfetta sovrapposibilità.

Prendendo le mosse dagli elementi di affinità, anche la p.a. nell'esercizio della propria attività è tenuta al rispetto del principio di imparzialità, espressamente sancito dall'art. 97 Cost.

Nel settore amministrativo lo stesso riguarda innanzitutto il momento organizzativo, inteso come predisposizione di una struttura organizzata in modo da essere astrattamente imparziale; ma anche l'attività della p.a. nella sua interezza, così come consacrato dall'art. 1 della l. 241/1990 che include il principio in esame nel catalogo dei canoni fondamentali cui deve ispirarsi tutta l'azione amministrativa.

In siffatto contesto va intesa come equidistanza tra più soggetti pubblici o privati che vengono in contatto con la p.a. Più specificatamente, l'imparzialità impone la capacità del responsabile del procedimento di raggiungere, nell'espletamento delle proprie funzioni, un grado di astrazione tale da far prevalere l'interesse pubblico solo se necessario e in ogni caso solo a seguito di una attenta valutazione degli interessi potenzialmente con esso in conflitto²⁷³

Dalla imparzialità così intesa derivano importanti corollari: divieto di favoritismi nella irrogazione della sanzione ed obbligo di valutazione di tutti gli interessi coinvolti; obbligo di astensione per i funzionari che abbiano un interesse nell'atto in questione; criteri tecnici ed imparziali nella composizione delle commissioni aggiudicatrici; onere di ricusazione per le parti interessate che possono ricusare il pubblico funzionario che abbia un interesse nella fattispecie; illegittimità, nella *species* della annullabilità per vizio di violazione di legge, della sanzione irrogata in contrasto con i canoni indicati.

²⁷³ Sul principio di imparzialità la dottrina è vasta. Fra gli altri, si rinvia a S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1989; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della costituzione (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993; F. MERLONI, *Amministrazione "neutrale" e amministrazione "imparziale". A proposito dei rapporti tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubblico*, 1997, p. 319; M.S. GIANNINI, *L'ordinamento dei pubblici uffici*, in AA.VV., in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1982.

Per quanto attiene invece agli aspetti di discontinuità, non sembra che l'autorità amministrativa goda di una indipendenza paragonabile a quella dell'autorità giudiziaria.

Prima facie, potrebbe dirsi che a seguito della riforma realizzata dal d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, che ha configurato il rapporto tra politica ed amministrazione in termini di direzione, sia riconosciuta alla p.a. un certo grado di separazione dalla politica.

Purtuttavia, sebbene sia ormai superato il modello cavouriano del ministro inteso come “giano bifronte” (vale a dire come vertice al tempo stesso politico ed amministrativo), costui, in base all'art. 95, co. 2 Cost., resta comunque responsabile politicamente dell'amministrazione cui è preposto²⁷⁴.

Una siffatta responsabilità, all'evidenza, non può configurarsi in termini di mera responsabilità da posizione, implicando, al contrario, una possibilità di ingerenza sulla gestione stessa. Tale ingerenza, in assenza di competenze amministrative dirette, si estrinseca nelle forme del controllo sull'attività amministrativa, della possibilità di revoca del dirigente apicale nonché della responsabilità dirigenziale. Da queste considerazioni emerge dunque che, almeno nella p.a. “tradizionale”, sussiste un inevitabile collegamento con il vertice politico. E ciò anche per esigenze di democraticità in quanto il legame con l'esecutivo, e per il suo tramite (in virtù della forma di governo parlamentare) con il Parlamento, consente di assicurare il rispetto del canone di sovranità popolare.

Ragioni strutturali ed organizzative, strettamente connesse all'assetto dei rapporti anche politici tra i vari poteri dello Stato, ostano dunque ad un modello di p.a. totalmente indipendente, assimilabile all'ordine giudiziario.

Simili considerazioni, valide in linea generale, necessitano poi di significative integrazioni con riferimento alla figura delle cd. Autorità Indipendenti.

Queste ultime risultano di particolare importanza nell'ambito della presente trattazione, in quanto la maggior parte delle sanzioni suscettibili di essere qualificate come “punitive” risulta irrogata proprio dalle *Authorities*.

Com'è noto, si tratta di corpi amministrativi dotati di particolari competenze tecniche, istituite al fine di esercitare funzioni di regolazione e di controllo in settori

²⁷⁴ Sul punto si rinvia a M. CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del T.a.r. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Dir. amm.*, fasc.3-4, 2000, pag. 361.

particolarmente sensibili e nevralgici, in cui lo Stato-Governo, inteso come persona giuridica, è uno dei potenziali concorrenti²⁷⁵.

Ebbene, la caratteristica principale delle AA.II. è proprio l'indipendenza dal potere politico che impone il superamento dello schema appena delineato.

Tali autorità non sono infatti soggette al controllo politico; inoltre, i vertici vengono scelti dal Parlamento o, comunque, la loro nomina necessita di una approvazione parlamentare; sono irrevocabili e durano in carica per un periodo sufficientemente lungo a garantire lo svolgimento delle funzioni in modo indipendente ed imparziale; risultano sottoposti a stringenti requisiti e a numerose incompatibilità.

In altri termini, in forza della particolare configurazione strutturale-organizzativa delle *Autorithies*, che le sottrae al circuito politico Governo-Parlamento, le tradizionali garanzie del giusto procedimento risultano intensificate.

Senonché, il connotato dell'indipendenza, che vale a distinguere questi soggetti dal resto dell'amministrazione, non viene interpretato in maniera unitaria.

Secondo un primo orientamento, cd. riduzionistico, non è concepibile che tali Autorità siano totalmente irresponsabili nei confronti del Governo e dunque, per il suo tramite, nei confronti della collettività.

Per tali ragioni, queste avrebbero nei confronti dell'esecutivo il dovere di rendere conto, ovvero di rendere pubblici gli atti compiuti, le ragioni delle scelte nonché i criteri che ne hanno orientato l'attività. Il Governo, dal canto suo, sarebbe responsabile sotto il profilo della *culpa in eligendo*, oltre che dotato (sia pure in situazioni estreme) della facoltà di rimozione.

Al contrario, la posizione opposta interpreta l'indipendenza in termini di massima intensità, necessaria proprio al fine di realizzare le finalità cui le stesse sono preposte.

²⁷⁵ Gli studi sulle *Autorithies* sono moltissimi; fra tutti, si rinvia a M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996; A. PREDIERI, *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; F. MERUSI-M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001; E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino, 2000, p. 130; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997.

Se la *ratio* di un tale modello di amministrazione risiede proprio nella protezione dei cittadini e delle loro libertà fondamentali contro eventuali abusi dell'amministrazione o di potenti gruppi privati, risulta allora essenziale sottrarre questi organismi da ogni forma di ingerenza politica.

Proprio tale finalità, del resto, fa sì che l'attività da queste esercitata sia assimilabile non tanto ad una funzione amministrativa in senso classico quanto piuttosto ad una sorta di funzione giurisdizionale; tale da aver indotto taluni a parlare di un modello di amministrazione giurisdicente, dotato cioè di carattere paragiurisdizionale.

Ebbene, pur senza spingersi sino al riconoscimento della natura quasi-giurisdizionale²⁷⁶, la seconda tesi è quella che si intende accogliere in questa sede proprio perché, nella misura in cui avvicina le AA.II. all'autorità giudiziaria, consente di assicurare un livello di indipendenza assimilabile a quello richiesto dall'art. 6 CEDU.

4.1 La terzietà: il problema della separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie

Riflessioni diverse suscita l'ulteriore requisito della "terzietà", a cui sembra far riferimento il testo convenzionale allorché impone che la «*causa sia esaminata equamente*».

Al riguardo, non sembra che la p.a. in senso tradizionale possieda la caratteristica in questione, e ciò per almeno due ordini di ragioni.

Innanzitutto, come chiarito in precedenza, l'agire della p.a., per quanto sia sottoposto al canone della imparzialità, risulta in ogni caso funzionalmente orientato al perseguimento di un interesse pubblico di volta in volta diverso, circostanza questa che rende impossibile quella assenza di pregiudizio in ordine alla fattispecie giudicanda.

In secondo luogo, non è ravvisabile quella compiuta separazione tra organi istruttori e organi decisorii di cui si è detto; tanto si ricava dalla disciplina del procedimento sanzionatorio amministrativo dettata in via generale dalla l. n. 689/1981.

²⁷⁶ Circostanza questa esclusa anche dalla Corte Cost., sent. 31 gennaio 2019, n. 13 che ha negato all'*Antitrust* la legittimazione a promuovere giudizio incidentale. La sentenza in esame si segnala inoltre per le importanti indicazioni fornite in ordine alla collocazione istituzionale delle *Autorithies* nell'ambito dell'amministrazione; per un commento, si rinvia a O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n. 13 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 30 dicembre 2020.

In via estremamente sintetica, sebbene il procedimento ivi descritto si articoli in una serie di fasi, scandite da precisi adempimenti funzionali a garantire l'effettiva partecipazione dei soggetti interessati²⁷⁷, l'autorità competente ad ingiungere il pagamento della somma di denaro, individuata ai sensi dell'art. 17, commi 1-5²⁷⁸, non risulta strutturalmente distinta da quella a cui appartengono gli organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni e titolari dei poteri elencati dall'art. 13, commi 1-2²⁷⁹.

Tali criticità sono attenuate solo in parte nel modello riconducibile alle Autorità Indipendenti.

Queste ultime, senz'altro, non risultano teleologicamente orientate al perseguimento di un interesse pubblico. Al contrario, proprio la *ratio* posta a fondamento della loro istituzione, impone che esse agiscano non soltanto in modo imparziale ma anche neutrale; e ciò in quanto la regolazione dei settori nevralgici è affidata ad Amministrazioni che sono espressione non dello Stato-persona ma dello Stato-comunità.

In particolare, la neutralità impone l'indifferenza e l'equidistanza rispetto a tutti gli interessi da regolare e tra loro confliggenti: l'interesse cui sono prepose le AA.II., infatti, è quello generale al rispetto delle regole. Sotto tale aspetto, pertanto, le

²⁷⁷ Si pensi ad esempio all'onere di notificazione immediata o di notificazione al trasgressore (art. 14) o alla possibilità per l'interessato di far pervenire, all'ufficio periferico cui sono demandati i compiti dal Ministero nella cui competenza rientra la materia, *scritti difensivi e documenti* nonché di essere *sentito* (art. 18).

²⁷⁸ «Qualora non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta, il funzionario o l'agente che ha accertato la violazione, salvo che ricorra l'ipotesi prevista nell'articolo 24, deve presentare rapporto, con la prova delle eseguite contestazioni o notificazioni, all'ufficio periferico cui sono demandati attribuzioni e compiti del Ministero nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione o, in mancanza, al prefetto. 2. Deve essere presentato al prefetto il rapporto relativo alle violazioni previste dal testo unico delle norme sulla circolazione stradale, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 15 giugno 1959, n. 393, dal testo unico per la tutela delle strade, approvato con regio decreto 8 dicembre 1933, numero 1740, e dalla legge 20 giugno 1935, numero 1349, sui servizi di trasporto merci. 3. Nelle materie di competenza delle regioni e negli altri casi, per le funzioni amministrative ad esse delegate, il rapporto è presentato all'ufficio regionale competente. 4. Per le violazioni dei regolamenti provinciali e comunali il rapporto è presentato, rispettivamente, al presidente della giunta provinciale o al sindaco. 5. L'ufficio territorialmente competente è quello del luogo in cui è stata commessa la violazione».

²⁷⁹ «Gli organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro possono, per l'accertamento delle violazioni di rispettiva competenza, assumere informazioni e procedere a ispezioni di cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, a rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ad ogni altra operazione tecnica. 2. Possono altresì procedere al sequestro cautelare delle cose che possono formare oggetto di confisca amministrativa, nei modi e con i limiti con cui il codice di procedura penale consente il sequestro alla polizia giudiziaria».

Autorithies sembrano rispettare il requisito della terzietà, tipico dell'autorità giudiziaria.

L'ostacolo maggiore, tuttavia, è rappresentato dal secondo profilo, vale a dire la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

Sul punto, appare opportuno evidenziare come spesso il legislatore nel disciplinare il procedimento sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti abbia espressamente prescritto tale separazione.

Si pensi, in via esemplificativa, ai procedimenti sanzionatori svolti dinnanzi alla Banca d'Italia, alla Consob, all'Isvap e alla Covip per i quali l'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 prevede che siano svolti nel rispetto, tra gli altri, del principio «della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione»²⁸⁰.

Molte delle Autorità Indipendenti, pertanto, proprio nel tentativo di dare attuazione a tali disposizioni, hanno articolato il loro assetto organizzativo interno distinguendo e separando gli organi con competenze istruttorie da quelli con competenze decisorie.

Tuttavia, secondo la giurisprudenza – che si è occupata del procedimento sanzionatorio svoltosi dinnanzi alla Consob, ma le cui argomentazioni risultano valevoli anche per le altre *Authorities* - una simile differenziazione, possedendo carattere meramente funzionale, sarebbe inidonea ad assicurare la c.d. imparzialità oggettiva.

Nello specifico, in ossequio alla previsione contenuta nell'art. 187-*septies*, comma 2, del t.u.f.²⁸¹, la Consob ha previsto una separazione formale ed organica tra: Ufficio Insider Trading, competente a promuovere un procedimento contro la persona sospettata ed a valutare le sue deduzioni difensive; Ufficio Sanzioni Amministrative, competente ad effettuare l'indagine e redigere il rapporto finale con la formulazione dell'addebito formale e la proposta dell'importo della sanzione da infliggere, e la CONSOB in quanto commissione, competente ad emettere la decisione amministrativa definitiva²⁸².

Ebbene rispetto a questo assetto, la Corte EDU nel caso *Grande Stevens and others*

²⁸⁰ Si è già accennato che tale disposizione rappresenta il tentativo di adeguamento interno ai principi sovranazionali. Cfr. sul punto considerazioni svolte *supra* al par. 1

²⁸¹ Secondo cui «il procedimento sanzionatorio è retto da principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie».

²⁸² Cfr. in tal senso delibere n. 15086 del 2005 e n. 18750 del 2013.

v. *Italia* ha escluso che la Consob possieda natura di organo imparziale ed indipendente dai servizi istruttori e sanzionatori, e ciò per varie ragioni.

Innanzitutto, il presidente della CONSOB da un lato, «è incaricato di effettuare una supervisione della fase istruttoria, nonché di impartire istruzioni e direttive»; dall'altro, «partecipa direttamente all'esercizio dei più importanti poteri di ispezione e degli altri poteri di indagine». Inoltre, la CONSOB «può esercitare poteri di indagine molto incisivi», oltre che motivare «per relationem, in riferimento ai precedenti atti di procedura»²⁸³.

Poco tempo dopo anche il Consiglio di Stato giungeva alla stessa conclusione, precisando che le medesime considerazioni sono estendibili anche a molte Autorità indipendenti presso le quali le due funzioni, sebbene affidate a organi e uffici tra loro distinti, da un punto di vista soggettivo-strutturale risultano comunque concentrate in capo ad un'unica Autorità.

Nei procedimenti sanzionatori, dunque, il contraddittorio rimane di tipo verticale, confrontandosi il privato «con un soggetto che non si colloca in posizione di parità, ma ha un ruolo di superiorità, essendo lo stesso soggetto titolare del potere di irrogare la sanzione»²⁸⁴.

Il rispetto della cd. imparzialità oggettiva imposta dalla CEDU (corrispondente al carattere della terzietà) potrebbe essere garantito solo in conseguenza di profonde trasformazioni del sistema organizzativo delle Autorità Indipendenti così come attualmente costituito.

Sul punto, le soluzioni astrattamente prospettabili si ricavano dall'esame delle esperienze straniere.

²⁸³ Corte EDU, Seconda Sezione, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010. Per un commento v. F. TRIPOLI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 marzo 2014; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2014, 1-15.

²⁸⁴ Cons. di St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595. La validità di siffatte affermazioni anche con riferimento ad altre *Authorities* emerge attenzionando, ad esempio, l'organizzazione interna dell'AGCM. Al riguardo, l'art. 27 del d. lgs. 206/2005 utilizza indistintamente il termine «Autorità» per indicare il soggetto a cui è attribuita, contemporaneamente, la responsabilità dell'istruttoria (commi 3-5) e della successiva decisione (comma 9). Il responsabile del procedimento, per quanto sia estraneo al collegio – non essendo espressamente prevista una sua partecipazione alle deliberazioni collegiali – non risulta tuttavia realmente separato da questo, svolgendo, semmai, una funzione ad esso ausiliaria. Sulla materia, si rinvia a F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2013, pag. 669.

Nello specifico, una delle opzioni è quella accolta nel più volte menzionato sistema anglo-americano ove si è provveduto alla creazione di autorità amministrative dotate di sole funzioni istruttorie, con conseguente attribuzione della competenza sanzionatoria alle autorità giurisdizionali²⁸⁵.

Una diversa alternativa è quella attuata in Francia all'indomani della sentenza *Dubus*²⁸⁶, che censurava il sistema francese proprio in relazione ai medesimi profili.

In quell'occasione la Corte Edu ha ritenuto che l'organizzazione interna della *Commission bancaire* francese, pur presentando una certa distinzione tra organi d'accusa (segretario generale) e decisori (commissione) – e ciò in ragione della mancata partecipazione del primo alle deliberazioni della seconda -, non fosse sufficientemente allineata ai principi convenzionali. Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, gli organi istruttori apparivano, nella sostanza, serventi rispetto a quelli decisori, potendo da questi ricevere istruzioni dettagliate.

Per porre rimedio alla menzionata violazione il legislatore francese ha riformato l'organizzazione amministrativa in materia di vigilanza bancaria dando luogo alla creazione di due Autorità con funzioni chiaramente distinte, l'una istruttoria e l'altra decisoria²⁸⁷.

Proprio quella appena illustrata sembra essere la strada preferibile, peraltro auspicata da una cospicua parte della dottrina interna ancora prima della diffusione delle influenze di derivazione sovranazionale²⁸⁸.

²⁸⁵ Si pensi, in tal senso, alla soluzione accolta dall'*Administrative Procedure Act* degli Stati Uniti, in base al quale nelle Agenzie la funzione istruttoria è separata da quella decisionale che è attribuita agli *Administrative Law Judges*). Analogamente nel sistema inglese la fase investigativa ed istruttoria è svolta dalla *Financial Conduct Authority (FCA)*, mentre il potere decisionale è attribuito ad un Comitato del tutto indipendente (il *Regulatory Decision Committee*), composto da professionisti che rappresentano l'interesse pubblico e che non sono titolari di un rapporto di lavoro con la FCA.

²⁸⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A.v. c. Francia*

²⁸⁷ Nello specifico, l'art. L. 612-4 dell'Ordonnance n° 2010-76 del 21 gennaio 2010, in luogo della *Commission bancaire (COB)*, ha istituito una nuova autorità di controllo sul sistema bancario (*Autorité de contrôle prudentiel*) composta da due organi con funzioni chiaramente distinte: la commissione con funzioni decisorie-sanzionatorie (*commission des sanctions*), ed un collegio, con funzioni di vigilanza e di istruttoria.

²⁸⁸ Il riferimento non può che essere a F. BENVENUTI, *Proposte in tema di organizzazione regionale*, in *Le Regioni*, 1973 nonché U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, cit., p. 219. Più di recente, dello stesso orientamento sono M. T. SERRA, *Contributo a uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, p. 387 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, n. 1/2004, p. 59 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 199 ss.; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo ed interessi materiali*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2005, p. 155 ss. *Contra*, nel senso che l'immediatezza dell'organo o del funzionario che istruisce e decide è funzionale

Sia pure con la precisazione che, pur trattandosi di sistemi realizzabili almeno de *jure condendo*, gli stessi non risultano una soluzione imposta in ogni caso dalla CEDU. Come più volte chiarito, infatti, l'alternativa al rispetto delle menzionate garanzie già nel procedimento è rappresentata da una eventuale "sanatoria" *ex post* nella fase processuale.

5. Il principio del contraddittorio come tutela "a più livelli"

Si è detto che, secondo la teoria generale, il contraddittorio rappresenta una peculiarità del processo, il cui *discrimen* rispetto al procedimento sarebbe costituito proprio dal *quomodo* della partecipazione²⁸⁹.

Anche sotto questo profilo, dunque, sembra scorgersi una non perfetta sovrapponibilità: sebbene il termine contraddittorio sia usato anche in relazione al procedimento, la nozione in esame si presta ad essere declinata su vari livelli di tutela.

In altri termini, in ciascun ambito le garanzie del contraddittorio, lungi dal costituire un insieme predefinito e costante di poteri, doveri e facoltà attribuiti alle parti, sono suscettibili di variazioni e adattamenti, in funzione del tipo di procedimento e degli interessi in gioco.

In particolare, in ambito processualpenalistico il principio in esame raggiunge il livello più alto, essendo strettamente funzionale ad assicurare il diritto di difesa: si realizza cioè un contraddittorio orizzontale, vale a dire tra accusa e difesa in condizioni paritarie, davanti a un giudice terzo e imparziale; cui consegue il riconoscimento del diritto, in capo al soggetto interessato, di interloquire in ogni fase del procedimento. E ciò proprio in quanto il contraddittorio viene qui enunciato non solo nel suo significato classico, riferibile a tutti i tipi di processo (art. 111, co. 2 Cost.), ma anche in una forma più intensa (art. 111, co. 4 Cost.)²⁹⁰.

In dettaglio, si parla di contraddittorio "debole" per indicare la necessità che la decisione del giudice sia emanata *audita altera parte*, vale a dire solo dopo aver messo il soggetto in grado di esporre le proprie difese. Inteso in questo senso, il

all'imparzialità della decisione, G. PASTORI, *La procedura amministrativa negli ordinamenti contemporanei negli ordinamenti contemporanei. Introduzione generale*, in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, p. 65.

²⁸⁹ Cfr. *supra* par. 3

²⁹⁰ Così P. TONINI- C. CONTI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 10.

contraddittorio risulta attuato quando la parte e il suo difensore conoscono i presupposti di fatto e di diritto sui quali il giudice fonderà la decisione.

Il contraddittorio “forte” attiene invece al momento formativo della prova, e risulta a sua volta articolato in una duplice accezione.

In senso oggettivo, indica il momento formativo della prova basata sul metodo dialettico; quest’ultimo, con riferimento alla prova principe - vale a dire quella orale -, si estrinseca nelle forme dell’esame incrociato disciplinato dall’art. 498 c.p.p.²⁹¹.

In senso soggettivo, allude al diritto dell’imputato di confrontarsi con l’accusatore e di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico nonché al divieto di fondare la sua colpevolezza sulle dichiarazioni rese da chi si sottrae volontariamente a tale forma di interrogatorio²⁹².

Le uniche eccezioni sono quelle indicate dal successivo co. 5 dell’art. 111 Cost., nelle quali il diritto al contraddittorio viene bilanciato con altre esigenze ritenute di volta in volta prevalenti²⁹³.

Con riferimento al procedimento amministrativo, viene in rilievo invece un contraddittorio di tipo verticale, che si instaura tra l’interessato sottoposto e l’Amministrazione titolare del potere, quest’ultima collocata, pertanto, su un piano non paritario.

In questo caso, il principio in esame realizza una funzione non tanto difensiva ma essenzialmente collaborativa e partecipativa, per lo meno nella sua versione disciplinata dalla legge 7 agosto 1990, n. 241.

²⁹¹ In particolare, le domande sono poste dapprima dalla parte che ha chiesto l’esame del teste (esame diretto), successivamente la parte che ha interesse contrario può procedere al controesame ed infine la parte che ha chiesto l’esame può proporre nuove domande.

²⁹² Sulla corretta interpretazione di questo principio si sono contrapposti due orientamenti. Secondo un orientamento restrittivo, l’unica prova utilizzabile per la decisione finale sarebbe quella formata attraverso l’esame incrociato, con la conseguenza che le dichiarazioni rese durante le indagini sarebbero utilizzabili solo ai fini della contestazione a colui che in dibattimento abbia fornito una precedente versione e quindi al solo scopo di valutarne la credibilità (cfr. in tal senso P. FERRUA, *L’avvenire del contraddittorio*, in *Critica dir.*, 2000, 25; E. MARZADURI, *Sul diritto al silenzio degli imputati il giusto processo vive di contraddizioni*, in *Guida dir.* 2000, n. 43, 12). Per una diversa posizione estensiva, dovrebbe considerarsi resa in contraddittorio anche la precedente dichiarazione resa durante le indagini, che sia stata contestata in dibattimento a colui che nell’esame incrociato ha reso una diversa versione in quanto attraverso la contestazione si sottoporrebbe al contraddittorio anche la precedente dichiarazione difforme (così P. MOROSINI, *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, in *Dir. pen. Proc.*, 2000, 334; G. SALVI, *Il difficile puzzle della risposta alle contestazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 settembre 2000).

²⁹³ Nello specifico, il riferimento è al «consenso dell’imputato», alla «accertata impossibilità di natura oggettiva» nonché ad una «provata condotta illecita». Su tali aspetti si rinvia a Così P. TONINI- C. CONTI, *Manuale breve cit.*, p. 12.

In realtà, lo specifico procedimento sanzionatorio disciplinato dalla 689/1981 sembra presentare un contraddittorio in una accezione rafforzata che, sebbene non del tutto sovrapponibile a quella processuale, presenta con essa forti affinità.

Anche a prescindere dalla sua inclusione nell'ambito della "materia penale" da parte della Corte EDU, il procedimento sanzionatorio è infatti ritenuto un procedimento *sui generis* rispetto ai comuni procedimenti amministrativi, essendo l'Amministrazione chiamata non solo e non tanto a curare un interesse pubblico concreto, ma a punire in nome dell'interesse generale all'osservanza delle leggi.

Non a caso, con specifico riferimento ai procedimenti sanzionatori svolti dinnanzi alle Autorità Indipendenti, la natura e la *ratio* della partecipazione risultano oggetto di un acceso dibattito.

All'orientamento secondo cui la partecipazione mantenga una funzione analoga a quella propria del procedimento disciplinato in via generale dalla legge n. 241/1990 e dunque di natura mista - tanto difensiva quanto collaborativa - se ne contrappone un altro che, a fronte delle peculiarità del procedimento sanzionatorio, riconosce in questi casi alla partecipazione un ruolo essenzialmente difensivo²⁹⁴.

Quest'ultima tesi sembra quella preferibile, e gli elementi valorizzati a tal fine sono diversi.

Si pensi ad esempio alla contestazione immediata al trasgressore e alla persona obbligata in solido, ovvero alla notificazione entro il termine previsto dalla legge per i casi in cui la contestazione immediata non sia possibile²⁹⁵: si tratta di istituti che in parte riecheggiano l'avviso di conclusione delle indagini previsto nel processo penale.

Inoltre, esemplificativa è la possibilità riconosciuta all'interessato di chiedere la

²⁹⁴ Sul punto, si rinvia alle considerazioni di A. GIANNELLI, *Giudice ordinario e decisione amministrativa*, in *Judicium: il processo civile in Italia e in Europa*, fasc. 3, 2020; F. TRIMARCHI BANFI, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 1, 2019; C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 3, 2019; F. TIRIO, *Le garanzie nei procedimenti sanzionatori della Consob dopo la sentenza Grande Stevens e le successive modifiche regolamentari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2018; F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2013; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, 2002; F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 1996.

²⁹⁵ Cfr. art. 14, commi 1 e 2, l. 689/1981.

revisione dell'eventuale analisi a campione, consentendo altresì la partecipazione di un proprio consulente tecnico²⁹⁶. Trattasi di un adempimento funzionale a garantire il pieno coinvolgimento del privato nel procedimento accertativo dell'illecito, sulla falsariga di quanto avviene nel caso in cui debba essere acquisita una prova scientifica nel processo penale²⁹⁷.

Sempre nella stessa direzione viene in rilievo la possibilità per l'interessato di far pervenire all'autorità scritti difensivi e documenti nonché di rendere dichiarazioni²⁹⁸: l'importanza della partecipazione risulta qui ulteriormente accresciuta dalla circostanza che la fase istruttoria tende alla ricostruzione della verità storica circa la violazione del precetto.

Nei procedimenti sanzionatori, in altri termini, la partecipazione procedimentale nella sua forma classica risulta chiaramente insufficiente; semmai, la stessa si connota di un *quid pluris* che la rende più affine al contraddittorio garantito in ambito giurisdizionale²⁹⁹.

Non solo. Come una sorta di escalation, queste considerazioni diventano più pregnanti allorquando vengano in rilievo sanzioni che possiedono natura punitiva. In relazione ad esse, secondo l'insegnamento della Corte EDU, il diritto ad un procedimento in contraddittorio non significa solamente che alla parte deve essere riconosciuto il diritto all'accesso al fascicolo dell'accusa ove ne faccia richiesta.

Al contrario, vi è un onere molto più stringente, ossia il dovere (non meramente passivo, ma altresì attivo) di dare comunicazione d'ufficio degli elementi rilevanti, al fine di mettere gli interessati in condizione di esercitare un effettivo contraddittorio e di influire così sull'esito della decisione. Il diritto al contraddittorio, dunque, si estende al dovere di tempestiva messa disposizione

²⁹⁶ Si allude alla previsione contenuta nell'art. 15, l. 689/1981.

²⁹⁷ Il riferimento è innanzitutto alla consulenza tecnica di parte, dentro (art. 225 c.p.p.) e fuori (art. 233 c.p.p.) dei casi di perizia.

