

CARLO BONZANO

Professore associato di Procedura penale – Università degli Studi di Roma Tor Vergata

*Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione “punitiva” impone il *due process of law**

Nemo tenetur se detegere and administrative procedure: for the Constitutional Court, the ‘punitive’ sanction requires due process of law

La Corte costituzionale ha affermato che il diritto al silenzio opera anche nei procedimenti amministrativi idonei a determinare l'applicazione di una sanzione “punitiva”. La questione risente delle difficoltà legate alla individuazione della *matière pénale* ed induce a riflettere sul delicato tema della determinazione delle garanzie sostanziali e processuali che debbono ritenersi operative. Si aprono nuovi scenari: l'interprete è chiamato ad individuare criteri che consentano di decifrare la complessa interazione di piani originata dal sistema multilivello delle fonti.

*The Constitutional Court has stated that the right to silence operates even in administrative proceedings apt to bring about the application of a ‘punitive’ sanction. The issue reflects the difficulties linked to identifying the *matière pénale* and induces to ponder upon the delicate subject of determining which substantive and procedural guarantees must be regarded as operative. New scenarios open up: the interpreter is called to identify criteria which allow to decipher the complex interaction of planes arising from the multilevel system of sources.*

LA VICENDA

Con l'ordinanza in commento, la Corte costituzionale è stata chiamata ad affrontare una questione di straordinaria rilevanza, sia per i molteplici profili ad essa sottesi, sia per le ricadute che potrebbero derivarne sul piano sistematico.

Nell'ambito di un procedimento amministrativo per abuso di informazioni privilegiate, che vedeva svolgersi in parallelo anche un procedimento penale relativo alle medesime condotte, l'interessato, convocato dalla CONSOB per essere sottoposto ad audizione, dopo aver negato ripetutamente la propria disponibilità a presentarsi, una volta comparso, aveva rifiutato di rilasciare dichiarazioni¹. Tale condotta, quale mancata ottemperanza nei termini alle richieste della CONSOB, aveva determinato l'irrogazione di una sanzione pecuniaria pari a 50.000 euro (art. 187-*quienquiesdecies* TUF).

Investita del ricorso proposto dall'interessato, la Cassazione civile aveva sollevato un giudizio incidentale di fronte alla Consulta, ritenendo la disciplina impugnata lesiva del diritto al silenzio così come recepito dall'art. 24, comma 2 Cost., dall'art. 6 par. 1 della Convenzione europea (secondo l'esegesi che ne è stata prospettata dalla giurisprudenza sovranazionale), dal Patto internazionale sui diritti civili e politici e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ebbene, il Giudice delle leggi, pur ravvisando un contrasto della disciplina con tutti i predetti parametri, ha tuttavia constatato che la normativa denunciata era stata adottata per dare attuazione alla direttiva 2003/6/CE ed al Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, entrambi recanti l'espressa previsione di un obbligo di collaborazione gravante anche sulla persona sottoposta a procedimenti relativi agli abusi di mercato. Sulla base di tale rilievo, si è dunque optato per un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: si è chiesto, in buona sostanza, di valutare se le predette di-

¹ In pendenza della questione di costituzionalità, è intervenuto il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107, che - nell'apportare modifiche al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 - ha fra l'altro sostituito integralmente (*ex art. 4, commi 9 e 10, d.lgs. n. 107 del 2018*) il testo degli artt. 187-*bis* e 187-*ter*, che descrivevano le figure dell'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato. La modifica, peraltro, non sposta in alcun modo i termini della questione di legittimità costituzionale.

sposizioni possano essere interpretate nel senso di consentire agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito per il quale siano previste sanzioni amministrative di natura "punitiva". In caso di impraticabilità di una simile esegesi, la Consulta ha "sollecitato" la Corte adita a valutare la compatibilità delle predette norme con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi in relazione all'art. 6 della Convenzione.

Tra i vari profili di interesse che la questione solleva – si pensi, in particolare, all'utilizzo della doppia pregiudizialità quale metodo di soluzione dei conflitti tra norme nell'ambito del sistema multilivello delle fonti – si privilegerà, nella presente sede, l'analisi delle ricadute dell'approccio adottato dalla Consulta sulle garanzie processuali che debbono ritenersi operanti nel procedimento volto all'applicazione di sanzioni amministrative di natura "penale"².

LA VIS ESPANSIVA DEL DIRITTO AL SILENZIO NEI PROCEDIMENTI VOLTI AD IRROGARE SANZIONI PUNITIVE

Procedendo con ordine, occorre innanzitutto sottolineare come l'annotata ordinanza abbia tracciato direttrici di straordinaria rilevanza in tema di diritto al silenzio: da un lato, collocandosi in un filone ormai consolidato, la Corte costituzionale ha affermato che lo *ius tacendi*, pur non espressamente riconosciuto nella Carta fondamentale, costituisce un valore costituzionale in quanto corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa ex art. 24, comma 2 Cost.³; da un altro lato, ha precisato che tale diritto deve ritenersi operante in tutti i procedimenti cui possa fare seguito l'applicazione di una sanzione sostanzialmente "punitiva".

È proprio quest'ultima affermazione a destare estremo interesse, giacché la Consulta ha preso una posizione netta sull'applicabilità al procedimento amministrativo quanto meno di una tra le principali garanzie tipiche del rito penale. Più precisamente, è dalla natura del procedimento che dipende l'ampiezza dello spettro dei diritti da riconoscere a chi vi è sottoposto; l'inquadramento ontologico, a sua volta, non è il frutto della qualificazione formale della procedura, bensì di un apprezzamento sostanziale che muove dal diritto inciso. Quest'ultimo si individua valutando il tipo di sanzione irrogata: ove essa abbia carattere "punitivo", il procedimento deve essere informato al rispetto del canone *nemo tenetur se detegere*.

Com'è evidente, un simile percorso logico costituisce senz'altro applicazione del principio di adeguatezza ed appare destinato a sortire effetti anche al di là della specifica questione affrontata: a venire in gioco, infatti, potrebbe (*rectius*, dovrebbe) essere non soltanto il diritto al silenzio, ma l'intero compendio di garanzie del giusto processo.

D'altronde, l'ordinanza in esame – con tutto il suo carattere innovativo – si colloca a valle di una riflessione inaugurata dalla Corte europea dei diritti umani e ripresa in più occasioni dalla Consulta con riguardo all'ambito applicativo dei capisaldi del diritto penale riconosciuti dalla Convenzione e dalla Carta costituzionale. Ebbene, lo spostamento dell'attenzione sulle garanzie processuali da applicare nei procedimenti *lato sensu* "punitivi" sembra portare a compimento, sul volano delle pronunce sovranazionali, un vero e proprio cambio di orizzonti. Il Giudice delle leggi, infatti, si è soffermato con estrema chiarezza non sul profilo (già noto alla letteratura processualpenalista) relativo alla trasmigrazione di atti dal procedimento amministrativo a quello penale ad esso eventualmente "collegato", bensì sulla operatività diretta delle garanzie nel procedimento "sostanzialmente penale", con affermazioni senz'altro dotate di caratura sistematica.

