



27 NOVEMBRE 2019

La retroattività *in mitius* delle sanzioni
amministrative sostanzialmente
afflittive tra Corte EDU, Corte di
Giustizia e Corte costituzionale

di Elena Bindi

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Siena

e Andrea Pisaneschi

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Siena

La retroattività *in mitius* delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*

di Elena Bindi

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi di Siena

e Andrea Pisaneschi

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Siena

Sommario: 1. La problematica. 2. Il fondamento costituzionale del principio della retroattività *in mitius* della legge penale. 3. Primato del diritto europeo e retroattività *in mitius*. 4. L'estensione della retroattività *in mitius* alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali: i problemi concettuali. 5. I primi orientamenti della Corte costituzionale. 6. La svolta della sentenza 63 del 2019: verso un sistema integrato nazionale e sovranazionale. 7. Alcuni profili problematici legati all'attuazione della sentenza n. 63 del 2019.

1. La problematica.

Agli studiosi della giurisprudenza della Corte costituzionale non è sfuggita la recente messa a punto della Corte su di un tema delicato quale quello delle garanzie costituzionali applicabili alle sanzioni amministrative c.d. "afflittive".

La Corte, infatti, nei primi mesi dell'anno 2019 ha assunto un tritico di decisioni, tutte sostanzialmente unite dalla medesima logica della estensione alle sanzioni amministrative c.d. afflittive, di alcune garanzie che la Costituzione e il diritto sovranazionale consideravano proprie della sanzione penale.

In una prima decisione la Corte ha applicato a tali sanzioni il principio della retroattività *in mitius* (dichiarando incostituzionale la norma che la escludeva)¹; in un'altra sentenza quasi coeva della prima ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 187 *sexies* del TUF, nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto, in quanto "sproporzionata"²; nell'ambito della medesima vicenda ha infine sollevato

* Articolo sottoposto a referaggio. Il contributo è frutto di una riflessione comune dei due Autori, ma i paragrafi 1, 3, 6 e 7 sono da attribuirsi specificamente ad Andrea Pisaneschi e i paragrafi 2, 4 e 5 a Elena Bindi.

¹ Cfr. C. cost. n. 63/2019 con osservazione di M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 2 aprile 2019; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Corte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze n. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#); S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta opportuna della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#). E. BINDI-A PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni Consob*, in *Giur. Comm.* 2019, fasc. 2.

² Cfr. C. cost. n. 112/2019, cfr. anche l'**ordinanza di rimessione** della Corte suprema di Cassazione- Cass., Sez. I civ., 12 gennaio – 6 aprile 2018, n. 8590 –, con nota di G.L. GATTA, *Confisca 'amministrativa' per l'insider*

questione pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia UE, sulla conformità al diritto europeo dell'obbligo di collaborazione con Consob ancora nel caso di abuso di informazioni privilegiate, ponendo l'interrogativo se il diritto al silenzio (previsto, in materia penale, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea –CDFUE–) debba essere esteso alle sanzioni amministrative di natura afflittiva³.

La prima decisione è interessante sia per la ricostruzione dei principi e dei limiti alla retroattività *in mitius* non solo in un quadro costituzionale, ma anche sovranazionale, sia per la ritenuta applicabilità di siffatti principi alle sanzioni amministrative definibili come sostanzialmente penali.

Questo secondo profilo è conseguenza del progressivo assottigliarsi delle differenze tra certe tipologie di sanzioni amministrative (specialmente quelle emanate dalle autorità di regolazione dei mercati) e la sanzione penale. Tali differenze, un tempo basate principalmente sul *nomen* e poi sulla natura (la prima espressione del potere della pubblica amministrazione per fini di tutela di un interesse pubblico, la seconda irrogata da un giudice nei confronti di comportamenti caratterizzati da quell'alto grado di antigiusditticità che configura il reato) sono sempre meno evidenti, specialmente quando ci si riferisce alle sanzioni che vengono emanate dalle autorità di regolazione dei mercati.

Tali autorità, infatti, presentano un elevato livello di indipendenza rispetto alla pubblica amministrazione; l'esercizio del potere sanzionatorio non è (almeno in teoria) espressione di discrezionalità amministrativa, ma consiste nell'applicazione di norme a fattispecie concrete; le sanzioni irrogate hanno le finalità tipiche delle sanzioni penali (afflittività, dissuasività); il massimo edittale è particolarmente rilevante proprio al fine di assicurarne l'afflittività e la dissuasività. Per queste ragioni la Corte EDU ha esteso la nozione di sanzione penale anche alle sanzioni amministrative che avessero i requisiti determinati con la famosa sentenza *Engel* (i c.d. *Engel criteria*) e sui quali ci intratterremo successivamente.

Tuttavia, se queste sanzioni hanno natura sostanzialmente penale, e questa qualificazione assume carattere vincolante in conseguenza dell'art. 117 Cost. e della giurisprudenza della stessa Corte, non può non aprirsi il problema della estensione ad esse delle garanzie costituzionali e sovranazionali (CDFUE e Convenzione europea dei diritti dell'uomo -CEDU), previste in materia penale.⁴

trading: verso un a limitazione al solo profitto? La parola alla Corte costituzionale, in attesa dell'attuazione (mancata?) della legge delega per l'adeguamento alla disciplina europea del market abuse, in *Diritto penale contemporaneo*, 5/2018, 295 ss.

³ Cfr. C. cost., ord. n. 117/ 2019 con osservazioni di A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti delle Consulta lungo la via del dialogo con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte costituzionale n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online, Studi*, 2/2019, 42.

⁴ È tuttavia doveroso e preliminare precisare che ciò non comporta in alcun modo la riqualificazione dell'illecito come reato, né della sanzione come pena né infine del procedimento come processo. Significa soltanto che a quell'illecito, a quella sanzione o a quel procedimento dovranno applicarsi, estensivamente, le garanzie che la Costituzione, la Convenzione o la Carta riservano alla materia penale. Come rileva F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 4/2017, 269 ss., "l'illecito, la sanzione e il procedimento resteranno ad ogni altro fine amministrativi, e come tali non soggetti alle regole che, a livello di legislazione ordinaria vigono nella materia penale, sul versante

L'applicazione a tali sanzioni del principio di retroattività favorevole, che è conseguenza di questi ragionamenti, si gioca tuttavia in uno spazio regolatorio complesso, dove si incrociano il diritto penale e il diritto amministrativo classico (non è nemmeno il caso di ricordare il numero di studi dedicati al potere sanzionatorio della pubblica amministrazione) con questioni assai più recenti di diritto sovranazionale EDU ed europeo, mentre la legislazione interna e i regolamenti delle autorità di regolazione del mercato, vanno spesso per proprio conto, rendendo assai difficile il lavoro all'interprete.