²⁹⁸ Cfr. art. 18, l. 689/1981.

²⁹⁹ Sulle nozioni di partecipazione e di contraddittorio v. R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.2, 1 giugno 2017, pag. 209; F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 307; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2005, pag. 1003; M.R. SPASIANI, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, fasc.2, 2002, pag. 283; F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2000, pag. 627.

attiva di tutti gli atti e documenti rilevanti³⁰⁰.

E l'ordinamento interno sembra, almeno in linea di principio, aver recepito questi approdi, specie in relazione a taluni specifici procedimenti sanzionatori dinnanzi alle Autorità Indipendenti.

Si pensi, ad esempio, al procedimento dinnanzi alla Consob delineato dagli artt. 187-*septies* e 195 t.u.f. all'indomani delle modifiche introdotte dalla più volte richiamata legge 18 aprile 2005, n. 62 nonché a quelli svolti dalla Banca d'Italia, dall'Ivass e dalla Covip per i quali l'art. 24, della legge 28 dicembre 2005, n. 262 ha esteso l'applicazione dei principi già introdotti dalla l. 62/2005.

In relazione ad essi il legislatore si preoccupa di ribadire espressamente la necessità che il procedimento sia retto dal principio del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie. E, proprio la circostanza che la disciplina generale del procedimento preveda già un livello minimo di contraddittorio, induce a ritenere che la portata innovativa della disciplina in esame sia quella di imporre uno standard più elevato³⁰¹.

Del resto, il principio in esame è richiamato insieme a quelli di piena conoscenza degli atti e di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, anch'essi di matrice processualistica e che, a loro volta, evocano il rispetto di un nucleo minimo di garanzie senz'altro più elevato di quello assicurato nell'ambito dei comuni procedimenti amministrativi.

5.1 La garanzia del contraddittorio rafforzato risulta realmente effettiva?

Se l'efficacia "rafforzata" del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori risulta una tendenza piuttosto consolidata, lo stesso non può dirsi per la questione logicamente successiva concernente l'incidenza di eventuali violazioni procedurali – tra cui rientra appunto la lesione del contraddittorio - sul provvedimento.

³⁰⁰V. in tal senso Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 giugno 2011, caso n. 25041/07, *Messier v. France*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 luglio 2000, caso n. 23969/94, *Mattoccia v. Italy*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 luglio 2002, caso n. 36590/97, *Goc v. Turkey*.

³⁰¹ Sul punto, v. le considerazioni di M. CLARICH – L. ZANETTI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, fasc.2, 2013, pag. 358; M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento Antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2003, pag. 665.

Inizialmente la giurisprudenza prevalente della Cassazione, ritenendo che l'audizione dell'interessato integri una garanzia posta a tutela del diritto di difesa, è giunta alla conclusione secondo cui il suo mancato esame renda illegittima l'ordinanza-ingiunzione³⁰².

Nel 2010 la stessa Cassazione ha cambiato orientamento, negando che tale violazione possa influire sulla legittimità dell'atto. E ciò in quanto, vertendo il successivo giudizio di opposizione sul rapporto e non solo sull'atto, gli argomenti che l'interessato avrebbe dovuto sostenere dinanzi all'Autorità amministrativa ben potrebbero essere prospettati in sede giurisdizionale³⁰³.

La stessa tesi è stata accolta poco dopo anche dal giudice amministrativo.

Ad esempio, il Consiglio di Stato in una decisione relativa ad un provvedimento sanzionatorio emesso dall'AGCM, ha escluso l'illegittimità dell'operato dell'Autorità in ragione della mancata audizione dei soggetti interessati. Secondo il massimo organo di giustizia amministrativa, infatti, la richiesta espressa fatta dagli interessati ai sensi dell'art. 12 del regolamento dell'Autorità sarebbe priva di natura vincolante e, dunque, rimessa ad un apprezzamento del responsabile del procedimento³⁰⁴.

Non solo. In quella stessa occasione i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che, nei procedimenti per pratiche commerciali scorrette, la comunicazione di avvio del procedimento in contrasto con il paradigma legale non possa comunque determinare l'annullabilità del provvedimento sanzionatorio, applicandosi anche in questa materia l'art. 21-*octies*, l. 241/1991, co. 2, secondo periodo³⁰⁵.

³⁰² Cfr. Cass. Sez. II, 26/11/2008, n. 28238; Cass. Sez. I, sez. I, 25/03/2005, (ud. 12/11/2004, dep. 25/03/2005), n.6519; Id., 06/04/2004, n. 6769.

³⁰³ Cass., Sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786. Si tratta di un orientamento ormai consolidato: nello stesso senso v. Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2014, n. 4220; Id., Sez. II, 20 gennaio 2014, n. 1065, Id., 19 luglio 2011, n. 15849; Id., 13 dicembre 2010, n. 25162; Id., 10 dicembre 2010, n. 25005; Id., 7 dicembre 2010, 24784; Id., Sez. lav., 19 aprile 2010, n. 9251.

³⁰⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256.

³⁰⁵ In particolare, la violazione del contraddittorio sarebbe irrilevante ogniqualvolta « *le ragioni in fatto e in diritto poste a fondamento dei provvedimenti sanzionatori impugnati* » apparissero, nella valutazione giudiziale, condivisibili, fino a potersi dire « *provato che il contenuto dispositivo dei provvedimenti sanzionatori non avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello adottato neppure laddove le società appellanti fossero state poste fin dall'inizio di rappresentare nella sede procedimentale gli argomenti di doglianza trasfusi nei propri scritti difensivi*», così Cons. St. Sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256. Negli stessi termini, con riferimento alle sanzioni Consob, si era espressa anche Cass., Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929 secondo cui: « *In tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241, gli eventuali vizi del procedimento amministrativo previsto dall'art. 195 d.lg. 24 febbraio 1998 n. 58, che si svolge innanzi alla*

Peraltro, far rientrare i procedimenti sanzionatori nel campo applicativo dell'art. 21octies, co.2 l. 241/1990 dovrebbe condurre all'applicazione anche della più generale previsione contenuta nel primo periodo del medesimo comma, in base al quale ogni vizio formale o procedimentale non determina l'annullabilità del provvedimento ove sia palese che il suo contenuto non sarebbe stato diverso da quello adottato in concreto.

Si tratta, però, di una logica chiaramente incompatibile con quella della CEDU, secondo cui invece le garanzie procedurali dovrebbero valere per sé stesse, e non in una prospettiva meramente strumentale volta ad assicurare la legittimità del provvedimento. Come già ampiamente chiarito infatti, nella giurisprudenza sovranazionale è irrilevante che le violazioni siano state tali da aver concretamente influito sull'esito della decisione, essendo in ogni caso dotate di valore assoluto³⁰⁶. Ed in effetti questo orientamento interno, per quanto sia piuttosto diffuso, non ha mancato di sollevare numerose perplessità.

Innanzitutto, tale indirizzo sembrerebbe danneggiare tanto il soggetto sanzionato, obbligato ad impugnare dinnanzi al giudice il provvedimento sanzionatorio per far valere le proprie ragioni che ben avrebbe potuto spiegare in sede procedimentale; quanto la stessa autorità amministrativa, costretta a prolungare nella fase giurisdizionale la vicenda sanzionatoria, con maggiori costi anche in termini di tempo³⁰⁷.

Inoltre, con specifico riferimento alla richiesta di audizione, lo stesso si porrebbe in contrasto con l'art. 97 Cost.³⁰⁸ e con i principi UE, ed in particolare con l'art. 41, par. 2, della Carta di Nizza che riconosce «*il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale*

Commissione nazionale per la società e la borsa, non sono rilevanti, in ragione tanto della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, quanto della immodificabilità del suo contenuto. Tale disposizione, introdotta dall'art. 14 l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha carattere processuale, ed è pertanto applicabile con effetto retroattivo anche ai giudizi di opposizione in corso, ancorché promossi in epoca successiva alla sua emanazione».

³⁰⁶ Cfr. in tal senso Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 luglio 2000, caso n. 23969-IX, *Mattoccia c. Italia*; ID., 15 gennaio 2009, n. 8927/02, *Sharomov v. Russia*. In argomento, si rinvia a P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, 2015.

³⁰⁷ Così E.M. MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 961 e ss.

³⁰⁸ V. L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 595.

che gli rechi pregiudizio»³⁰⁹.

A ciò si aggiunga poi, nella prospettiva che qui interessa, che ove la sanzione possieda carattere sostanzialmente penale un approccio di tal fatta si porrebbe in contrasto con il principio del contraddittorio “in senso forte” che, ai sensi dell’art. 111, co. 4 Cost, dovrebbe invece essere garantito durante la formazione della prova nel “processo” inteso in senso ampio.

Una parziale evoluzione in senso più garantista potrebbe ravvisarsi in una pronuncia più recente con cui il Consiglio di Stato ha censurato un regolamento Consob (emanato con delibera 21 giugno 2005 n. 15086³¹⁰) per contrasto con la normativa nazionale introdotta nel 2005³¹¹.

Secondo il giudice amministrativo, in un contesto in cui il principio il contraddittorio dovrebbe esplicarsi in ogni fase del procedimento, verrebbe qui a mancare proprio una interlocuzione tra l’ufficio titolare del potere di decisione finale e il soggetto che è destinato a subire la medesima decisione.

Infatti, a seguito della (comunque debole) partecipazione attuata mediante la contestazione dell’addebito, il procedimento sanzionatorio prosegue in totale assenza di contraddittorio, in un settore in cui invece quest’ultimo dovrebbe essere inteso in una forma particolarmente intensa³¹².

³⁰⁹ Sempre in senso critico, si v. E. BINDI, *Sanzioni Consob e Banca d’Italia: il punto dopo gli interventi del Consiglio di Stato, la riforma del regolamento Consob e le nuove norme dettate dal legislatore italiano*, in *www.giustamm.it*, 2015.

³¹⁰ Si noti, peraltro, come la delibera in esame sia stata poi abrogata e sostituita dalla delibera 19 dicembre 2013, n. 18750 la quale, ad avviso del Consiglio di Stato, non riesce comunque a superare le criticità del precedente regolamento.

³¹¹ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595. Peraltro, la pronuncia in esame appare rilevante nella misura in cui precisa che il regolamento Consob non viola né l’art. 6, par. 1, CEDU né la Costituzione, con ciò confermando la tesi secondo cui la previsione di una successiva fase giurisdizionale innanzi a un organo dotato di piena giurisdizione sarebbe in grado di colmare le eventuali “mancanze” della fase amministrativa. Nel caso in cui il rispetto del contraddittorio rafforzato è imposto dallo stesso legislatore – come risulta essere quello in esame - il regolamento sarebbe illegittimo per violazione di legge. In senso critico in ordine alla mancata violazione dell’art. 6 CEDU si vedano le considerazioni di B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, fasc. 4, 511 e ss.

³¹² In particolare, impone «non solo che all’interessato deve essere assicurato il diritto di controdedurre rispetto all’addebito contestatogli, ma che la difesa debba poter interagire con l’accusa in tutte le fasi del procedimento, secondo modalità destinate a connotare in termini più dialettici il procedimento e a trasformarlo da procedimento inquisitorio a procedimento accusatorio, in cui l’interessato deve avere la possibilità di conoscere la proposta dell’Ufficio sanzioni e di replicare prima che la Commissione decida» Così Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595. Sulla stessa scia si è collocata più di recente anche la Corte di Cassazione in un caso in cui la Consob, dopo aver inizialmente contestato all’incolpato l’illecito del *tayautage* (consistente nell’indurre taluno a compiere operazioni sugli strumenti finanziati oggetto dell’informazione

All'indomani della citata pronuncia, il legislatore ha tentato di porre rimedio alle segnalate violazioni³¹³.

La nuova disciplina rende accessibili ai diretti interessati le valutazioni conclusive dell'ufficio sanzioni amministrative redatte al termine della fase istruttoria, riconoscendo altresì ai destinatari delle contestazioni la facoltà di presentare direttamente alla Commissione controdeduzioni finali in forma scritta.

Inoltre, agli interessati che abbiano presentato le deduzioni scritte, ovvero abbiano partecipato all'audizione prevista, deve essere trasmessa in via automatica la relazione dell'Ufficio sanzioni amministrative al fine di consentire loro di presentare controdeduzioni scritte, così attuando un ulteriore momento di contraddittorio nella fase decisoria davanti al Collegio.

Ancora, è stato previsto che sia resa nota anche l'entità delle sanzioni contenute nella relazione finale dell'USA e oggetto di proposta alla Commissione, trattandosi di un aspetto anch'esso funzionale a garantire il diritto al contraddittorio.

Tale comunicazione, tuttavia, risulta limitata ai soli soggetti che nella fase istruttoria abbiano presentato le deduzioni scritte, ovvero abbiano richiesto e partecipato all'audizione dinanzi all'Ufficio sanzioni amministrative, e ciò al fine di evitare l'instaurarsi di meri comportamenti opportunistici volti a dilazionare il termine per l'irrogazione della sanzione.

Quest'ultimo, in verità, rappresenta un profilo critico della disciplina nella misura in cui finisce per subordinare il contraddittorio nella fase decisoria davanti al collegio ad una manifestazione d'interesse alla partecipazione al procedimento, da esplicitarsi necessariamente nella fase istruttoria.

Al contrario, una corretta attuazione del principio stesso avrebbe dovuto portare a garantirne l'esercizio a tutti gli interessati, senza alcuna deroga o limitazione³¹⁴.

In disparte tale aspetto, la disciplina in esame sembra essere il punto di approdo più "avanguardista", sebbene non ancora del tutto in linea con l'indirizzo

privilegiata) sanzionava costui per il diverso illecito di *tipping* (integrato dalla trasmissione dell'informazione privilegiata al di fuori del normale esercizio del proprio lavoro). In quella vicenda la Suprema Corte concludeva nel senso che «*la violazione della regola legale della previa contestazione dell'illecito per il quale sia stata emessa una sanzione amministrativa è, infatti, di per sé stessa lesiva del diritto di difesa e determina ex se l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio, per violazione di legge*» (Cass. Sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521).

³¹³ Nello specifico, la Consob apportava modifiche al procedimento sanzionatorio, recepite con la delibera 29 maggio 2015, n. 19158; parimenti, il d.lgs. 2 maggio 2015, n. 72 introduceva alcune modifiche al Testo unico bancario e al Testo unico della finanza.

³¹⁴ Cfr. in tal senso B. RAGANELLI, *op. ult. cit.*, p. 522.

sovranazionale.

Del resto, considerare il contraddittorio alla stregua di metodo di decisione della funzione amministrativa, sulla scorta di quanto accade in ambito giurisdizionale, dovrebbe suggerire una mutazione nell'esercizio del pubblico potere che porti a fare del contraddittorio stesso una sorta di "valore permanente" delle decisioni pubbliche³¹⁵. Ma, per le medesime ragioni che si è tentato di spiegare allorquando si è esaminato il requisito della terzietà dell'autorità amministrativa³¹⁶, si tratta di un assetto rispetto al quale il nostro ordinamento non risulta ancora pronto.

6. *Il diritto al silenzio nel procedimento accertativo dell'illecito. Il contributo significativo della giurisprudenza nazionale e di quella sovranazionale*

Parimenti legato al profilo del contraddittorio, ma comunque dotato di specificità rispetto ad esso, è il diritto a rimanere in silenzio nel procedimento accertativo dell'illecito.

Per quanto non risulti espressamente sancito dal testo costituzionale, la vigenza del principio del *nemo tenetur se detegere*³¹⁷ nel settore penale si ricava, indirettamente, da una serie di previsioni in esso contenute.

Innanzitutto, il diritto *de quo* rappresenta un corollario dell'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 Cost.)³¹⁸ e della libertà personale (art. 13 Cost.)³¹⁹; in quanto tale, possiede natura di principio fondamentale, idoneo ad integrare un controlimito nei

³¹⁵ Sull'opportunità di una evoluzione in tal senso v. R. DICKMANN, *L'istruttoria legislativa nelle Commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rass. parl.*, 2000, p. 207 ss.; P. FAVA, *La consultazione e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un'apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, in *Corr. giur.*, 2005, 11, p. 1515 ss.; A. VALASTRO, *La valutazione ed i molteplici volti della partecipazione nell'ordinamento italiano. Quale ruolo per la consultazione in una governance problematica?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; A. CARDONE, *La qualità della normazione nella prospettiva dell'integrazione costituzionale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008, fasc. 2.

³¹⁶ Riconducibili essenzialmente all'assetto organizzativo proprio della pubblica amministrazione, sul quale si rinvia alle considerazioni svolte *supra* al par. 4.1.

³¹⁷ Si tratta di un pilastro dell'autodifesa penale in ossequio al quale nessuno può essere obbligato ad affermare la propria responsabilità penale, sia esso escusso in qualità di autore dell'illecito o di soggetto terzo. In argomento, v. G. ILLUMINATI, *Nemo tenetur se detegere: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1258 ss.

³¹⁸ Così P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, 2010, p. 1080 e ss.; V. PATANÉ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, p. 81; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere, Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 46.

³¹⁹ P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato*, cit., p. 1082.

rapporti con l'ordinamento europeo³²⁰. Secondariamente, un fondamento si rinviene nel principio di non colpevolezza dettato dall'art. 27, co. 2 Cost. che, nell'orientare l'intera attività processuale, osta alla previsione di un dovere di cooperazione da parte dell'imputato stesso³²¹. Inoltre, dalla nozione di equo processo di cui all'art. 111 Cost., e dal conseguente principio di parità delle parti, si trae la regola secondo cui l'imputato non può essere costretto a rivelare al proprio accusatore elementi dai quali emerga la propria responsabilità³²².

Tali disposizioni, unitariamente considerate, testimoniano come il principio in esame rappresenti un presupposto indefettibile del processo di impianto accusatorio³²³.

In effetti, si tratta di una facoltà riconosciuta all'indagato già in sede di indagini preliminari: tanto gli ufficiali di polizia (all'atto di assunzione di sommarie informazioni ex art. 350 c.p.p.), quanto il p.m. (in fase di interrogatorio ex art. 364 c.p.p.), prima di procedere all'esame, sono tenuti a fornire gli avvisi previsti dall'art. 64 c.p.p. tra cui è compreso, per quanto qui d'interesse, quello concernente la «*facoltà di non rispondere ad alcuna domanda*». Parimenti, all'imputato spetta il diritto a restare in silenzio in fase di esame dibattimentale (art. 208 c.p.p.), ove pure può rifiutare di rispondere ad una qualsiasi domanda³²⁴.

³²⁰ Sul concetto di controlimiti v., *ex multis*, E. ALBANESI, *Che cosa il caso Taricco ha insegnato alla Corte Costituzionale. Un nuovo rinvio pregiudiziale a fronte dei controlimiti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2020, pag. 425; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018; M. LUCIANI, *Intelligenti Pauca. Il Caso Taricco Torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2017, pag. 535; A. ANZON DEMMING, *La Corte Costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla Corte Europea di Giustizia l'onere di farne applicazione, bilanciando esigenze Europee e istanze identitarie degli Stati Membri*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2017, pag. 507; A. CELOTTO – T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.6, 2004, pag. 1309.

³²¹ Si v. in tal senso G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1975; V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000, 7; M. CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 1089; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, 68 ss.

³²² Così O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 63; P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, 2010, p. 1083.

³²³ Sul ruolo del principio *de quo* nel processo penale si rinvia a V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.

³²⁴ Per un approfondimento sulle modalità di deposizione dell'imputato nel processo penale si rinvia A. M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, VIII Ed., Torino, 2019; F. CORDERO, *Procedura Penale*, IX Ed., Milano, 2012; M. L. BITONTO, *Esame dibattimentale e garanzie difensive*

Sennonché, spostando l'attenzione dal settore penale a quello amministrativo, è facile notare l'assenza di disposizioni di analogo tenore.

Una simile facoltà non è prevista né dalla legge generale sul procedimento amministrativo, né dalla legge in materia di sanzioni pecuniarie. E la situazione rimane immutata ove ci si concentri sui procedimenti sanzionatori di fronte alle *Authorities*; anzi, - come si avrà modo di approfondire tra un attimo - talvolta il silenzio tenuto dall'interessato nel corso del procedimento accertativo dell'illecito è suscettibile di integrare, a sua volta, una condotta illecita oggetto di ulteriore sanzione³²⁵.

Questo assetto, se può essere tollerato con riferimento alle sanzioni amministrative cd. pure, è destinato ad entrare in crisi quando venga in considerazione una sanzione dotata di carattere punitivo.

Il diritto al silenzio, infatti, sebbene non espressamente enunciato³²⁶, costituisce uno degli elementi su cui si erge la nozione di equo processo, così come più volte chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Quest'ultima ha precisato che, affinché tale diritto venga realmente garantito, occorre che «*le autorità cerchino di fondare i loro argomenti senza ricorrere ad elementi di prova ottenuti con costrizioni, o pressioni o in dispregio della volontà dell'accusato*»³²⁷.

Sicché, a fronte dell'inerzia del legislatore interno, una prima evoluzione verso il recepimento di tali principi si deve all'opera della giurisprudenza - sia nazionale che comunitaria - intervenuta nell'ambito della stessa controversia, ciascuna in relazione al proprio profilo di competenza.

dell'imputato, in *Cass. Pen.*, Fasc.12, 2012, Pag. 4348B; P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.2, 2006, pag. 611; C. CONTI, *Profili penalistici della testimonianza assistita: l'esimente dell'art. 384 c.p. tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, Fasc.3, 2002, p. 840; A. BALSAMO, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cass. Pen.*, fasc.1, 2002, pag. 387.

³²⁵ Il riferimento in tal senso è all'art. 187-*quinquiesdecies* del t.u.f. applicabile in materia di illeciti anticoncorrenziali dinanzi alla Consob.

³²⁶ È stato osservato come l'unico riferimento normativo ad esso espressamente riferito sia contenuto nell'art. 14, par. 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 nella parte in cui sancisce, appunto, il diritto di ciascun accusato a non essere costretto a deporre contro sé stesso o a confessarsi colpevole.

³²⁷ Cfr. in questo senso Corte Edu, sent. 25 febbraio 1993, ric. n. 10588/83, *Funke c. Francia*; sent. 8 febbraio 1996, ric. 18731/91, *Murray c. Regno Unito*; sent. 29 giugno 2007, ric. n. 15809/02, *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*; sent. 5 aprile 2012, ric. n. 11663/04, *Chambaz c. Svizzera*; e, da ultimo Corte Edu, sent. 13 settembre 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*.

Nello specifico, è stato oggetto di attenzione l'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. che prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo piuttosto elevato³²⁸ per il soggetto che «*non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l'esercizio delle stesse*». Tale disposizione, in altri termini, codifica una sorta di “dovere di collaborazione” che, originariamente previsto solo per la Banca d'Italia, nel 2012 è stato esteso anche ai procedimenti dinnanzi alla Consob.

La vicenda giudiziaria, nella quale si è assistito al coinvolgimento delle autorità giudiziarie nazionali e sovranazionali di più alto livello, merita di essere ricostruita nei suoi passaggi essenziali.

La Corte di Cassazione, dinnanzi alla quale era pendente la controversia, ha sollevato q.l.c. dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f nella parte in cui sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB contesta un abuso di informazioni privilegiate

Il presupposto dell'ordinanza di rimessione è rappresentato dall'adesione all'orientamento secondo cui la sanzione prevista in materia di *market abuse* risulta connotata da gravità tale da doversi riconoscere ad essa carattere sostanzialmente penale, in base ai criteri elaborati dalla Corte EDU³²⁹. Con la conseguenza che, secondo la Cassazione, l'imposizione del dovere di cooperare all'esercizio delle funzioni di vigilanza della CONSOB in capo al soggetto al medesimo soggetto ritenuto autore degli illeciti si pone in contrasto con «*il diritto di difesa riconosciuto come inviolabile dall'articolo 24 della Costituzione*», oltre che con «*il principio del giusto processo ex art. 111 Cost. e, precisamente, con il principio della parità delle parti fissato nel secondo comma di tale articolo*», con l'art. 117 co. 1 Cost. «*laddove tale articolo prescrive che la potestà legislativa sia esercitata dallo Stato nel rispetto degli obblighi internazionali*»³³⁰ nonché con gli art. 11 e 117 Cost. nella

³²⁸ Per effetto delle innovazioni introdotte dal d. lgs. 3 agosto 2017 n. 129, oggi la sanzione amministrativa pecuniaria oscilla tra un minimo edittale di diecimila euro fino a un massimo di cinque milioni euro nonché, in caso di illecito compiuto da una persona fisica, «*fino al dieci per cento del fatturato, quando tale importo è superiore a euro cinque milioni e il fatturato è determinabile ai sensi dell'articolo 195, comma 1-bis*».

³²⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. II, ord. 16 febbraio 2018, n. 54.

³³⁰ Nello specifico, le norme sovranazionali che vengono qui in considerazione sono, oltre al più volte menzionato art. 6 CEDU inteso come norma interposta, l'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966.

parte in cui impongono il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario³³¹.

La Corte Costituzionale, dal canto suo, ha aderito al medesimo orientamento riconoscendo come il "diritto al silenzio" evocato dalla Corte di cassazione si applichi, oltre che nei procedimenti penali, anche nelle audizioni personali disposte dalla CONSOB nell'ambito della propria attività di vigilanza, in quanto in tal senso *«depongono argomenti fondati sia sull'art. 24 della Costituzione italiana, sia sull'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»*.

Nella medesima ordinanza, tuttavia, la Consulta ha osservato come la disposizione oggetto del rinvio sia stata inserita *«nell'ordinamento italiano in esecuzione di uno specifico obbligo posto dalla direttiva 2003/6/CE; e che tale disposizione costituisce, oggi, la puntuale attuazione di un'analogo disposizione del regolamento (UE) n. 596/2014»*, con la conseguenza che *«una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale in parte qua dell'art. 187-quinquiesdecies del d. lgs. n. 58 del 1998 rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto dell'Unione»*³³²; da qui la necessità di sottoporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia³³³.

In altri termini, la circostanza che la disposizione *de qua* sia stata introdotta in attuazione di un obbligo comunitariamente imposto, ne ha precluso la dichiarazione di incostituzionalità; e ciò diversamente da quanto è accaduto invece con riferimento ad altre previsioni (contenenti per lo più norme di carattere sostanziale) rispetto alla quali il giudice delle leggi, in svariate circostanze, ne ha dichiarato la incostituzionalità nella parte in cui non si estendevano anche alle sanzioni amministrative dotate di carattere punitivo³³⁴.

Così interpellata sulla vicenda, la Corte di Giustizia si è preoccupata innanzitutto di chiarire la necessità di tener conto, nell'interpretazione degli artt. 47-48 CDFUE, *«dei diritti corrispondenti garantiti dall'articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto soglia di protezione*

³³¹ Le norme comunitarie rilevanti sono gli artt. 47 e 48 CDFUE che sanciscono il diritto affinché la propria causa sia esaminata equamente e alla presunzione di innocenza (con una formulazione appare del tutto sovrapponibile a quella dell'art. 6 CEDU).

³³² Corte Cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117.

³³³ In particolare, il quesito sottoposto alla CGUE aveva ad oggetto la corretta interpretazione dell'art. 14, par. 3 della direttiva 2003/6 e dell'art. 30, par. 1, lett. b) del reg. n. 596/2014 oltre che la sua compatibilità con gli artt. 47 e 48 CDFUE nella misura in cui questi sembrano riconoscere il diritto al silenzio entro limiti identici a quelli risultanti dall'art. 6 CEDU e dalla Costituzione italiana.

³³⁴ Queste pronunce sono state oggetto di analisi nel capitolo II, al quale si rinvia.

minima»³³⁵.

Successivamente, ha riconosciuto la valenza internazionale del “diritto al silenzio”, nel cui contesto risulta subordinato all’accertamento della natura punitiva della sanzione, valutazione rimessa, almeno in linea di principio, al giudice del rinvio. Ciononostante, nell’ambito della motivazione la Corte ha dato comunque atto di come, tanto sulla scorta dei propri precedenti³³⁶, quanto sulla base della giurisprudenza Cedu³³⁷, possa essere riconosciuta una natura penalistica a talune delle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob.

Per tali ragioni, ha accolto la tesi secondo il diritto dell’Ue osta affinché una persona fisica imputata «venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all’autorità competente risposte che potrebbero far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrativa a carattere penale oppure la sua responsabilità penale»³³⁸. Sicché, con la pronuncia in esame, sono venuti meno gli ostacoli in ordine alla dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 187 *quinquiesdecies* t.u.f.

Non a caso, appena due mesi dopo la Corte Costituzionale è tornata sulla vicenda. Dopo aver evidenziato la coincidenza dell’interpretazione fornita dalla CGUE con quella da essa stessa prospettata, la Consulta ha finalmente dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 187 *quinquiesdecies*³³⁹.

Quest’ultima pronuncia, senza dubbio condivisibile, necessita comunque di essere letta in un’ottica sistematica.

Non può sottacersi, infatti, di come il menzionato diritto al silenzio sia suscettibile di entrare in conflitto con ulteriori esigenze, egualmente meritevoli di tutela.

³³⁵ E ciò in quanto l’art. 47, co.2 della Carta corrisponde all’articolo 6, par. 1 della CEDU e l’art. 48 della Carta corrisponde esattamente all’articolo 6, parr. 2 e 3 della CEDU.

³³⁶ In particolare, CGUE sentenze del 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, C-596/16 e C-597/16 nonché del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, C-537/16.