²Per un esame approfondito dell'utilizzo della doppia pregiudizialità nella pronuncia in commento e per un quadro sistematico dei differenti orientamenti rinvenibili della giurisprudenza costituzionale, S. Catalano, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, 4; G. Marra-M. Viola, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 7-8, p. 143 ss.; S. Ruggeri, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta online*, Studi 2019/II, p. 242.

³C. cost., ord. 24 giugno 2004, n. 202, in www.cortecostituzionale.it; C. cost., ord. 19 giugno 2002, n. 291, in www.cortecostituzionale.it.

“MATIÈRE PÉNALE” E GARANZIE NELLA GIURISPRUDENZA CEDU

Come si è dianzi accennato, la decisione in esame costituisce il punto di arrivo di un percorso già intrapreso dalla stessa Consulta – nel dialogo con la Corte di Strasburgo – allorché, con precedenti pronunce, aveva affermato che singole garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione italiana si estendono anche alle sanzioni di natura punitiva.

È noto che il presupposto di un simile approccio deve individuarsi nella consolidata giurisprudenza europea sulla nozione sostanziale di sanzione penale, basata sui parametri enucleati dalla sentenza Engel (c.d. *Engel criteria*)⁴: si è avvertita la necessità di scongiurare la c.d. truffa delle etichette, evitando che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni Sessanta del secolo scorso, potessero avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 CEDU⁵.

Ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dalla Convenzione, sono infatti riconducibili alla materia penale tutte quelle sanzioni che, pur se non qualificate come penali dagli ordinamenti nazionali, sono rivolte alla generalità dei consociati; perseguono uno scopo non meramente risarcitorio, ma repressivo e preventivo; hanno una connotazione afflittiva, potendo raggiungere un rilevante grado di severità (da valutare prendendo in considerazione il massimo previsto per legge e non la sanzione effettivamente comminata). Tali criteri non trovano applicazione in via cumulativa, ma alternativa, sicché è sufficiente l'integrazione anche di uno solo di essi per giungere a considerare come *lato sensu* “penale” un illecito⁶; al contempo, è stato chiarito che la lieve entità della sanzione non costituisce di per sé un elemento atto a privare la misura della natura penale, qualora sia evidente il carattere deterrente e repressivo della stessa⁷. Movendo dall'apprezzamento della “natura della pena irrogata”, integrato anche da considerazioni di ordine teleologico, la Corte europea ha così prospettato un'interpretazione autonoma della nozione di “accusa penale”⁸; approccio, come noto, fatto proprio anche dalla Corte di Giustizia⁹.

Sulla base di tali premesse concettuali, i Giudici di Strasburgo sono stati più volte chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità con la Convenzione di procedimenti amministrativi non rispettosi delle garanzie riconosciute dall'art. 6 CEDU o di sanzioni applicate senza il rispetto dei corollari dell'art. 7 CEDU. Nel tempo, quindi, è andata consolidandosi una certa propensione anche all'estensione delle garanzie del “giusto processo” ai procedimenti amministrativi punitivi: per quanto si tratti di un consolidato indirizzo esegetico formatosi per lo più in relazione a procedimenti tributari o per abusi di mercato, esso appare chiaramente dotato di portata generale.

Ebbene, la Corte ha esteso il diritto di accesso al tribunale¹⁰; la durata ragionevole del processo¹¹; il diritto di difesa e di accesso agli atti¹²; il diritto ad una udienza pubblica¹³; la presunzione di innocenza come divieto di esecuzione anticipata della sanzione¹⁴.

⁴Corte e.d.u., Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, par. 82.

⁵Così Corte e.d.u., 21 febbraio 1983, Öztürk c. Germania.

⁶Nel senso della possibilità di un approccio cumulativo, qualora i singoli criteri di per sé considerati non siano sufficienti (Corte e.d.u., 24 febbraio 1994, Bendenoun c. Francia). In dottrina, si veda V. Zagrebelsky, *La definizione della materia penale ai fini della Convenzione europea dei diritti umani*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 21 ss.

⁷V. Manes, sub *Art. 7 Cedu*, §1, in Bartole-De Sena-Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, p. 259 ss.

⁸Per una brillante analisi ragionata della giurisprudenza CEDU, F. Buffa, *Le principali questioni in materia tributaria*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, p. 527 ss.; Id., *Il rapporto tra sistema tributario domestico e CEDU*, Relazione del 18 maggio 2017 alla Corte Costituzionale in Roma, all'incontro di studio per magistrati tributari, organizzato dal Consiglio di presidenza della giustizia tributaria, p. 9 ss.

⁹Da ultimo, CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, Menci, (C-524/15), § 26, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2018, con ampiezza di richiami giurisprudenziali.

¹⁰Corte e.d.u., 21 febbraio 2008, Ravon e altri c. Francia.

¹¹Corte e.d.u., 23 luglio 2002, Janosevic c. Svezia; Corte e.d.u., 23 luglio 2002, Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia.

¹²Corte e.d.u., 22 aprile 1992, Vidal c. Belgio; Corte e.d.u., 24 febbraio 1994, Bendenoun c. Francia, par. 51.

¹³Corte e.d.u., 21 febbraio 1990, Hakansson c. Svezia; Corte e.d.u., 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia.

¹⁴Corte e.d.u., 23 luglio 2002, Janosevic c. Svezia; Corte e.d.u., 23 luglio 2002, Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia. Si veda, in particolare, la giurisprudenza secondo cui la confisca urbanistica (art. 44 TU edilizia) disposta a seguito di un'accerta-

Sul fronte delle garanzie sostanziali, viene in rilievo l'affermata operatività nel procedimento amministrativo punitivo del principio di accessibilità e prevedibilità della base legale (ossia della fattispecie che definisce l'illecito e la conseguente sanzione), valutata non solo alla luce delle disposizioni normative, ma anche della giurisprudenza, fondamentale corollario dell'art. 7 CEDU¹⁵; altrettanto dicasi per l'irretroattività della legge penale sfavorevole (anche con riguardo al mutamento di giurisprudenza *in malam partem*)¹⁶; nonché per la retroattività della legge (anche intermedia) più favorevole¹⁷.

IL PRINCIPIO DI GRADUABILITÀ DELLE GARANZIE PROCESSUALI

Giova rilevare, peraltro, che proprio in tema di tutele processuali, la Grande Camera ha fatto applicazione di un principio di equità alla luce del quale occorre di volta in volta modulare la garanzia in ragione della tipologia del procedimento e della fase dello stesso¹⁸. La dottrina ha colto in tale assunto la prospettazione di un *duplice livello* di garanzie: l'uno riservato al "nucleo duro" del diritto penale, l'altro a tutto ciò che deve essere considerato come "*matière pénale*" ai fini delle garanzie convenzionali, ma che sta fuori dal suddetto nucleo, sì da tollerare un certo grado di affievolimento di quelle stesse garanzie¹⁹.