Anche le magistrature superiori (Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato) su questo argomento non sembrano avere eguali visioni né di sistema né sulle singole questioni: ad esempio, in tema di retroattività, sino ad oggi la Corte di Cassazione ha applicato alle sanzioni amministrative afflittive il principio tradizionalmente valido per gli atti amministrativi del *tempus regit actum*, con una interpretazione assai riduttiva dei principi nel frattempo elaborati dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia sulle garanzie applicabili alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali⁵; la Corte costituzionale aveva dato sì qualche segnale di apertura, ma senza assumere una linea chiaramente determinata.

In ambito di giusto processo le differenze sono ancora più evidenti. La Corte di Cassazione non applica alle sanzioni Consob e Banca d'Italia, che non siano in tema di *market abuse*, i principi dei criteri *Engel* e dunque non considera tali sanzioni afflittive⁶. Anche in tema di *market abuse* ritiene che i procedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e di Consob siano coerenti con i principi internazionali da tempo precisati dalla Corte EDU e con le norme legislative interne che prevedono *standard* più elevati di contraddittorio. Al contrario il Consiglio di Stato già nel 2015 aveva svolto un ampissimo ragionamento per dimostrare come i procedimenti della Consob non fossero rispettosi dei principi del contraddittorio e della separazione tra attività istruttoria e decisoria⁷. I principi affermati in tale sentenza hanno trovato conferma sempre da parte del Consiglio di Stato che, dopo aver rilevato la afflittività secondo i criteri *Engel* delle

sostanziale (ad es. l'applicazione delle regole e dei principi del libro I del codice penale) e processuale (l'applicazione del codice di procedura penale). La generosa depenalizzazione e di progressiva espansione dell'illecito amministrativo, in una logica di ultima ratio della tutela penale, resterà dunque più che mai aperta per il legislatore, con il solo limite della necessità di garantire all'individuo – anche in quel settore – il nucleo dei diritti e dei principi costituzionali e convenzionali appena menzionati”.

⁵ Per queste considerazioni e per riferimenti puntuali alla giurisprudenza della Corte di Cassazione cfr. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, 175 ss.

⁶ Si veda al proposito Cass. civ. Sez. II, 24 febbraio 2016 n. 3656, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, con nota F. URBANI, *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017, 147 ss.

⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1596. Su tale sentenza v. B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 511 ss.; 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 *Giustamm.it*, ottobre 2015; E. DESANA, *I procedimenti sanzionatori Banca d'Italia: l'“insostenibile leggerezza” dei termini*, in *Giur. it.*, 2016, 2442 ss.

sanzioni IVASS (sulla quale è rimasta la giurisdizione esclusiva amministrativa), ha annullato il regolamento sanzionatorio della medesima⁸. Cosicché in tema di sanzioni si verificherà ora una disparità di trattamento rilevante: le sanzioni IVASS godranno di un procedimento amministrativo informato ai principi del contraddittorio e del giusto processo secondo i canoni dell'art. 6 della CEDU, mentre le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob, ricondotte alla giurisdizione del giudice ordinario⁹, saranno prive di tali garanzie.

In questo spazio così complesso occorre, quindi, cercare di creare un certo ordine, partendo dal sistema delle fonti per determinare –in un contesto normativo e giurisprudenziale sovranazionale ormai stabilizzato– il grado di copertura del principio di retroattività favorevole. Sarà poi necessario trasferire i risultati raggiunti nell'ambito delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive secondo la giurisprudenza CEDU, per verificarne gli effetti.

Infine, per quanto il tema sia affascinante da un punto di vista dogmatico, è sempre opportuno non dimenticare che da una costruzione concettuale derivano anche effetti pratici. Si cercherà, pertanto, di dare conto di alcuni di questi effetti pratici nell'ultimo paragrafo.

2. Il fondamento costituzionale del principio della retroattività *in mitius* della legge penale.

Il principio di retroattività favorevole in materia penale ha oggi un duplice fondamento, interno e sovranazionale.

Da un punto di vista dell'ordinamento interno è assai noto che il divieto di retroattività della legge penale e il principio della retroattività favorevole della medesima sono principi, come si dice, assiologicamente diversi. Il primo è collegato al principio di legalità (*nullum crimen sine lege*) a sua volta riconnesso con la funzione deterrente della pena e di orientamento e richiamo della norma penale; il secondo trova invece il suo fondamento nei criteri di eguaglianza e ragionevolezza, non ritenendosi costituzionalmente legittimo trattare in maniera differente due medesime situazioni quando il giudizio sul disvalore di un determinato illecito si sia modificato nel tempo. Il trattamento differenziato, *ratione temporis*, di offese di identico disvalore, non sarebbe compatibile con il principio di eguaglianza che informa il testo costituzionale.

⁸ Cons. Stato, VI Sez. 28 marzo 2019, n. 2043.

⁹ La giurisdizione sulle sanzioni della Banca d'Italia e della Consob è tornata al giudice ordinario, nel “vecchio” modello camerale del giudizio in Corte di appello e ricorso in Cassazione per motivi di legittimità, dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 162/2012 e n. 94/ 2014. La Corte rilevò un difetto di delega nel codice del processo amministrativo, che razionalizzando il sistema, aveva trasferito tutte le sanzioni delle autorità di regolazione dei mercati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sulla vicenda cfr. M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, 1166 ss.

Da qui, peraltro, il differente *status* costituzionale dei due principi: il principio di irretroattività codificato nell'art. 25 Cost. come corollario del principio di legalità della pena, mentre essendo silente la Costituzione riguardo al tema della retroattività favorevole, tale principio è stato ricondotto all'art. 3 Cost.. La Corte costituzionale, infatti, ha più volte ribadito che il principio di eguaglianza previsto nell'art. 3 impone “*in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice*”¹⁰. Infatti non “*sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è previsto una pena più lieve)*”¹¹. Anche se non mancano ulteriori fondamenti, che la dottrina ha rintracciato nel principio di proporzionalità in collegamento con il minor sacrificio necessario¹², eguaglianza e ragionevolezza costituiscono nella giurisprudenza costituzionale le pietre angolari della retroattività favorevole.

A questi riferimenti costituzionali interni, tuttavia, si sono aggiunti i vincoli sovranazionali derivanti dall'art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU¹³, dall'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e dall'art. 49, paragrafo 1, CDFUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia, quest'ultimo vincolante *ex art.* 11 Cost.

Questo sistema sovranazionale, almeno sino alle “famose” sentenze gemelle del 2007¹⁴, era stato utilizzato dalla Corte come criterio interpretativo delle norme costituzionali, piuttosto che come fondamento

¹⁰ Cfr. C. cost. n. 349/2006, “considerato in diritto” n. 6.4.

¹¹ Così C. cost. n. 236/2011, “considerato in diritto” n. 10, con osservazione di E. CACACE, *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; al riguardo, cfr. F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in M D'AMICO-B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 2005 ss. (pubblicato anche in *Diritto penale contemporaneo*, 6 settembre 2011).