³³⁷ Nota in tal senso è la vicenda che ha portato alla sentenza Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

³³⁸ Così CGUE, sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19. Tuttavia, la stessa Corte concludeva nel senso della legittimità delle due disposizioni indicate, prestandosi entrambe ad una interpretazione conforme agli artt. 47-48 CDFUE in virtù della quale essi non impongono l’obbligo di sanzione nei casi in esame.

³³⁹ Così Corte Cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84. In particolare è significativo il passaggio in cui la Consulta evidenzia come «Tutte queste norme, nazionali e sovranazionali [artt. 24 Cost., 6 CEDU, 47-48 CDFUE, 14, par. 3, lett. g), PIDCP], si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione nella definizione dello standard di tutela delle condizioni essenziali del diritto di difesa di fronte a un’accusa suscettibile di sfociare nell’applicazione di sanzioni a contenuto comunque punitivo, che non possono non comprendere il diritto – con le parole dell’art. 14, paragrafo 3, lettera g), PIDCP – a non essere costretto a deporre contro sè stesso».

Ad esempio, proprio la materia degli abusi di mercato si caratterizza per la necessità di limitare comportamenti ostruzionistici che rechino ostacolo allo svolgimento dell'attività di vigilanza.

In siffatto contesto, pertanto, potrebbe apparire distonico ritenere che il diritto al silenzio si spinga fino al punto di comprendere il diritto di mentire *sic et simpliciter*, il quale finirebbe per sviare in maniera significativa l'attività di indagine.

Nel tentativo di individuare il *discrimen* tra mendacio cd. "punibile" e "non punibile", pare allora condivisibile il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte di Cassazione.

Nello specifico, il diritto di mentire "non punibile" - in quanto appunto compreso nel più generale diritto di tacere - sarebbe solo quello «*il cui effetto sull'indagine sia il medesimo prodotto dal rifiuto di rispondere, ossia il mendacio che si risolve nella mera negazione di circostanze vere di cui la CONSOB chiede conferma*». In questi casi, infatti, il mendacio avrebbe l'effetto di «*lasciare a carico della CONSOB lo stesso onere di ricercare aliunde la prova delle circostanze oggetto della richiesta di conferma [...]; senza, quindi, alcuna indebita causazione di ulteriori ostacoli o ritardi dell'attività di indagine*»³⁴⁰.

Ebbene, si è ritenuto opportuno soffermarsi sul caso in esame per il valore che esso possiede nella prospettiva qui perseguita: la vicenda testimonia l'adesione al medesimo orientamento da parte della Corte di Cassazione (questa volta sì!), della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, le cui pronunce si collocano tutte in un unico quadro interpretativo intento a supplire all'inerzia del legislatore.

Anche per questo, il susseguirsi di interventi giurisprudenziali rappresenta un esempio virtuoso di collaborazione tra Corti.

È infatti ormai noto che, all'indomani della adozione della Carta di Nizza e, soprattutto, dell'attribuzione ad essa del rango di principi fondamentali dell'UE, è sempre più frequente l'ipotesi in cui un atto interno che violi la Costituzione si ponga in contrasto anche con il diritto dell'UE. Sono questi i casi di cd. "doppia pregiudizialità" di cui la Corte Costituzionale si è più volte occupata con un andamento non sempre lineare³⁴¹.

³⁴⁰ Così Cass., Sez. II, sent. 11 febbraio 2022, n. 4522.

³⁴¹ Sul punto, appare il caso di ricordare come in un primo momento la Corte abbia ritenuto prioritaria la proposizione della q.l.c. e ciò al fine di garantire il sindacato accentrato di costituzionalità sancito dall'art. 134 Cost. (cfr. Corte Cost. sent. n. 269 del 2017). A distanza di appena due anni, la stessa Consulta sembra aver fatto un passo indietro nella misura in cui, pur confermando la propria competenza ad esaminare nel merito questioni di legittimità sollevate con riferimento tanto a

Ebbene, nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE, la Consulta ha mostrato di conoscere la copiosa giurisprudenza comunitaria che esclude la lesione del diritto di difesa – e dunque, del diritto al silenzio - in conseguenza dell'obbligo posto in capo all'impresa di fornire informazioni in relazione a «*circostanze di fatto suscettibili di essere utilizzate a fondamento di un'accusa formulabile nei suoi confronti*»³⁴².

Il rinvio era suonato pertanto come una sorta di sollecitazione alla CGUE a rimeditare il proprio orientamento e a specificarne meglio la portata applicativa, in maniera non dissimile da quanto già accaduto in passato nella nota vicenda “Taricco”³⁴³. E ciò in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, al cui interno le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia.

A sua volta, l'organo europeo, nel dare risposta ai quesiti sottopostigli, ha fatto proprie le considerazioni già svolte dalla Consulta, contribuendo così a fornire il proprio apporto in un'ottica di tutela integrata e multilivello dei diritti fondamentali dei cittadini.

7. La presunzione di innocenza come regola probatoria: un principio ancora inattuato

Un vuoto normativo non molto diverso da quello evidenziato nel paragrafo precedente - e per certi versi ancor più grave - si coglie anche in relazione al principio di presunzione di innocenza, sancito dall'art. 6, par. 2 Cedu³⁴⁴.

parametri interni quanto a parametri europei, ha riconosciuto comunque «*il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, anche dopo l'eventuale giudizio incidentale di legittimità costituzionale*» (così Corte Cost. sent. n. 63 del 2019, punto 4.3 del *Considerato in diritto*). In argomento, si rinvia a A. RUGGERI, *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l'uso*, in www.federalismi.it, 24 febbraio 2021; S. MANACORDA, *‘Doppia pregiudizialità’ e Carta dei Diritti Fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell’Unione Europea nell’era del disincanto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2020, fasc. 2, pag. 572; A. ANZON DEMMING, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei “controlimiti”*, in *Forum Quaderni Costituzionali, Consulta on line*.

³⁴² Corte Cost., ord. n. 117/2019, pt. 9.1. Tra i precedenti richiamati dalla Corte Cost., v. CGUE sentenze del 18 ottobre 1989, causa C-374/97, Orkem; del 29 giugno 2006, causa C-301/04 P, SGL Carbon AG.

³⁴³ Sulla tematica si rinvia, *ex multis*, a F. VIGANÒ, *Legalità ‘nazionale’ e legalità ‘europea’ in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. (“Taricco II”)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.4, 2017, p. 1281.

³⁴⁴ «*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non*

In ambito sovranazionale, il principio *de quo* è declinato alla stregua di regola probatoria, in ossequio alla quale l'autore dell'illecito è presunto innocente fino a prova contraria. Trattandosi di presunzione legale relativa (valevole cioè finché non sia dimostrato il contrario), l'onere della prova ricade su quella parte che sostiene l'avvenuta consumazione dell'illecito e quindi, per quanto attiene al processo penale, sul p.m.

In dettaglio, l'onere della prova è inteso innanzitutto in senso sostanziale, in quanto la mancata soddisfazione comporta il rigetto della domanda da parte del giudice; al contempo, esso è declinato in senso formale, come onere della parte di chiedere l'ammissione di quel mezzo di prova.

Nell'ordinamento interno lo stesso principio è contenuto nell'art. 27, co. 2 Cost., secondo cui «*L'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva*»: in questa formula l'Assemblea costituente ha voluto combinare da un lato, la menzionata regola probatoria; dall'altro, la regola di trattamento secondo cui l'imputato non deve essere assimilato al colpevole fino alla condanna definitiva, con la conseguenza che risulta vietata ogni forma di anticipazione della pena.

Si tratta di un principio che riveste qui importanza cruciale e che orienta l'attività non solo delle parti ma anche del giudice³⁴⁵.

Quest'ultimo, infatti, pronuncia sentenza di condanna solo se «*l'imputato risulta colpevole [...] al di là di ogni ragionevole dubbio*» (art. 533 c.p.p.): in altri termini, lo standard probatorio richiesto nel processo penale è tale per cui la prova d'accusa, che lasci residuare un ragionevole dubbio, è equiparata alla mancata prova. Con la precisazione che il termine "ragionevole" deve essere inteso come oggettivabile attraverso una motivazione che faccia riferimento ad argomentazioni logiche e dunque, in ultima analisi, rispetti il principio di non contraddizione³⁴⁶.

L'impianto processualpenalistico appena sintetizzato si discosta in maniera

sia stata legalmente accertata». Per un commento, v. M. CHIAVARIO, *sub. art. 6*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi), Cedam, Padova, 2001, p. 220.

³⁴⁵ Tant'è che il principio *de quo* rappresenta, secondo la dottrina, non solo una regola probatoria ma anche una regola di giudizio. Per una compiuta ricostruzione, si rinvia a G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979.

³⁴⁶ Sullo stato di applicazione del principio di presunzione di innocenza nel processo penale si rinvia a G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, I, Giuffrè, Milano, 2017, p. 225 e ss.; O. MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 2019; E. MARZADURI *Considerazioni sul significato dell'art. 27 comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione* (a cura di DINACCI), Milano, 2010, 314. F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007.

piuttosto significativa dal sistema amministrativo, nel cui contesto da un lato non sono presenti disposizioni che si sanciscano espressamente il principio in esame, dall'altro sussistono talune previsioni che sembrano collocarsi in una posizione del tutto antitetica rispetto ad esso.

Si pensi, ad esempio, alla efficacia probatoria rafforzata posseduta dai verbali di accertamento della violazione amministrativa: trattandosi di atto pubblico facente piena prova *ex art. 2700 c.c.*, il privato, che intenda contestare i fatti come in esso riportati, ha l'onere di proporre querela di falso. La conseguenza pratica è che la regola probatoria sopra indicata risulta capovolta.

Ancora, risulta contraddittorio che il destinatario di una sanzione amministrativa è considerato autore dell'illecito, e dunque tenuto immediatamente all'esecuzione, in conseguenza dell'emanazione del provvedimento sanzionatorio, non trovando qui applicazione l'effetto sospensivo dovuto alla natura non ancora definitiva della "condanna".

In questo quadro normativo così fortemente distonico, un tentativo di rivisitazione, come spesso è accaduto, si deve all'intervento della giurisprudenza che, conscia del filone di derivazione sovranazionale, non ha mancato di sottolineare l'irragionevolezza di un siffatto assetto.

Il giudice amministrativo, infatti, in tempi relativamente recenti, ha riconosciuto l'applicazione del principio in esame a quelle sanzioni dotate di carattere punitivo. In dettaglio, proprio al fine di chiarire lo standard probatorio necessario in un giudizio avente ad oggetto sanzioni irrogate dall'Antitrust, il Consiglio di Stato ha precisato come «*secondo la costante giurisprudenza europea, il principio della presunzione d'innocenza, sancito dall'articolo 48, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si applica alle procedure che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive (Corte di Giustizia UE, 10 novembre 2017, T-180/15)*», oltre che lo stesso «*risulta anche dall'articolo 6, paragrafo 2, della CEDU*»³⁴⁷.

Certo, ciò non toglie che nell'ambito del procedimento la p.a. possa ricorrere a presunzioni relative che consentono di trarre una determinata conclusione in base a massime di esperienza³⁴⁸.

³⁴⁷ Così Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570. Nello stesso senso vedi anche Id., 4 ottobre 2022, n. 8503.

³⁴⁸ Sulle presunzioni, cfr. G. TROPEA, *Le presunzioni nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, fasc. 3.

Tant'è che, ai fini di una siffatta valutazione, lo stesso giudice suggerisce una scomposizione in due stadi: il primo, consiste nel ponderare la «*valenza qualitativa del singolo indizio*»; il secondo, nel compiere un «*esame globale degli indizi così raccolti*».

Così operando, l'ipotesi accusatoria potrebbe raggiungere la certezza processuale «*soltanto quando essa risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi probatori raccolti, ovvero la più attendibile rispetto alle altre ipotesi alternative, pure astrattamente prospettabili, ma la cui realizzazione storica, in quanto priva di riscontri significativi nelle emergenze istruttorie, appaia soltanto una eventualità remota*»³⁴⁹.

Simili considerazioni, tuttavia, rischiano di rimanere mere affermazioni di principio nell'ambito di un assetto normativo così ricostruito.

Del resto, nel caso deciso dal Consiglio di Stato, gli elementi probatori erano ricavati dalle dichiarazioni di uno dei soggetti concorrenti³⁵⁰ la cui consistenza argomentativa risulta avvalorata dal risultato di gara, oltre che dalle mail e dagli stralci di intercettazioni; tutti elementi che, se globalmente considerati, e in mancanza di una diversa spiegazione fornita dalle imprese coinvolte (nel cui ambito, in ogni caso, non sarebbe necessaria l'instaurazione di un giudizio di querela di falso), consentono di ritenere soddisfatto l'onere della prova circa la sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale.

Il principio in esame, probabilmente, non sarebbe stato rispettato ove fossero venuti in considerazione i sopramenzionati verbali di accertamento, dotati della forza probatoria degli atti pubblici. Quest'ultima, infatti, in assenza di un preciso intervento in senso derogatorio, risulta un dato normativo non facilmente superabile.

A ciò si aggiunga che, come chiarito, il provvedimento sanzionatorio possiede efficacia immediatamente esecutiva, nonostante la pronuncia non sia ancora definitiva.

Sotto questo fronte, un possibile rimedio potrebbe essere rappresentato dalla tutela

³⁴⁹ Così punto 8.5 della parte in *Diritto*. La questione, all'evidenza, interferisce con quella concernente gli eventuali margini di discrezionalità di cui gode l'autorità sanzionante, su cui si tornerà al cap. IV, par. 3.1

³⁵⁰ Ed in particolare di Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (C.N.S.) il quale aveva denunciato l'esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza - in violazione dell'art. 101 TFUE - avente ad oggetto il condizionamento, in senso anticompetitivo, della gara cui quello stesso consorzio aveva partecipato.

cautelare; neppure questa, tuttavia, risulta pienamente soddisfacente: si tratta, all'evidenza, di uno strumento non automatico ma rimesso alla domanda di parte, chiamata anche a soddisfare l'onere probatorio circa la sussistenza degli elementi del *fumus* e del *periculum*.

Ne deriva dunque che, come accade per le altre garanzie procedurali non facilmente attuabili nel nostro ordinamento, il rimedio ad un simile vuoto di tutela non può che essere rimesso ad una compensazione nella successiva fase processuale.

CAPITOLO IV: LE GARANZIE PROCESSUALI

SOMMARIO: 1. Sanatoria processuale delle carenze procedurali secondo la Corte Edu. – 2. Riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative. Il difficile inquadramento della giurisdizione del g.o. e l'evoluzione del giudizio di opposizione. – 3. La giurisdizione sulle sanzioni irrogate dalle Autorità Amministrative Indipendenti. – 3.1 La *full jurisdiction* e il problema del sindacato sulla discrezionalità tecnica. – 4. Il *ne bis in idem*: da garanzia processuale a garanzia sostanziale. Una *deminutio* di tutela? – 5. La caducazione degli effetti in conseguenza della illegittimità costituzionale della norma sanzionatoria. – 6. Sanzioni cd. processuali. Le sanzioni "alternative" alla inefficacia del contratto *ex art. 123 c.p.a.* – 6.1 La confisca urbanistica come esempio di sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale: questioni risolte e nodi ancora problematici.

1. Sanatoria processuale delle carenze procedurali secondo la Corte Edu

Come anticipato nei capitoli precedenti, la Corte Edu, pur aderendo ad una nozione autonoma di «tribunale», da cui deriva l'opportunità che le garanzie tipiche del processo trovino attuazione già dinanzi all'autorità che possa dirsi sostanzialmente giurisdizionale, non considera tale assunto come assoluto ed inderogabile.

Nell'assetto indicato dai giudici di Strasburgo, infatti, garanzie procedurali e processuali, per lo meno con riferimento alle *minor offences*, si integrano vicendevolmente, con la conseguenza che un procedimento non sufficientemente garantistico ben potrebbe essere compensato in sede giurisdizionale³⁵¹.

E, proprio la presa d'atto che le caratteristiche strutturali delle amministrazioni dei singoli Stati membri talvolta rendono difficile l'attuazione delle garanzie procedurali, fa sì che assuma un ruolo determinante la successiva fase processuale come sede in cui realizzare una sorta di soddisfazione, *ex post* e in via eventuale (in quanto rimessa al ricorso su iniziativa della parte interessata), dei vuoti di tutela che abbiano caratterizzato la fase procedimentale.

In altri termini, la circostanza che il giudizio non sia *quasi judicial* determina la necessità che le garanzie vengano attuate nella successiva fase giurisdizionale, onde evitare che restino mere affermazioni di principio.

Viceversa, qualora le garanzie procedurali siano compiutamente attuate già in sede procedimentale (circostanza che si verifica ad es. nei Paesi di *common law*),

³⁵¹ Si è già detto delle difficoltà nell'individuazione del *discrimen* tra «*hard core of criminal law*» e «*minor offences*» oltre che delle incertezze che esso comporta; si rinvia pertanto alle considerazioni svolte al cap. I, par. 5 nonché cap. III, par. 2.

anche un sindacato giurisdizionale limitato quale quello della *judicial review* potrebbe essere sufficiente a ritenere il procedimento-processo nel suo complesso conforme alle prescrizioni convenzionali³⁵².

Secondo alcuni autori, un simile meccanismo non sarebbe comunque del tutto soddisfacente.

L'attuazione *ex post* delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU non assicurerebbe infatti lo stesso grado di tutela, innanzitutto, poiché la stessa si colloca in una fase in cui la sanzione potrebbe aver già arrecato un pregiudizio irreparabile; in secondo luogo, poiché risulta comunque legata alla proposizione di un'iniziativa giudiziale da parte dell'interessato, con importanti conseguenze sia in termini economici che in ordine ai tempi di giustizia³⁵³.

Tali rilievi, in effetti, sembrano condivisibili: un simile *modus agendi* reca in sé il rischio di assicurare le tutele in un momento in cui, a ben vedere, le esigenze dei singoli risultano ormai inevitabilmente frustrate, proprio perché assicurate in una fase diversa da quella in cui la decisione viene assunta.

Ecco perché la scelta preferibile dovrebbe essere, per lo meno in astratto, quella di assicurare un procedimento pienamente garantistico.

Purtuttavia, come chiarito³⁵⁴, l'attuale assetto organizzativo dei Paesi europei non consente di dare vita, in concreto, ad un procedimento che possa dirsi realmente *quasi-judicial*, sicché l'alternativa della sanatoria *ex post* resta quella più facilmente perseguibile.

Quest'ultima, infatti, consente di assicurare da un lato, maggiore flessibilità al sistema; dall'altro, il rispetto delle tradizioni giuridiche di ciascun ordinamento.

Ciò su cui ci si interrogherà in questa sede attiene pertanto alle caratteristiche che tale successivo giudizio deve possedere affinché le carenze procedurali possano dirsi realmente colmate.

Nelle indicazioni della Corte EDU, infatti, è centrale il riferimento alla nozione di *full jurisdiction* il quale implica il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative; finendo così per realizzare una sorta di *continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento

³⁵² Cfr. in tal senso Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 novembre 1995, *Bryan v. the United Kingdom*.

³⁵³ Così M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, Cedu per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2012, p. 569.

³⁵⁴ Vedi cap. III.

giurisdizionale.

É frequente la massima secondo cui per soddisfare i requisiti di cui all'art. 6 Cedu occorre che «*The tribunal in question must have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it*»³⁵⁵: vale a dire, sindacare punto su punto, ed intrinsecamente, tutte le scelte amministrative impugnate che appaiano centrali per la definizione della controversia.

E tanto vale, sempre secondo la Corte Edu, anche nei casi in cui vengano in rilievo fatti complessi o valutazioni di carattere tecnico – circostanza questa molto frequente nei casi in cui la controversia attenga l'irrogazione di una sanzione -, nei quali il giudice dovrebbe dunque esaminare in modo indipendente e compiutamente i fatti, eventualmente avvalendosi di un consulente tecnico³⁵⁶.

Ad esempio, nel caso *Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland*³⁵⁷, riguardante l'autorizzazione allo sfruttamento di una centrale nucleare, la Corte ha respinto la tesi sostenuta dal Governo svizzero in base alla quale il diritto all'integrità fisica non può essere oggetto di una controversia, e tanto sulla base dell'assunto secondo cui la decisione del Consiglio Federale svizzero, dotata di un complesso carattere tecnico, non sarebbe suscettibile di sindacato in sede giudiziale.

I giudici di Strasburgo, al contrario, hanno ritenuto che tali dati tecnici – la cui presenza non esclude di per sé l'applicabilità dell'art. 6 CEDU – avessero come unico scopo quello di consentire al Consiglio Federale la verifica circa la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per la concessione della proroga.

Da una simile conclusione, emerge come la giurisprudenza di Strasburgo risulti inequivocabilmente indirizzata verso il superamento del monopolio della p.a. nella ricostruzione dei fatti complessi.

Anzi, in taluni casi, sembra addirittura che la potestà sostitutiva del giudice possa spingersi sino a sindacare anche scelte di discrezionalità amministrativa. In quest'ultima direzione si colloca ad esempio il caso *Tinnelly & Sons Ltd and Others v. the United Kingdom*³⁵⁸, in cui la Corte europea ha chiarito che un certificato di diniego in materia di antiterrorismo, rilasciato dall'autorità di sicurezza nazionale e sospettato di avere natura discriminatoria, deve essere compiutamente rivedibile da

³⁵⁵ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 13 maggio 2003, *Chevol v. France*.

³⁵⁶ Sul punto v. Corte EDU, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD v. Bulgaria*; ID, 21 ottobre 2003, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*.

³⁵⁷ Corte EDU, 26 agosto 1997, *Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland*.

³⁵⁸ Corte Edu, 10 luglio 1998, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*.

parte del giudice. E ciò proprio in quanto, neppure in siffatta materia, sono accettabili forme di accertamento definitivo e autoritativo da parte dell'amministrazione.

2. *Riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative. Il difficile inquadramento della giurisdizione del g.o. e l'evoluzione del giudizio di opposizione*

Se questa è la posizione della Corte Edu, occorre ora passare ad analizzare la situazione all'interno al nostro ordinamento.

Innanzitutto, è opportuno prendere le mosse dal criterio di riparto di giurisdizione sui cui, com'è noto, ha inciso in modo significativo la l. n. 689/1981.

L'art. 22 della legge in esame attribuisce all'autorità giudiziaria ordinaria le controversie concernenti l'opposizione avverso l'ordinanza che dispone la sanzione, rinviando poi all'art. 6 del d. lgs n. 150/2011 per quanto concerne la fissazione delle regole procedurali³⁵⁹.

Nell'ambito di tale giudizio il g.o. potrebbe accogliere l'opposizione in assenza di prove sufficienti a dimostrare la responsabilità dell'opponente. In questa evenienza, la sentenza che accoglie l'opposizione può «*annullare in tutto o in parte l'ordinanza o modificarla anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta, che è determinata in una misura in ogni caso non inferiore al minimo edittale*» (art. 6, co. 12, d. lgs. 150/2011).

Tali poteri, a ben vedere, denotano una giurisdizione piena che va oltre i limiti interni alla giurisdizione ordinaria sanciti dagli artt. 4 e 5 l. 2248/1865 all. E³⁶⁰; tant'è che, proprio in ragione di questa estensione, la natura di tale giurisdizione risulta ampiamente dibattuta.

Secondo un primo orientamento, la cognizione del g.o. non sarebbe esorbitante rispetto a quella relativa al normale criterio di riparto fondato sulla *causa petendi*³⁶¹.

³⁵⁹ Nello specifico, si segue il rito del lavoro e la competenza per materia spetta al giudice di pace, con l'eccezione dei casi indicati dal co. 4 e dal co. 5 attribuiti alla competenza del tribunale.

³⁶⁰ Sui limiti interni alla giurisdizione ordinaria si rinvia a A. GIANNELLI, *Giudice ordinario e decisione amministrativa*, in *Judicium: il processo civile in Italia e in Europa*, fasc. 3, 2020; R. C. PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.4, 2016, pag. 981; A. CARRATA - M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedure Civile* (a cura di S. CHIARLONI), Bologna, 2015; G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988.

³⁶¹ In questa direzione v., fra gli altri, G. TERRACCIANO-L. ALBANO, *Il riparto di giurisdizione nelle*

Quella delle sanzioni, infatti, sarebbe una materia nella quale la situazione giuridica soggettiva vantata dal privato possiederebbe comunque natura di diritto soggettivo, nonostante la presenza un potere amministrativo³⁶².

Per giungere ad una simile conclusione, dovrebbe accogliersi la teoria della indegradabilità in base alla quale, ove vengano in gioco “valori fondamentali” – come quello a non essere sottoposto ad una prestazione personale o patrimoniale non conforme alla legge, fondato sull’art. 23 Cost. – il potere amministrativo non sarebbe idoneo a degradare la situazione giuridica da diritto soggettivo ad interesse legittimo.

In verità, la teoria della indegradabilità non è unanimemente accettata.

Quest’ultima, infatti, sembra non tenere in debito conto dell’attuale assetto normativo in cui ogni valore, anche se fondamentale, è suscettibile di essere bilanciato con altri, parimenti importanti.

Una tale operazione di bilanciamento, talvolta, potrebbe non essere compiuta direttamente dal legislatore ma venire affidata da costui alla p.a.; la quale ultima, mediante l’esercizio del proprio potere, sarebbe dunque chiamata ad individuare il valore in concreto prevalente. Tanto che, a riguardo, è stata coniata l’espressione “interessi legittimi fondamentali”³⁶³.

Per tali ragioni, le previsioni legislative che attribuiscono incisivi poteri al g.o. in materia di sanzioni dovrebbero trovare altrove la propria giustificazione.

Si tratterebbe, secondo la tesi dominante, di una ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.o., a cui sarebbe attribuita una cognizione diretta anche su interessi legittimi.

Una simile forma di giurisdizione, del resto, sembrerebbe compatibile con l’art.

sanzioni amministrative, in *La sanzione amministrativa. Principi generali* (a cura di A. CAGNAZZO-S. TOSCHEI), Torino, 2012, 838 e ss.; C.E. PALIERO - A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989; R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986; M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 330 e ss.; V. DOMINICHELLI, *Sanzioni amministrative, principio di legalità e poteri di giudice ordinario*, in *Giur. It.*, 1981.

³⁶² E ciò in deroga alla nota formula di Mortara secondo cui «c’è diritto soggettivo perché non c’è potere», poi rovesciatasi, secondo Nigro, nella inversa formula «non c’è potere perché c’è diritto soggettivo». Il dato comune, a prescindere dalla priorità logica che voglia seguirsi, è comunque rappresentato dalla incompatibilità tra potere e diritto soggettivo.

³⁶³ In argomento, si rinvia a L. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2012; L. GALLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.3, settembre 2018; L. DIOTALLEVI, *La giurisdizione sui diritti “fondamentali” alla luce dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2015.

113, co. 3 Cost., secondo cui spetta alla legge determinare quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della p.a. nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

In altri termini, in assenza di preclusioni costituzionali, una legge di rango ordinario ben potrebbe attribuire a giudici diversi da quello amministrativo una cognizione piena e principale sugli interessi legittimi e, dunque, sui provvedimenti amministrativi³⁶⁴.

Se questa è la posizione della prevalente dottrina, la giurisprudenza, impegnata ad individuare il criterio di riparto in relazione alle sanzioni non rientranti nel campo applicativo della 689/1981³⁶⁵, ha dal canto suo risolto diversamente la problematica.

Nello specifico, sia la giurisprudenza civile che quella amministrativa si sono mostrate concordi nell'individuare il criterio di riparto nella natura della sanzione, così distinguendo tra sanzioni aventi carattere ripristinatorio/restitutorio e sanzioni aventi carattere afflittivo/punitivo.

Le prime, sarebbero funzionali alla reintegrazione dell'interesse pubblico al cui soddisfacimento è preordinata la funzione amministrativa assistita dalla sanzione.

In ragione della attribuzione all'amministrazione di una facoltà di scelta della misura più idonea a realizzare l'interesse pubblico, il privato sarebbe titolare di una posizione di interesse legittimo, cui conseguirebbe la giurisdizione del g.a.

Le seconde – nel cui ambito rientrano le sanzioni di cui alla l. n. 689/1981 – sarebbero invece volte alla mera retribuzione dell'illecito, mediante l'inflizione di una diminuzione patrimoniale al suo autore; pertanto, sarebbe esclusa ogni forma di discrezionalità.

In questi ultimi casi, trattandosi di aspetti collocati al di fuori dall'area dei poteri autoritativi della p.a., l'interessato sarebbe titolare di una posizione di diritto

³⁶⁴ In questo senso, v. A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1984, 1233 e ss; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 248; E. CAPACCIOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in AA. VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del convegno di Studi di Varenna, Milano, 1982, 119; G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella laguna di Venezia)*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2007, 436 e ss.; M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012 n. 162*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur.it.*, 2013.

³⁶⁵ La legge generale in materia di sanzioni si applica, com'è noto, solo limitatamente a quelle di carattere pecuniario (art. 12 l. 689/1981).

soggettivo, con conseguente attribuzione al g.o.³⁶⁶.

Accogliendo tale criterio, la giurisdizione del giudice ordinario potrebbe pertanto essere estesa, in assenza di esplicita previsione normativa di segno contrario, anche a quelle sanzioni diverse da quelle pecuniarie ma che con queste ne condividano la natura, e dunque, per quanto qui d'interesse, a tutte quelle dotate di carattere sostanzialmente penale.