(SEGUE): LA GIURISPRUDENZA EUROPEA SUL DIRITTO AL SILENZIO

Sta di fatto che, come sottolineato dall'ordinanza in commento, nella giurisprudenza europea esistono diversi precedenti specifici proprio sulla operatività della garanzia contro l'autoincriminatione nei procedimenti amministrativi²⁰.

La Consulta, in particolare, ha richiamato la sentenza J.B. c. Svizzera che aveva accertato la violazione dell'art. 6 CEDU in un caso in cui un soggetto, nei cui confronti era pendente un'indagine amministrativa relativa ad illeciti tributari, aveva reiteratamente omesso di rispondere alle richieste di chiarimenti formulate dall'autorità che stava conducendo l'indagine ed era stato punito per questa sua condotta con sanzioni pecuniarie²¹. Al riguardo era stata decisiva la rilevata natura "punitiva" delle sanzioni applicabili dall'autorità amministrativa alle violazioni tributarie oggetto dell'indagine: secondo la Corte europea, il diritto a non cooperare alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere di-

mento che, pur non avendo le caratteristiche formali della condanna, ne presenti i requisiti sostanziali (verifica circa la sussistenza di tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, del reato di lottizzazione abusiva) è compatibile con l'art. 7 CEDU (Corte e.d.u., Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 luglio 2018; in senso parzialmente difforme, Corte e.d.u., 20 gennaio 2009, Sud Fondi; Corte e.d.u., 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia). Per una sintesi delle evoluzioni giurisprudenziali, 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 *Dir. pen. cont.*, 2018, 7, p. 221 ss.

¹⁵ Corte e.d.u., 20 settembre 2011, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia.

¹⁶ Corte e.d.u., 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna.

¹⁷ Corte e.d.u., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

¹⁸ Corte e.d.u., Grande Camera, 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia.

¹⁹ La portata sistematica della decisione in esame è valorizzata da L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, Giappichelli, 2018. Ad avviso dell'Autore «almeno per quanto riguarda l'applicazione delle garanzie procedurali, la possibilità di graduazione» è «imprescindibile nel consentire che l'estensione di tali garanzie all'illecito amministrativo» non si risolva «in una bocciatura *tout court* del processo di depenalizzazione» (*ibidem*, p. 231).

²⁰ Corte e.d.u., 17 dicembre 1993, Funke c. Francia; Corte e.d.u., 4 ottobre 2005, Shannon contro Regno Unito, parr. 38-41; Corte e.d.u., 21 aprile 2009, Marttinen c. Finlandia. In dottrina, per una sintesi, L. Bachmaier Winter, *The shift from criminal to administrative sanctions: the quest for fair trial rights in new crime control scenarios in the ECHR case law*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 52 ss. Significativa anche la decisione secondo cui è illegittima l'imposizione d'una sanzione a carico del contribuente che, volendosi avvalere del proprio diritto al silenzio, si sottragga dal produrre i documenti, richiesti di fronte all'autorità fiscale durante una procedura d'accertamento, che potrebbero portare alla propria incriminazione (Corte e.d.u., 5 aprile 2012, Chambaz c. Svizzera, parr. 50-58). Su quest'ultima decisione, A. Faberi, *Sui confini delle garanzie autodifensive dell'accusato (accertamenti fiscali, richiesta di documenti, rischio di autoincriminazione)*, in *Arch. pen.*, 2013, 2 (l'Autore si interroga sulla estensibilità della garanzia contro l'autoincriminatione alla produzione coatta di documenti). V. anche P. Piantavigna, *Il diritto del contribuente a non collaborare all'attività accertativa*, in *Riv. dir. fin. e scienza fin.*, 2013, p. 90 ss.

²¹ Corte e.d.u., 3 maggio 2001, J. B. contro Svizzera, parr. 63-71.

chiarazioni di natura confessoria, riconducibile all'art. 6 CEDU, comprende il diritto di chiunque sia sottoposto a un procedimento amministrativo, che potrebbe sfociare nella irrogazione di sanzioni di carattere "punitivo" nei propri confronti, a non essere obbligato a fornire risposte dalle quali potrebbe emergere la propria responsabilità, sotto minaccia di una sanzione in caso di inottemperanza.

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha rilevato – con un importante passaggio, che rende agevole preconizzare sviluppi futuri dell'orientamento inaugurato dall'annotata ordinanza – come nell'esegesi dei Giudici di Strasburgo la natura punitiva dell'illecito chiamasse in causa «l'intero spettro delle garanzie assicurate dalla CEDU per la materia penale», tra le quali deve ritenersi senz'altro compreso il diritto al silenzio.

IL CONSOLIDAMENTO DI NUOVI PARADIGMI NEL DIRITTO PENALE INTERNO: L'ESTENSIONE DI GARANZIE RICONOSCIUTE DALLA CEDU E DALLA COSTITUZIONE

Così delineato il quadro giurisprudenziale di riferimento, occorre sottolineare come la Consulta si sia finora confrontata esclusivamente con l'applicabilità delle garanzie di tipo penale sostanziale alle sanzioni amministrative "punitive", assumendo – a partire dal 2009 – una posizione volta ad estendere il presidio costituzionale e convenzionale²².

Pur nel rispetto delle esigenze di sintesi che si impongono in questa sede, una rapida ricognizione delle principali pronunce sul tema, da un lato, appare funzionale a cogliere lo spunto logico-concettuale al quale la decisione è dichiaratamente ispirata, dall'altro lato, finisce per agevolare l'individuazione del punto di approdo verso il quale potrebbero orientarsi eventuali ulteriori arresti in materia processuale.

In tal senso, viene innanzitutto in rilievo la giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo il principio di irretroattività delle modifiche *in peius* (art. 25, comma 2, Cost.), interpretato anche alla luce delle statuizioni della Corte europea relative all'art. 7 CEDU²³: se è vero che la sanzione penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale o potenziale, sul bene della libertà personale e che la pena possiede un connotato speciale di stigmatizzazione dell'illecito sul piano etico-sociale, è altrettanto vero che «l'impatto della sanzione amministrativa sui diritti fondamentali della persona non può essere sottovalutato: ed è, anzi, andato crescendo nella legislazione più recente»²⁴.

Non a caso, è risultata emblematica proprio l'elevatissima carica afflittiva che connota l'apparato sanzionatorio relativo agli abusi di mercato: oltre ad essere previste sanzioni pecuniarie elevatissime,

²² Sull'argomento, N. Zanon, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 27 ss.