¹² Si veda V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in C. PADULA (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli 2018, 130.

¹³ Sulla questione dell'effettiva adesione del nostro ordinamento ai parametri dell'art 7 CEDU con riferimento alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, cfr. M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 22 febbraio 2017, spec. 21 ss.

¹⁴ Così C. cost. n. 348 e n. 349/2007. Cfr., *ex multis*, sulle sentt. nn. 348 e 349, c.d. sentenze gemelle, cfr. in dottrina, C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in *Consulta Online, Studi*, 2007; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*; A. GUAZZAROTTI-A. COSSIRI, *La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte Costituzionale fissa le regole*, *ivi*; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto*, in *Quaderni cost.*, n. 1, 2008, 133 ss.; R. DICKMANN, *Corte Costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117 primo comma della Costituzione*, in *Federalismi.it*; B. RANDAZZO, *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una “finestra” su Strasburgo*, in *Giornale dir. Amm.*, n.1, 2008; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Riv. AIC* (<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>). Per una panoramica ampia e esaustiva della giurisprudenza costituzionale relativa alla CEDU, cfr. T. GROPPI, *La jurisprudence de*

costituzionale autonomo –e per certi versi a questo punto espresso– del principio di retroattività favorevole¹⁵. Il che aveva peraltro una sua ragione, basata sul fatto che da un lato sia la Corte EDU che la Corte di giustizia non avevano ancora adottato una interpretazione costante sulla retroattività favorevole, mentre dall'altro lato non erano state assunte dalla Corte costituzionale quelle decisioni del 2007 che, attraverso l'art. 117 Cost., avrebbero posto le norme della CEDU così come interpretate dalla Corte EDU, ad un livello supralegislativo nell'ordinamento interno.

Questo scenario tuttavia è cambiato quando, in una notissima sentenza del 2005, la Corte di Giustizia ha affermato che il principio di retroattività *in mitius* faceva parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, pertanto, doveva essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto europeo, che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare il diritto europeo e, nella fattispecie, il diritto societario¹⁶. La clausola generale delle “tradizioni costituzionali comuni” serviva, allora, (nell'anno 2005) ad attrarre nel diritto europeo un principio non ancora codificato con la forza dei trattati europei. L'art. 49, paragrafo 1, CDFUE, che tale principio espressamente prevede, ha avuto, infatti, espresso riconoscimento di diritto primario dell'Unione solo con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Quest'ultimo, come noto, ha previsto all'art. 6 che “L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”.

Dunque oggi il principio di retroattività favorevole trova, a livello europeo, un duplice fondamento: l'art. 49 CDFUE, ma anche “le tradizioni costituzionali comuni”. Del resto, di questo doppio fondamento, si ha traccia in una più recente sentenza della Corte di Giustizia, nella quale si afferma che il principio della retroattività favorevole, in quanto sancito dall'art. 49 della Carta, fa parte del diritto primario dell'Unione. Ma che “*ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha conferito alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, la Corte ha dichiarato che tale principio deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e pertanto doveva essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione che il giudice nazionale deve rispettare quando applica il diritto nazionale*”¹⁷.

Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne, in *Federalismi.it*, 2 novembre 2016. Sull'incidenza del diritto europeo nell'ordinamento italiano, e sul ruolo, sempre più penetrante, assunto dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo cfr. B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, collana degli Studi di federalismi, Napoli, 2012.

¹⁵ Cfr. per questa tecnica C. cost. n.15/1966.

¹⁶ Cfr. Corte di giustizia CE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387\02, C-391\02 e C-403\02, *Berlusconi e a.* in *Raccolta*, I, 3565. Sul punto cfr. S. BASTIANON, *La Corte di giustizia e le leggi retroattive*, in *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, in C. PADULA (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, cit., 46.

¹⁷ Corte di giustizia UE, 6 ottobre 2016, causa C-218\15, *Paoletti e a.*

La posizione della Corte di Giustizia, peraltro, ed in particolare il riconoscimento del principio di retroattività favorevole qualificato come tradizione costituzionale comune, ha avuto la funzione di spingere anche la Corte EDU ad una lettura dell'art. 7 CEDU, che ricomprenesse questo principio.

Nella sentenza *Scoppola* del 2010, il principio della retroattività favorevole, infatti, è ricondotto all'art. 7 CEDU proprio in quanto principio generale del diritto europeo e internazionale¹⁸. E non v'è dubbio che una tale interpretazione nasce dall'esigenza di assoggettare l'interpretazione delle norme della Convenzione ad una interpretazione che le possa rendere coerenti con i principi riconosciuti da altre carte, dato che la CEDU costituisce un articolato sistema di norme che deve necessariamente essere interpretato alla luce delle garanzie che nel tempo vengono riconosciute negli Stati democratici¹⁹. Per queste ragioni, il diritto all'applicazione retroattiva della norma più favorevole è stato qualificato dalla Corte EDU come "principio fondamentale del diritto penale". E da quel momento, è opportuno osservare, tale principio è sempre stato ribadito dalla Corte EDU²⁰.

In conseguenza di questa evoluzione sovranazionale, e proprio della sentenza *Scoppola* della Corte EDU, la Corte costituzionale nel 2011, a sua volta, affermò che il principio di retroattività *in mitius* ha "attraverso l'art. 117, primo comma, Cost. acquistato un nuovo fondamento con l'interposizione dell'art. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo"²¹.

La conseguenza di questa evoluzione è che oggi i fondamenti costituzionali del principio di retroattività favorevole si possono rintracciare in quattro fonti diverse:

- a) l'art. 3 Cost. in relazione al suo significato di eguaglianza formale e ragionevolezza;
- b) l'art. 117 Cost. attraverso l'art 7 CEDU (norma interposta)
- c) l'art. 11 Cost. come clausola di immissione dell'art. 49 CDFUE, giusto il rinvio ad esso dell'art. 6 del Trattato di Lisbona.
- d) le tradizioni costituzionali comuni, previste come fonte nel Trattato UE.

Questa differenza di "radici", nondimeno, apre un problema di fonti e per conseguenza anche di modalità di risoluzione delle antinomie e quindi di giurisdizione. Se il principio è espresso in una norma di diritto dell'Unione europea e soddisfa determinate condizioni, come noto, esso dovrebbe prevalere sulle norme

¹⁸ Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 106. In particolare la Corte fa riferimento all'art. 9 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo; al già citato art. 49, paragrafo 1 CDFUE; alla già citata sentenza 3 maggio 2005 della Corte di giustizia delle Comunità europee; all'art. 24, paragrafo 2,2 dello Statuto della Corte penale internazionale; alla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per i fatti nella ex-Jugoslavia (TPIY).

¹⁹ Così espressamente P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv.dir.publ.com.* 2012, 891.

²⁰ Cfr. Corte EDU, 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*; Corte EDU 24 gennaio 2012, *Mihai Toma c. Romania*; Corte EDU 12 gennaio 2016, *Guarrè Patte c. Andorra*; Corte EDU 12 luglio 2016 *Ruban c. Ucraina*.