Ecco perché, a questo punto, conviene interrogarsi in ordine alle facoltà di cui gode il giudice ordinario in sede di opposizione alla sanzione e, dunque, alla loro idoneità a garantire una *full jurisdiction*.

Ebbene, se per molto tempo il giudizio *de quo* è stato considerato alla stregua di un normale giudizio civile, in quanto tale strettamente ancorato al principio dispositivo con conseguente divieto di pronunciarsi su motivi non dedotti dall'opponente o su eccezioni non espressamente sollevate dalle parti³⁶⁷, negli ultimi anni si è assistito ad una evoluzione.

Prendendo atto dei principi espressi a Strasburgo, la giurisprudenza ha dato luogo ad una progressiva espansione dei poteri "officiosi" del giudice, in nome di una esigenza di giustizia sostanziale che caratterizza le controversie in esame.

Uno dei casi attenzionati ha riguardato, ad esempio, l'applicazione retroattiva del trattamento favorevole sopravvenuto, all'indomani dell'estensione di siffatto principio anche alle sanzioni punitive.

In quel caso la Cassazione, in nome della natura e dello scopo pubblicistico del principio del *favor rei* che prevalgono sulle ordinarie regole in tema di impugnazione, ha reputato irrilevante la circostanza che la violazione del principio *de quo* non fosse stata oggetto di impugnazione.

L'applicazione di siffatto principio, infatti, sarebbe applicabile «*anche in assenza di uno specifico motivo di ricorso sulla determinazione quantitativa della sanzione, poiché il giudizio di legittimità, avendo ad oggetto non già l'operato del giudice di merito, bensì la conformità all'ordinamento giuridico della decisione adottata, non richiede necessariamente un errore del primo. Tale principio, espresso con*

³⁶⁶ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 7 marzo 1985, n. 1876; ID., 4 febbraio 2005, n. 2205; Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 1992, n. 92; ID., 5 febbraio 1999, n. 112. Nella medesima direzione v. anche E. CASSETTA, voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. Pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 603.

³⁶⁷ Sul punto, si rinvia alle considerazioni di S. SALZANO, *L'opposizione in generale*, in A. CAGNAZZO - S. TOSCHEI - F.F. TUCCARI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, 1072 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. VI, 1° settembre 2015, n. 17422; Cass., sez. lav., 16 aprile 2010, n. 9178; Cass., sez. un., 19 aprile 1990, n. 3271.

riferimento al giudizio di legittimità, vale a maggior ragione per il giudizio di appello»³⁶⁸.

Nella medesima direzione si colloca una più recente pronuncia in cui la Cassazione, valorizzando il principio di legalità come principio cardine del sistema sanzionatorio amministrativo, ha ritenuto che i motivi di ricorso, comunque formulati, investano sempre, in modo esplicito o implicito, l'accertamento circa la conformità del provvedimento sanzionatorio al panorama normativo³⁶⁹.

Ne consegue allora che *«il giudice, quando pronuncia sulla fondatezza o infondatezza dell'opposizione, non può non pronunciarsi – ovviamente in via del tutto implicita laddove la questione non sia stata espressamente sollevata – anche sulla esistenza e sull'applicazione della norma che sanziona quel determinato comportamento e che, specularmente, gli stessi motivi di opposizione investono sempre anche il tema dell'accertamento dell'esistenza della norma di legge su cui l'Autorità che ha adottato l'ordinanza ingiunzione giustifica la sanzione irrogata»³⁷⁰.*

L'orientamento, all'evidenza, risulta abbastanza innovativo; se dovesse consolidarsi, porterebbe ad estendere la cognizione del giudice ordinario ben al di là del *thema decidendum* fissato dalle parti, mediante l'attribuzione a quest'ultimo di un potere non tanto di verifica sul corretto esercizio del potere amministrativo quanto, piuttosto, di vera e propria riedizione del potere sanzionatorio.

Un giudizio così concepito, tra l'altro, si allontanerebbe da un modello tipicamente soggettivo per avvicinarsi ad uno di natura oggettiva; con l'effetto ultimo, dunque, di realizzare una trasmutazione da un contezioso tipicamente civile ad uno di matrice più penalistica³⁷¹.

Il che probabilmente, almeno in relazione alle sanzioni sostanzialmente penali,

³⁶⁸ Cass., sez. II, sent. 25 ottobre 2019, n. 27405. Nello stesso senso v. anche Id., sent. 12 novembre 2018, n. 28888; Id., 9 agosto 2018, n. 20697.

³⁶⁹ Secondo l'impostazione tradizionale, invece, la violazione del principio di legalità determinerebbe soltanto un vizio di legittimità dell'ordinanza-ingiunzione, che deve essere necessariamente oggetto di specifica deduzione da parte dell'opponente, pena la violazione del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. V., *ex multis*, Cass., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1857.

³⁷⁰ Cass., sez. II, sent. 25 febbraio 2020, n. 4962.

³⁷¹ Si vedano a riguardo le considerazioni di P. CERBO, *Il ruolo del giudice nell'opposizione a sanzioni amministrative*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, fasc. 2, 213. Nello specifico, l'autore rileva forti analogie con l'istituto del decreto penale di condanna di cui all'art. 461 c.p.p. nel cui ambito l'opposizione al decreto dà luogo ad un giudizio che coinvolge tutto l'oggetto investito dal decreto penale opposto e non risulta limitato ai motivi proposti.

dovrebbe essere salutato con favore, nella misura in cui consente di configurare il giudizio di opposizione in termini di *full jurisdiction*, idoneo a realizzare una sanatoria delle eventuali lacune procedurali³⁷².

3. *La giurisdizione sulle sanzioni irrogate dalle Autorità Amministrative Indipendenti*

Accogliendo l'orientamento prevalente cui si faceva sopra riferimento, al giudice amministrativo spetterebbero le controversie aventi natura ripristinatoria, in quanto connesse con l'esercizio del potere ed espressione di discrezionalità amministrativa. A queste si aggiungono poi quelle irrogate dalle Autorità Amministrative Indipendenti la cui giurisdizione, in precedenza regolata dalle singole leggi speciali³⁷³, è stata definitivamente generalizzata dal legislatore codicistico.

Quest'ultimo, infatti, nell'elenco delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, contempla al comma 1, lett. 1) «*tutte le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati*» adottati dalle *Authorities*.

Sulla formulazione originale della disposizione hanno inciso due sentenze ablative della Corte Costituzionale, con cui è stata dichiarata la illegittimità nella parte in cui venivano attribuite al g.a. anche le sanzioni inflitte rispettivamente da Consob³⁷⁴ e Banca d'Italia³⁷⁵.

Con due motivazioni quasi del tutto sovrapposti, la Corte ha censurato l'intervento del legislatore delegato che, in violazione dei criteri contenuti nella legge delega, si era discostato dalla giurisprudenza della Cassazione la quale, sulla materia, aveva già riconosciuto la giurisdizione della Corte d'appello in unico grado³⁷⁶.

Una simile distinzione, in effetti, si giustifica in ragione della natura della posizione giuridica soggettiva su cui incide il potere di vigilanza: trattasi in questi casi di diritto soggettivo, in quanto posto in relazione ad un potere esercitato secondo

³⁷² In senso critico, si v. P CERBO, *op. ult. cit.*, p. 215 il quale evidenzia come non è scontato che questa trasformazione si riveli favorevole per l'interessato, specie ove si rifletta sulla circostanza secondo cui «*l'accresciuto ruolo del giudice comporta la sostanziale irrilevanza del procedimento amministrativo, al punto da rendere ammissibile la completa pretermissione di tutti o di alcuni dei suoi passaggi*».

³⁷³ Le quali, sebbene prive di contenuto unitario, sembravano già mostrare un *favor* per la giurisdizione esclusiva del g.a.

³⁷⁴ Corte Cost., 27 giugno 2012, n. 162.

³⁷⁵ Corte Cost., 15 aprile 2014, n. 94.

³⁷⁶ Cfr. in questo senso Cass. Sez. Un., 22 luglio 2004, n. 13703; Id., 11 febbraio 2003, n. 1992.

modalità puntualmente predeterminate dalla legge e quindi prive di qualsiasi ponderazione in ordine agli interessi pubblici coinvolti³⁷⁷.

Su questi ultimi provvedimenti sanzionatori, dunque, si riespande la giurisdizione del giudice civile, per il quale valgono le considerazioni svolte nel paragrafo precedente.

Per quanto attiene invece alle sanzioni rimaste attribuite alla giurisdizione esclusiva, lo stesso codice all'art. 135, co. 1, lett. c) precisa che rispetto ad esse sussiste la competenza inderogabile del Tar Lazio – con la sola eccezione dei provvedimenti dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas per quali è competente il Tar Lombardia, sede Milano.

Il quadro normativo è infine completato dall'art. 134, co. 1, lett. c) che elenca tra le materie oggetto di cognizione estesa al merito anche «*le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123*».

La questione che si pone, a questo punto, è se il sistema così ricostruito sia in grado di garantire il rispetto dei *dicta* sovranazionali.

3.1 La full jurisdiction e il problema del sindacato sulla discrezionalità tecnica

Come si è detto, la *full jurisdiction* esige «*a tribunal having jurisdiction to examine the merits of the matter*»³⁷⁸ dotato di una potestà di riesame piena e sostitutiva, estesa anche alla valutazione dei presupposti fattuali, sia pure opinabili.

In questa direzione, l'espressa introduzione di una giurisdizione estesa al merito sulla materia in esame potrebbe essere salutata con favore, proprio nella misura in cui si mostra funzionale ad assicurare un risultato di tal fatta.

Cionondimeno, l'atteggiamento della giurisprudenza si è mostrato fino ad ora molto cauto.

Il Tar Lazio, infatti, ha per molto tempo accolto una lettura riduttiva della previsione di cui all'art. 134, co. 1, lett. c) c.p.a. ritenendo che il sindacato esteso al merito

³⁷⁷ Così Cass., Sez. Un., 22 luglio 2004, n. 13709. Ad una simile conclusione si era opposta invece parte della dottrina, la quale osservava come il potere di accertamento rimesso alla Consob e alla Banca d'Italia presentasse comunque profili tecnico-discrezionali tali da giustificare l'attribuzione al giudice amministrativo; cfr. in tal senso M. FRATINI, *Sanzioni CONSOB e giurisdizione dopo la legge "sul risparmio"*, in *Rass. Avv. Stato*, 2006, 2, 350 e ss.

³⁷⁸ Così Corte EDU, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. V. United Kingdom*.

fosse limitato al *quantum* della sanzione, e dunque non esteso anche all'*an* della stessa.

È frequente, infatti, la massima secondo cui «*Nell'ambito dei poteri di giurisdizione di merito attribuiti al giudice amministrativo dal combinato disposto degli artt. 7 comma 6 e 134 comma 1 lettera c) del cod. proc. amm., è [...] ormai acquisito che la misura della sanzione pecuniaria possa essere rideterminata direttamente dal giudice amministrativo*»³⁷⁹.

Purtuttavia, la stessa autorità giudiziaria nulla dice in ordine al potere di riesaminare nel merito l'intrinseco delle scelte discrezionali o della valutazione tecnica complessa attinenti all'*an* della responsabilità.

La questione, piuttosto complessa, s'intreccia con una tematica di carattere generale, vale a dire il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica.

Per tali ragioni, al fine di meglio comprenderne la portata, si rende opportuno ripercorre le principali tappe che hanno caratterizzato il dibattito (in verità piuttosto acceso) sulla questione.

Com'è noto, l'espressione discrezionalità tecnica è riferita ai casi in cui l'esame di fatti o situazioni rilevanti per l'azione amministrativa necessiti del ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico, la cui applicazione non garantisce tuttavia un risultato univoco e obiettivo.

È altrettanto noto che, sul piano processuale, si è assistito nel corso del tempo al tentativo di una progressiva erosione dei suoi spazi, e ciò al fine di garantire un sindacato del giudice che fosse sempre più incisivo e sostitutivo.

Al riguardo, però, il principale ostacolo è rappresentato dall'esistenza di una componente valutativa; a cui si aggiunge la rilevanza, rispetto all'interesse pubblico, dell'attività compiuta. Si tratta, a ben vedere, di elementi che sembrerebbero deporre a favore di una sfera di attribuzione riservata alla p.a.³⁸⁰.

³⁷⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 18 aprile 2011, n. 3363; ID., 23 maggio 2011, n. 4555; ID., 2 agosto 2011, n. 6916.

³⁸⁰ Il dibattito, piuttosto ampio, ha visto coinvolti molti autori. Fra tutti, si rinvia a F. BENVENUTI, *Istruzione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 204; L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977; L. PERFETTI, *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Annali, II-1, Milano, 2008, 917; F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Giustamm.it*, 23 luglio 2012; G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2012, 718; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, vol. I, 2000; G. DE

In dottrina, sono state spese diverse argomentazioni per giustificare le ragioni simile attribuzione esclusiva.

In maniera estremamente sintetica, le principali tesi che si sono contese il campo si fondano su: la specifica rappresentatività del plesso organizzativo collegato con un determinato gruppo sociale³⁸¹, la particolare responsabilità che tali valutazioni comportano³⁸² nonché il carattere soggettivo ed irripetibile di queste scelte³⁸³.

Lo stesso giudice amministrativo ha mostrato, soprattutto in passato, una scarsa propensione all'accertamento diretto dei fatti mediante elementi tecnici: proprio la presenza di un irriducibile spazio valutativo - dovuto alla opinabilità del risultato - connoterebbe una contiguità con la discrezionalità amministrativa e, dunque, la sua attrazione al merito amministrativo³⁸⁴.

Un primo significativo passo in avanti si deve al contributo di parte della dottrina che, introducendo la distinzione tra opportunità ed opinabilità, ha chiarito come le valutazioni tecniche, malgrado la loro opinabilità, appartengono al piano dell'accertamento del fatto e, dunque, rientrano nella sfera della legittimità. La tecnica, in sé e per sé, non può fondare da sola alcuna sfera di potere riservato, attenendo semmai al momento conoscitivo³⁸⁵.

Di lì a poco, questi principi sono stati recepiti anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale ha escluso che il compimento di un'attività valutativa – effettuata appunto tramite l'applicazione di regole scientifiche che conducono a risultati opinabili – fosse sufficiente ad attrarre tale valutazione al merito, finendo così per ricondurla all'area della legittimità³⁸⁶.

GIORGI CEZZI., *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003; O. RANELLETTI, *Attività amministrativa e attività tecnica della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, 419; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione*, in *ivi*, Milano, 1987, 419 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 413.

³⁸¹ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 217.

³⁸² P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002.

³⁸³ V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1984, 496.

³⁸⁴ In tal senso cfr. F.G. COCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rassegna*, 1981, II, 1376; L. MIGLIORINI, *Cognizione del fatto del giudice amministrativo*, in *ivi*, 1423.

³⁸⁵ Così F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica cit.*, 312 e ss.

³⁸⁶ Si allude a Cons. Stato, sez. VI., sent. n. 601/1999.

Da quel momento, si è assistito ad un controllo caratterizzato dal pieno accesso al fatto e dalla ripetibilità delle operazioni tecniche, ma comunque privo della possibilità di sostituire il risultato del giudice a quello della amministrazione.

Tale tipologia di sindacato (definito “debole”, proprio per contrapporlo a quello di tipo “forte”, in cui sarebbe invece possibile procedere ad una sostituzione di tal fatta), ha rappresentato il paradigma di riferimento per almeno venti anni, su cui si è assestata la prevalente giurisprudenza sia amministrativa che civile³⁸⁷.

Anche la Cassazione, infatti, ha in più occasioni avallato la medesima impostazione precisando che, nei confronti di provvedimenti emessi da autorità amministrative, il giudice amministrativo *«non può esercitare un controllo c.d. di tipo forte sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile un controllo di ragionevolezza, logicità, coerenza»*³⁸⁸.

Un giudizio di siffatta natura, che si ferma allo stadio della “mera attendibilità” della soluzione tecnica adottata, senza giungere a sindacare anche la eventuale “maggiore attendibilità” delle soluzioni alternative, non sembra integrare una vera e propria ipotesi di *full jurisdiction*.

In effetti, in tempi più recenti il Consiglio di Stato, maggiormente sensibile alle influenze sovranazionali, ha compiuto un ulteriore passo avanti in questa direzione, e ciò proprio in una controversia concernente l'applicazione di una sanzione irrogata dall'A.G.C.M.

Nello specifico, dopo aver ripercorso l'evoluzione in materia di sindacato sulla discrezionalità tecnica, il Collegio osserva come il controllo giurisdizionale “non sostitutivo” risulti indubbiamente giustificato nei casi in cui *«l'attività integrativa del precetto corrisponde ad una tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare»*. In questa evenienza, infatti, al giudice amministrativo è precluso *«il giudizio di valore politico consistente nella conveniente ed opportuna scelta allocativa, distributiva e gestionale delle risorse pubbliche»*.

Il caso di specie, tuttavia, si differenzia per il fatto che gli elementi descrittivi del

³⁸⁷ V., *ex multis*, Cons. Stato, sez.VI, 22 maggio 2008, n. 2430; ID., 23 aprile 2002, n. 2199.

³⁸⁸ Così Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

divieto di intesa anticompetitiva vengono presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, non tanto in veste di fatto “mediato” dall’apprrezzamento dell’Autorità, ma, semmai, nella dimensione oggettiva di “fatto storico”, in quanto tale accertabile in via diretta dal giudice.

Per tale ragione, affinché la tutela giurisdizionale si effettiva, occorrerebbe qui «consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)»³⁸⁹.

In altri termini, il giudice amministrativo ritiene che, per dare attuazione al principio di effettività anche alla luce degli approdi in materia di *full jurisdiction*, il tradizionale sindacato sulla discrezionalità tecnica debba essere effettuato in senso più penetrante: l’autorità giudiziaria adita, lungi dall’arrestarsi a verificare che la valutazione compiuta dalla p.a. sia attendibile, dovrebbe spingersi sino al punto da accertare anche che quest’ultima sia la più attendibile tra le diverse alternative.

Per giungere ad un simile risultato, il Collegio valorizza una lettura costituzionalmente orientata della previsione contenuta nell’art. 7, d. lgs. n. 3/2017 che, nel disciplinare l’azione di risarcimento danni legati alla violazione del diritto alla concorrenza, stabilisce che il sindacato del giudice civile «*comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*».

Affinché tale disposizione non si traduca in un arretramento del legislatore rispetto ad un modello processuale ormai faticosamente consolidatosi nel diritto vivente, la stessa - letta unitamente agli artt. 103 e 113 Cost. - dovrebbe imporre al giudice amministrativo il dovere di un accertamento critico degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria.

È interessante anche notare come, in chiave preventiva, gli stessi giudici di Palazzo Spada si preoccupino di precisare che la sentenza in esame non risulta viziata da eccesso di potere giurisdizionale, suscettibile di essere fatto valere dinnanzi alla Corte di Cassazione.

E ciò in quanto il sindacato sulle valutazioni opinabili non attiene tanto al rispetto

³⁸⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. Per un commento alla sentenza si rinvia a A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, giugno 2021.

dei limiti della norma attributiva della tutela, quanto piuttosto alle forme in cui questa tutela si estrinseca e, dunque, a profili tutti interni alla giurisdizione³⁹⁰.

Si noti come, nel ragionamento del Collegio, l'apertura verso la soglia della "maggiore attendibilità" si giustifica sulla ritenuta assenza di profili di discrezionalità in capo all'*Authority*: trattandosi della interpretazione ed applicazione della fattispecie astratta al caso concreto, in tale attività non ci sarebbe alcuna valutazione di interessi.

Tant'è che gli stessi giudici chiariscono che, ove invece dovessero residuare margini di esercizio di discrezionalità, il limite del sindacato di tipo non sostitutivo tornerebbe ad operare.

In tali casi, infatti, viene rimesso ai pubblici poteri di delineare *in itinere* l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare; con la conseguenza che l'intangibilità del nucleo "intimo" della decisione discrezionale «*consegue alla stessa mancanza di un parametro giuridico di valutazione, essendosi al cospetto di attività, sì giuridicamente rilevante, ma non disciplinata da norme di diritto oggettivo*».

Per tali ragioni l'autorità giudiziaria, pur potendo esercitare il pieno controllo sul fatto, e dunque ripetere il giudizio tecnico già compiuto dall'amministrazione, non potrebbe comunque spingersi fino al punto di indicare la soluzione ritenuta più idonea a soddisfare le esigenze correlate alla cura dell'interesse pubblico. In casi del genere, il sindacato sostitutivo sarebbe possibile solo all'esito della consumazione del profilo di discrezionalità³⁹¹.

³⁹⁰ In questo senso, il Consiglio di Stato, sconfessando la tesi patrocinata dalle Sezioni Unite a partire dal 2017, mostra apertamente di aderire all'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 6 del 2018 e di recente confermato anche dalla CGUE in occasione del noto caso *Ranstad c. Italia*. Sulla tematica si rinvia, fra gli altri, a A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2018, 1111; G. TROPEA – A. GIANNELLI, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche, nota a Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236*, in www.giustiziainsieme.it, 15 maggio 2020; F. FRANCIOSI, *Il contrasto tra giudicati*, in *Il processo*, fasc.2, agosto 2022; P. BIAVATI, *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in *Questione Giustizia*, 9 marzo 2022.

³⁹¹ In questo senso, del resto, si è espresso lo stesso Cons. Stato, sez. VI, sent. 25 febbraio 2019, n. 1321 quando, ritenendo che la sfera di discrezionalità riservata in capo alla p.a. fosse, nel caso concreto, esaurita, ha adottato una decisione che realizza l'effetto finale della norma attributiva del potere. Nello specifico, l'articolata vicenda giudiziaria, originata dal ricorso avverso il diniego di abilitazione scientifica nazionale per accedere alle due fasce dell'ordinamento universitario, si è conclusa con l'accoglimento dell'appello e la disposizione al Ministero di rilasciare l'abilitazione ai sensi dell'art. 34, co. 1, lett. e) c.p.a. Per un commento alla sentenza si rinvia a G. GRECO, *Interesse*

Proprio tali ultime precisazioni, ad opinione di chi scrive, rendono la conclusione cui è giunto il giudice amministrativo rispettosa del nucleo di poteri riservati alla p.a e, pertanto, coerente con il nostro sistema ordinamentale³⁹².

Lungi dal ritenere superata – come da taluno era stato pure affermato- la discrezionalità tecnica, l’aspetto innovativo attiene semmai alla qualificazione della stessa come categoria neutra ai fini del *discrimen* legittimità/merito: la circostanza che la p.a. si trovi ad applicare regole tecniche di carattere opinabile, di per sé, non indizia né in un senso né nell’altro.

Piuttosto, occorre compiere una valutazione caso per caso, all’esito della quale potrebbero accertarsi scenari diversi.

Ove la “valutazione” tecnica si mantenesse nel campo della specificazione di concetti giuridici indeterminati, non trattandosi di una sostituzione alla p.a. ma semplicemente di un’attività interpretativa e applicativa della norma, sarebbe consentito un sindacato di tipo pieno.

Al contrario, laddove l’interpretazione e l’applicazione della norma lasciasse perdurare uno spazio di scelta in ordine all’interesse pubblico concreto, sia pure da individuare tramite il ricorso a regole tecniche, si dovrebbe arretrare alla soglia del sindacato debole.

Peraltro, anche tali considerazioni, pur nella loro innovatività, potrebbero apparire a loro volta superate laddove si giungesse ad applicare il principio di presunzione di innocenza che, come detto, dovrebbe trovare spazio anche in questa materia³⁹³.

Una sanzione amministrativa basata su valutazioni opinabili, in quanto tali privi del carattere dell’unicità e dell’obiettività, non sarebbe infatti idonea a garantire la “certezza” richiesta in ambito processualpenalistico.

L’opinabilità, nella misura in cui consente ricostruzioni alternative, sia pure solo “attendibili” e non anche “maggiormente attendibili”, insinua un dubbio tale da far scattare il meccanismo penalistico, sancito dalla locuzione latina «*in dubio pro*

legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato), in Giustamm.it, gennaio 2020.

³⁹² La sentenza, di grande portata innovativa, ha suscitato reazioni diverse in dottrina; fra gli altri, si rinvia a L. ARNAUDO - R. PARDOLESI, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, III, 2019, 498 ss.; M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2020, 740; S. GORZA, *Il caso Avastin/Lucentis tra contraddizioni ed omissioni*, in *Dir. Ind.*, 2020, 1; G. TESAURO, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale: una riflessione sul caso Avastin/Lucentis e non solo*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020.

³⁹³ In argomento, si rinvia alle considerazioni svolte *supra* al cap. III, par. 7

reo», che dovrebbe condurre all'assoluzione dell'imputato.

In altri termini, il ricorso a regole tecniche dal carattere opinabile non consentirebbe di ritenere raggiunta la soglia dell'«*al di là di ogni ragionevole dubbio*» richiesta dall'art. 533 c.p.p. ai fini della sentenza di condanna³⁹⁴.

Per tale ragione, non si tratterebbe tanto di un problema del grado di pervasività del sindacato giudiziale in ordine alle valutazioni tecniche compiute dalla p.a. (per il cui tramite eventualmente giungere a negare la sussistenza dell'illecito in forza di una diversa ricostruzione ritenuta “più attendibile”); quanto, ancora prima, di ritenere non provata la responsabilità dell'autore dell'illecito in ragione della impossibilità di garantire lo standard probatorio richiesto in materia penale. Diversamente, un processo di tal fatta non potrebbe dirsi “equo” nella forma richiesta dall'art. 6 Cedu.

Si tratta di una ricostruzione dal carattere fortemente progressista e che, in quanto tale, (ci si rende conto) potrebbe suscitare talune perplessità, se non altro nella parte in cui rende superflue le disquisizioni che hanno interessato maggiormente la dottrina e la giurisprudenza, fino ad ora ripetutamente interrogatesi in ordine all'intensità del sindacato giudiziale.

Purtuttavia, la stessa si colloca lungo una linea di piena coerenza con la tesi che si sta avallando in questa sede, ove già si ha avuto modo di sottolineare il mancato rispetto del principio di presunzione di innocenza nel procedimento amministrativo, auspicandone, al contempo, l'attuazione nella successiva fase processuale.

Ebbene, sembra essere proprio questa la modalità con cui procedere per dare luogo alla più volte menzionata sanatoria *ex post* di queste lacune che, proprio perché strettamente dipendenti dal sistema strutturale della p.a., non risultano facilmente superabili nella fase procedimentale.

4. *Il ne bis in idem: da garanzia processuale a garanzia sostanziale. Una deminutio di tutela?*

Il principio del *ne bis in idem*, collocato anch'esso tra le garanzie processuali, possiede caratteristiche dai contorni variabili.

Da tempo presente nell'ordinamento interno ed europeo, grazie all'apporto della

³⁹⁴ Si è espresso in questi termini G. GRECO, *Discrezionalità tecnica, margini di opinabilità delle valutazioni e sanzioni amministrative*, in *Discrezionalità e amministrazione*, Forum AIPDA, 28 ottobre 2022.

giurisprudenza l'istituto ha subito diverse innovazioni che ne hanno mutato - con esiti differenti - il campo applicativo.

Nello specifico, si trova sancito innanzitutto all'art. 50 CDFUE, che prevede il divieto di perseguire o condannare una persona per un reato per il quale sia già stata assolta o condannata nell'Unione con sentenza penale definitiva. In questa versione, attiene ai rapporti tra Stati membri e si applica solo nell'attuazione del diritto UE. In secondo luogo, è garantito dall'art. 54 della Convenzione di Schengen, secondo cui una persona già giudicata con sentenza definitiva in uno Stato contraente non può essere sottoposta, per i medesimi fatti, ad un procedimento penale in un altro Stato contraente.

Infine, l'art. 4 del Protocollo n. 7 vieta che ogni persona possa essere perseguita o condannata penalmente dallo stesso Stato per un reato per il quale sia già stata assolta o condannata con sentenza definitiva. Questa norma, diversamente dalla precedente, si applica solo all'interno di un ordinamento nazionale e nei casi in cui non si debba dare attuazione al diritto UE.

I due concetti, in ogni caso, non sono tra loro slegati dovendo semmai essere intesi in un rapporto di armonia e coerenza, in virtù della clausola orizzontale di salvaguardia contenuta nell'art. 52 CDUE in base alla quale, quando la Carta riconosce un diritto corrispondente ad uno previsto dalla Cedu, deve garantire almeno lo stesso livello di tutela³⁹⁵.

In ambito interno il principio è codificato dall'art. 649 c.p.p., che sancisce il divieto di un secondo giudizio: laddove il p.m. dovesse iniziare un nuovo procedimento per il medesimo fatto attribuito al medesimo imputato, il giudice avrebbe l'obbligo di pronunciare, a seconda della fase processuale, sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento.

Affinché si applichi la garanzia in esame, occorrono due requisiti: da un lato, l'*idem*, vale a dire la medesima condotta (intesa nella sua materialità e non nella sua qualificazione giuridica) posta in essere dal medesimo soggetto³⁹⁶; dall'altro, il *bis*,

³⁹⁵Per un commento, cfr. F. FERRARO - N. LAZZERINI, *Art. 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1061 ss. Sui rapporti tra CDUE e CEDU cfr. B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 49 ss., I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi.it*, 2020.

³⁹⁶In particolare, sulla necessità che sia lo stesso soggetto v. CGUE, 5.4.2017, *Orsi e Baldetti*, C-217/15, e C-350/15.

cioè l'esistenza di una duplicità procedurale successiva ad una pronuncia già definitiva.