²³ Invero, come rilevato in dottrina, la posizione della Consulta rispetto al tema *de quo* ha subito significative evoluzioni. Secondo una più risalente pronuncia, «il principio della legalità della pena [sarebbe stato] ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, comma 2, Cost., in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» (C. cost., sent. 15 giugno 1967, n. 78). Successivamente, tuttavia, si era consolidato un diverso orientamento, volto ad estendere l'applicabilità della predetta garanzia costituzionale a sanzioni non penali (cfr. C. cost., sent. 8 marzo 1984, n. 68; C. cost., sent. 15 luglio 1976, n. 194; C. cost., sent. 4 gennaio 1977, n. 13; C. cost., ord. 11 novembre 1987, n. 421; C. cost., sent. 25 marzo 1988, n. 447). Soltanto nel 2009 la Consulta ha ripreso la precedente posizione ed ha iniziato ad estendere al procedimento amministrativo le garanzie dell'art. 25 Cost., interpretato alla luce degli artt. 117 Cost e 7 CEDU (cfr. C. cost., ord. 1° aprile 2009, n. 97, in tema di confisca per equivalente per reati tributari; ancor più nettamente, C. cost., sent. 26 maggio 2010, n. 196, in materia di confisca di veicoli introdotta nel codice della strada. In quest'ultima occasione, per quanto la declaratoria di illegittimità si basasse sugli artt. 117 Cost. e 7 CEDU, la Corte ha affermato che il divieto di irretroattività si desume dall'art. 25 comma 2 Cost.: tale norma «data l'ampiezza della sua formulazione» si riferisce a ogni intervento sanzionatorio). Da ultimo, lo stesso indirizzo pare ormai essersi definitivamente consolidato (C. cost., sent. 14 aprile 2014, n. 104, in tema di sanzioni amministrative previste da una legge regionale; C. cost., sent. 5 ottobre 2016, n. 276, in tema di sospensione dalle cariche elettive regionali; C. cost., sent. 7 febbraio 2017, n. 68; C. cost., sent. 25 ottobre 2018, n. 223). In dottrina, sulla sentenza n. 196 del 2010, V. Manes, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 534; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 106; A. Travi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2323. Per un'analisi critica dell'evoluzione giurisprudenziale, L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 7; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 108 ss.

²⁴ Testualmente, C. cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 223, in *www.cortecostituzionale.it*.

operano sanzioni di carattere interdittivo, che limitano fortemente le opzioni professionali (e, dunque, il diritto al lavoro) dei soggetti colpiti e sono destinate a essere applicate congiuntamente alla confisca, diretta e per equivalente, del prodotto e del profitto dell'illecito; al contempo, tutte queste sanzioni sono oggi, almeno di regola, pubblicate – «senza ritardo e per estratto» – sui siti internet della Banca d'Italia o della CONSOB (art. 195-bis d.lgs. n. 58 del 1998), con conseguente, e tutt'altro che trascurabile, effetto stigmatizzante a carico dei soggetti che ne sono colpiti. D'altronde, come rilevato dalla Consulta, nessuna di queste sanzioni può essere condizionalmente sospesa, a differenza di quanto accade per le pene²⁵.

Né può negarsi che si debba tenere in debito conto il canone della determinatezza del precetto e di prevedibilità delle conseguenze della condotta²⁶: il principio di legalità si riferisce anche all'illecito di tipo amministrativo ed alle sanzioni a carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il *nomen iuris* ad esse attribuito dall'ordinamento²⁷.

(SEGUE): L'ESTENSIONE DI GARANZIE RICONOSCIUTE DALLA COSTITUZIONE IN ASSENZA DI SPECIFICHE PRONUNCE DELLA CEDU

Altre decisioni della Corte hanno avuto ad oggetto la retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius*, terreno reso più impervio dall'assenza di decisioni della Corte europea che abbiano ritenuto estensibile tale principio alle sanzioni amministrative.

Sul punto sono due le pronunce costituzionali di rilievo.

La prima, più risalente, ha avuto ad oggetto una questione di legittimità dell'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, del quale il giudice *a quo* sospettava il contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU) nella parte in cui non era prevista una regola generale di applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi. Proprio l'ampiezza degli effetti di una eventuale declaratoria hanno indotto la Consulta ad affermare che l'accoglimento di una questione così generale avrebbe finito «per disattendere la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata “amministrativa” dal diritto interno) come “convenzionalmente penale”, alla luce dei cosiddetti criteri Engel»²⁸.

Senza contraddire tale *dictum*, la recente sentenza n. 63 del 2019 (pronunciata in relazione alle sanzioni per abuso di informazioni privilegiate) ha segnato un punto di svolta: la Consulta, dopo aver richiamato la propria “sofferta” giurisprudenza sui fondamenti e sull'essenza della retroattività *in mitius*, ha affermato che, rispetto a singole sanzioni amministrative di natura e finalità “punitiva”, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della “materia penale” – ivi compreso, dunque, il principio della *lex mitior* – non potrà che estendersi. Per il Giudice delle leggi, da un lato, l'assenza di precedenti specifici della Corte di Strasburgo con riguardo all'applicabilità di tale canone alle sanzioni punitive non impedisce di far discendere tale conclusione direttamente dalla Convenzione; da un altro lato, l'estensione del predetto canone è conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi sulla base dell'art. 3 Cost. in relazione alle sanzioni penali²⁹.

²⁵ In particolare, secondo la Consulta, in caso di depenalizzazione, non è ammissibile una presunzione di maggior favore dell'illecito amministrativo e, dunque, in caso di concreta maggiore afflittività, opera il divieto di applicazione retroattiva ai sensi dell'art. 25, comma 2 Cost. (C. cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 223).

²⁶ Nella giurisprudenza europea, C.e.d.u., 10 novembre 2004, Achour c. Francia; C.e.d.u., 20 settembre 2011, Oad Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia.

²⁷ Si ricordi che la risalente ed isolata decisione con cui si era ritenuta l'applicabilità dell'art. 25, comma 2, Cost. alle sanzioni amministrative riguardava proprio il principio di determinatezza (C. cost., sent. 15 giugno 1967, n. 78). Successivamente, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, legge reg. Campania n. 2 del 2017 che non descrive adeguatamente le condotte che, in assenza dell'autorizzazione di cui al successivo comma 2, sono oggetto di sanzione amministrativa mercé il rinvio al codice della strada (C. cost., sent. 11 aprile 2018, n. 121). Merita ricordare anche la sentenza con la quale la Corte costituzionale ha escluso il contrasto di una sanzione prevista dal codice della strada con l'art. 27 Cost., rilevando che l'impugnata disciplina non prevede una fattispecie di responsabilità oggettiva (C. cost., sent. 4 aprile 2011, n. 118. Per attenti richiami in ordine alla rilevanza di tale pronuncia, F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 111).

²⁸ Così, C. cost., sent. 6 luglio 2016, n. 193, in www.cortecostituzionale.it.

²⁹ C. Cost., sent. 21 marzo 2019, n. 63, in www.giurcost.org. Sulla sentenza M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2019; G. Vitale, *I recenti ap-*

(SEGUE): LA NEGAZIONE DI GARANZIE RICONOSCIUTE DALLA COSTITUZIONE ED ESCLUSIVE DELLA SANZIONE PENALE

La questione si complica ove ci si cimenti con quella giurisprudenza costituzionale che si è posta il problema di specifiche garanzie riconosciute esclusivamente dalla Carta fondamentale – vale a dire non anche dalla Convenzione europea – valutandone l'applicabilità alle sanzioni punitive.