²¹ Cfr. C. cost. n. 236/2011, "considerato in diritto" n. 11.

interne comportandone la disapplicazione. Parimenti una norma europea direttamente applicabile non sarebbe bilanciabile con altri valori, sia pure di livello costituzionale, dato che l'unico controlimite è rinvenibile nel c.d. “nucleo duro” della Costituzione.

3. Primato del diritto europeo e retroattività *in mitius*.

Per verificare se questi principi sono applicabili alla retroattività *in mitius* e segnatamente alle sanzioni amministrative aventi carattere “afflittivo” secondo i criteri *Engel*, occorre tornare brevemente alla forza dell'art. 49 CDFUE.

Si è detto che il fatto che per lungo tempo la Corte costituzionale abbia collegato il principio di retroattività *in mitius* all'art. 3 Cost., anziché ad una norma costituzionale espressa che oggettivamente non v'è, ha prodotto come conseguenza uno statuto costituzionale della retroattività favorevole assai differente rispetto al principio del divieto di retroattività della legge penale, previsto invece espressamente nell'art. 25 Cost.²². Mentre quest'ultimo costituisce, secondo una costante interpretazione della Corte costituzionale, un principio inderogabile, non limitabile, e pertanto sostanzialmente non bilanciabile con altri diritti, e tale giurisprudenza è stata definita come “rocciosa”²³, lo statuto del principio di retroattività favorevole “è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli”²⁴. Il primo principio è dunque inderogabile, mentre il secondo è “ragionevolmente derogabile”.

Il criterio di valutazione di tali limitazioni, e dunque del canone di ragionevolezza, è stato poi espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 393 del 2006²⁵ (è il caso di ricordare che tale decisione è anteriore alle sentenze gemelle del 2007 sull'art. 117 Cost. ed anteriore alla firma del Trattato di Lisbona che attribuisce lo stesso valore giuridico dei trattati alla CDFUE). In tale occasione la Corte ha utilizzato ancora le norme di diritto internazionale come strumento rafforzativo della esistenza del principio²⁶,

²² Cfr. sul punto, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013.

²³ Cfr. V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale*, cit. 129 che, tra le altre, ricorda C. cost. n. 393 e n. 394/2006 e n. 236/2011.

²⁴ In questo senso, C. cost. n. 236/2011, “considerato in diritto” n.10.

²⁵ Con osservazioni di A. RUGGERI, *La Consulta e il dissent ostentato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente (sentt. n. 393 e n. 394 del 2006)*, *ivi*.

²⁶ In quell'occasione, infatti, la Corte osservò che la retroattività *in mitius* della legge penale è affermata non solo a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2 cod. pen. ma anche nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea. La retroattività della *lex mitior* in materia penale è in particolare enunciata tanto dall'art. 15, comma 1 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici concluso a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977 n. 881 e dall'art. 49 paragrafo 1, terzo periodo, CDFUE. Tale passo della decisione è espressamente ripreso nella recente sentenza della C. cost. n. 63/2019, su cui cfr. il paragrafo 5.

affermando pertanto che lo scrutinio di costituzionalità *ex art. 3 Cost.* sulla “*scelta di derogare alla retroattività di una norma più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole*”²⁷. Tale vaglio positivo di ragionevolezza consiste nella necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti rispetto all’interesse individuale in gioco, e dunque non si sostanzia in una mera non manifesta irragionevolezza. Al contrario, occorre una motivazione specifica che individui tali interessi prevalenti, ed una dimostrazione che essi non sarebbero tutelati attraverso l’applicazione del principio di retroattività favorevole²⁸.

Ora, questo modello di giudizio, che potremmo definire “a ragionevolezza rafforzata dalle norme internazionali”, che aveva una sua ragione e una sua coerenza anteriormente al 2007 (data delle sentenze gemelle che individuano la natura sub-costituzionale – attraverso l’art. 117, primo comma, Cost. – della Convenzione EDU, così come interpretata dalla Corte EDU) e soprattutto anteriormente al 2009 (data di entrata in vigore del trattato di Lisbona che attraverso l’art. 6 attribuisce alla CDFUE la forza dei trattati) può presentare qualche problematica proprio a seguito di questi mutamenti giurisprudenziali e normativi²⁹.

Certamente tale modello è ancora coerente rispetto alle norme convenzionali. Da sempre la Corte costituzionale ha ritenuto di poter ribilanciare le decisioni interpretative della Corte EDU rispetto alle norme costituzionali. Tale indirizzo appare del resto coerente sul piano della teoria delle fonti: se le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte EDU, sono fonti sub-costituzionali *ex art. 117 Cost.*, ne consegue la legittimazione della Corte a farvi prevalere, se del caso, i principi della Costituzione attraverso i consueti strumenti di bilanciamento³⁰. A tale proposito poco sposta il fatto che la retroattività favorevole sia –eventualmente– qualificata come inderogabile dalla Corte EDU. Tale inderogabilità vale certamente per le fonti primarie, ma non, invece, per le fonti di livello costituzionale data la natura sub-costituzionale della Convenzione.

Se invece ragioniamo sull’art. 49 CDFUE che prevede espressamente il principio di retroattività *in mitius* per la legge penale, nonché sulla qualificazione effettuata dalla Corte di Giustizia del principio di retroattività favorevole come tradizione costituzionale comune, i problemi sono assai più complessi. Si tratta, infatti, di definire preliminarmente:

²⁷ In questo senso, espressamente C. cost. n. 63/2019, “considerato in diritto” n. 6.1.

²⁸ In questo senso, ancora C. cost. n. 63/2019, “considerato in diritto” n. 6.1.

²⁹ Cfr. al riguardo F. VIGANÒ, *La retroattività della norma più favorevole*, in R. GAROFOLI-T. TREU (dir. da), *Il libro dell’anno del diritto 2014 Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2014.

³⁰ Si veda sul punto, con riferimenti di giurisprudenza e di dottrina E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d’Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell’Uomo*, cit., 30 ss.

- a) se alle norme della Carta si debbano applicare i principi degli effetti diretti e del primato del diritto europeo, enunciati con riferimento ai trattati a suo tempo dalle note sentenze *Van Gend & Loos* e *Costa Enel*³¹ o se le norme della Carta presentino specificità differenti;
- b) se il fondamento di tale principio anche come “tradizione costituzionale comune” produce ulteriori effetti rispetto a quelli eventualmente determinati al punto precedente.

Rispetto al primo profilo, l'art. 51 CDFUE precisa che la medesima si applica agli Stati “*esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*”³². Tale previsione è stata interpretata in vari modi dalla Corte di Giustizia. Prima, infatti, la Corte aveva ritenuto che ricadesse nel campo di applicazione della Carta solo la normativa di attuazione del diritto dell'Unione e le fattispecie da queste ultime considerate³³, poi, in una famosa sentenza sul *ne bis in idem* in materia fiscale, ha sostenuto che “*l'ambito di applicazione della Carta si estende ad ogni norma che ricade nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*”³⁴, quindi ha riconsiderato tale giurisprudenza adottando una interpretazione più restrittiva³⁵, ed infine più recentemente sembra averla nuovamente ampliata³⁶.