Così concepito, nasce come garanzia processuale e dunque come divieto di doppio processo; non anche come divieto di doppia sanzione, che dunque in astratto sarebbe ammissibile (salvo il limite della proporzionalità e della offensività).

Nella prospettiva che qui interessa, tale divieto è stato esteso dalla Corte EDU anche ai casi in cui uno dei due procedimenti in questione, sebbene formalmente amministrativo, comporti l'irrogazione di una sanzione sostanzialmente penale.

L'occasione in tal senso è stata offerta proprio da un caso avente ad oggetto l'ordinamento italiano, e nello specifico il sistema legislativo previsto in materia di abusi di mercato, disciplinato sul piano penale dall'art. 185 t.u.f. e sul piano amministrativo dall'art. 187^{ter} t.u.f.

Dopo aver qualificato come sostanzialmente penale la sanzione di cui all'art. 187^{ter} t.u.f.³⁹⁷, così accogliendo una interpretazione estensiva della nozione di *idem factum*, la Corte EDU ha evidenziato come un simile “doppio binario sanzionatorio” contrasti con i principi di cui agli artt. 6 CEDU e 4 del Protocollo n. 7³⁹⁸.

In particolare, per quanto attiene alla medesimezza del fatto storico, i giudici di Strasburgo hanno osservato come la questione non debba incentrarsi tanto sugli elementi costitutivi degli illeciti di cui agli artt. 187^{ter} e 185 t.u.f., quanto piuttosto sui fatti addebitati ai ricorrenti dinnanzi alla Consob e al giudice penale, onde verificare se questi siano o meno riconducibili alla stessa condotta.

E, riscontrane nel caso di specie l'identità, la Corte ha invitato il legislatore italiano a porre rimedio alle *defaillances* strutturali che caratterizzano la procedura amministrativa e quella giudiziaria in materia di sanzioni CONSOB.

Di fronte alla perdurante inerzia del legislatore, si è reso necessario l'intervento della Consulta.

Quest'ultima, pur dichiarando l'inammissibilità della questione³⁹⁹, ha precisato che

³⁹⁷ Compresa tra un minimo di ventimila euro e un massimo di cinque milioni di euro.

³⁹⁸ Cfr. Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, caso *Grande Stevens c. Italia*. In dottrina, v. A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista delle Società*, fasc.5, 2015; S. CALVETTI, *CEDU, sentenza Grande Stevens, e il diritto a non essere giudicati due volte*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.32, 2015, pag. 17.

³⁹⁹ In particolare, la Cassazione aveva sollevato q.l.c. degli artt. 187 *bis* t.u.f. e 649 c.p.p., chiedendo un intervento additivo tale da precludere la continuazione di un secondo giudizio “penale” ove il

«Non può negarsi che un siffatto divieto possa di fatto risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario, nel quale alla diversa natura, penale o amministrativa, della sanzione si collegano normalmente procedimenti anch'essi di natura diversa»⁴⁰⁰.

In assenza di un intervento di riforma, tale ultima precisazione finiva per attribuire all'interprete il compito di pronunciarsi sulle misure sanzionatorie in modo tale da giungere ad una pronuncia che si ponga in linea con la Cedu.

Questo assetto, già di per sé poco lineare, si è complicato ulteriormente a seguito di un recente *revirement* da parte della stessa Corte Edu che ha interessato l'altro presupposto dell'istituto, vale a dire la nozione di *bis*.

In occasione del caso *A e B c. Norvegia*, la Grande Chambre ha infatti chiarito che «Non viola il ne bis in idem convenzionale la celebrazione di un processo penale, l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella species pari al 30% dell'imposta evasa) purché sussista tra i due procedimenti una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta"»⁴⁰¹.

In questo caso, dunque, partendo sempre dalla qualifica della sovrattassa come sanzione penale in ottemperanza agli *Engel criteria*, la Corte non esclude che ciascuno Stato possa articolare la risposta sanzionatoria tramite procedimenti distinti, purché temporalmente vicini e prevedibili *ex ante*.

Per tali ragioni, invita gli Stati ad adottare meccanismi in grado di unificare i procedimenti sanzionatori tramite una adeguata interazione tra le varie autorità competenti. In tale compito, i legislatori nazionali dovrebbero avere cura, da un lato, che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato anche nell'altro procedimento, così evitando inutili duplicazioni anche a livello istruttorio; dall'altro, che la sanzione imposta nel procedimento conclusosi per primo venga tenuta in debito conto nell'altro, il fine di irrogare un trattamento sanzionatorio complessivamente proporzionato.

Così operando, la Corte finisce per circoscrivere in maniera significativa la portata

primo si fosse già concluso con esito positivo (Cass. ord. 15 gennaio 2015, n. 1782). Per un commento, cfr. C. FEDERICO, «Doppio Binario Sanzionatorio e ne bis in idem: la parola alla Corte Costituzionale», in *Archivio Penale*, 2015, n. 2.

⁴⁰⁰ Corte Cost, 12 maggio 2016, n. 102. Per un commento, cfr. F. VIGANO', *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, maggio 2016.

⁴⁰¹ Corte Edu (Grande Camera), 15 novembre 2016, *A e B. c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11.

del principio del *ne bis in idem* come riconosciuto in precedenza, con l'effetto ultimo di frustrare le esigenze garantiste che avevano animato quella decisione⁴⁰². Il principio in esame, infatti, da garanzia processuale assoluta (idonea cioè ad impedire l'instaurazione di nuove azioni penali o anche solo il rischio di tali azioni) finisce per diventare una garanzia sostanziale relativa, in quanto dipendente dall'ulteriore requisito della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti⁴⁰³.

Il medesimo criterio è stato ribadito dalla Corte qualche anno dopo, in un caso in cui la violazione del *ne bis in idem* è stata riscontrata proprio in ragione della limitata sovrapposizione nel tempo dei due procedimenti nonché della circostanza che la raccolta e la valutazione delle prove nei procedimenti fosse stata largamente indipendente⁴⁰⁴.

In quell'occasione, tuttavia, la valutazione sulla connessione è stata compiuta dalla Corte sulla base esclusiva dello svolgersi concreto dei due procedimenti, e in particolare delle loro scansioni temporali, prescindendo invece da riferimenti al quadro normativo⁴⁰⁵.

Ad ogni buon conto, questo nuovo corso giurisprudenziale fondato sul criterio della connessione sufficientemente stretta lascia sottendere molteplici criticità. Innanzitutto, così operando si assiste ad una significativa riduzione delle garanzie, che si colloca in controtendenza rispetto all'orientamento accolto dalla stessa Corte EDU in relazione agli altri profili concernenti le sanzioni sostanzialmente penali.

In secondo luogo, la insufficiente delimitazione del parametro della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta ha l'effetto ultimo di lasciare ampio margine di apprezzamento all'interprete il quale, trovatosi di fronte ad un concetto piuttosto indeterminato, finisce per dovere ricavare di volta in volta la regola del caso concreto, con un approccio inevitabilmente casistico e foriero anch'esso di ulteriori incertezze.

Tali lacune sembrano essere state sanate solo parzialmente dalla Corte di Giustizia, anch'essa chiamata a pronunciarsi sulla questione in conseguenza di

⁴⁰² Il riferimento è a Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, caso *Grande Stevens cit.*

⁴⁰³ Sulla tematica si rinvia a C. LAMBERTI, *Sanzioni e ne bis in idem nelle sentenze della corte europea e del giudice nazionale. L'involuzione del principio*, in *giustamm.it*, 2015.

⁴⁰⁴ Corte Edu, 18 maggio 2017, *Jóhannesson c. Islanda*

⁴⁰⁵ In questo senso si è espresso ad es. F. VIGANO', *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Penalecontemporaneo.it*, maggio 2017.

tre rinvii pregiudiziali sollevati dai giudici italiani⁴⁰⁶.

Questa sentenza, oltre a collocarsi tra quelle che consolidano il recepimento a livello comunitario dei criteri Engel, merita di essere qui segnalata perché accoglie i principi elaborati dalla Corte Edu anche in materia di *ne bis in idem*.

La CGUE, infatti, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del doppio binario sanzionatorio con il principio previsto dall'art. 50 CDFUE, ritiene ammissibile il cumulo, purché nel rispetto delle condizioni indicate.

Nello specifico, affinché le norme nazionali in materia siano comunitariamente compatibili occorre: il perseguimento di un interesse generale e di scopi complementari; l'indicazione di regole chiare e precise, tali da consentire al soggetto accusato di prevedere quali atti e quali omissioni possano costituire oggetto del cumulo; un coordinamento fra i procedimenti, al fine di limitare a quanto è strettamente necessario l'onere supplementare che un cumulo comporta; la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio rispetto alla gravità dell'illecito⁴⁰⁷.

Peraltro, anche in ottemperanza alla clausola di salvaguardia di cui all'art. 52 CDFUE, la CGUE precisa che i criteri indicati «assicurano un livello di tutela del principio del *ne bis in idem* che non incide su quello garantito all'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU, quale interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo».

In altri termini, secondo i giudizi di Lussemburgo lo standard UE in materia di *ne bis in idem* sarebbe più elevato, essendo le eccezioni al divieto di cumulo meglio definite e, per tale motivo, di applicazione più circoscritta.

A livello interno, il *revirement* è stato recepito anche dalla Corte Costituzionale che, intervenuta per rigettare l'ennesima q.l.c. dell'art. 649 c.p.p., lo ha fatto proprio in ossequio ai nuovi dettami indicati nella causa *AeB c. Norvegia*.

Nello specifico, la Consulta ha sottolineato come si sia passati «dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti» tra

⁴⁰⁶ Il riferimento è in particolare a: causa *Menci*, sollevata dal Tribunale di Bergamo; causa *Garlsson* e causa *Di Puma*, sollevata dalla II sez. civile della Cassazione, tutte riunite dalla CGUE e decise con sentenza Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16.

⁴⁰⁷ In dottrina si rinvia a B. NASCIMBENE, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Sistema penale*, 2020, fasc. 4, p. 95-108; L. MARICONDA, *Diritto antitrust e ne bis in idem nel dialogo tra le corti europee*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.4, dicembre, 2020, pag. 1053; S. SCHIAVONE, *La nozione di "idem" nel dialogo tra Corti: un unico criterio per una tutela effettiva, anche in materia di concorrenza*, in *Cassazione Penale*, fasc.7-8, luglio 2022.

loro indipendenti, alla facoltà di «*coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati ad un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva*»⁴⁰⁸.

Nella medesima occasione la Corte ha nuovamente auspicato un intervento normativo, anche al fine di evitare che la soluzione del problema venga lasciata agli organi giudicanti⁴⁰⁹. Questi ultimi, infatti, proprio in ragione della laconicità del principio enunciato, a cui spesso si aggiunge l'elevato tecnicismo della materia, risultano privi di chiari riferimenti legislativi.

Non a caso, proprio a riprova di come la questione sia lontana dall'essere chiusa, il giudice amministrativo ha recentemente sollevato un rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E.

Nello specifico, l'occasione è stata rappresentata da una controversia avente ad oggetto l'irrogazione di una sanzione pecuniaria di € 5.000.000 da parte di A.G.C.M. a Volkswagen Group Italia S.p.A. a cui, a fronte della analogia delle condotte, era stata successivamente irrogata una sanzione (ormai definitiva) pari a 1 miliardo di Euro da parte della Procura tedesca di Braunschweig.

All'atto della verifica circa la sussistenza delle condizioni necessarie ai fini della deroga al *ne bis in idem*, erano emersi i seguenti elementi fattuali: mancanza di una regola chiara e certa nel senso di rendere prevedibile il doppio binario (anche in considerazione del fatto che altrimenti opinando VWAG potrebbe essere chiamata a rispondere dei fatti in tutti i paesi europei); assenza di qualsiasi forma di coordinamento fra i procedimenti indicati; sanzione irrogata nella misura massima in entrambi i casi.

Trattandosi peraltro di una materia diversa – vale a dire quella delle pratiche commerciali scorrette - rispetto a quelle in cui la Corte era già intervenuta per recepire il *ne bis in idem* come garanzia “sostanziale” (rappresentata generalmente dal tema delle manipolazioni del mercato), la Sesta Sezione ha ritenuto di dover interrogare la CGUE da un lato, sulla compatibilità con l'art. 50 CDFUE della normativa nazionale; dall'altro, sulla idoneità della Direttiva 2005/29 (contenente la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette recepita dal legislatore nazionale) ad integrare una deroga al divieto del *bis in idem*⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Corte Cost., 2 marzo 2018, n. 43.

⁴⁰⁹ In questa direzione v. G. ANGIOLINI, *Una giustizia ancora irrisolta: il ne bis in idem “europeo” e l'Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. Penale*, 2018, fasc. 4, p. 2136.

⁴¹⁰ Cons. Stato, Sez. VI, ord. 7 gennaio 2022, n. 68.

Il nuovo rinvio da parte del giudice amministrativo suona come una sorta di invito alla Corte di Giustizia quanto meno a circoscrivere, nella loro portata applicativa, le deroghe al principio in esame, testimoniando così la preoccupazione in ordine ai possibili effetti distorsivi in termini di garanzie.

Da ultimo, in questo quadro di crescente “erosione” del *ne bis in idem*, occorre distinguere i casi in cui la sua violazione è stata negata non tanto all’esito dell’applicazione del criterio della sufficiente connessione, quanto piuttosto sulla scorta della diversa premessa circa la natura non punitiva della sanzione amministrativa prevista congiuntamente a quella penale.

Ad esempio, la Corte edu si è espressa in tal senso con riferimento alla legislazione in materia di D.a.s.p.o. prevista dall’ordinamento croato, in cui il sistema risulta articolato in un daspo amministrativo, dotato di funzione preventiva e in quanto tale indipendente dall’accertamento del reato, ed un daspo come pena accessoria per taluni reati.

In quel caso, proprio la valorizzazione della natura preventiva della misura amministrativa, finalizzata non a punire ma a prevenire la pericolosità sociale, consente ai giudici di Strasburgo di escludere la violazione del *ne bis in idem*⁴¹¹. Questa vicenda risulta degna di nota in quanto le considerazioni svolte dalla Corte Edu con riferimento alla disciplina croata paiono estendibili al nostro sistema, che con esso presenta caratteri affini.

Anche nel nostro ordinamento, infatti, è previsto da un lato, un d.a.s.p.o. amministrativo (art. 6, l. 13 dicembre 1989, n. 401) considerato alla stregua di misura di prevenzione, in quanto diretto a neutralizzare una forma di pericolosità sociale che si manifesta *praeter delictum*; dall’altro, un d.a.s.p.o. pena accessoria (art. 5 della medesima legge) conseguente alla condanna per uno dei delitti previsti dagli artt. 1-4 l. n. 401/1989. Ma, appunto, la contrarietà alla Cedu di tale sistema sanzionatorio potrebbe essere esclusa proprio riconoscendo la natura preventiva del d.a.s.p.o. amministrativo⁴¹².

⁴¹¹ Si allude a Corte edu, 8 novembre 2018, *Tomislav Seražin c. Croatia*, 19120/15.

⁴¹² In materia di sicurezza urbana, si rinvia a G. TROPEA, *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo “interno” ed “esterno” tra corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2018; ID., *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.4, dicembre 2021, pag. 885; A. AIMI, *Il “Decreto Sicurezza” 2018: i profili penalistici*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, marzo 2019, pag. 135; R. ORLANDI, *La ‘fattispecie di pericolosità’. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.2, giugno 2017, pag. 470.

Nella prospettiva che qui si sta seguendo, che ricollega l'estensione delle garanzie convenzionali al carattere sostanzialmente penale della misura in questione, il superamento del *ne bis in idem*, fondato su argomentazioni di tal fatta, troverebbe maggiore coerenza sistematica.

5. *La caducazione degli effetti in conseguenza della illegittimità costituzionale della norma sanzionatoria*

In controtendenza rispetto al profilo esaminato nel paragrafo precedente, un grosso passo avanti verso l'equiparazione giuridica della sanzione punitiva a quella penale si rinviene in relazione all'aspetto della tenuta del giudicato in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità della norma sanzionatoria.

Com'è noto, in ambito penale la tematica è regolata dall'art. 30, co. 4 della l. n. 87 del 1953 la quale prevede che, quando la sentenza irrevocabile di condanna sia stata pronunciata in applicazione di una norma successivamente dichiarata incostituzionale, *«ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali»*.

La retroattività della sentenza di incostituzionalità prevale sul principio della intangibilità del giudicato, trattandosi in questo caso di una retroattività favorevole. La *ratio* si rinviene innanzitutto nelle peculiarità del fenomeno di dichiarazione di incostituzionalità che, inficiando la disposizione caducata sin dall'origine, rappresenta un evento di patologia normativa nella misura in cui attesta che quella norma non avrebbe mai *«dovuto essere introdotta nell'ordinamento repubblicano»*, circostanza questa che ne giustifica *«la proiezione “retroattiva” sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici progressi»*⁴¹³.

In secondo luogo, una simile conseguenza si giustifica in ragione della erosione della concezione assolutistica del giudicato e del progressivo ridimensionamento del dogma di intangibilità, a favore del diritto fondamentale ed inviolabile della libertà personale. In ciò si differenzia rispetto al giudicato civile ed amministrativo che, in quanto non incidenti su tale diritto, godono di un grado di resistenza superiore.

Sulla scorta di tali premesse, e nell'ambito della tesi che in questa sede si sta tentando di ricostruire, al riconoscimento della natura sostanzialmente punitiva di una sanzione dovrebbe fare seguito, dunque, l'applicazione della previsione di cui

⁴¹³ Così Cass., Sez. Unite, 14 ottobre 2014, n. 42858.

all'art. 30, co. 4 l. n. 87/1953.

Senonché, qualche anno fa la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla incostituzionalità della disposizione in esame nella parte in cui non si applica anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive, ha rigettato la questione ritenendola riferibile solo alle sanzioni formalmente penali nonché alle statuizioni tipicamente penali.

Alla base di una simile conclusione si colloca l'adesione ad un approccio di tipo essenzialmente "dualistico".

Ad avviso della Consulta, la nozione di sanzione sostanzialmente penale sarebbe stata elaborata dalla Corte di Strasburgo al fine di dare interpretazione e applicazione alla Cedu, pertanto il riconoscimento della natura sostanzialmente punitiva comporta l'applicazione di *«tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo»*⁴¹⁴.

Al contrario, rimarrebbe nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato *«la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé vevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri»*.

Con la conseguenza che *«ciò che per la giurisprudenza europea ha natura penale deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna»*.

Così operando, la pronuncia ha finito per introdurre una sorta di doppio regime di garanzie: uno, cumulativo delle garanzie Cedu e delle garanzie costituzionali, riservato alle pene in senso stretto; un altro, limitato alle sole garanzie Cedu, applicabile alle sanzioni formalmente amministrative.

Il rapporto tra la Cedu e l'ordinamento interno non si configurerebbe in termini di assimilazione ma di coesistenza: l'elaborazione della concezione automatica della pena rilevarebbe solo ai fini delle garanzie Cedu; nei diversi casi in cui

⁴¹⁴ Corte Cost., 27 febbraio 2017, n. 43.

l'ordinamento interno dovesse riconoscere una garanzia ulteriore, non sarebbe necessario ricorrere alla nozione di sanzione sostanzialmente penale⁴¹⁵.

Inoltre, dal punto di vista più strettamente processuale, la Consulta ha osservato come la sanzione amministrativa risulti applicata quasi sempre dal giudice amministrativo o dal giudice ordinario civile, rispetto ai quali non esiste una fase di esecuzione, analoga a quella prevista dall'art. 673 c.p.p., che consenta all'interprete di revocare la sentenza in ragione dello *jus superveniens*.

Questo approccio, in verità, fin da subito non è risultato del tutto convincente.

Una delle principali criticità nasceva dalla difficoltà di individuare il fondamento costituzionale cui ancorare tale ultima categoria di sanzioni, collocata in una posizione intermedia tra quelle penali e quelle amministrative.

Non solo. La premessa del ragionamento della Consulta si fondava sul riconoscimento della natura esclusivamente interna della garanzia di cui all'art. 30, co. 4, l. n. 87/1953, intesa come ulteriore profilo di tutela riservato alle pene in senso stretto.

A ben vedere, però, la disposizione in esame, lungi dall'integrare una autonoma garanzia, rappresenta uno strumento che consente di dare attuazione al principio di legalità della pena e dunque, un suo precipitato logico.

Come si è accennato, infatti, la previsione legislativa mira ad impedire che venga ingiustamente sofferta una sanzione penale che, per quanto inflitta con una sentenza ormai divenuta irrevocabile, si fonda su una norma dichiarata incostituzionale. Sicché, fondandosi la pena su una norma invalida, sarebbe lo stesso principio di legalità ad imporne la rimozione.

Ragionando in questi termini, la caducazione del giudicato sarebbe imposta anche dall'art. 7 Cedu e pertanto risulterebbe estendibile anche alle sanzioni sostanzialmente penali.

Non è un caso che quest'orientamento sia stato superato dalla stessa Corte Costituzionale a distanza di pochissimi anni.

L'occasione per il *revirement* è rappresentata dalla sentenza n. 63 del 2019, intervenuta in materia di riconoscimento della retroattività favorevole alle sanzioni

⁴¹⁵ Per un commento alla sentenza in esame si rinvia a M.C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 21 marzo 2017; A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni sostanzialmente penali e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *ivi*, 3 aprile 2017.

Consob⁴¹⁶.

Questa pronuncia qui rileva nella misura in cui, superando l'approccio dualista, ha individuato come parametro di riferimento un sistema di principi penalistici integrato da norma costituzionali, convenzionali, europee e internazionali.

Seguendo quest'ultima prospettiva, pertanto, non sarebbe possibile distinguere tra garanzie costituzionali e garanzie Cedu, dovendosi procedere, al contrario, all'estensione delle garanzie derivanti da un sistema così complessivamente inteso. Ed in effetti, proprio partendo da un simile ragionamento, recentemente la Corte Costituzionale, superando il proprio precedente, ha esteso l'art. 30, co. 4, l. n. 87/1953 anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali⁴¹⁷.

La pronuncia della Consulta è interessante non solo per le conclusioni cui giunge ma anche per il percorso logico seguito che capovolge l'*iter* argomentativo del giudice *a quo*. Quest'ultimo, infatti, dando per scontato da un lato, che la revoca della patente sia una sanzione sostanzialmente penale; dall'altro, che secondo il diritto vivente l'art. 30, co. 4 l. 87/1953 non possa essere applicato anche a queste fattispecie, ne ha chiesto la dichiarazione di incostituzionalità nella parte in cui «*non estende tale disposizione anche alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU*»⁴¹⁸.

La Consulta, dal canto suo, osserva invece come «*la giurisprudenza di legittimità – rovesciando entrambe le premesse interpretative da cui muove il giudice a quo – da un lato riconosce, ormai con plurime pronunce, che la norma censurata si presta ad essere applicata anche alle sanzioni amministrative “sostanzialmente penali”; ma dall'altro nega, in modo altrettanto costante, che la revoca della patente abbia una simile natura*»⁴¹⁹.

Il vero nodo cruciale, pertanto, attiene proprio al riconoscimento della natura sostanzialmente penale della sanzione *de qua*⁴²⁰.

Sul punto, la Consulta ritiene che «*non sia, in realtà, possibile negare che la revoca*

⁴¹⁶ Sulla pronuncia in esame si rinvia alle considerazioni svolte *supra* cap. II, par. 3

⁴¹⁷ Corte Cost., 16 aprile 2021, n. 68.

⁴¹⁸ Tribunale di Milano, ord. 4 febbraio 2020, n. 47.

⁴¹⁹ Punto 4 del *Considerando in diritto*.

⁴²⁰ La questione in esame trova un proprio presupposto nella precedente sentenza n. 88/2019 con cui la Corte Cost. aveva dichiarato la incostituzionalità dell'automatismo sanzionatorio della revoca della patente prevista *per i reati di cui agli artt. 589-bis (Omicidio stradale) e 590-bis (Lesioni personali stradali gravi o gravissime) del codice penale*. All'indomani della menzionata pronuncia, si era posto pertanto il problema se il giudice potesse valutare l'alternativa della sospensione della patente per i casi rispetto ai quali fosse già intervenuto il giudicato.

della patente, disposta dal giudice penale con la sentenza di condanna o di patteggiamento della pena per i reati di cui agli artt. 589-bis e 590-bis cod. pen., abbia connotazioni sostanzialmente punitive».

Nella misura in cui incide su una libertà fondamentale come il diritto al lavoro dell'individuo, quest'ultima possiede una portata afflittiva molto forte. Né la natura sostanzialmente penale potrebbe essere esclusa valorizzando la finalità anche preventiva che la sanzione possiede, proprio ove si consideri l'impatto che essa determina sulla vita dell'individuo.

Secondo la Consulta, dunque, è questa interpretazione ad essere incostituzionale, tant'è che in luogo di una sentenza interpretativa di rigetto (normalmente emanata nei casi in cui la premessa interpretativa risulti erronea), si pronuncia con una sentenza interpretativa di accoglimento, dichiarando la incostituzionalità dell'art. 30, co. 4, l. 87/1953 *«in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada)».*

Il dispositivo, facendo esplicito riferimento all'art 222, co. 2, cod. strad., potrebbe indurre in errore circa la portata applicativa del principio enunciato, apparentemente limitato alla sola sanzione in questione e dunque non estendibile a tutte le altre egualmente dotate di natura punitiva.

In realtà, dalla lettura della motivazione emerge il contrario: una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 30, co. 4 l. 87/1953, nella misura in cui non si applica in generale a tutte le sanzioni sostanzialmente penali, non sarebbe necessaria; e ciò in quanto, nel diritto vivente, la norma è già intesa in questo senso. Più limitatamente, l'incostituzionalità attiene all'interpretazione secondo cui lo stesso non si applica alla revoca, e ciò sulla erronea premessa secondo cui quest'ultima non appartenga al novero delle sanzioni sostanzialmente penali.

In ultima analisi, appare il caso di soffermarsi sulle conseguenze di ordine processuale che il riconoscimento di un simile principio determina.

Si è accennato alla diversità esistente tra, da un lato, il sistema penale, che prevede sia un giudice *ad hoc* sia appositi strumenti processuali per incidere sul giudicato in ragione dello *jus superveniens*⁴²¹; dall'altro, i sistemi processuali civili e

⁴²¹ Si allude in particolare alla revoca della sentenza *ex art. 673 c.p.p.*, in conseguenza della abrogazione o della dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice; nonché (a seguito

amministrativi che, per molto tempo, sono risultati privi di analoghi rimedi.

Com'è noto, infatti, l'unico strumento presente nel panorama normativo ed astrattamente utilizzabile per caducare un giudicato è costituito dalla revocazione straordinaria *ex art. 395 c.p.c.*; trattasi di un mezzo a critica vincolata che, fino a poco tempo fa, non ha contemplato la circostanza in esame tra i motivi di impugnazione.

Anzi, la stessa Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità dell'art. 106 c.p.a. e degli artt. 395-396 c.p.c. proprio nella parte in cui non consentono la revocazione della sentenza passata in giudicato a seguito di condanna da parte della Corte EDU, ha rigettato la questione⁴²². E ciò in quanto, ad avviso della Consulta, tra processo penale e processo amministrativo o civile ci sarebbe una differenza di fondo data dalla circostanza che solo il primo incide sulla libertà personale.

Questo orientamento già allora non era apparso molto convincente, posto che l'attrazione di una sanzione amministrativa nel novero di quelle penali implica un grado di afflittività sulle libertà dell'individuo non inferiore rispetto a quello determinato dalle pene *tout court*⁴²³.

Ed in effetti recentemente il legislatore, prendendo atto dell'inadeguatezza dei rimedi interni, ha previsto un'ulteriore ipotesi di revocazione per contrarietà alla CEDU. Si allude, nello specifico, al disposto contenuto nel nuovo art. 391^{quater} c.p.c. introdotto dal d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della legge delega 26 novembre 2021, n. 149 in materia di riforma del processo civile⁴²⁴.

della Corte Cost. n. 133/2011) alla revisione *ex art. 630 c.p.p.*, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Cedu.

⁴²² Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123; per un commento alla sentenza si rinvia a E. BINDI - A. PISANESCHI, *La Corte costituzionale non consente la revocazione delle sentenze amministrative passate in giudicato per contrasto con la sentenza della Corte EDU*, in *Giustamm.it.*, luglio 2017, 1 ss. La questione è stata sollevata dal Consiglio di Stato con ord. n. 4765/2017, il quale sosteneva che a seguito dell'accertamento, con sentenza definitiva, della violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, sorgerebbe in capo allo Stato l'obbligo di riparare detta violazione mediante la c.d. *restitutio in integrum*, realizzabile solo mediante una riapertura del processo.

⁴²³ In questo senso si è espresso ad es. A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2021, fasc. 4.

⁴²⁴ In dettaglio, l'art. 391^{quater} c.p.c. dispone che «*Le decisioni passate in giudicato il cui contenuto è stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali ovvero ad uno dei suoi Protocolli, possono essere impugnate per revocazione se concorrono le seguenti condizioni: 1) la violazione accertata dalla Corte europea ha pregiudicato un diritto di stato della persona; 2) l'equa indennità eventualmente accordata dalla Corte europea ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione non è idonea a compensare le conseguenze della violazione. Il ricorso si propone*

Al riguardo, non sembrano sussistere ostacoli affinché questa nuova ipotesi di revocazione trovi applicazione anche nel processo amministrativo in quanto, sebbene l'art. 106 c.p.a. rinvii specificatamente agli artt. 395 e 396 c.p.c., tale disposizione si presta ad essere interpretata in senso estensivo, vale a dire come riferita anche motivi che, pur collocati fuori dagli articoli indicati – specie se in ragione di sopravvenuti interventi normativi - consentono di attivare il medesimo rimedio.