Un simile approccio emerge per la prima volta nella sentenza n. 49 del 2015, relativa alla confisca urbanistica. Per il rimettente – che prospettava una lettura ampia della sentenza Corte e.d.u., Varvara c. Italia – una volta che la sanzione fosse stata considerata “penale” ai sensi degli *Engel criteria*, essa avrebbe subito l'attrazione del diritto penale dello Stato aderente. Così, alle tutele sostanziali assicurate dall'art. 7 CEDU, si sarebbero aggiunte quelle previste dal diritto interno (nella specie, la riserva di competenza del giudice penale in ordine all'applicazione della misura a titolo di “pena”, e perciò solo unitamente alla pronuncia di condanna). Si sarebbe così operata una saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo.

Si tratta, come noto, di un'impostazione che la Consulta ha fermamente disatteso: l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale tocca il più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti più efficaci per perseguire la «effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri» e corrisponde, sul piano delle garanzie costituzionali, al «principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'*ultima ratio*, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire»³⁰. D'altronde, secondo la Corte, la giurisprudenza europea sugli *Engel criteria* non ha posto in discussione «la discrezionalità dei legislatori nazionali di arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori reputati più adeguati, e per la natura della sanzione comminata, e per i profili procedurali semplificati connessi alla prima sede amministrativa di inflizione della sanzione»³¹. Piuttosto, «si è inteso evitare che per tale via andasse disperso il fascio delle tutele che aveva storicamente accompagnato lo sviluppo del diritto penale, e alla cui difesa la CEDU è preposta. [...] In questo doppio binario, ove da un lato scorrono senza opposizione le scelte di politica criminale dello Stato, ma dall'altro ne sono frenati gli effetti di detrimento delle garanzie individuali, si manifesta in modo vivido la natura della CEDU, quale strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità legislativa degli Stati, a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti umani che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l'effettività».

Tale orientamento ha trovato conferma allorché il Giudice delle leggi è stato chiamato a pronunciarsi sull'art. 30, comma 4, legge n. 87 del 1953, nella parte in cui, così come interpretato dal diritto vivente, prevede la cessazione dell'esecuzione in caso di *abolitio criminis* o comunque di dichiarata incostituzionalità delle norme che incidono sul trattamento sanzionatorio: nella giurisprudenza europea non si rinviene alcuna affermazione che possa avvalorare l'interpretazione dell'art. 7 CEDU nel senso che gli Stati aderenti sacrificino il principio dell'intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime³². Al contempo, nel valutare la questione con riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., la Consulta ha affermato l'erroneità del presupposto che la ritenuta natura sostanzialmente penale di una violazione imponga *sic et simpliciter* l'applicazione di tutte le garanzie interne anche ulteriori rispetto a quelle del sistema convenzionale. In particolare, secondo la Corte, l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale trascina con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo; rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori

prodi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale, in *Federalismi.it*; S. Catalano, *Doppia pregiudizialità una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, *ibidem*.

³⁰ Testualmente, C. cost., sent. 14 gennaio 2015, n. 49, in *www.cortecostituzionale.it*.

³¹ Da notare l'interessante accenno alla semplificazione delle garanzie processuali che pare richiamare il principio di graduabilità delle garanzie processuali già affermato dalla Grande Camera in *Jussila c. Finlandia*.

³² C. cost., sent. 24 febbraio 2017, n. 43, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2017 (con nota di M.C. Ubiali, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*; e di A. Chibelli, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*).

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. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da essa approntato, volto ad assicurare una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie offerte dalle Costituzioni nazionali: «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 [...] In sintesi, l'ordinamento nazionale può apprestare garanzie ulteriori rispetto a quelle convenzionali, riservandole alle sanzioni penali, così come qualificate dall'ordinamento interno [...]», di modo che si viene a creare un contesto di coesistenza e non di assimilazione tra le garanzie interne e quelle convenzionali.

Collocandosi ancora una volta nel medesimo solco ermeneutico, la sentenza 109 del 2017 ha lasciato intendere che gli *Engel criteria* non valgono per estendere le garanzie costituzionali previste per le pene alle sanzioni amministrative punitive, bensì per estendere a tali sanzioni le garanzie convenzionali. Inoltre, ha temperato alcune precedenti affermazioni della Corte costituzionale sostenendo che l'art. 25, comma 2, Cost. sia stato applicato non in quanto ogni presidio penalistico costituzionale copra le sanzioni amministrative, ma «in virtù della sua ampia formulazione "nessuno può essere punito" [...] fungendo in tal caso i criteri Engel da mero supporto argomentativo per integrare il significato del parametro costituzionale interno, in vista dell'allargamento della sua sfera di operatività»³³.

Con i dovuti adeguamenti, si è dinanzi ad un approccio che richiama quello fatto proprio dalla Grande Camera nella sentenza Jussila c. Finlandia in materia di garanzie processuali: anche nell'ambito della giurisprudenza convenzionale, la natura penale della sanzione non comporta l'automatica estensione di ogni garanzia, ma deve essere di volta in volta interpretata in ragione dell'afflittività della sanzione e della tipologia del procedimento. Entrambe le Corti hanno così affermato la teoria del "nucleo duro" – o, detta altrimenti, della "tutela a cerchi concentrici" o della nozione di materia penale "a geometria variabile" in ragione della garanzia invocata – esaltata da autorevoli voci dottrinali³⁴.

(SEGUE): NE BIS IN IDEM E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO: L'ESIGENZA DI UN INTERVENTO DEL LEGISLATORE

Un esame a parte merita la giurisprudenza costituzionale sul *ne bis in idem*: anche sul punto, al fine di valutare l'applicabilità di tale criterio – e, ancor prima, onde giungere ad individuare i parametri rilevanti per ritenere rispettato o violato il principio *de quo* – la Consulta aveva di nuovo preso le mosse dalla natura della sanzione irrogabile all'esito del procedimento amministrativo sull'*idem factum*. È interessante, infatti, precisare che la materia del *ne bis in idem* ha costituito nell'ordinamento interno, per così dire, il terreno di transizione per ricavare dall'ontologia della sanzione amministrativa l'applicabilità di effetti processuali. Si trattava, come è noto, di individuare correttamente l'ambito applicativo della preclusione nelle ipotesi di c.d. doppio binario sanzionatorio.

In sintesi estrema, e come è noto, la questione trae origine dalla nota sentenza Grande Stevens con-

³³ C. cost., sent. 5 aprile 2017, n. 109, in www.cortecostituzionale.it.