Ora, ancorché questo aspetto possa presentare sfumature interpretative rilevanti in ordine alla determinazione di casi concreti, può però, in astratto ed in via generale, concludersi che per invocare la violazione delle norme della Carta, debba esistere un collegamento, più o meno stretto, tra la Carta ed il diritto europeo.

Detto questo, tuttavia, in relazione all'ambito materiale di applicazione della Carta, altro e successivo problema è costituito dalla applicazione a tali norme del principio del primato.

Anche questa questione non è semplice per una certa qual diversità di interpretazioni tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia ha più volte affermato il dovere da parte dei giudici nazionali di disapplicare norme contrarie alla Carta, senza alcuna necessità di sollevare la questione alla Corte costituzionale³⁷. A tale

³¹ Cfr. Corte di Giustizia CE, 5 febbraio 1963, causa C 26/62, *Van Gend & Loos*, e Corte di Giustizia CE, 15 luglio 1964, causa C 6/64, *Costa c. Enel*.

³² Su questa problematica cfr. L. S. ROSSI, *Stesso valore dei trattati? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2016, 330 ss.

³³ Corte di giustizia UE, 8 novembre 2012, C-40/11 *Lida* EU C-2012-691

³⁴ Corte di giustizia UE, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, EU, C-2013-105 con la quale la Corte ha affermato che “*l'ambito di applicazione della Carta si estende ad ogni norma che ricade nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*”.

³⁵ Corte di giustizia UE, 10 luglio 2014, C-198/13 *Hernandez*, EU-C. 2014-2055, con la quale la Corte ha affermato che il solo fatto che una norma nazionale ricada in una materia nella quale l'U.E. è competente non può collocare tale norma nella sfera del diritto dell'Unione perché è necessario che la legge nazionale abbia lo scopo di attuare gli stessi obiettivi di una norma dell'UE.

³⁶ Corte di giustizia UE, 6 ottobre 2015, C-650/13, *Delvigne*, con la quale la Corte ha sostenuto che “*i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione*”.

³⁷ Cfr. Corte di giustizia UE, 11 settembre 2014, C-112/13 *A. c. B.*, EU C 2014-2195.

proposito è anzi da ricordare che la Corte di Giustizia non ammette eccezioni al primato, neppure a fronte di norme costituzionali o a diritti fondamentali garantiti dalla costituzione nazionale³⁸, proprio ed espressamente per “evitare che una tutela dei diritti fondamentali variabile a seconda del diritto nazionale considerato, pregiudichi l’unità, il primato e l’effettività del diritto dell’Unione.”³⁹.

Molto recentemente il primato delle norme contenute nella Carta è stato ribadito –in relazione alle sanzioni amministrative– rispetto al principio del *ne bis in idem* (art. 50 CDFUE). A tale proposito la Corte è quasi lapidaria: secondo costante giurisprudenza, dice la Corte “le disposizioni del diritto primario che impongono obblighi precisi e categorici, che non richiedano, per la loro applicazione, alcun intervento ulteriore delle autorità dell’Unione o nazionali, attribuiscono direttamente diritti ai soggetti dell’ordinamento”⁴⁰. E altrettanto chiara era stata la Corte alcuni anni prima, sempre in relazione alla applicabilità diretta dell’art. 50, quando aveva affermato che “il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell’ambito di propria competenza, le norme del diritto dell’Unione, ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”⁴¹.

Come ben noto su questo punto sembra esservi una differenza di vedute tra la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale italiana, quest’ultima in contrario avendo sostenuto – sia pure a livello di *obiter dictum* – che la difformità tra legge italiana e una norma della Carta produrrebbe la necessità della sollevazione della questione alla Corte costituzionale, per il livello “materialmente” costituzionale dei principi espressi nella Carta stessa⁴². Nondimeno questo contrasto sarebbe ricomposto se la considerazione della Corte

³⁸ Si veda il caso *Melloni* relativo ad un rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale spagnolo. In tale caso la Corte aveva dichiarato che il primato del diritto dell’U.E. si applica anche ai diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni nazionali quando l’atto dell’Unione ha operato un’armonizzazione di tale normativa. Cfr. Corte di giustizia UE, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, E.U. C. 2013-107.

³⁹ Così Corte di giustizia UE, nella sentenza *Hernandez*, sopra citata.

⁴⁰ Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate S.A. e a.* Sul punto vedi . F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell’Avvocato Generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9/ 2017, 208 ss.; E. BINDI- A. PISANESCHI, *Una svolta “europea” nell’interpretazione del ne bis in idem rispetto alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Le conclusioni dell’Avvocato generale alla Corte di Giustizia*, in *Giustamm.it*, 10/2017, 1 ss.; E. BINDI- A. PISANESCHI, *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l’art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in *Osservatorio AIC*, fasc.2/2018, 14 luglio 2018, 1 ss.; M. MERSINI, *Applicazione ed evoluzione del principio del ne bis in idem: il revirement della Corte EDU e il decisum della Corte di Giustizia nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate e a. (C-537/16) e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2018, E. DESANA, *Ne bis in idem: l’infinito dialogo fra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, febbraio 2019, 348 ss.

⁴¹ Corte di giustizia UE, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

⁴² Cfr., *ex multis*, i commenti di A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti Comparati*, 3/2017; A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 dicembre 2017; D.

fosse interpretata nel senso della necessaria sollevazione solo in presenza di norme che non impongono obblighi precisi e categorici, fermo restando il principio del primato in tutti gli altri casi⁴³. E dato che la previsione espressa della retroattività favorevole non si presta ad interpretazioni, essendo a tutti gli effetti un obbligo preciso e categorico non diverso (in quanto alla sua natura prescrittiva) dal divieto di retroattività della legge penale, o dal divieto di *ne bis in idem* (art 50 CDFUE), dovrebbe discenderne la diretta applicabilità in conseguenza del principio del primato.

Se però si accede a questa tesi, ne deriva come conseguenza che i bilanciamenti e i limiti che la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibili rispetto alle leggi penali favorevoli – pur nei limiti della ragionevolezza positiva di cui abbiamo parlato – in conseguenza del fondamento *ex art. 3 Cost.*, dovrebbero venire meno. I controlimiti al primato del diritto europeo, per consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, si rintracciano infatti non in ogni diritto costituzionalmente previsto, ma solo nel c.d. “nucleo duro” della Costituzione⁴⁴. Per conseguenza, il principio di retroattività della legge favorevole verrebbe ad assumere, nel nostro ordinamento ed in conseguenza dell’art. 49 CDFUE, uno *status* costituzionale assai simile al principio della irretroattività della legge penale, che non è in alcun modo bilanciabile con altri diritti.