6. *Sanzioni cd. processuali. Le sanzioni “alternative” all’inefficacia del contratto ex art. 123 c.p.a.*

Nell’ambito di questa trattazione meritano infine un apposito approfondimento le sanzioni “processuali”, così chiamate in quanto disposte dall’autorità giudiziaria.

Si tratta di un fenomeno conosciuto in diversi rami dell’ordinamento.

È agevole constatare infatti come poteri sanzionatori siano attribuiti al giudice civile⁴²⁵, al giudice penale (con specifico riferimento a sanzioni amministrative, che differiscono dalle pene alla cui applicazione lo stesso è naturalmente tenuto)⁴²⁶ nonché al giudice amministrativo⁴²⁷.

In questo contesto, si è deciso di soffermarsi sulle sanzioni alternative previste dall’art. 123 c.p.a. in quanto dotate, sotto vari profili, di taluni aspetti peculiari.

In prima battuta, l’espressione «*sanzioni processuali*» sembra essere qui impiegata in modo atecnico: l’utilizzo di tale aggettivo si giustifica non solo in quanto le stesse appaiono funzionali a punire la condotta delle parti del processo⁴²⁸, ma anche in ragione della devoluzione di poteri sanzionatori ad organi giurisdizionali in assenza di un previo intervento dell’autorità amministrativa.

nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione o, in mancanza, dalla pubblicazione della sentenza della Corte europea ai sensi del regolamento della Corte stessa. Si applica l'articolo 391-ter, secondo comma. L'accoglimento della revocazione non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi di buona fede che non hanno partecipato al giudizio svoltosi innanzi alla Corte europea». La disposizione in esame si applica ai giudizi introdotti con ricorso notificato a ricorrere dal 1.01.2023.

⁴²⁵ Si pensi ad es. alla possibilità per il giudice di condannare, anche d’ufficio, «*la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata*» (art. 96, co. 3 c.p.c.) o «*il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende*» (art. 709ter, co. 2, n. 4) c.p.c.).

⁴²⁶Significativo in tal caso è il potere di irrogare sanzioni (almeno formalmente) amministrative come la confisca urbanistica prevista dall’art. 44 t.u. espropri su cui vedi *infra* par. 6.1

⁴²⁷ Si pensi ad es. alle sanzioni pecuniarie che il g.a. può irrogare nei confronti della parte che abbia agito o resistito temerariamente (art. 26, co. 2 c.p.a.) o abbia inutilmente proposto un’istanza di ricusazione (art. 18, co. 7 c.p.a.).

⁴²⁸ Come accade anche nei casi disciplinati dagli artt. 18, co. 7 c.p.a. e 26, co. 2 c.p.a.

Tant'è che, secondo parte della dottrina, la collocazione della materia in esame tra quelle elencate dall'art. 134, co. 1, lett. c) c.p.a. si connota in termini diversi rispetto alle restanti ipotesi di giurisdizione di merito.

In relazione alle sanzioni di cui all'art. 123 c.p.a. infatti, più che una sostituzione del giudice all'amministrazione – che in astratto si rende necessaria al fine di giustificare la natura e l'ampiezza dei poteri conferiti al g.a. in ordine alla individuazione e alla graduazione delle sanzioni alternative – si configura un'attribuzione in via originaria in capo al giudice, che diviene così titolare di un potere esclusivo⁴²⁹.

In questa sede la questione presenta profili di interesse per almeno due ordini di ragioni, l'una consequenziale all'altra. Da un lato, anche le sanzioni *de quibus* talvolta presentano caratteristiche tali da meritare la qualifica di pene in senso sostanziale alla luce degli *Engel criteria*; dall'altro, - e da qui emerge l'opportunità di darne conto nell'ambito del presente capitolo - tale qualifica induce ad interrogarsi circa il rispetto, nel processo amministrativo, dei principi di cui all'art. 6 CEDU.

L'istituto ha fatto ingresso nel panorama normativo nel 2010, quando il legislatore codicistico all'art. 123 c.p.a. ha delineato, in relazione alle procedure di evidenza pubblica, la figura delle sanzioni alternative alla declaratoria di inefficacia del contratto.

La disposizione in esame deve infatti essere letta unitamente a quella contenuta nell'art. 121, co. 4 c.p.a. che, per i casi in cui - nonostante le violazioni - il contratto sia considerato efficace o comunque l'inefficacia sia temporalmente limitata, prevede appunto l'applicazione di una delle sanzioni alternative delineate dall'art. 123 c.p.a.⁴³⁰

Più precisamente, tali sanzioni possono essere applicate innanzitutto quando, nonostante le violazioni gravi enunciate dall'art. 121, co. 1, lett. a)-d) c.p.a., «*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*» impongano il

⁴²⁹ In questo senso, v. F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?*, in *Giustamm.it*, 2011; P. CERBO, *Il limite dei poteri non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, spec. 94; E. FREDIANI, *Riflessioni in tema di sanzioni alternative nel codice del processo amministrativo*, in CERBO P. - D'ANGELO G. - SPUNTARELLI S. (a cura di), *Amministrare e giudicare: trasformazioni ordinamentali*, Jovene Editore, Napoli 2022.

⁴³⁰ In materia, si rinvia alle considerazioni di A. GIANNELLI, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 1, 2016.

mantenimento degli effetti del contratto (art. 121, co. 2 c.p.a): in questo caso, l'alternatività rispetto alla sanzione della inefficacia del contratto dispiega la sua massima efficacia.

In secondo luogo, le stesse trovano applicazione allorché la declaratoria di inefficacia sia limitata «alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo» (art. 121, co. 1 c.p.a.): si configura qui un'alternatività rapportata solo alla efficacia *medio tempore* del contratto.

Da ultimo, l'applicazione delle sanzioni alternative opera secondo quanto previsto dall'art. 123, co. 3 nei casi di violazioni solo formali dei termini di *stand still* «quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento». In tal caso, il carattere della alternatività si perde quasi del tutto, trattandosi di sanzioni destinate ad applicarsi in costanza di un contratto valido ed efficace, senza che sia stato disposto neppure l'annullamento dell'aggiudicazione⁴³¹.

Sotto il profilo del *quantum*, dette sanzioni possono consistere nel pagamento di una somma di denaro (di importo compreso tra lo 0.5% e il 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione)⁴³², oppure nella riduzione della durata del contratto (da un minimo del 10% a un massimo del 50% della durata residua)⁴³³. In entrambi i casi, emerge una forte componente afflittiva, connotata in termini esclusivi (per la sanzione pecuniaria), o combinati con un profilo più strettamente ripristinatorio (per la riduzione della durata residua)⁴³⁴.

Pur essendo irrogate nella fase processuale le sanzioni alternative possiedono natura amministrativa, in quanto adottate in conseguenza di violazione di norme sostanziali commesse dalla stazione appaltante prima dell'instaurazione del processo⁴³⁵.

⁴³¹ Per una disamina più approfondita v. P. CERBO, *Le «sanzioni alternative» nell'attuazione della direttiva* ricorsi (e nel codice del processo amministrativo), in *Urb. e app.*, 2010, 881 ss.; M.A. SANDULLI, *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 106 ss.; S. VACCARI, *La giurisdizione sulle sanzioni ex art. 123 c.p.a.: profili di incostituzionalità e soluzioni alternative*, in *Giustamm.it*, 2013.

⁴³² Cfr. art. 123, co 1. lett. a).

⁴³³ Cfr. art. 123, co 1. lett. b).

⁴³⁴ Cfr. in questo senso N. PAOLANTONIO, *Il rito accelerato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 515.

⁴³⁵ Così A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del*

Certo, la circostanza che si tratti di sanzioni irrogate direttamente dall'autorità giudiziaria, sebbene non incida sulla natura "sostanziale" delle misure in esame, non può essere del tutto priva di rilievo.

Innanzitutto, per un quanto attiene ad un profilo oggettivo, si tratta di sanzioni contenute in un provvedimento che mantiene natura giudiziaria, nonostante risulti finalizzato all'adozione di una sanzione amministrativa.

In secondo luogo, le sanzioni in esame sono suscettibili di essere irrogate solo occasionalmente, vale a dire nei casi in cui l'operatore economico che si ritenga leso dalla violazione decida di ricorrere all'autorità giudiziaria; in mancanza dell'impulso di parte, e diversamente dalla p.a. venuta a conoscenza dell'illecito, al giudice risulta precluso avviare il procedimento d'ufficio.

Quest'ultima osservazione in ordine all'iniziativa processuale necessita di una precisazione.

Sarebbe errato pensare che il giudice, quando applica la sanzione, provveda a tutelare la situazione giuridica del ricorrente, secondo il modello di giurisdizione di tipo soggettivo⁴³⁶: tale soggetto, infatti, in luogo del provvedimento sanzionatorio, preferirebbe senza dubbio la declaratoria di inefficacia del contratto, al fine di ottenere la riedizione della gara. *E converso*, si ritiene che in questi casi il giudice eserciti una giurisdizione di tipo oggettivo, finalizzata al mero rispetto della legge in un'ottica di pubblico interesse⁴³⁷.

Una volta instaurato il processo, pertanto, in presenza dei presupposti indicati dal legislatore, il g.a. sarebbe tenuto alla irrogazione della sanzione anche in assenza di una esplicita domanda di parte.

Del resto, per quanto il processo amministrativo nasca al fine di tutelare specifiche situazioni giuridiche soggettive, secondo un certo orientamento non sussistono in

nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali, Atti del LVI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 23-25 settembre 2010, Milano, 2011, 75. In senso contrario, v. S. RUSCICA, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2010, 1285 che accoglie la diversa tesi della natura processuale, la quale si desumerebbe a sua volta dalla circostanza che si tratta di sanzioni irrogate in conseguenza della violazione di norme di diritto pubblico che abbiano generato ripercussioni sulla tutela giurisdizionale dell'operatore economico ricorrente.

⁴³⁶ Per un'analisi aggiornata in tema di legittimazione a ricorrere, si rinvia a G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2021.

⁴³⁷ In questo senso, cfr. F. GOISIS, *Il contenzioso appalti nella prospettiva dell'Unione Europea: verso una giurisdizione (primariamente) di diritto oggettivo?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, giugno 2022.

Costituzione espliciti divieti che ostano ad una giurisdizione di siffatta natura⁴³⁸.

Con l'ulteriore precisazione che, ad ogni buon conto, nel caso di specie il provvedimento sanzionatorio sarebbe comunque riconducibile, sia pure in via mediata, ad un'iniziativa dello stesso ricorrente, innestandosi su un processo da costui attivato in ragione della asserita violazione delle previsioni di cui all'art. 121 c.p.a.⁴³⁹.

In altri termini, il giudice amministrativo, individuando ed applicando le sanzioni alternative, non decide una "nuova" domanda; la sua pronuncia, per quanto non riconducibile ad un'espressa domanda di parte, si fonda comunque su quanto dedotto dal ricorrente ed acquisito nel corso del procedimento da costui instaurato⁴⁴⁰.

Ancora, lo scenario si colora di ulteriori spunti di riflessione laddove si passi ad analizzare i profili che più interessano in questa sede.

Come anticipato, le sanzioni *de quibus*, in ragione del loro carattere particolarmente affittivo sembrano possedere natura sostanzialmente penale; se così è, occorre allora verificare se il processo amministrativo sia idoneo ad assicurare le garanzie dell'equo processo.

Sotto questo profilo, uno degli aspetti più problematici sembra essere quello della concentrazione dei poteri inquirenti e dei poteri decisori in capo al medesimo giudice, circostanza che potrebbe denotare un *deficit* sotto il profilo della imparzialità dell'autorità giudiziaria.

Al riguardo, la stessa Corte edu ha chiarito come tale aspetto non determini di per sé una violazione del principio di imparzialità, dovendosi piuttosto compiere un accertamento in concreto che tenga conto delle caratteristiche e delle circostanze

⁴³⁸ Significativa al riguardo è la pronuncia Corte Cost., 15 luglio 2003, n. 240 che ha ritenuto costituzionalmente legittimi gli artt. 6 e 8 della legge fallimentare, i quali prevedono la declaratoria d'ufficio del fallimento e l'obbligo per il giudice di riferire l'insolvenza di un imprenditore al tribunale competente per la dichiarazione di fallimento; per un commento alla sentenza v. A. BASSI, *Il fallimento di ufficio tra «essere» o «apparire» costituzionalmente legittimo*, in *Riv. dir. impresa*, 2004, 167. In generale, sulla giurisdizione oggettiva si rinvia a S. MIRANTE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.3, settembre 2020; N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, giugno 2020; G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2011.

⁴³⁹ In questo senso v. E. FOLLIERI, *La giurisprudenza muove i primi passi sull'irrogazione delle sanzioni alternative*, in *Giur. it.*, 2012, 1920.

⁴⁴⁰ Così E. FREDIANI, *Riflessioni in tema di sanzioni alternative cit.*

del processo⁴⁴¹.

In materia di contenzioso appalti, la mancanza di un organo assimilabile al p.m. potrebbe essere compensata grazie alla valorizzazione della figura del ricorrente, vale a dire il soggetto che introduce la contestazione dell'infrazione da cui dipende l'applicazione della sanzione, sia pure con la diversa finalità di ottenere la caducazione del contratto⁴⁴².

Il giudice, per quanto sia tenuto ad esercitare il potere sanzionatorio in via officiosa, non sarebbe così chiamato a formulare alcun capo d'accusa, dovendo piuttosto adoperarsi al fine di assicurare il corretto esercizio del diritto di difesa delle parti. Sulla scorta di argomentazioni analoghe potrebbe essere superata anche l'obiezione circa la mancata separazione tra funzione istruttoria e funzione decisoria.

Questa lacuna potrebbe essere colmata dando luogo ad una separazione tra fase "soggettiva" del processo, concernente la legittimità dell'aggiudicazione e le sue ricadute sul contratto (che avviene in contraddittorio tra le parti e col rispetto del principio dell'onere della prova); e fase "oggettiva", inerente alla applicabilità e alla quantificazione della sanzione.

Una simile scissione si fonderebbe sulla previsione contenuta nell'art. 73 co. 3 c.p.a. secondo cui «*se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale*».

Accogliendo questa linea interpretativa, il g.a. dovrebbe innanzitutto esprimersi con una pronuncia di parziale accoglimento, indicando le esigenze imperative che giustificano la perdurante efficacia del contratto (art. 121, co. 4); o eventualmente di rigetto, in caso di violazione meramente formale del termine di *stand still* (art. 123, co. 3). Nel medesimo contesto, sarebbe tenuto a rilevare d'ufficio la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle sanzioni alternative, dandone atto a verbale e sottoponendo la questione al contraddittorio tra le parti.

Solo all'esito di tale segmento processuale, l'autorità giudiziaria potrebbe emanare sentenza sull'*an* e sul *quantum* della sanzione.

Se, per un certo orientamento, il *modus agendi* appena descritto sarebbe idoneo ad assicurare anche il corretto esercizio del diritto di difesa delle parti⁴⁴³; una diversa

⁴⁴¹ Cfr., *ex multis*, Corte Edu, grande camera, 26 febbraio 1993, *Padovani c. Italia*.

⁴⁴² Così E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2011, 1137.

⁴⁴³ Questa è soluzione prospettata ad es. da E. FOLLIERI, *op. ult. cit.*, 1139. In giurisprudenza v. Cons. Stato, sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1189; Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

posizione, al contrario, ritiene che un contraddittorio così concepito resti insufficiente a garantire il rispetto dell'art. 24 Cost., specie in relazione alla stazione appaltante.

Sotto tale profilo, giova infatti precisare come la giurisprudenza ricorra spesso ad una presunzione di responsabilità, in ragione della gravità della violazione posta in essere nonché del dovere di conoscere ed applicare correttamente la disciplina dell'evidenza pubblica, con la conseguenza che diventa onere della stessa p.a. dimostrare la propria incolpevolezza⁴⁴⁴.

Ma, se è così, un contraddittorio istantaneo ed immediato, realizzato in forma orale nel corso della medesima udienza di discussione, sarebbe fortemente inadeguato ed ineffettivo se rapportato alla complessità della valutazione circa l'*an* e il *quantum* della sanzione⁴⁴⁵.

A tal fine, forse, sarebbe preferibile ricorrere alla fissazione di una nuova udienza di discussione, con contestuale assegnazione di un termine tale da consentire la produzione di documenti a supporto della propria tesi difensiva.

Quest'ultima soluzione, in effetti, sembra essere suggerita dalla seconda parte del co. 3, dell'art. 73 c.p.a. secondo cui «*Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie*».

Ebbene, procedendo ad una lettura unitaria, che consiste nell'estendere la previsione contenuta nell'ultima parte della disposizione in esame anche all'ipotesi più generale contenuta nel primo periodo, l'assegnazione del termine a difesa sarebbe riferibile all'intero comma e dunque anche ai casi in cui la nuova questione venga rilevata in udienza⁴⁴⁶.

La concessione di un termine rappresenterebbe una garanzia innanzitutto di carattere processuale, idonea a rendere il processo più «*equo*» nel senso richiesto dall'art. 6 Cedu.

Al contempo, la stessa avrebbe anche forti ricadute sul piano sostanziale: al riguardo, basti pensare che, nella misura in cui consente di fornire elementi utili ad una valutazione globale dei fatti, produce l'effetto di limitare la discrezionalità di

⁴⁴⁴ Cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. III, 23 dicembre 2019, n. 8668.

⁴⁴⁵ Così anche M. CONDORELLI, *Le sanzioni alternative nel giudizio sulle procedure contrattuali* in CERBO P. - D'ANGELO G. – SPUNTARELLI S. (a cura di), *Amministrare e giudicare: trasformazioni ordinamentali*, Jovene Editore, Napoli 2022.

⁴⁴⁶ In questo senso v. F. CORTESE, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Firenze, 2021, 143.

cui gode il g.a. nella fase più strettamente decisoria⁴⁴⁷.

6.1 La confisca urbanistica come esempio di sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale: questioni risolte e nodi ancora problematici

Si è accennato alla possibilità che anche il giudice penale sia chiamato ad infliggere sanzioni dotate di natura formalmente amministrativa.

In tal senso, il principale esempio è rappresentato dalla confisca «*dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*», disposta con la sentenza che accerti la lottizzazione abusiva (art. 44, co. 2, d. lgs. 301/2001).

Si tratta di una sanzione il cui carattere punitivo è ormai da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza sia europea che nazionale le quali, chiamate a pronunciarsi sul regime giuridico ad essa applicabile, hanno dato luogo ad un interessante dialogo fra Corti che in questa sede vale la pena di ripercorrere.

Il dibattito ha avuto origine dalla nota sentenza *Sud Fondi*⁴⁴⁸ con cui la Corte di Strasburgo ha qualificato la confisca come sanzione sostanzialmente penale, in quanto tale soggetta alle garanzie di cui all'art. 7 CEDU. Per tale ragione, ha condannato l'Italia per violazione del principio di legalità, nella misura in cui il nostro ordinamento consentiva l'irrogazione della sanzione *de qua* anche nei casi di assoluzione degli imputati per difetto di elemento soggettivo.

All'indomani di tale pronuncia la giurisprudenza italiana, per un verso, si è allineata alle indicazioni fornite dalla Corte circa il necessario accertamento del requisito psicologico, negando ad es. la confisca nei confronti di soggetti estranei alla commissione del reato e dei quali fosse stata accertata la buona fede⁴⁴⁹. Per l'altro, tuttavia, ha continuato ad irrogare questa misura anche a fronte di una sentenza di proscioglimenti per intervenuta prescrizione⁴⁵⁰.

A distanza di pochi anni la Corte Edu, tornata nuovamente sulla questione, ha sostenuto, per la prima volta in maniera esplicita, che il presupposto di applicabilità della confisca è rappresentato non dal mero accertamento incidentale della responsabilità ma dalla condanna. Con la conseguenza che, ogni qual volta il giudizio si sia concluso con una declaratoria di estinzione per intervenuta

⁴⁴⁷ Così E. FREDIANI, *Riflessioni in tema di sanzioni alternative cit.*

⁴⁴⁸ Corte Edu, 28 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*.

⁴⁴⁹ Cfr. *ex multis* Cass. pen., sez. III, 2 ottobre 2008, n. 37472; Id. 17 novembre 2008, n. 42741; Id., 20 maggio 2009, n. 21188; Id., 8 ottobre 2009, n. 39078.

⁴⁵⁰ V. Cass., sez. III, 14 maggio 2009, n. 20243.

prescrizione, difetterebbero i presupposti di applicabilità della misura⁴⁵¹.

Dal canto suo la Corte Costituzionale, al fine di salvaguardare l'orientamento accolto dalla Cassazione, ha reputato non consolidata questa giurisprudenza europea⁴⁵², lasciando così il giudice nazionale libero di discostarsene⁴⁵³.

La Consulta è giunta ad un simile risultato mediante l'accoglimento di una nozione sostanzialistica del termine «condanna», in quanto tale riscontrabile anche nelle sentenze che dichiarano la prescrizione del reato.

Nello specifico, il concetto di condanna cui occorre fare riferimento sarebbe quello ricavabile oggi dal meccanismo disciplinato dall'art. 578bis c.p.p. che consente al giudice di impugnazione, nel dichiarare estinto il reato per prescrizione o per amnistia, di decidere «*sulla impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*».

Questa interpretazione, poco dopo, è stata condivisa anche dalla Corte EDU che, dando luogo ad un *revirement* del proprio precedente orientamento, ha aderito alla medesima visione sostanzialistica⁴⁵⁴.

Nel sottolineare la necessità di andare oltre le apparenze, la Corte di Strasburgo ha infatti precisato che, allorquando i giudici nazionali ravvisino la sussistenza di tutti gli elementi di lottizzazione abusiva, la circostanza che si giunga ad una sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione, non osta alla applicazione della confisca; e ciò proprio in quanto tale pronuncia, nella sostanza, conterebbe un accertamento della responsabilità penale, conforme ai dettami dell'art. 7 CEDU⁴⁵⁵. Non solo, nella medesima occasione la Corte ha compiuto talune importanti precisazioni anche in ordine al profilo della proporzionalità: nel distinguere i terreni direttamente interessati dalle trasformazioni abusive dal resto dei beni appartenenti

⁴⁵¹ Corte Edu, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

⁴⁵² In dettaglio, secondo la Consulta i giudici di Strasburgo non avrebbero chiarito se per disporre la confisca debba ritenersi sufficiente un accertamento del fatto di reato nei suoi elementi oggettivi e soggettivi o se, al contrario, occorra un accertamento formale della responsabilità, collegato ad una sentenza di condanna.

⁴⁵³ Così Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49. Per un commento alla sentenza si rinvia a V. ZAGRIBELSKY, *Corte Cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della convenzione*, in *Rivista AIC, Oss. Cost.*, maggio 2015, 5.

⁴⁵⁴ Corte EDU, Grande Chambre, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia*.

⁴⁵⁵ Per un commento alla sentenza in esame si rinvia a G. REPETTO, *I no che aiutano a crescere: confisca per lottizzazione abusiva e diritto Cedu «consolidato»*, in *Quad. Cost.*, 3/2018, 722 e ss.; A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 7-8, 221 e ss.

ai lottizzanti, ha rilevato la sproporzionalità della misura (e dunque la violazione dell'art.1, Protocollo n. 1 Cedu) in quanto i beni confiscati nel caso di specie risultavano di gran lunga superiori alle superfici trasformate.

Anche in relazione a tale ultimo aspetto la Corte Costituzionale si è uniformata ai *dicta* di Strasburgo⁴⁵⁶; più restia la Corte di Cassazione che, dopo aver inizialmente sostenuto la necessità di sottoporre a confisca tutti i terreni rientranti nel progetto di trasformazione, anche se non trasformati⁴⁵⁷, si è più di recente uniformata al principio di proporzionalità come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁴⁵⁸.

Il dibattito appena ripercorso, ennesimo esempio di collaborazione virtuosa tra Corti, ha interessato i profili dell'elemento soggettivo e della tipologia di sentenza di condanna: se per il primo aspetto la conclusione cui si è giunti è quella della equiparazione *tout court* al regime proprio delle pene; per il secondo è stata accolta una soluzione di compromesso, giustificata anche dall'esigenza di porre rimedio al problema della prescrizione nel sistema italiano che, all'epoca dei citati interventi giurisprudenziali, consentiva la prescrizione in appello di processi già conclusi in primo grado con una condanna, con conseguente *vulnus* alla tutela della vittime⁴⁵⁹. Com'è noto, la disciplina della prescrizione da allora è stata oggetto di una serie di importanti riforme che ne hanno mutato, in maniera piuttosto significativa, i tratti fondamentali. Si allude in particolare alla l. 23 giugno 2017 n. 103 (cd. "riforma Orlando"), alla l. 3 gennaio 2019 n. 3 (cd. "riforma Bonafede") nonché, da ultimo, dalla l. 27 settembre 2021, n. 134 (cd. "riforma Cartabia").

Per quanto qui d'interesse, è sufficiente constatare come in attuazione del principio di riserva di codice siano stati introdotti dapprima, l'art. 578*bis* c.p.p. che recepisce a livello legislativo la soluzione già adottata in via interpretativa⁴⁶⁰; successivamente, l'art. 578*ter* c.p.p. che estende la medesima soluzione anche ai casi di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio

⁴⁵⁶ Vedi in tal senso la già citata Corte cost., 17 aprile 2019, n. 88 in materia di revoca della patente di guida ex art. 222, co. 2 cod. strad.

⁴⁵⁷ Cfr. ad es. Cass., sez. III, 26 febbraio 2019, n. 8350.

⁴⁵⁸ V. in tal senso Cass., sez. III, 12 settembre 2019, n. 47280.

⁴⁵⁹ Sul punto v. E. BINDI, *Le sanzioni amministrative «afflittive» nel dialogo intergiurisprudenziale: la vicenda della confisca urbanistica*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, vol. I, Editoriale Scientifica, 2021, p. 482.

⁴⁶⁰ «Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, o la confisca prevista dall'art. 322-ter del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato».

di impugnazione previsti dal nuovo art. 344**bis** c.p.p.⁴⁶¹

Ma, nel silenzio del legislatore, gli interventi della giurisprudenza nazionale ed europea avevano rappresentato una significativa innovazione.

Inoltre, sempre in relazione a quest'ultimo profilo, ad ulteriore conferma della delicatezza del tema, si sono di recente pronunciate anche le Sezioni Unite penali, intervenute per dirimere un contrasto interpretativo concernente i casi in cui la prescrizione maturi nel corso del giudizio di primo grado, prima ancora che si sia proceduto all'accertamento del fatto.

Dinnanzi al quesito se in tal caso il giudice, in luogo della pronuncia di immediata declaratoria ai sensi dell'art. 129 c.p.p., possa disporre la continuazione del giudizio per accertare la responsabilità penale ai soli fini della applicazione della confisca urbanistica, la Cassazione ha dato risposta negativa⁴⁶².

Secondo questa giurisprudenza, infatti, il rapporto tra accertamento della responsabilità e prescrizione è nel senso che la prima deve precedere la seconda, con la conseguenza che la confisca urbanistica, sebbene possa essere disposta anche in caso di prescrizione del reato, necessita comunque una sentenza di condanna almeno in primo grado.

Ebbene, se in ordine ai menzionati profili - che attengono per lo più ad aspetti di natura sostanziale - può dirsi raggiunta (pur nella complessità della materia) una tendenziale condivisione, lo stesso non può dirsi per quanto attiene ad altri aspetti di connotazione più strettamente processuale, che restano ancora aperti.

Innanzitutto, la circostanza che una sanzione formalmente amministrativa⁴⁶³ sia inflitta dal giudice penale solleva talune criticità in ordine al rapporto con l'amministrazione: sorge infatti l'interrogativo se l'autorità giudiziaria eserciti in via sostitutiva un poter amministrativo⁴⁶⁴; o, viceversa, se agisca esercitando un potere proprio⁴⁶⁵.

A ben vedere, forse, la tesi preferibile è la seconda. In questo senso, sembra essere

⁴⁶¹ «Il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-bis, dispongono la confisca nei casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente anche quando non è stata pronunciata condanna».

⁴⁶² Cfr. Cass., Sez. Unite, 30 gennaio 2020, n. 13539.

⁴⁶³ La natura formalmente amministrativa trova una giustificazione nel perseguimento di un interesse pubblico ulteriore rispetto alla punizione dell'illecito, vale a dire l'interesse alla trasformazione controllata del territorio nonché alla salvaguardia della funzione pianificatoria e della sua riserva all'autorità comunale.

⁴⁶⁴ Come sostenuto ad es. dalla Corte di Cassazione.

⁴⁶⁵ Tesi accolta invece dalla Corte Edu, Grande Chambre, *causa G.I.E.M. cit.*

dirimente, da un lato, la circostanza che a seguito del passaggio in giudicato della condanna, diversamente dagli altri provvedimenti amministrativi, la confisca non può essere revocata da parte della p.a., neppure in caso di successiva sanatoria; dall'altro, la stessa, pur avendo natura amministrativa, non può essere oggetto di impugnazione dinnanzi al g.a.⁴⁶⁶.