³⁴ Con varietà di sfumature, F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 aprile 2017 (l'Autore analizza in particolare i due profili di novità derivanti dall'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 7 CEDU rappresentati, da un lato, dall'enucleazione di una nozione di "materia penale" affidata a criteri sostanziali piuttosto che formali, e – dall'altro – dall'irruzione del criterio della prevedibilità dell'applicazione della norma penale per il suo destinatario quale architrave dello stesso giudizio di legalità convenzionale, dimostrando come entrambi questi profili, lungi dal porsi come antinomici rispetto al patrimonio di tutele consegnatoci dalla tradizione interpretativa nazionale sulla legalità penale, ne arricchiscano invece il contenuto, in un'ottica di potenziamento del contenuto delle garanzie dell'individuo di fronte alla potestà punitiva statale); F. Mazzacupa, *Le pene nascoste*, cit., p. 111 ss. Si veda anche F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018; V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 165. In passato, in senso contrario alla graduazione di garanzie penalistiche, Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. De Acutis-G. Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, Cedam, 1984, p. 76 ss. In senso favorevole, M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, Jovene, 1983 e S. Vinciguerra, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, Cedam, 1983.

tro Italia, che aveva affermato in maniera intransigente l'applicabilità del principio del *ne bis in idem*³⁵. Successivamente, la sentenza A.B. contro Norvegia ha accolto una diversa impostazione, optando per una valutazione elastica improntata sul criterio della "stretta connessione" (*sufficiently close connection in substance and time*) e della proporzionalità della sanzione complessivamente irrogata³⁶.

Chiamata a confrontare la disciplina dell'art. 649 c.p.p. con l'assetto convenzionale, la Corte costituzionale ha assunto un approccio estremamente cauto³⁷. Il Giudice delle leggi ha affermato che, in ambito europeo, si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, 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, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata³⁸. Per la Consulta, una regola simile rende meno probabile l'applicazione del *ne bis in idem* alle ipotesi di doppio binario sanzionatorio, ma non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali. Pertanto, richiamando *in parte qua* la sentenza n. 102 del 2016 (con la quale aveva dichiarato l'inammissibilità di alcune questioni di legittimità costituzionale dell'art. 649 con riferimento all'art. 117 Cost. ed al prot. 4 par. 7 CEDU così come letto dalla sentenza Grande Stevens, proprio in relazione ad una vicenda di manipolazione di mercato), la Corte ha invitato il legislatore a «stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni» che il sistema del cosiddetto doppio binario «genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU»³⁹.

La prudente "timidezza" con la quale il Giudice delle leggi ha inteso calcare il delicato terreno del *ne bis in idem* è resa palese dalla scelta della "sentenza monito", volta a rimettere al legislatore la regolamentazione di una materia che mal si presta a quelle rime obbligate cui è vincolato l'intervento additivo della Consulta.

Tuttavia, il monito non è stato raccolto e, come sempre più di frequente accade, alla prolungata stasi del Parlamento (ininterrotta anche dopo la riforma apportata con il d.lgs. n. 107 del 2018), non ha tardato a contrapporsi l'attivismo del diritto vivente nel farsi carico di integrare il quadro ermeneutico, orientandosi verso una valutazione casistica in cui i parametri declinati dalla sentenza A.B. contro Norvegia vengono riempiti di contenuto, volta per volta, alla luce della specifica vicenda⁴⁰. A ben vedere,

³⁵ Corte e.d.u., 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 611.

³⁶ Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, in *ech.coe.int*. Sulla violazione del *ne bis in idem*, cfr. Corte e.d.u., 18 maggio 2017, Jóhannesson e altri c. Islanda, in *www.echr.coe.int*; Corte e.d.u., 6 giugno 2019, Nodet c. Francia (che ha accertato una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 allegato alla Convenzione, stante l'insufficiente connessione sostanziale e temporale tra i procedimenti di competenza dell'AMF e del giudice penale).

³⁷ C. cost., sent. 2 marzo 2018, n. 43, in *www.cortecostituzionale.it*.

³⁸ Anche la Corte europea ha considerato una simile esegesi conforme ai principi di cui agli artt. 49, 50 e 52 CDFUE, nonché 4 Prot. n. 7 CEDU (C-524/15, Menci; C-537/16, Garlsson Real Estate).

³⁹ C. cost., sent. 2 marzo 2018, n. 43, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁴⁰ Nel senso dell'applicazione del principio di proporzionalità si è orientata anche la Corte di Cassazione, elencando i parametri di cui occorre tenere conto. Si tratta, in particolare, «a) del perseguimento, da parte dei procedimenti sanzionatori, di scopi differenti e del loro tenere conto di profili diversi della medesima condotta antisociale; b) della "prevedibilità" del doppio giudizio; c) della conduzione dei procedimenti in modo da evitare, per quanto possibile, la duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova; d) della "proporzione complessiva" della pena; e) dell'appartenenza delle fattispecie in oggetto al "nucleo duro" del diritto penale e, dunque, caratterizzate da forme accentuate di stigma sociale; f) della presenza di un collegamento di natura cronologica fra i procedimenti, che devono essere sufficientemente vicini nel senso di non protrarsi eccessivamente nel tempo, affinché la persona sottoposta alla giustizia non lo sia per un periodo irragionevolmente prolungato» (Cass., sez. V, 10 ottobre 2018, n. 45829, in *CED Cass.*, n. 274179). V. anche, Cass., sez. V, 5 febbraio 2019, n. 5679, in *CED Cass.*, n. 275314, secondo cui la Corte di cassazione può censurare il mancato proscioglimento dell'imputato per *bis in idem* soltanto nell'ipotesi eccezionale in cui la sanzione amministrativa già inflitta sia commisurata in maniera tale da assorbire il disvalore della condotta, sia negli aspetti rilevanti a fini penali, sia in quelli posti a fondamento della complementare sanzione amministrativa, sicché il cumulo delle sanzioni risulti radicalmente sproporzionato. Per una nitida riproposizione dei principi affermati dalla Corte europea, Cass., sez. III, 20 maggio 2019, n. 22033, in *CED Cass.*, n. 276023: «il divieto di *bis in idem*, alla luce della giurisprudenza costituzionale e convenzionale, non opera allorché i diversi procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, in particolare consistendo il primo nel perseguimento di finalità complementari, nella prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, nel grado di coordinamento probatorio tra essi e nella circostanza che, nel commisurare la se-

la persistenza del doppio binario sanzionatorio e l'inerzia nel prevedere *ex lege* un coordinamento hanno determinato la preminenza del criterio della proporzione della risposta sanzionatoria complessivamente considerata, con ciò spostando dal piano processuale a quello sostanziale l'operatività del divieto di *bis in idem*: il principio non si atteggia come divieto di doppio processo, ma come canone di proporzionalità della reazione punitiva alla gravità del fatto⁴¹.

LE "PREGIUDIZIALI" APERTURE DELLA CONSULTA SULLA TUTELA DEL DIRITTO AL SILENZIO.

Ebbene, l'ordinanza in epigrafe porta avanti la riflessione sul fronte delle garanzie processuali, con la piena consapevolezza della sofferta elaborazione concettuale cui si è dianzi fatto cenno⁴².