Inoltre, la identificazione del fondamento del principio della retroattività favorevole nell’art. 49 CDFUE e nelle tradizioni costituzionali comuni implicherebbe, con i limiti di applicabilità dell’art. 49 di cui si è già detto, la possibile disapplicazione da parte del giudice delle norme contrastanti⁴⁵

TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ivi*, 24 gennaio 2018; L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter ‘creativi’ (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, 31 gennaio 2018; M. NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, 1/2018, 17 gennaio 2018.

⁴³ Cfr. al riguardo B. CARAVITA, *Roma locuta, causa finita? Spunti per un’analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 18 luglio 2018; R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’ “accentramento”: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 2018, p. I, c. 2232; dove si sostiene che si tratterebbe di un “invito” indirizzato dalla Corte ai giudici, senza che questi ultimi siano in alcun modo vincolati a sollevare, in via prioritaria, la questione di costituzionalità.

⁴⁴ La dottrina in materia di controlimiti è, come noto, sterminata; cfr. *ex multis*, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995; F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995; G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell’applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 1/2009, 24 ss.; A. RUGGERI, *Le pronunzie della Corte costituzionale come “controlimiti” alle cessioni di sovranità a favore dell’ordinamento comunitario (A margine di Cons. stato, sez. V, n. 4207 del 2005)*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, vol. IX, Torino, 2006, 398; ID., *La Corte aziona l’arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta Online*, 2014; T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta Online, Studi*, 1/2015, 1 ss.; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in Federalismi.it, 26 febbraio 2016.

⁴⁵ La bibliografia sul punto è assai vasta; cfr., con riferimento alla dottrina italiana, *ex multis*, O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero la incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell’Unione*, in *Consulta Online, Studi*, 1/2015, 242 ss.; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011; P. RIDOLA, *La Carta*

4. L'estensione della retroattività *in mitius* alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali: i problemi concettuali.

Così delimitato il quadro delle fonti – ed i problemi attuali – della retroattività *in mitius* rispetto alle leggi penali, possiamo analizzare la possibile applicazione di questi medesimi principi alle sanzioni amministrative “sostanzialmente penali”⁴⁶.

In passato un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale riteneva inapplicabile il principio della retroattività favorevole alle sanzioni amministrative. Il sistema sanzionatorio amministrativo era considerato autonomo rispetto a quello penale e per tale ragione si escludeva ogni possibilità di interpretazione analogica⁴⁷.

La retroattività favorevole era possibile solo nei casi espressamente previsti dal legislatore, che venivano intesi come una eccezione alla regola generale. Gli ancoraggi normativi erano individuati nella legge n. 689 del 1981, che non prevede alcuna norma in relazione a questo profilo, nell'art. 11 delle preleggi che prevede il divieto di retroattività della legge (cosa assai illogica dato che tale principio viene costantemente derogato dal legislatore), e soprattutto, nel divieto di applicazione analogica di norme aventi carattere eccezionale (art. 14 preleggi). Inoltre, si argomentava che il c.d. *favor libertatis* che caratterizza le norme penali, sarebbe estraneo al sistema sanzionatorio amministrativo, rispetto al quale prevarrebbero le esigenze di celerità, prevedibilità e certezza della contestazione e del recupero delle somme. Ne conseguiva una rigorosa applicazione, da parte della giurisprudenza, del principio “*tempus regit actum*”.

dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le “tradizioni costituzionali comuni” degli stati membri, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 163 ss.; G. MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Comparazione e Diritto civile*, 2010, 1 ss.; S. NINATTI, *Ieri e oggi delle tradizioni costituzionali comuni: le novità nella giurisprudenza comunitaria*, in G. D'ELIA-G. TIBERI-M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, 533 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in www.forumcostituzionale.it; G. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in P. FALZEA-A. SPADARO-L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003, 3 ss.; V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, nonché, E. BINDI, *Tradizioni costituzionali comuni e valore del Trattato costituzionale europeo*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, 2006, 533ss., e la bibliografia ivi citata.

⁴⁶ La questione è stata analizzata *funditus* da P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, cit., 877 ss., anche alla luce della normativa e della giurisprudenza sovranazionale. Già in quell'articolo, anteriore alla sentenza *Grande Stevens* della Corte EDU, e assai anteriore a molti interventi della Corte costituzionale su cui *infra*, si individuano i problemi della costruzione tradizionale della retroattività favorevole rispetto alle sanzioni afflittive in conseguenza della giurisprudenza CEDU.

⁴⁷ Per questa impostazione in dottrina cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano 1988, 185; G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova 1988, 220; A. VIGNERI, *Profili generali della sanzione amministrativa*, in *N.L.C.*, 1982, 876. Anche in giurisprudenza l'orientamento è consolidato. Cfr. per un quadro complessivo I. NACCI, *Rassegna di giurisprudenza sulle sanzioni amministrative (anni 1995-1999)* in *Resp. civ. e prev.* 2000, 262.

Solo pochi orientamenti dottrinali, qualificabili come minoritari, sostenevano che avendo la sanzione amministrativa una rilevante componente afflittiva, essa deve essere rapportata alla valutazione che l'ordinamento storicamente operi della condotta che si intende reprimere⁴⁸. Inoltre, pur essendosi sostenuto che in conseguenza di queste varie – e spesso poco razionali – eccezioni alla regola, si era venuta a creare nell'ordinamento una evidente disparità di trattamento, in violazione del principio di eguaglianza, la Corte costituzionale aveva sempre ritenuto manifestamente infondata la questione, limitando la operatività della norma alla sola fattispecie – eccezionalmente – prevista.⁴⁹ Un siffatto orientamento è stato anche di recente confermato dalla giurisprudenza di legittimità quando, in presenza ad esempio di una nuova normativa favorevole in tema di sanzioni antiriciclaggio, per espressa previsione legislativa, applicabile in questo caso retroattivamente, la giurisprudenza ne ha ribadito la natura eccezionale⁵⁰.

Questa teoria della netta separazione ordinamentale tra il mondo della sanzione penale e il mondo della sanzione amministrativa, ha iniziato a mostrare crepe rilevanti in conseguenza della giurisprudenza della Corte EDU che, costretta a valutazioni di natura sostanziale e non formale (dovendo decidere su questioni che riguardano le legislazioni degli Stati aderenti alla Convenzione, molto diverse tra loro per tradizione giuridica), ha ben presto smontato nei fatti il modello dogmatico duale (sfera penale-sfera amministrativa), anche per evitare la c.d. “truffa delle etichette” (mascherare, cioè, sotto la qualificazione come amministrativa una sanzione sostanzialmente penale)⁵¹. Il problema infatti, che la Corte si è trovata davanti, è stato quello di decidere fino a dove allargare la nozione di “causa penale” ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali.