In secondo luogo, l'esercizio di tale potere sanzionatorio da parte del giudice penale determina talune incongruenze nelle ipotesi di lottizzazione abusiva cd. sostanziale, vale a dire quella che si verifica nei casi in cui le trasformazioni del territorio, pur essendo state previamente autorizzate con provvedimenti amministrativi efficaci, risultino *contra legem*⁴⁶⁷.

In casi del genere l'autorità giudiziaria, in ragione dei limiti interni del g.o. sugli atti amministrativi (previsti dagli artt. 4 e 5 della L.A.C.) non può procedere alla revoca o alla modifica dei provvedimenti in questione, dovendo semmai considerarli *tamquam non esset* ai fini della decisione; con conseguente accertamento del reato e applicazione del relativo trattamento sanzionatorio.

Ebbene, in disparte le sanzioni prettamente penali (vale a dire arresto e ammenda) che non generano particolari problemi, l'inflizione di una sanzione amministrativa desta talune perplessità, ove si rifletta sulla circostanza che, in tal caso, la sanzione *de qua* venga irrogata nonostante la copertura offerta dai provvedimenti amministrativi ancora validi ed efficaci.

Si tratta, a ben vedere, di un profilo che attiene alla tematica, più generale, dei poteri dell'autorità giudiziaria penale sui provvedimenti amministrativi, da sempre oggetto di grande attenzione dottrinale e giurisprudenziale⁴⁶⁸.

Al riguardo, è sufficiente rilevare come proprio da queste conseguenze – per certi

⁴⁶⁶ In questo senso v. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulle sanzioni amministrative (a proposito della confisca "urbanistica")*, in *Giustiziainsieme*, marzo 2022.

⁴⁶⁷ È ormai un dato acquisito che la lottizzazione abusiva possa realizzarsi con modalità alternative, vale a dire sia in assenza di autorizzazione (cd. lottizzazione abusiva formale), sia in presenza di un'autorizzazione concessa in assenza dei presupposti richiesti dalla legge (cd. lottizzazione abusiva sostanziale).

⁴⁶⁸ Il tema è molto ampio; in argomento si rinvia, *ex multis*, a M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2003; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, Edizioni Scientifiche, 2012; P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Giappichelli, 1999; M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Giuffrè, 2000; C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Cedam, 1998; G. TROPEA, *Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Diritto Costituzionale*, n. 3/2018.

versi paradossali -, parte della dottrina tragga argomenti a sostegno della tesi secondo cui il coinvolgimento del giudice penale nella irrogazione di sanzioni amministrative dovrebbe essere evitato, dovendosi piuttosto riservare il potere in esame alla stessa autorità amministrativa⁴⁶⁹.

Secondo questa tesi, la soluzione sarebbe infatti più coerente in un'ottica di sistema, anche in ragione della valorizzazione del già menzionato interesse pubblico, alla cui tutela la stessa confisca risulta in ogni caso funzionale.

Probabilmente, una soluzione del genere, per quanto fondata su validi argomenti, non appare facilmente realizzabile, ove si rifletta sulla circostanza che si tratta di misure strettamente dipendenti da condotte penalmente rilevanti, accertate nell'ambito di un processo penale da parte dell'autorità giudiziaria.

Ebbene, se questo potere venisse sottratto al giudice, si finirebbe per avallare una sentenza per certi versi "monca", in quanto limitata all'accertamento del reato e all'irrogazione del trattamento più strettamente penalistico, cui conseguirebbe la "rimessione" all'autorità amministrativa per l'inflizione della confisca, con effetti pregiudizievoli in termini di tempestività, oltre che di economicità ed efficienza della risposta sanzionatoria.

Senza dire che, accogliendo la natura punitiva delle misure *de quibus*, l'attribuzione al giudice penale consente di garantire il rispetto delle previsioni di cui all'art. 6 Cedu le quali, invece, - come già sottolineato - non risultano facilmente attuabili nel procedimento amministrativo.

⁴⁶⁹ Così F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*

CONCLUSIONI

Come si è tentato di chiarire nelle prime pagine del presente lavoro, la compatibilità della funzione sanzionatoria con l'esercizio del potere amministrativo giustifica la riconduzione della sanzione al *genus* provvedimento amministrativo e, conseguentemente, ne impone la distinzione rispetto alle sanzioni civili e a quelle penali.

Su tale stato dell'arte, l'interpretazione sostanzialista patrocinata dalla Corte EDU ha inciso in maniera dirompente.

In questo senso, i criteri che guidano l'interprete nel riconoscimento della natura penale si indentificano in: *nomen iuris*, natura della disposizione punitiva e grado di severità della sanzione. Si è visto come questi ultimi si pongono tra loro in un rapporto di alternatività, essendo sufficiente che ne risulti integrato uno solo affinché una sanzione amministrativa possa dirsi punitiva.

Nell'analisi dei confini di recepimento in ambito nazionale, si è dato conto dell'ormai costante adeguamento da parte sia della Corte Costituzionale sia del giudice amministrativo, artefici di un vero e proprio processo di assimilazione tra le due figure.

Quest'ultimo, se da un lato appare una tendenza inversa rispetto a quella riconducibile alla l. n. 689 del 1981 - da molti salutata come la conferma circa l'autonomia della sanzione amministrativa -, dall'altro sembra essere una sorta di ritorno al passato.

Già da tempo taluna dottrina infatti sosteneva che, in disparte l'elemento discrezionale rappresentato dal procedimento e dall'autorità competente, per tutti gli altri aspetti le sanzioni amministrative fossero vere e proprie «*pene in senso tecnico*»⁴⁷⁰.

In questa prospettiva, si è dato conto di un sistema a più livelli, al cui apice si colloca l'illecito anche formalmente penale, caratterizzato da uno statuto garantistico forte; ad un livello intermedio si trova quello che la Corte Edu definisce “*hard core of criminal law*”, la cui natura intrinsecamente penale impone l'applicazione delle garanzie ricavabile dagli artt. 6 e 7 CEDU; ed infine al livello inferiore si stanziano le cd. “*minor offences*”, alle quali risultano estendibili i soli principi dettati dall'art.

⁴⁷⁰ In questo senso v. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; *contra*, F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, *Le sanzioni amministrative*, *Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione* (Varenna, 18-20 settembre 1980), Milano, 1982 il quale sosteneva invece l'impossibilità di «*ogni traslazione di principi da un sistema all'altro*».

7 CEDU.

Le criticità non mancano, essendo dovute per lo più ad un'applicazione non sempre uniforme da parte della giurisprudenza, il cui approccio si è rivelato, in verità, piuttosto casistico.

Da qui, l'opportunità di propugnare una interpretazione restrittiva, che sia tesa a contenere l'espansione – in parte eccessiva - della materia penale.

In questo senso, una strada percorribile potrebbe essere quella che consiste nel vagliare, ai fini del riconoscimento della natura punitiva, la sussistenza di almeno due dei criteri sostanzialistici, secondo un approccio di tipo cumulativo; soluzione, questa, adottata dalla Corte Edu fino ad ora solo in relazione ai casi di particolare complessità.

Cionondimeno, una volta conclusasi con esito positivo tale verifica – a prescindere dal numero di criteri utilizzato – la qualifica di una sanzione in senso “punitivo” dovrebbe essere seguita dalla applicazione dello statuto convenzionale previsto per le pene in senso formale.

La commistione tra le due aree non risulta tuttavia sempre agevole, specie ove vengano in rilievo taluni aspetti peculiari, intrinsecamente connessi alle caratteristiche proprie delle pene limitative della libertà personale.

Non solo, come evidenziato nel corso della trattazione, soluzioni diverse dipendono anche dall'area di afferenza delle singole garanzie.

Prendendo le mosse dai profili sostanziali, si è detto come l'applicazione dei principi penalistici anche al settore amministrativo non sembra incontrare grossi ostacoli di sistema, tant'è che, nel silenzio del legislatore, è proprio questa l'area in cui si è assistito all'intervento più massiccio da parte della giurisprudenza.

Così è stato innanzitutto in relazione al principio di legalità che, pur essendo previsto anche per le sanzioni amministrative dall'art. 23 Cost., assume nel settore penale un contenuto più pregnante in ragione del diverso fondamento costituzionale di cui all'art. 25 Cost. Dall'articolo in esame discendono infatti importanti corollari, ed in particolare: la riserva di legge, nel cui ambito si innestano le questioni sulla natura assoluta o relativa nonché sulla eventuale competenza regionale in materia di sanzioni amministrative; il principio di tassatività e di determinatezza, garantito secondo uno standard non del tutto soddisfacente, per lo meno sotto il profilo della prevedibilità; il divieto di retroattività *in pejus*, che osta all'automatica applicazione retroattiva della sanzione amministrativa neointrodotta

in luogo di quella penale, ponendo così il problema della successione di disposizioni sanzionatorie “eterogenee”.

Sul punto, si è visto come la sovrapposizione tra i due piani non debba essere omnicomprensiva, dovendosi limitare alle sole garanzie che siano convenzionalmente previste dall’art. 7 Cedu.

Sicché, per quanto attiene ad esempio al riparto tra potestà legislativa statale e regionale, trattandosi di questione prettamente interna, l’ammissibilità di una competenza regionale in materia - in deroga alla riserva di legge statale richiesta in ambito penale - non sembra porsi in contrasto con il filone interpretativo avallato da Strasburgo.

Ancora, un profilo su cui l’orientamento di derivazione sovranazionale ha inciso in maniera significativa, proprio grazie all’opera della giurisprudenza costituzionale, è stato il riconoscimento della generale retroattività della *lex mitior*, in precedenza limitata ai soli casi tassativamente previsti dalla legge.

La stessa giurisprudenza, peraltro, ha chiarito come la natura punitiva determini un ulteriore incremento di garanzie anche in relazione al profilo della proporzionalità, da intendersi in termini più stringenti grazie alla riconduzione agli artt. 3 Cost. e 49, par. 3 Carta di Nizza.

Parimenti, si è dato atto di taluni profili non ancora approfonditi dalla giurisprudenza rispetto ai quali sembrerebbe profilarsi l’opportunità di una interpretazione evolutiva.

Ad esempio, rispetto al principio di personalità e colpevolezza, che già caratterizza il sistema sanzionatorio amministrativo, si è suggerita la necessità di verificare che ogni elemento significativo della fattispecie sia sorretto da un coefficiente psicologico. Da qui, come si è visto, l’opportunità di leggere in un’ottica costituzionalmente orientata il principio della solidarietà passiva dettato dall’art. 6 della l. 689/1981 che impone il pagamento della sanzione pecuniaria in capo a persone diverse dall’autore materiale dell’illecito.

All’esito dell’analisi dei profili sostanziali, si è giunti alla conclusione secondo cui, ove una sanzione amministrativa dovesse vedersi riconosciuta la natura sostanzialmente penale, esigenze di razionalità e coerenza dovrebbero imporre una tendenziale equiparazione al regime sostanziale previsto per le pene.

Considerazioni analoghe, invece, non sono state condotte con riferimento alle garanzie di natura procedimentale.

Allorquando ci si è interrogati sul livello di attuazione delle garanzie riconosciute dall'art. 6 CEDU, si è infatti avuto modo di osservare come il “giusto procedimento” non possa essere equiparato al “giusto processo”.

Sul punto, sebbene sia stata evocata una sorta di «*giurisdizionalizzazione della fase procedimentale*»⁴⁷¹, si è dato atto della difficoltà di un simile allineamento, a ciò ostando le intrinseche peculiarità che caratterizzano l'organizzazione amministrativa nei Paesi continentali, profondamente diversa dall'ordinamento anglosassone.

Si è preso atto, infatti, di come nel nostro ordinamento una piena equiparazione tra procedimento e processo non sarebbe possibile, atteso che la partecipazione procedimentale appare insufficiente ad assicurare il contraddittorio orizzontale e paritario, proprio perché attuata nell'ambito di una struttura che, in ogni caso, resta diseguale. D'altro canto, una totale equiparazione non sarebbe eppure opportuna, in ragione degli effetti distorsivi che la diffusione del modulo processuale già in fase amministrativa potrebbe ingenerare, sia in punto di celerità e speditezza dell'azione amministrativa, sia di effetti sul successivo sindacato giurisdizionale.

Sulla scorta di tali argomentazioni si è pertanto ritenuto che l'anticipazione delle garanzie dell'equo processo in sede procedimentale non dia luogo a una completa assimilazione, dovendosi in ogni caso provvedere ad un adeguamento della processualità ai connotati tipici della funzione amministrativa.

Così, si è avuto modo di evidenziare non solo gli elementi di affinità con la disciplina processuale – quali ad esempio il canone di imparzialità – ma anche e soprattutto quelli di discontinuità, che riguardano *in primis* il requisito dell'indipendenza, in ragione dell'inevitabile collegamento che sussiste tra amministrazione tradizionalmente intesa e vertice politico.

Al contempo, si è sottolineata la peculiarità che caratterizza il settore delle *Authorities* le quali, in forza della loro particolare configurazione strutturale-organizzativa, risultano sottratte al circuito politico Governo-Parlamento, con conseguente intensificazione delle tradizionali garanzie del giusto procedimento.

Neppure queste ultime, tuttavia, risultano idonee ad assicurare la completa attuazione dei principi dell'equo processo, specie sotto il profilo della terzietà.

⁴⁷¹ Si esprime in questi termini ad es. L. TORCHIA, *Verso una Banca d'Italia repubblicana ed europea?*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 278.

Sul punto, uno dei principali ostacoli è rappresentato dalla mancata separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, la quale potrebbe essere garantita solo in conseguenza di profonde trasformazioni dell'attuale sistema organizzativo delle Autorità Indipendenti.

Al riguardo, si è indicata come strada perseguibile quella sperimentata nel sistema francese, consistente nella creazione di due diverse Autorità con funzioni tra loro nettamente distinte; purtuttavia, si è precisato che trattasi di soluzioni realizzabili solo *de jure condendo* e, tra l'altro, neppure imposta dalla CEDU.

Tali problematiche, si è visto, incidono anche sulla questione strettamente connessa della tipologia di contraddittorio che, secondo i parametri CEDU dovrebbe essere intenso non solo e non tanto in senso verticale, ma proprio in senso orizzontale.

Anche su questo fronte, pur apprezzando i tentativi legislativi volti a riconoscere un *quid pluris* alla partecipazione in siffatti procedimenti, si è osservato come ci si trovi ancora lontani dal risultato auspicato, specie in ragione di quell'orientamento che esclude l'incidenza della violazione procedimentale sulla legittimità del procedimento in ossequio al disposto contenuto nell'art. 21^{octies}, co.2 l. 241/1990. Si è sottolineata l'irragionevolezza di un simile orientamento, trattandosi di una logica chiaramente incompatibile con quella della CEDU.

Parimenti, è stato riscontrato il mancato recepimento del principio di presunzione di innocenza, dovuto tanto all'assenza di disposizioni che lo sanciscano espressamente, quanto al contenuto di talune previsioni che sembrano collocarsi in una posizione del tutto antitetica rispetto ad esso. Un tentativo di rivisitazione si deve all'intervento del giudice amministrativo che, conscio del filone di derivazione sovranazionale, non ha mancato di sottolineare una simile incongruenza, giungendo così a riconoscere l'applicazione del principio in esame a quelle sanzioni dotate di carattere punitivo. Purtuttavia, in un quadro normativo così fortemente distonico, la proclamazione del principio *de quo* rischia di rimanere una mera affermazione di principio.

Di contro, un passo in avanti è rappresentato dal riconoscimento del diritto al silenzio nel procedimento accertativo che, di fronte all'inerzia del legislatore, è stato esteso grazie all'attività della giurisprudenza.

L'innovatività si coglie laddove si rifletta sulla circostanza che, non solo un principio di tal fatta non è espressamente previsto in ambito amministrativo, ma addirittura in taluni procedimenti sanzionatori dinnanzi alle *Authorities* il silenzio

tenuto dall'interessato nel corso del procedimento accertativo dell'illecito è suscettibile di integrare, a sua volta, una condotta illecita oggetto di ulteriore sanzione. Da qui l'opportunità dell'intervento giudiziario che ha visto il duplice coinvolgimento della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, concordi nel riconoscere la valenza convenzionale del "diritto al silenzio" nella misura in cui lo stesso concorre a delineare la nozione di equo processo.

All'esito di un'analisi così condotta, volta cioè ad individuare le garanzie possibili oggetto di anticipazione in sede procedimentale separandole da quelle insuscettibili di estensione, si è chiarito come un tale stato di fatto non rappresenti, per ciò solo, una violazione dei *dicta* sovranazionali.

Una via d'uscita, infatti, esiste: le menzionate lacune procedimentali potrebbero essere colmate nella successiva fase giurisdizionale, in ossequio all'insegnamento della Corte EDU che, per lo meno con riferimento alle misure riconducibili alla nozione di «*minor offences*», ammette una sanatoria *ex post*. Così operando, garanzie procedimentali e processuali si porrebbero in un rapporto di reciproca integrazione, con la conseguenza che un procedimento non sufficientemente garantistico ben potrebbe essere compensato in sede giurisdizionale.

Affinché questo avvenga, è però necessario che in tale fase il giudice adito sia abilitato a sostituirsi interamente all'amministrazione che ha irrogato la sanzione e, quindi, a pronunciarsi *ex novo* sull'intera vicenda (cd. «*full jurisdiction*»).

Si è tentato di sviluppare questo aspetto in termini diversi, a seconda che venga in considerazione la giurisdizione del giudice ordinario o quella del giudice amministrativo.

Da un lato, il giudizio dinnanzi all'autorità ordinaria - competente sulle controversie in materia di opposizione alla sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 22, l. 689/1981 - è stato per molto tempo considerato alla stregua di un normale giudizio civile, in quanto tale rigidamente ancorato al principio dispositivo.

In tempi più recenti, tuttavia, si è assistito ad una evoluzione grazie all'opera di quella giurisprudenza che, in nome di un'esigenza di giustizia sostanziale che caratterizzerebbe le controversie in esame, ha dato luogo ad una progressiva espansione dei poteri officiosi del giudice.

Il risultato potrebbe essere l'accostamento di tale tipologia di processo ad un modello di natura oggettiva, con conseguente assimilazione del contezioso civile a quello di matrice penalistica. Si è sostenuto che, almeno in relazione alle sanzioni

sostanzialmente penali, una tale innovazione - nella prospettiva che qui interessa - dovrebbe essere salutata con favore, proprio nella misura in cui consente di configurare il giudizio di opposizione in termini di *full jurisdiction*.

Dall'altro, per quanto attiene al giudizio dinnanzi all'autorità amministrativa - a cui è attribuita la giurisdizione esclusiva sulle sanzioni irrogate dalle *Authorities* - si è osservato come il g.a., con riferimento all'*an* del provvedimento sanzionatorio, risulti dotato di poteri minori rispetto al g.o.

La ragione risiede nella natura non sostitutiva del sindacato sulla discrezionalità tecnica cui la prevalente giurisprudenza risulta attualmente orientata, ammettendo un sindacato che, pur essendo di tipo intrinseco, resta non sostitutivo.

Tale aporia potrebbe essere superata avvallando la tesi – sostenuta da una parte della giurisprudenza amministrativa, sia pure allo stato minoritaria - secondo cui, per lo meno in relazione a quelle sanzioni dotate di carattere punitivo, dovrebbe ammettersi un ampliamento dei poteri dell'autorità giudiziaria tale da consentire un controllo più penetrante, non più limitato alla verifica in ordine alla mera “attendibilità” della decisione.

Si è detto di come questa tesi, ad opinione di chi scrive, resti coerente con il nostro sistema ordinamentale. E ciò in quanto, dalla motivazione delle sentenze che hanno aderito a questo orientamento, emerge come l'apertura verso la soglia della “maggiore attendibilità” sia ancorata alla insussistenza di profili di discrezionalità in capo all'*Authority*. E ciò giustificherebbe una diversa conclusione per le ipotesi in cui, al contrario, dovessero residuare margini di esercizio di discrezionalità, nelle quali, invece, il limite del sindacato di tipo non sostitutivo tornerebbe ad operare.

In altri termini, non si tratterebbe tanto di ritenere superata la discrezionalità tecnica; l'aspetto innovativo attiene semmai alla qualificazione della stessa come categoria neutra ai fini del *discrimen* legittimità/merito: la circostanza che la p.a. si trovi ad applicare regole tecniche di carattere opinabile, di per sé, non indizia né in un senso né nell'altro, occorrendo una valutazione caso per caso.

Peraltro, si è anche precisato come tali ultime considerazioni (di per sé innovative), potrebbero apparire a loro volta superate laddove si giungesse ad applicare il principio di presunzione di innocenza, in ossequio al quale affinché possa pronunciarsi sentenza di condanna occorre che sia stata raggiunta la prova dell'«*al di là di ogni ragionevole dubbio*» imposta dall'art. 533 c.p.p. Così ragionando, non si tratterebbe tanto di un problema del grado di pervasività del sindacato, quanto,

ancora prima, di ritenere non provata la responsabilità dell'autore dell'illecito in ragione della impossibilità di garantire lo standard probatorio richiesto in materia penale⁴⁷². Atteso il mancato rispetto della presunzione d'innocenza in ambito procedimentale, questa sembra una della modalità con cui procedere per dare luogo alla menzionata sanatoria *ex post* di quelle lacune che, proprio perché strettamente dipendenti dal sistema strutturale della p.a., non risultano facilmente superabili.

Nel prosieguo dell'analisi delle garanzie processuali si è trattato del principio del *ne bis in idem*, dando atto delle molteplici evoluzioni cui lo stesso è stato soggetto negli ultimi anni.

Nato come garanzia processuale riservata agli illeciti penali, è stato dapprima esteso alle sanzioni punitive, con un approccio che in questa sede non può che essere condiviso. Lo stesso principio, tuttavia, è stato in un secondo momento subordinato dalla giurisprudenza sovranazionale ad una previa verifica da condurre alla stregua del criterio della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti, che ne ha determinato una degradazione dal profilo processuale a quello sostanziale.

Come chiarito, questo nuovo orientamento lascia sottendere molteplici criticità, comportando come effetto ultimo quello di dare luogo ad una significativa riduzione della portata applicativa del principio in esame la quale, proprio in ragione di siffatte incertezze, ad oggi resta in parte nebulosa.

Proseguendo nell'esame delle garanzie processuali, si è poi evidenziato come un grosso passo avanti verso l'equiparazione giuridica della sanzione punitiva a quella penale è rappresentato dalla caducazione degli effetti in conseguenza della illegittimità costituzionale della norma concernente il trattamento sanzionatorio.

È questo un risultato cui la giurisprudenza nazionale - non senza iniziali incertezze - è giunta di recente, mediante il superamento di un approccio di tipo dualista e la conseguenziale individuazione di un unico sistema di principi penalistici, originato dall'integrazione tra norme costituzionali, convenzionali, europee e internazionali. Da ultimo, un apposito *focus* è stato dedicato alle sanzioni cd. processuali, così chiamate perché inflitte dall'autorità giudiziaria, amministrativa od ordinaria.

In via esemplificativa, sono state trattate innanzitutto le sanzioni alternative di cui

⁴⁷² È questa la tesi sostenuta da G. GRECO, *Discrezionalità tecnica, margini di opinabilità delle valutazioni e sanzioni amministrative*, in *Discrezionalità e amministrazione*, Forum AIPDA, 28 ottobre 2022.

all'art. 123 c.p.a. che, nella misura in cui si prestano ad essere qualificate come sostanzialmente penali, esigono che i principi in materia di equo processo vengano rispettati anche nel processo amministrativo.

Sotto questo profilo, il punto più critico sembra essere il *deficit* di imparzialità dell'autorità giudiziaria, il quale potrebbe essere ovviato innanzitutto mediante la valorizzazione della figura del ricorrente, con ciò supplendo alla mancanza di un organo assimilabile al p.m. Inoltre, la mancata separazione tra funzione istruttoria e funzione decisoria potrebbe essere compensata grazie al rafforzamento della distinzione tra la fase "soggettiva" del processo (concernente la legittimità della aggiudicazione e le sue ricadute sul contratto) e la fase "oggettiva" (inerente alla applicabilità e alla quantificazione della sanzione).

Infine, con riferimento alla confisca urbanistica irrogata dal giudice penale, si è avuto modo di ripercorre il proficuo dialogo intercorso tra Corte Costituzionale e Corte di Strasburgo che ha condotto all'acclarato riconoscimento di talune garanzie sostanziali proprie del settore penalistico, consistenti nel profilo dell'elemento soggettivo e della tipologia di sentenza di condanna.

Il dialogo tra le Corti ha lasciato tuttavia irrisolte altre problematiche di connotazione più strettamente processuale. Innanzitutto, si è posto l'interrogativo se il potere esercitato dall'autorità giudiziaria mantenga natura amministrativa o se, viceversa, rappresenti un potere direttamente attribuito all'organo giudicante. Si è ritenuta preferibile la seconda tesi, in ragione sia dell'assenza del potere di revoca in capo alla p.a. sia della impossibilità di impugnare il provvedimento di confisca dinnanzi al g.a. Inoltre, l'esercizio di tale potere sanzionatorio da parte del giudice penale determina talune incongruenze nelle ipotesi di lottizzazione abusiva cd. sostanziale nelle quali il g.o., non potendo procedere alla revoca o alla modifica dei provvedimenti in questione, è obbligato a considerarli *tamquam non esset* e ad irrogare la sanzione nonostante la copertura offerta da provvedimenti ancora validi ed efficaci.

Tant'è che, sulla scorta di tali incongruenze, parte della dottrina ha auspicato l'attribuzione di un siffatto potere alla stessa autorità amministrativa⁴⁷³. Si è detto, però, di come questa tesi – al di là degli effetti pregiudizievoli che determinerebbe in termini di tempestività, oltre che di economicità ed efficienza della risposta

⁴⁷³ Così F.G. SCOCA, *Osservazioni sulle sanzioni amministrative (a proposito della confisca "urbanistica")*, in *Giustiziainsieme*, marzo 2022.

sanzionatoria - non sembra suscettibile di accoglimento, e ciò in quanto l'attribuzione al giudice penale appare funzionale a garantire il rispetto delle previsioni di cui all'art. 6 CEDU le quali, invece, restano non facilmente attuabili nel procedimento amministrativo.

In chiusura, vale la pena precisare che le osservazioni condotte rappresentano un punto di vista, inevitabilmente parziale e circoscritto, sul cospicuo fenomeno di ibridazione che ha interessato le sanzioni amministrative.

Nella trattazione si è tentato di porre in luce gli istituti e i principi più significativi del regime giuridico delle misure punitive, consci della complessità della materia oltre che della continua evoluzione cui la stessa è soggetta.

Per tale ragione, le conclusioni cui si è giunti offrono lo spunto per eventuali futuri approfondimenti, volti a ricomprendere ulteriori aspetti attigui a quelli analizzati, anche alla luce di nuovi approdi giurisprudenziali oltreché di auspicabili interventi legislativi.

BIBLIOGRAFIA

AIMI A., *Il “Decreto Sicurezza” 2018: i profili penalistici*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, marzo 2019, pag. 135.

ALBANESI E., *Che cosa il caso Taricco ha insegnato alla Corte Costituzionale. Un nuovo rinvio pregiudiziale a fronte dei controlimiti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2020.

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; ID., *Pubblica amministrazione ed ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V; ID., *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della costituzione (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993.

ALLEN M., *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Giustamm*, novembre 2012; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2012; ID., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2014, 1-15; ID., *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi.it*, gennaio 2017.

ALLORIO E., *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955.

AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018.

ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995; *Una giustizia ancora irrisolta: il ne bis in idem “europeo” e l'Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. penale* n. 4/2018, p. 2136.

ANRÒ I., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi.it*, 2020.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1980.

ANZON DEMMIG A., *La Corte Costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla Corte Europea di Giustizia l'onere di farne applicazione, bilanciando esigenze Europee e istanze identitarie degli Stati Membri*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2017; ID., *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei “controlimiti”*, in

Forum Quaderni Costituzionali, Consulta on line, 28 febbraio 2018.

ARDIZZONE U., voce *Sanzioni amministrative*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1939.

ARNAUDO L. – PARDOLESI R., *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, III, 2019, 498 ss.

BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; ID., *Problemi e prospettive della "depenalizzazione" delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi in memoria di Esposito*, V, Padova, 1974.

BAJNO R., *La tutela penale del governo del territorio*, Giuffrè, Milano, 1980.

BALBONI E., *Idea e prassi dell'amministrazione giustiziale*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, 1996.

BALSAMO A., *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cass. Pen.*, fasc.1, 2002.

BASILE F., *La responsabilità oggettiva nella più recente giurisprudenza della Cassazione relativa agli artt. 116, 584 e 586 c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 novembre 2012; ID., *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, in GAROFOLI-TREU (a cura di), *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013.

BASSI A., *Il fallimento di ufficio tra «essere» o «apparire» costituzionalmente legittimo*, in *Riv. dir. impresa*, 2004.

BENATTI F., *Il danno punitivo fra forma e sostanza*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, 2014.

BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952; ID., *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955; ID., *Proposte in tema di organizzazione regionale*, in *Le Regioni*, 1973; ID., *Istruzione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973; ID., *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione* (Varenna, 18-20 settembre 1980), Milano, 1982; ID., *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, vol. III, Milano, 1995.

BERNARDI A., *Commento sub. art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in S. BARTOLE- B. CONFORTI- G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; ID., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella*

Carta europea dei diritti: problemi e prospettive, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2002.

BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975; ID., *La struttura procedimentale dell'Amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980; ID., *La disciplina generale dell'attività amministrativa: considerazioni introduttive*, in *Quad. reg.*, 1987; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996.

BERTONI R. – LATTANZI G. - LUPO E. - VIOLANETE L. (coordinato da), *Modifiche al sistema penale*, vol.I, *Depenalizzazione e illecito amministrativo*, Milano, 1982.

BIAVATI P., *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in *Questione Giustizia*, 9 marzo 2022.

BINDI E., *Sanzioni Consob e Banca d'Italia: il punto dopo gli interventi del Consiglio di Stato, la riforma del regolamento Consob e le nuove norme dettate dal legislatore italiano*, in *www.giustamm.it*, 2015; ID., *Le sanzioni amministrative «afflittive» nel dialogo intergiurisprudenziale: la vicenda della confisca urbanistica*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, vol. I, Editoriale Scientifica, 2021.

BINDI E. – PISANESCHI A., *La Corte costituzionale non consente la revocazione delle sentenze amministrative passate in giudicato per contrasto con la sentenza della Corte EDU*, in *Giustamm.it.*, luglio 2017; ID., *Il Consiglio di Stato annulla il regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS. Quale è il rationale della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia?*, in *Giust. Amm.* 2019.

BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1916, I.

BITONTO M. L., *Esame dibattimentale e garanzie difensive dell'imputato*, in *Cass. Pen.*, Fasc.12, 2012.

BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969.

BOENFIELD A.E. – ASIMOV M., *State and Federal Administrative Law*, St. Paul, 1989.

BRACCIALINI R., *Problemi e protagonisti della depenalizzazione*, in *Questione giustizia*, 1991.

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; ID., voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973; ID., *Legalità e crisi: l'art. 25, co. 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *Quest. Crim.*, 1980;

ID., in G. BRANCA, *Sub art. 25 in Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, 1981;
ID. F. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 689/1981: una svolta reale nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982.

BUFFONI L., *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009.

CAIANIELLO V., *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993.

CALVETTI S., *CEDU, sentenza Grande Stevens, e il diritto a non essere giudicati due volte*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.32, 2015.

CANNADA BARTOLI E., voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc.dir.*, vol. XX, Milano, 1970.

CAPACCIOLI E., *Principi in tema di sanzioni amministrative*, in AA. VV., *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979; ID., *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, Relazione al XXVI Convegno di Studi di Scienze dell'Amministrazione*, in *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1982.

CARBONE A., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema della intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016.

CARDONE A., *La qualità della normazione nella prospettiva dell'integrazione costituzionale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008, fasc. 2.

CARLASSARE L., voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, 1990

CARUSO C., *Il «posto» dell'interpretazione conforme alla CEDU*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2018.

CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, Cedam, 1930.

CARRATTA A. – TARUFFO M., *Poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedure Civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2015.

CASAVECCHIA G., *Sanzioni amministrative fisse e rime obbligate. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 185 del 2021*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 6/2021.

CASSETTA E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997.

CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973.

CASTIELLO F., *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 13/1962 alla sentenza n. 104/2007 della Corte costituzionale*, in *Foro amm.-CdS*, 2008.

CAVALLARO M.C., *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001.

CECCHETTI M., *Il principio del “giusto processo” nel nuovo articolo 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA. VV. (a cura di P. TONINI), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova, 2001.

CELOTTO A. – GROPPI T., *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.6, 2004.

CERBO P., *Le sanzioni amministrative in AA.VV. (a cura di S. CASSESE), Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale, tomi I, Le funzioni di ordine. Le funzioni del benessere*, Milano, 2003; ID., *Le «sanzioni alternative» nell’attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urb. e app.*, 2010; ID., *Il principio di irretroattività*, in AA. VV. *La sanzione amministrativa. Principi generali* (a cura di CAGNAZZO), Giappichelli, Torino, 2012; ID., *La nozione di sanzione amministrativa e la disciplina applicabile*, in AA. VV. *La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni* (a cura di CAGNAZZO-TOSCHEI-TUCCARI), Giuffrè, Torino, 2016; ID., *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione (e giudice dell’opposizione)*, in *Diritto Amministrativo*, 2018, fasc. 1; ID., *Il limite dei poteri non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, spec. 94; ID., *Il ruolo del giudice nell’opposizione a sanzioni amministrative*, in *Il diritto dell’economia*, 2021, fasc. 2, 203-216; ID., *Sistemi sanzionatori e autonomia regionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, fasc. 3, 271.

CERBO P. - D'ANGELO G. – SPUNTARELLI S., (a cura di), *Amministrare e giudicare: trasformazioni ordinamentali*, Jovene Editore, Napoli 2022.

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1984.

CHELI E., *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino, 2000.

CHIAVARIO M., *La presunzione d’innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 1089; ID., *sub. art. 6*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle*

libertà fondamentali (a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi), Cedam, Padova, 2001; ID., *Diritto Processuale Penale*, VIII Ed., Torino, 2019.

CHIBELLI A., *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni sostanzialmente penali e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 aprile 2017.

CLARICH M., *Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del T.a.r. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Dir. amm.*, fasc.3-4, 2000, pag. 361; ID., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, n. 1/2004; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

CLARICH M. – PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012 n. 162*, in www.giustizia-amministrativa.it.

CLARICH M. – ZANETTI L., *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, fasc.2, 2013.

COCCONI M., *Il giusto procedimento come banco di prova delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010; ID., *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le regioni*, 2010.

COLACURCI M., *La nozione di materia penale" nella sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, in *Cassazione Penale*, fasc.2, 2016.

COLAIANNI F. – COLOMBO D., *Doppio binario sanzionatorio e proporzionalità della sanzione complessivamente irrogata. La Cassazione detta i criteri per la commisurazione della pena*, in *Giurisprudenza penale web*, 2022.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; ID., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, fasc. 5.

COLLA G. – MANZO G., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2001.

COMOGLIO L.P., *Contraddittorio (Principio del) – I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988.

CONDORELLI M., *Le sanzioni alternative nel giudizio sulle procedure contrattuali* in CERBO P. - D'ANGELO G. – SPUNTARELLI S., (a cura di), *Amministrare e giudicare: trasformazioni ordinamentali*, Jovene Editore, Napoli 2022.

CONTI C., *Profili penalistici della testimonianza assistita: l'esimente dell'art. 384*

c.p. tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, Fasc.3, 2002.

CORDERO F., *Legalità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XVIII; ID., *Procedura Penale*, IX Ed., Milano, 2012.

CORLETTO D., *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2006.

CORSO G., *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in AA. VV. (a cura di U. Pototschnig), *Le sanzioni amministrative* (Atti del XXVI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione), Milano, 1982.

CRISAFULLI V., *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962.

CUOCOLO L., *Le sanzioni amministrative tra caratteri afflittivi ed amministrazione attiva*, in *Quad. reg.*, 2003,

DE CHIARA V.L., *Nuovi traguardi di depenalizzazione*, in *Indice pen.*, 1991; ID., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007.

DE GIORGI CEZZI G., *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003.

DE GRAZIA D., *Il sistema di giustizia amministrativa del Regno Unito: verso l'integrazione delle tutele*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009.

DE LUCIA L., *Procedimento amministrativo ed interessi materiali*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2005.

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995.

DE ROBERTO A., *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 18-20 settembre 1980), Milano, 1982.

DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002.

DE VERO G., *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di*

imputazione e qualificazione giuridica, in AA.VV. (a cura di Garuti), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002; ID, *La responsabilità diretta ex crimine degli enti collettivi: modelli sanzionatori e modelli strutturali*, in AA. VV., *L'ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) degli enti collettivi*, in *Leg. Pen.*, 2003.

DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig.disc. pen.*, Torino, 1999, vol. XIV.

DELLA CANANEA G., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.

DELLI PRISCOLI L. - FIORENTINI F., *Trattamento sanzionatorio eccessivo e principio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2008.

DELSIGNORE M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2020.

DETTORI S., *Rassegna della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Speciale in tema di giusto procedimento*, in *Nuove autonomie*, 2011.

DICKMANN R., *L'istruttoria legislativa nelle Commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rass. parl.*, 2000.

DI PAOLA L., *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2006.

DIOTALLEVI L., *La giurisdizione sui diritti "fondamentali" alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2015.

DOLCINI E., *Commento all'art. 1*, in E. DOLCINI – A. GIARDA – F. MUCCIARELLI – C.E. PALIERO – E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle "modifiche al sistema penale" (Legge 24 novembre 1981, n. 689)*, Milano, 1982.

DOLCINI M. - MARINUCCI G., *Il principio di determinatezza. Fonti e definizioni*, in *Codice penale commentato*, Parte Generale, Milano, 1990.

DOMINICHELLI V., *Sanzioni amministrative, principio di legalità e poteri di giudice ordinario*, in *Giur. It.*, 1981.

ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, IV.

FAVA P., *La consultazione e la qualità della regolazione nella multilevel*

governance: *i rischi e i pericoli di un'apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, in *Corr. giur.*, 2005, fasc. 11.

FAZZALARI E., *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958; ID., *Processo (Teoria generale)*, in *Nss D.I.*, vol. XIII, 1966; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1983; ID., *Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986; ID., *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989; ID., *Capograssi e la realtà del processo*, in AA. VV. (a cura di F. MERCADANTE), *L'individuo, lo stato, la storia. Giuseppe Capograssi nella storia religiosa e letteraria del Novecento*, Milano, 1990.

FEDERICO C., “*Doppio Binario Sanzionatorio e ne bis in idem: la parola alla Corte Costituzionale*”, in *Archivio Penale*, 2015, n. 2.

FELIZIANI C., *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 3, 2019.

FERRARA L., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006.

FERRARA R., *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, in *Foro it.*, 2000, III, 28; ID. *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.2, 1 giugno 2017.

FERRARI G.F., *Il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. II, Modena 1996.

FERRARO F. – LAZZERINI N., *Art. 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017.

FERRUA P., *Il “giusto processo” in Costituzione*, in *Dir. Giust.*, 2000, I, 78; ID., *L'avvenire del contraddittorio*, in *Critica dir.*, 2000.

FIANDACA G., *Considerazioni su responsabilità oggettiva e prevenzione*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1981; ID., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1987.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, 2001; ID., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.

FIGIELLA A. - SELVAGGI N., *Dall' "utile" al "giusto". Il futuro dell'illecito da reato dell'ente nello spazio globale*, Giappichelli Editore, Torino, 2018.

FOLLIERI E., *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2011; ID., *La giurisprudenza muove i primi passi sull'irrogazione delle sanzioni alternative*, in *Giur. it.*, 2012.

FORASASSI S., *Rassegna di giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali. Speciale in tema di giusto procedimento*, in *Nuove autonomie*, 2011.

FRACCHIA F., *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996.

FRANCARIO F., *Il contrasto tra giudicati*, in *Il processo*, fasc.2, agosto 2022.

FRANCHINI C., *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Cedam, 1998.

FRATINI M., *Sanzioni CONSOB e giurisdizione dopo la legge "sul risparmio"*, in *Rass. Avv. Stato*, 2006, 2.

FREDIANI E., *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2005; ID., *Riflessioni in tema di sanzioni alternative nel codice del processo amministrativo*, in CERBO P. - D'ANGELO G. – SPUNTARELLI S., (a cura di), *Amministrare e giudicare: trasformazioni ordinamentali*, Jovene Editore, Napoli 2022.

FREEDMAN J.O., *Crisis and Legitimacy. The Administrative Process and American Government*, Cambridge (Mass.), 1980.

FRIGO G., *Così le scelte sulla valutazione delle prove vanificano le conquiste sul giusto processo*, in *Guida dir.*, 1999.

GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, fasc.3-4; ID., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003; ID., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2007, fasc.2; ID., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.6, 1 dicembre 2019.

GALLI L., *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.3, settembre 2018.

GALLIGAN D.J., *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 1996.

GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano, 1951; ID., *Appunti di diritto penale*, I, Giappichelli, Torino, 1999.

GALLUCCIO A., *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 7-8.

GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002.

GARANCINI G., *Le garanzie del giusto procedimento amministrativo*, in *Iustitia*, 2008.

GATTA G.L., *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. la corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *penalecontemporaneo.it*, dicembre 2018.

GAVAZZI G., voce *Sanzione (Teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992.

GELLHORN E. - LEVIN R.M., *Administrative Law and Process*, St. Paul, 1990.

GIANNELLI A., *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, fasc. 1; ID., *Giudice ordinario e decisione amministrativa*, in *Judicium: il processo civile in Italia e in Europa*, fasc. 3, 2020.

GIANNINI M.S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962; ID., *L'ordinamento dei pubblici uffici*, in AA.VV., in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1982; ID., *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Milano, 1993.

GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *www.giustiziaamministrativa*, 2013.

GIOVAGNOLI R. - FRATINI M., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2009.

GIUNCHEDI F., *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007.

GIUSTI A., *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, giugno 2021.

GOISIS F., *Sanzioni amministrative, tutele procedurali e giurisdizionali secondo la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo*, in AA. VV. (a cura di CAGNAZZO) *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2012; ID., *Un’analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell’art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2013; ID., *Un’analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell’art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2013; ID., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario*, 2013; ID., *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall’art. 7 CEDU*, in *Foro Amministrativo – T.A.R. (II)*, fasc. 4, 2013; ID. *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2015; ID., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018; ID., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015; *Il contezioso appalti nella prospettiva dell’Unione Europea: verso una giurisdizione (primariamente) di diritto oggettivo?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, giugno 2022.

GORZA S., *Il caso Avastin/Lucentis tra contraddizioni ed omissioni*, in *Dir. Ind.*, 2020.

GRASSO P.G., *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, Milano, 1972.

GRECO G., *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *Giustamm.it*, gennaio 2020; ID., *Discrezionalità tecnica, margini di opinabilità delle valutazioni e sanzioni amministrative*, in *Discrezionalità e amministrazione*, Forum AIPDA, 28 ottobre 2022.

GREVI V., *Nemo tenetur se detegere, Interrogatorio dell’imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 46; ID., *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000.

GROSSO C.F., *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, 1989.

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1966.

KUNNECKE M., *Procedural errors in the Administrative procedure*, in *Tradition and change in Administrative Law: an Anglo-German Comparison*, 2007.

ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979; *Nemo tenetur se detegere: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. proc.*, 2012.

LAGOSTENA BASSI A.- RUBINI L., *La depenalizzazione*, Milano, 1968.

LAMBERTI C., *Sanzioni e ne bis in idem nelle sentenze della corte europea e del giudice nazionale. L'involuzione del principio*, in *giustamm.it*, 2015.

LANDIS J., *The Administrative Process*, New Haven, 1938.

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2002.

LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987.

LIEBMAN E.T., *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, II ed., Roma, 1936.

LIGUGNANA G., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei tribunals*, in *Dir. proc. Amm.*, 2009; *L'amministrazione giudicante. Modelli ed esperienze inglesi*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di G. FALCON, Padova, 2010.

LOMBARDI P., *Il provvedimento di nomina del direttore generale di azienda sanitaria tra interesse a ricorrere delle associazioni di categoria, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione*, in *Sanità pubb. e priv.*, 2010; ID., *Il governo del territorio tra politica ed amministrazione*, Milano, 2012.

LOMBARDI R., *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995.

LUCCHINI GUASTALLA E., *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltistiche*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.5, 2016.

LUCIANI M., *Intelligenti Pauca. Il Caso Taricco Torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2017.

MACCHIA M., *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009.

MAINARDI E., *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2002.

MANACORDA S., *'Doppia pregiudizialità' e Carta dei Diritti Fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione Europea nell'era del disincanto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2020, fasc. 2.

MANES V., *Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in GAROFOLI-TREU *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013; ID., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, *Rivista Italiana Di Diritto E Procedura Penale*, 2017.

MANETTI M., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997.

MANFREDI G., *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amm.-Tar*, 2007.

MANGANARO F., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il Diritto di Proprietà*, in *Dir. Amm.*, fasc.2, 2008.

MANNUCCI G., *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del Diritto Europeo*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.2, 1 giugno 2017.

MANTOVANI F., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1981; ID., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2001.

MARENCHI E.M., *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008.

MARICONDA L., *Diritto antitrust e ne bis in idem nel dialogo tra le corti europee*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.4, dicembre, 2020.

MARINI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, vol. XXVIII.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2006.

MARZADURI E., *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. Pen.*, 2000; ID., *Sul diritto al silenzio degli imputati il giusto processo vive di contraddizioni*, in *Guida dir.* 2000, n. 43.

MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985.

MATTARELLA B.G., *Diritto d'accesso e Consob: l'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Giornale di dir. amm.*, 2001; ID., *Artt. 23-24*, in *La tutela del risparmio. Commentario della legge 28 dicembre 2005, n. 262, e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, a cura di A. NIGRO E V. SANTORO, Torino, 2007.

MAZZA O., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 63; ID., *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019.

MAZZARELLA F., *Processo, contraddittorio, norma processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975.

MERLI A., *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, Edizioni Scientifiche, 2012.

MERLO A., *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza Costituzionale in materia penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.3, 2016.

MERLONI F., *Amministrazione "neutrale" e amministrazione "imparziale". A proposito dei rapporti tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubblico*, 1997.
MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; ID., *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010.

MERUSI F. - PASSARO M., *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, 2002.

MARZADURI E., *Considerazioni sul significato dell'art. 27 comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione* (a cura di DINACCI), Milano, 2010.

MEZZABARBA C., *Sanzioni amministrative. Rassegna di giurisprudenza della Cassazione: disciplina processuale, prescrizione, violazioni in materia previdenziale e disciplina transitoria*, in *Foro Italiano*, Bologna, Zanichelli, 1994 .

MEZZABARBA C. - TRAVI A., *Sanzioni amministrative. Rassegna di giurisprudenza della Cassazione: illecito amministrativo, procedimento, sanzioni accessorie*, in *Foro it.*, 1994.

MIGLIORINI L., *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977.; ID., *Cognizione del fatto del giudice amministrativo*, in *Nuova Rassegna*, 1981.

MIRANTE S., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.3, settembre 2020.

MONTEDURO M., *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010.

MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001.

MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, in *Dir. pen. Proc.*, 2000, 334

MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019.

MOSCARINI P., *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.2, 2006; ID., *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, 2010.

NASCIMBENE B., *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 2015; ID., *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Sistema penale*, 2020, fasc. 4.

NAVARRETTA E., *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, gennaio 2019, pag. 6.

NICCOLAI S., *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996.

NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980.

NUVOLONE P., *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1968.

OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002.

ORLANDI R., *La 'fattispecie di pericolosità'. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.2, giugno 2017.

OTTAVIANO V., *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987.

PADOVANI T., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° co., c.p.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982; ID., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1987; ID., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. Pen.* 1988; ID., *Diritto Penale*, Milano, 1998; *Diritto penale*, Milano, 2008.

PAGLIARI G., *Sanzione amministrativa e sanzione penale*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di A. CAGNAZZO-S. TOSCHEI, Torino, 2012; ID., *Il Principio di legalità*, in *ibidem*.

PAGLIARO A., *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv.it. dir. e proc. Pen.* 1969; ID., *Fatto, condotta illecita e responsabilità oggettiva*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1985; ID., *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1988; ID. *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.

PALADIN L., *Il problema delle sanzioni nel diritto regionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975.

PALAZZO F., *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1993, vol. VII.; ID. *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium juris*, 1996; ID., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Cedam, 1979.

PALIERO C.E., *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985; ID., voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, UTET, Torino, 1989.

PALIERO C.E. – TRAVI A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989.

PAOLANTONIO N., *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 413; ID., *Il rito accelerato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014; ID., *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, giugno 2020.

PANZAROLA A., *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, vol. 70, fasc. 3.

PARISIO V., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006.

PASTORI G., *La procedura amministrativa*, Giuffrè, Vicenza, 1964.

PASSARO M., *Le amministrazioni indipendenti*, Il Mulino, Torino, 1996.

PATANÉ V., *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2006.

PAULESU P. P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2008.

PENNOCK J. K. – CHAPMAN J. W., *Due process*, New York, 1977.

PERFETTI L., *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II-1, Milano, 2008; ID., *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2012.

PERIN R.C., *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.4, 2016.

PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Giuffrè, Milano, 2000.

PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998; ID., *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2021, fasc. 4.

POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, vol. I, 2000; ID., *Articolo 1, co. 1: principi generali dell'attività amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005* (a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito), Torino 2005.

POLICE A. - DAIDONE A., *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.*,

2013.

PORTONERA G., Punitive damages, *cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.4, dicembre 2021.

POUND R., *Administrative Law. Its Growth, Procedure and Significance*, Pittsburgh, 1941.

PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997.

PROVENZANO P., *I vizi nella forma e nel procedimento. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, 2015; ; ID., *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2018, fasc.6; ID., *Illecito amministrativo e retroattività in bonam partem: da eccezione alla regola a regola generale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.1, 2020; ID., *Note critiche sulla disciplina in materia di sanzioni amministrative intese a contrastare la diffusione della pandemia da Covid-19*, in www.ceridap.eu, 22 dicembre 2022.

PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1960; ID., *Corte Costituzionale, pena pecuniaria e riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dem. dir.*, 1980; ID., *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2002; ID., *Sub. art. 1*, in A. CRESPI-F. STELLA- G. ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2008.

RAGANELLI B., *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, fasc. 4.

RANELLETTI O., *Attività amministrativa e attività tecnica della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992.

RAMAJOLI M., *Il contraddittorio nel procedimento Antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2003, pag. 665; ID., *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.

REPETTO G., *I no che aiutano a crescere: confisca per lottizzazione abusiva e diritto Cedu «consolidato»*, in *Quad. Cost.*, 3/2018.

ROMANO M., *Sub art 1*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004; ID., *Repressione della condotta antisindacale*, Giuffrè, Milano, 1974; ID., *Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2002; ID., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002;

ID. Sub Art. 1, in *Commentario sistematico del codice penale*, I (Art. 1-84), Milano, 2004.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946.

ROMANO TASSONE, A., *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2011, vol. 19, fasc. 1.

ROSSI VANNIN A., *Illecito depenalizzato amministrativo. Ambito di applicazione*, Giuffrè, Milano, 1990.

RUGGERI A., *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc.4, 2010; ID., *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *federalismi.it*, 24 febbraio 2021.

RUSCICA S., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2010.

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974; ID., voce *Proporzionalità*, in S. CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, ID., *Il procedimento*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, p. gen., tomo II, Milano, 2003; ID., voce *Proporzionalità*, in S. CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

SANDULLI M.A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1992, vol. XXVIII; ID., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedurali*, Jovene, Napoli, 1983; ID., *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010.

SALVI G., *Il difficile puzzle della risposta alle contestazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 settembre 2000.

SANTAMARIA D., voce *Colpevolezza*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960.

SAITTA F., *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?*, in *Giustamm.it*, 2011; ID., *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Giustamm.it*, 23 luglio 2012.

SATTA F., *Imparzialità della pubblica amministrazione (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1989; ID., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010.

SAVINO M., *Il cammino internazionale della Corte Costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, fasc.3-4, 2008.

SCHIAVONE S., *La nozione di “idem” nel dialogo tra corti: un unico criterio per una tutela effettiva, anche in materia di concorrenza*, in *Cassazione Penale*, fasc.7-8, luglio 2022.

SCHWARTZ B., *An Introduction to American Administrative Law*, London-NewYork, 1958.

SCOLETTA M., *Lo statuto normativo della confisca urbanistica nel prisma delle garanzie convenzionali. Nota a Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.i.e.m. s.r.l. e altri contro Italia*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.1, 2019.

SCOCA F.G., *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rassegna*, 1981, II, 1376; ID., *Osservazioni sulle sanzioni amministrative (a proposito della confisca “urbanistica”)*, in *Giustiziainsieme*, marzo 2022.

SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004.

SCOLETTA G., *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 aprile 2019.

SCONAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio, in Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, aprile 2017.

SCIULLO G., *Il principio del giusto procedimento fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986.

SELVAGGI N., *In tema di ‘riforma’ della responsabilità da reato dell’ente: brevi note tra Europa e Italia*, in FIORELLA A. – BORGOGNO R. – VALENZANO A. S., *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell’ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Jovene, 2015.

SERRA M. T., *Contributo a uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1991.

SEVERINI G., voce *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Milano, 2002; ID., *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella laguna di Venezia)*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2007.

SEVERINO P., *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enc. giur. Treccani*, 1993, vol. XXX.

SILVESTRI G., *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988.

SINISCALCO M., *Giustizia penale e Costituzione*, ERI, Torino, 1964; ID., *Depenalizzazione e garanzia*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1983.

SINISCALCO M. - VINCIGUERRA S., *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983.

SIRACUSANO P., *Successioni di leggi penali*, Jovene, Messina, I, 1988.

SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966.

SPASIANI M.R., *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, fasc.2, 2002.

SPATARO O., *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n. 13 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it*, 2020, fasc. 36.

SQUINTU M., *Il principio di proporzionalità*, in AA. VV. (a cura di A. CAGNAZZO-S. TOSCHEI) *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2012.

TANDA P., *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Giappichelli, Torino, 1999.

TERRACCIANO G. - ALBANO L., *Il riparto di giurisdizione nelle sanzioni amministrative*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di A. CAGNAZZO-S. TOSCHEI, Torino, 2012.

TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Stabilimento Tipografico Tocco, Napoli, 1925.

TESAURO G., *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale: una riflessione sul caso Avastin/Lucentis e non solo*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020.

THON A., *Norma giuridica e diritto*, Cedam, Padova, 1939.

TOMASI L., *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistema Penale*, 4 ottobre 2021.

TONINI P., “Giusto processo” riemerge l’iniziativa del Parlamento, in *Dir. pen. Proc.*, 2000, p. 137; ID., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2013.

TORCHIA L., *Verso una Banca d’Italia repubblicana ed europea?*, in *Giornale dir. amm.*, 2006.

TRAPUZZANO C., *Appalti pubblici: l’escussione della garanzia provvisoria non ha natura punitiva*, in *www.altalex.com*, 5 ottobre 2022.

TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica Amministrazione*, Padova, 1983; ID., *Corte eur. dir. uomo e Corte Costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*, in *Giur. Cost.*, 2010; ID., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010; ID., *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di Studi di Scienza dell’amministrazione, Varenna, 23-25 settembre 2010, Milano, 2011; ID., *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014; *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione ‘funzionale’ delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2018.

TRIMARCHI F., *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2000.

TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2016; ID., *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 1, 2019.

TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*

TIRIO F., *Le garanzie nei procedimenti sanzionatori della Consob dopo la sentenza Grande Stevens e le successive modifiche regolamentari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2018.

TROPEA G., *La partecipazione al procedimento fra istanze “di risultato” e riforma del processo amministrativo*, *La partecipazione negli enti locali. Problemi e prospettive*, Giappichelli, 2002; ID., *L’ “ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, fasc. 3; ID., *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: “relazione pericolosa” o “attrazione fatale”?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2012; ID., *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2; ID., *Motivazione del*

provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.4, 1 dicembre 2017; ID., *Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Diritto Costituzionale*, n. 3/2018; ID., *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo "interno" ed "esterno" tra corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2018; ID., *Le presunzioni nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 3/2019; ID., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2021; ID., *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.4, dicembre 2021.

TROPEA G. - GIANNELLI A., *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche, nota a Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236*, in www.giustiziainsieme.it, 15 maggio 2020,

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale. Principi generali*, I, Giuffrè, Milano, 2017.

UBIALI M.C., *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 21 marzo 2017.

VACCARI S., *La giurisdizione sulle sanzioni ex art. 123 c.p.a.: profili di incostituzionalità e soluzioni alternative*, in *Giustamm.it*, 2013; ID., *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 1 giugno 2019, pag. 481.

VALAGUZZA S., *Riflessioni sul primato attenuato del Diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, fasc.6, 2008.

VALASTRO A., *La valutazione ed i molteplici volti della partecipazione nell'ordinamento italiano. Quale ruolo per la consultazione in una governance problematica?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1994, vol. VIII; ID., voce *Colpevolezza*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988.

VICO G., *Scienza Nuova*, Cedam, Padova, 1942.

VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, I, Cedam, Padova, 1999.

VIGANÒ F., *Retroattività della legge penale più favorevole*, in GAROFOLI-TREU, *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2012; ID., *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. trim. penale contemporaneo*, 2015; ID., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un*

assist ai giudici comuni, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, maggio 2016; ID., *Un'altra deludente pronuncia della Corte Costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017; ID., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Penalecontemporaneo.it*, maggio 2017; ID., *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.4, 2017.

VIGNERI A., *Profili generali delle sanzioni amministrative (commento alla l. 689/1981, Modifiche al sistema penale)*, in *Nuove leggi civ.*, 1982.

VILLATA R., *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, I.

VILLATA R. – GOISIS F., *Procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali*, in L. DE ANGELIS, N. RONDINONE (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, Torino, 2008.

VIPIANA P.M., *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Padova, 2017.

VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2003.

WADE H. W. R. – FORSYTH C. F., *Administrative Law*, London, 1994.

ZAGREBELSKY V., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, 1984; ID., *Corte Cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della convenzione*, in *Rivista AIC, Oss., Cost.*, maggio 2015.

ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Giappichelli, Torino, 1924.

ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali* (a cura di I. Pellizzone), Giuffrè, Milano, 2017.