Quanto ai parametri per l'esame preliminare sulla natura della sanzione, la Corte richiama la propria precedente giurisprudenza in materia di abuso di informazioni privilegiate, peraltro conforme a quanto ritenuto dalla stessa Corte di Giustizia⁴³: da un lato, considerato l'elevato ammontare delle sanzioni previste in materia di abuso di informazioni privilegiate, vengono in rilievo le sentenze n. 63 del 2019 e n. 223 del 2018; dall'altro lato, manca un richiamo *ex professo* a quelle argomentazioni della stessa sentenza n. 63 del 2019 volte a valorizzare la finalità della misura in esame, non potendosi la sanzione pecuniaria *de qua* considerare come una misura meramente ripristinatoria dello *status quo ante*, né semplicemente votata alla prevenzione di nuovi illeciti. A tal proposito, è appena il caso di precisare che una valutazione teleologica della misura repressiva anche in ragione della tipologia di infrazione cui essa risulta correlata appare senz'altro illuminante nel sindacato sulla natura della sanzione (non a caso, essendo valorizzata, come si è accennato, anche dalla giurisprudenza europea).

In effetti, la decisione in commento conclude nel senso che, a fronte di simili scenari punitivi, parrebbe plausibile il riconoscimento, in favore di chi sia incolpato di un tale illecito, «dei medesimi diritti di difesa che la Costituzione italiana riconosce alla persona sospettata di avere commesso un reato», e in particolare del diritto a non essere costretto – sotto minaccia di una pesante sanzione pecuniaria, come quella applicata al ricorrente nel giudizio *a quo* – a rendere dichiarazioni suscettibili di essere utilizzate successivamente come elementi di prova a proprio carico.

La Corte evidenzia altresì il rischio che la "collaborazione coatta" della persona sottoposta al procedimento amministrativo possa contribuire, di fatto, alla formulazione di un'accusa in sede penale, giacché l'abuso di informazioni privilegiate è previsto al tempo stesso come illecito amministrativo (art. 187-bis d.lgs. n. 58 del 1998) e come illecito penale (art. 184 d.lgs. n. 58 del 1998) ed i relativi procedimenti possono essere attivati e proseguiti parallelamente, nei limiti in cui ciò sia compatibile con il principio del *ne bis in idem*⁴⁴.

Avendo esclusivo riguardo all'ordinamento interno, le uniche garanzie procedurali espressamente fruibili dovevano dirsi fino ad oggi dettate da quelle disposizioni che regolano la trasmigrazione nel processo penale delle prove raccolte nel procedimento amministrativo (artt. 220 e 223 disp.

conda sanzione, possa tenersi conto della sanzione irrogata per prima, in modo da evitare un eccessivo carico sanzionatorio per il medesimo fatto». In dottrina, F. Mucciarelli, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2018; F. Boncompagni, *Ne bis in idem: anche la Cassazione può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 397.

⁴¹ «Anche il tema della "materia penale" che sembrava concernere esclusivamente il piano legislativo, poiché la *political question* non può appunto che essere questione di scelte legislative d'incriminazione, alla fine anche questo tema chiama in causa il giudice: in effetti il giudice, soprattutto attraverso il principio del *ne bis in idem*, è impegnato in qualche modo a correggere i risultati di un cattivo governo legislativo della materia penale. Ancora una volta troviamo uno sbilanciamento dalla legislazione alla giurisdizione, ormai un fenomeno che sembra essere diventato una costante dell'esperienza giuridica attuale» (così, F. Palazzo, *Il limite della political question tra Corte costituzionale e Corti europee*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 17).

⁴² In merito alle potenzialità applicative del principio del contraddittorio, G. Caneschi, *I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extrapenale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2.

⁴³ Del resto, proprio in considerazione della «finalità repressiva» di questa sanzione amministrativa e del suo «elevato carico di severità», la Corte di giustizia UE ha recentemente affermato la sua natura «penale» ai sensi dell'art. 50 CDFUE (Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 marzo 2018, Di Puma e altri, in cause C-596/16 e C-596/16, paragrafo 38)

⁴⁴ Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza 20 maggio 2018, in causa C-537/16, Garlsson Real Estate SA e altri, paragrafi 42-63.

att. c.p.p.)⁴⁵; ad esse potevano al più affiancarsi quei percorsi esegetici tracciati da alcune pronunce di legittimità sul tema specifico del diritto al silenzio e volte ad affermare l'applicabilità dell'art. 63 c.p.p. alle dichiarazioni autoindizianti rese nel procedimento amministrativo⁴⁶. Dando per scontata l'operatività di quest'ultima garanzia, la Consulta opportunamente rileva come, in ogni caso, sia «ben possibile che tali dichiarazioni – ottenute dall'autorità amministrativa mediante la minaccia di sanzione per il caso di mancata cooperazione – possano in concreto fornire all'autorità stessa informazioni essenziali in vista dell'acquisizione di ulteriori elementi di prova della condotta illecita, destinati a essere utilizzati anche nel successivo processo penale contro l'autore della condotta», di modo che il riconoscimento *ex ante* del diritto al silenzio non può essere utilmente surrogato da limiti probatori operanti *ex post*.

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E *DUE PROCESS OF LAW*: UNO SCENARIO APERTO E SUGGESTIVO

Avendo valutato che, ove interpretata nel senso prospettato dal rimettente, la disciplina risulterebbe incompatibile con i parametri interni ed europei, la Consulta ha richiesto alla Corte di Giustizia un supporto esegetico volto ad adeguare alle garanzie stabilite dalla Carta di Nizza la norma sottoposta al vaglio di legittimità (con sospensione del relativo giudizio sino alla definizione di tale questione).

Pare lecito immaginare che il Giudice adito possa condividere il prospettato orientamento garantista, avvalorando la portata espansiva del diritto al silenzio anche nell'ambito di procedure che non comportano l'applicazione di sanzioni penali in senso stretto.

Anche al verificarsi di tale ipotesi, tuttavia, le problematiche relative all'essenza del rito amministrativo non potrebbero *tout-court* dirsi risolte.

Da un primo e più immediato angolo di osservazione, merita considerare come il sindacato sulla natura punitiva della sanzione e la valutazione dell'*an* e del *quomodo* di operatività delle garanzie di rito postulino un apprezzamento sostanziale, informato al principio di adeguatezza, anche in ragione della compatibilità della singola norma processuale di favore con le peculiarità del procedimento⁴⁷.

A ciò si aggiunga che, da un'ulteriore ed ancor più problematica prospettiva, il ragionamento, ove portato alle logiche conseguenze, finisce per lambire anche il tema dei fondamenti epistemologici sottesi alle regole probatorie e di giudizio, nonché quello del catalogo degli strumenti accertativi e della rela-

⁴⁵ Sono note, peraltro, le incertezze giurisprudenziali nella individuazione del concetto di "attività ispettiva e di vigilanza". Nel senso della utilità di una interpretazione il più ampia possibile, Cass., sez. un., 28 novembre 2001, n. 45477, in *CED Cass.*, n. 220291. Per l'esclusione di una serie di ipotesi, Cass., sez. VI, 18 settembre 2018, n. 51766, in *Cass. pen.*, 2019, p. 2669; Cass., sez. V, 25 settembre 2013, n. 46422, in *CED Cass.*, n. 257584; Cass., sez. II, 7 dicembre 2012, n. 11888, in *CED Cass.*, n. 255532; Cass., sez. IV, 21 dicembre 2011, n. 11197, in *CED Cass.*, n. 252152.