⁴⁸ M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie, Principi sostanziali e procedurali*, Napoli 1983; C. AMATUCCI, *La disciplina sostanziale dell'illecito amministrativo*, in R. BERTOLINI-G. LATTANZI-E. LUPO-L. VIOLANTE (a cura di), *Modifiche al sistema penale*, Milano 1982, vol. I, 164 ss.

⁴⁹ Cfr. C. cost., ord. n. 501/2002, poi confermata da Corte cost. n. 245/2003. Queste decisioni hanno condotto il Consiglio di Stato a ritenere che “*in materia di sanzioni amministrative non è dato rinvenire, in caso di successioni di leggi nel tempo, un vincolo imposto al legislatore nel senso dell'applicazione della legge posteriore più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore –nel rispetto del limite della ragionevolezza– modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore a seconda della materia oggetto di disciplina; ciò comporta che non può ritenersi irragionevole che, in riferimento a particolari tipologie di illeciti amministrativi (ad esempio tributari e valutari) sia stato espressamente introdotto, anche in materia di sanzioni amministrative, il principio di applicabilità retroattiva della legge più favorevole, valevole in generale nella materia penale*”(Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2010, n. 3497). La sentenza è citata da P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, cit., 882.

⁵⁰ Il d.lgs. n. 90 del 2017 all'art. 69 prevede infatti l'applicazione retroattiva del nuovo regime sanzionatorio più favorevole in materia di antiriciclaggio. La Corte di Cassazione, Sez. II, 20 maggio 2019 n. 13509, ha affermato che si tratta di una norma speciale in deroga al collaudato principio del *tempus regit actum* valido per tutte le sanzioni amministrative.

⁵¹ Sulla questione della nozione ampia di sanzione penale (afflittiva) secondo la Corte EDU, cfr. M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017)*, in *Federalismi.it*, 18 aprile 2018.

In tema di sanzioni amministrative la questione è iniziata attraverso il problema dell'applicazione, al procedimento di irrogazione e al processo di opposizione, dei principi dell'equo processo (art. 6 CEDU). Alcuni di questi principi, infatti, sono applicabili secondo il testo dell'art. 6 della Convenzione, solo *quando un tribunale debba emanare una sanzione di natura penale*⁵².

Per applicare tale previsione alle sanzioni amministrative la Corte ha quindi, ed in primo luogo, interpretato il termine "tribunale" di cui all'art. 6 in una accezione sostanziale. Nella nozione di tribunale non rientrano, secondo la Corte, esclusivamente gli organi giurisdizionali facenti parte del sistema giudiziario di un paese, ma qualsiasi autorità pubblica, e pertanto anche amministrativa, che sia chiamata a decidere "un'accusa di natura penale". Ciò che rileva ai fini della giurisprudenza europea è la valutazione dei poteri che l'organo è chiamato di fatto ad esercitare e non il *nomen* o il suo inquadramento nell'ordinamento giudiziario.

In secondo luogo il concetto di accusa penale è determinato, ancora dalla Corte EDU, in relazione alle caratteristiche della sanzione irrogata. Tali criteri, definiti poi come *Engel criteria* dalla prima sentenza che li ha precisati, servono appunto alla Corte per evitare la c.d. "truffa delle etichette"⁵³. I criteri sono tre e sono alternativi e non necessariamente cumulativi. Nondimeno un approccio cumulativo è sempre possibile quando l'analisi separata di ciascun criterio non permetta di raggiungere conclusioni chiare circa l'esistenza di un'accusa in materia penale.

Il primo criterio è il criterio formale, relativo cioè alla qualificazione giuridica che una data sanzione riceve nell'ordinamento nazionale. Il secondo e il terzo criterio sono invece sostanziali: la natura stessa della sanzione, determinata attraverso un'analisi della presenza di uno scopo punitivo, deterrente e repressivo e il grado di severità della medesima (con particolare riferimento al massimo edittale).

In questo quadro la qualificazione formale come penale è vincolante nel solo senso estensivo, al fine di generare cioè un innalzamento delle garanzie per gli individui. Mentre la scelta di ricorrere al diritto penale non è sindacata dalla Corte EDU, viceversa la scelta di non ricorrere formalmente al diritto penale è soggetta a scrutinio da parte della Corte, per evitare appunto che la forma nasconda una sostanza differente.

⁵² Su questa questione, cfr. più approfonditamente E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., 52 ss.

⁵³ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel. c. Paesi Bassi*. La Corte ha espressamente rilevato che "se agli Stati contraenti fosse concesso di classificare a loro discrezione un illecito come disciplinare invece che penale o di perseguire l'autore di un illecito di carattere misto sul piano disciplinare anziché penale, l'applicabilità di disposizioni fondamentali come l'art. 6 e 7 risulterebbe subordinata alla loro volontà sovrana. Una tale ampia possibilità di scelta risulterebbe incompatibile con gli obbiettivi e il contenuto della Convenzione. La Corte, dunque, ai sensi degli artt. 6, nonché 17 e 18 ha competenza a stabilire da sé se la materia disciplinare non invada in realtà la sfera del penale. In breve, l'autonomia del concetto di materia penale opera a senso unico." (§§ 81 e 82).

Con riferimento al secondo criterio la Corte ha sottolineato che la sanzione deve avere uno scopo punitivo, deterrente e repressivo. Per determinare la presenza di tali criteri il giudice dovrà valutare se la norma sia diretta al pubblico in generale e non ad un gruppo chiaramente delimitato di destinatari; che sia diretta a proteggere beni giuridici la cui tutela è normalmente garantita mediante norme di diritto penale; che lo scopo della norma non sia diretto unicamente al risarcimento dei danni patrimoniali⁵⁴.

Questi criteri sono ormai consolidati, e ripetuti in moltissime decisioni della Corte EDU⁵⁵. Vi sono stati vari tentativi classificatori, sia da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza (specialmente quella amministrativa che si è dimostrata più sensibile al problema)⁵⁶, anche perché è abbastanza evidente quanto sia importante, ormai, “collocarsi” in un regime o in un altro. È stato infatti completamente ribaltato ciò che a suo tempo si pensava quando fu approvata la legge di depenalizzazione n. 689 del 1981 (che cioè l’uscita dal diritto penale costituisse una garanzia e, in un certo qual modo, un vantaggio). L’attrazione nel diritto penale comporta invece una serie di garanzie ulteriori specialmente di livello sovranazionale, delle quali non godono le sanzioni amministrative “pure”.

È anche opportuno aggiungere che questa questione della natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative non riguarda soltanto il diritto convenzionale EDU, ma anche il diritto europeo.