⁴⁶ Sull'estensione dell'operatività dell'art. 63 c.p.p. alle dichiarazioni rese nel corso di indagini amministrative relative a fatti idonei ad assumere rilevanza penale, Cass., sez. un., 20 dicembre 2001, n. 45477, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1304 ss. (in senso analogo, successivamente, Cass., sez. III, 23 gennaio 2015, n. 3207, in *CED Cass.*, n. 262010). Si veda, tuttavia, Cass. civ., sez. trib., 24 novembre 2017, n. 28060, in *CED Cass.*, n. 646225 (secondo cui, gli elementi raccolti a carico del contribuente senza rispetto delle formalità di garanzia del codice di rito penale sono comunque utilizzabili nel procedimento tributario); nonché Cass., sez. V, 28 aprile 2016, n. 27898 (secondo cui le dichiarazioni rese dal fallito al giudice delegato ed al curatore fallimentare sono acquisibili al fascicolo del dibattimento come prova documentale ai sensi dell'art. 234 c.p.p. e non risulta applicabile l'art. 63 c.p.p.).

In dottrina, con varietà di argomentazioni, C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2007, p. 284; A. Laronga, *La prova documentale nel processo penale*, Torino, Utet, 2004, p. 269; R. Orlandi, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, Giuffrè, 1992; F. Zacché, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l'autoincriminatione e diritto al silenzio*, in A. Balsamo-R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, 179 ss.

⁴⁷ Per alcuni accenni ai principi del diritto processuale, F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 135 (l'Autore ricorda, oltre al principio *nemo tenetur se detegere*, la presunzione di innocenza). Si veda ad esempio, C. cost., ord. 14 febbraio 2002, n. 33 (nell'occasione, la Consulta, valutando l'art. 51, comma 2 n. 2 d.P.R. n. 633 del 1972 in riferimento all'art. 24, comma 2 Cost. aveva affermato che «l'alternativa in cui si trova il contribuente [...] fra l'avvalersi pienamente del "diritto al silenzio" di cui egli usufruisce in sede penale e il fornire elementi che potrebbero giovargli in sede tributaria ma, in ipotesi, nuocergli in altra sede, non realizza alcuna situazione di contrasto con il diritto di difesa, che si esplica in ogni procedimento secondo le regole proprie di questo: bensì attiene alle personali scelte che, di fatto, il contribuente-indagato può compiere circa le modalità e le strategie con le quali difendersi in ciascuno dei distinti procedimenti, fermo restando, in ciascuno di essi, il rispettivo regime probatorio stabilito dalla legge»).

tiva regolamentazione, con ciò aprendo scenari tanto articolati ed indefiniti da imporre una profonda riflessione da parte del legislatore⁴⁸.

Quanto è già accaduto nella materia del *ne bis in idem*, infatti, rende evidente come, quando si ha a che fare con le garanzie processuali, non sia sempre possibile per la Consulta dar vita a letture additive (*rectius*, suppletive di una cronica stasi nomopoietica) autenticamente risolutive. In tal senso, basti considerare l'ampiezza e la varietà di prospettive che potrebbero profilarsi anche nell'ipotesi in cui – come appare lecito prevedere – la Corte costituzionale dovesse essere portata ad accogliere un'esegesi analoga a quella prospettata in relazione alle garanzie sostanziali: la *matière pénale* finirà col portare con sé le regole convenzionali (esse pure considerate alla luce dell'approccio flessibile prospettato dalla ricordata decisione della Grande Camera nel caso Jussila c. Finlandia), ma non necessariamente anche quelle riconosciute esclusivamente nell'ordinamento interno (e comunque non sempre in tutta la loro ampiezza). Per l'effetto, dovrà ritenersi operante anche in materia processuale un principio di graduabilità delle garanzie, ovviamente esposto alla fisiologica fluidità valutativa del diritto vivente⁴⁹.

⁴⁸ Per l'analisi di un caso in cui la Corte di Giustizia ha applicato il principio di proporzionalità per valutare l'utilizzabilità ai fini dell'accertamento tributario dell'intercettazione telefonica e del sequestro del computer disposti nel procedimento penale, M. Caianiello, *Principio di proporzionalità e mezzi di indagine*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 70. V. anche, A. Venegoni, *La prova tra procedimento amministrativo e procedimento penale*, *ibidem*, p. 269. Con i relativi adeguamenti, si vedano le riflessioni svolte in dottrina in ordine all'applicabilità delle norme sulle prove ai procedimenti incidentali e complementari (E.M. Catalano, *Regole ordinarie sulla prova ed accertamenti complementari*, in M. Montagna (coordinato da), *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 45 ss.; P. Tonini-C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, 2ª ed., ristampa aggiornata, Milano, Giuffrè, 2014, p. 121 ss.). Si vedano altresì, le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale in merito alla estensione dei principi di pubblicità delle udienze e del contraddittorio al di fuori del procedimento penale *stricto sensu* inteso (si pensi alle declaratorie relative al procedimento di esecuzione e di sorveglianza): cfr. C. cost., sent. 22 aprile 2009, n. 173; C. cost., sent. 8 marzo 2010, n. 93; C. cost., sent. 7 marzo 2011, n. 80; C. cost., sent. 3 luglio 2013, n. 214; C. cost., sent. 19 maggio 2014, n. 135; C. cost., sent. 15 aprile 2015, n. 97; C. cost., sent. 15 aprile 2015, n. 109; C. cost., sent. 24 ottobre 2017, n. 263. Su tali decisioni, G. Valentini Grigioni, *La pubblicità dell'udienza*, in *Quest. giust.*, Speciale *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, aprile 2019; P. Tonini-P. Ferrua-C. Conti, sub art. 111 Cost., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, V ed., Milano, Wolters Kluwer, 2017, pp. 101-103.

⁴⁹ In tal senso, L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 232. Un approccio simile a quello accolto dalla Corte europea e dalla Corte costituzionale è stato fatto proprio dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, dapprima collegando l'ampiezza delle garanzie della *due process clause* alla gravità della sanzione («*the extent to which procedural due process must be afforded the recipient is influenced by the extent to which he may be condemned to suffer grievous loss*»: Corte suprema degli Stati Uniti, 23 marzo 1970, *Goldberg v. Kelley*, 397 US 254, 263) e, successivamente, affermando che l'identificazione dei contenuti del "giusto processo" richiede la considerazione di tre diversi fattori: anzitutto, l'interesse privato inciso dall'agire statale; in secondo luogo il rischio di erronea penalizzazione di tale interesse attraverso la procedura utilizzata e, dunque, l'utilità di garanzie ulteriori o sostitutive; infine, l'interesse dello Stato, comprese le funzioni fiscali o amministrative che le garanzie ulteriori potrebbero compromettere (Corte suprema degli Stati Uniti, 24 febbraio 1976, *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 335).