In conseguenza del fatto che i principi dell’art. 6 CEDU, sull’equo processo sono tradotti nell’art. 47 CDFUE, la Corte di Giustizia, infatti, ha aderito anch’essa ai criteri *Engel* determinati dalla Corte EDU. La giurisprudenza della Corte di Giustizia riguarda principalmente l’art. 50 CDFUE (divieto di *bis in idem*),

⁵⁴ Cfr. al riguardo E. BINDI- A. PISANESCHI, *The fair trial as a guarantee of the administrative procedure*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE-K. WOJTYCZEK (a cura di), *Judicial Power in a Globalized World*, Springer, New York, 2019, 47 ss., e la bibliografia ivi citata.

⁵⁵ Cfr. tra le più note, Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Oztürk c. Germania*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894, con nota di C.E. PALIERO, «*Materia penale*» e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione «classica» e una svolta radicale*; Corte EDU, *Grande Chambre*, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*; *Grande Chambre*, 31 luglio 2007, *Zaicev c. Lettonia*; Corte EDU 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia* Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*.

⁵⁶ Sul punto sia concesso di rinviare a E. BINDI-A PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d’Italia*, cit., 66 ss. dove si distingue, sulla base della giurisprudenza CEDU tra *minor offences*, *criminal offences* e *minor offences* senza controversia sul fatto, individuando differenti livelli di tutela e garanzia. Secondo il Consiglio di Stato invece la Corte EDU distinguerebbe tra *hard core of criminal law* e sanzioni amministrative sostanzialmente penali secondo i criteri *Engel*. La Corte di Cassazione invece, con giurisprudenza ad oggi consolidata, considera sostanzialmente penali solo le sanzioni Consob in tema di abusi di mercato. Cfr. tra le tante Cass. civ., Sez. II 3 agosto 2016 n. 13433. In tale decisione la Corte ha escluso che le sanzioni irrogate dalla Banca d’Italia per violazione dell’art. 144 TUB siano equiparabili, “*per tipologia, severità e idoneità ad incidere nella sfera patrimoniale e personale dei destinatari, a quelle previste nel caso esaminato nella sentenza Grande Stevens. Di conseguenza, alla stregua dei criteri enunciati dalla Corte di Strasburgo, non sembra possibile attribuire carattere penale a tali sanzioni; sicché in considerazione della natura meramente amministrativa delle stesse, non si pone un problema di compatibilità del procedimento sanzionatorio previsto in materia con le garanzie riservate ai processi penali dall’art. 6 della Convenzione per i diritti dell’Uomo.*”

e quindi il caso del c.d. doppio binario (concorso di sanzione amministrativa e sanzione penale)⁵⁷, ma i criteri utilizzati per determinare l'afflittività, e dunque il carattere sostanzialmente penale della sanzione, sono i medesimi di quelli sviluppati dalla Corte EDU⁵⁸.

Esiste dunque, ormai, un “*acquis*” sovranazionale nella classificazione sostanzialmente penale di sanzioni che presentano particolari caratteristiche di afflittività: i criteri sono i medesimi indipendentemente dalla materia alla quale la sanzione amministrativa-afflittiva, secondo i criteri *Engel*, si riferisce.

In questo contesto sovranazionale mancano, ad oggi, decisioni della Corte EDU o della Corte di Giustizia sulla questione specifica dell'applicabilità della *lex mitior* in materia penale anche alle sanzioni amministrative, mentre si è sviluppata una giurisprudenza della Corte costituzionale, sino alla sentenza n. 63 del 2019, non sempre chiarissima.

5. I primi orientamenti della Corte costituzionale.

Non è in effetti facile ricostruire in maniera coerente, e possibilmente sistematica, le linee di pensiero su questo tema della Corte costituzionale, almeno sino alla sentenza n. 63 del 2019. Le decisioni della Corte, infatti, appaiono rifuggire da una ricostruzione complessiva legandosi assai alla logica del caso per caso. Si possono tuttavia individuare tre fasi nello sviluppo della giurisprudenza costituzionale su questo argomento: una prima fase anteriore alle sentenze gemelle del 2007, nel quale il problema è affrontato esclusivamente in un'ottica di diritto interno; una seconda fase che va dalle sentenze gemelle alla sentenza n. 63 del 2019, nella quale la Corte, pur valutando il problema sovranazionale, si lega però al caso per caso rifiutando una impostazione dogmatica complessiva del problema; una terza fase iniziata con la

⁵⁷ Infatti, “l'art. 50 CDFUE incorpora - in forza della generale di equivalenza di cui all'art. 52 par. 3 CDFUE - il contenuto minimo dell'art. 4 prot. 7 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, ampliandone semmai la portata applicativa - confinata, nella previsione convenzionale, al divieto di essere sottoposti a processo per lo stesso fatto nel medesimo Stato - anche ai fatti giudicati in via definitiva in *altro* Stato membro dell'Unione: così F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 maggio 2016; ID., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2016, 186 ss.

⁵⁸ Cfr. il già citato caso *Fransson* o, più recentemente il già citato caso *Garlsson*, il primo in materia di sanzione fiscale, il secondo in tema di sanzioni per abusi di mercato. Con riferimento alle sentenze *Menci* e *Garlsson* vi è chi sottolinea invece “di provare rispetto ad esse la medesima sensazione già percepita all'indomani della sentenza *Fransson* [...]”, in relazione alla precedente giurisprudenza CedU: e cioè che Corte di giustizia e Corte Edu (fossero allora e) continuino a essere assai lontane su concezione, metodi di verifica e ipotesi di soluzione del problema del *bis in idem*. Sono distanze innanzitutto culturali e di “ruolo” giudiziale, poiché Strasburgo è giudice delle garanzie individuali, mentre Lussemburgo è giudice dell'effettività della repressione delle violazioni agli interessi finanziari dell'Unione, e interessato quindi essenzialmente alle alchimie sanzionatorie”: così P. GAETA, *Appunti su ne bis in idem e sanzione autonoma*, in F. BUFFA-M.G. CIVININI, *La Corte di Strasburgo*, *Gli speciali di Questione Giustizia*, in www.questionegiustizia.it/speciale/2019, 354 ss., spec. 356.

sentenza n. 63 del 2019, nella quale invece la Corte costruisce un sistema integrato di diritto interno e sovranazionale

La prima fase è eminentemente caratterizzata dal problema della possibile estensione ad altre situazioni delle norme sanzionatorie che prevedono la retroattività favorevole. Come abbiamo già accennato, tuttavia, la Corte costituzionale in questo periodo non ritiene che tale estensione violi il principio di eguaglianza. Rientrerebbe, infatti, nella discrezionalità del legislatore scegliere le differenti situazioni meritevoli di un trattamento retroattivamente favorevole con il solo vincolo della evidente irragionevolezza⁵⁹. Le analisi della Corte in questa fase – anche in conseguenza certo del modello incidentale del giudizio che lega la decisione al *petitum* determinato dal giudice – non contengono alcun riferimento alla normativa sovranazionale, né di natura convenzionale, né di natura europea (del resto il Trattato di Lisbona è entrato in vigore nell'anno 2009).

Nella seconda fase, dopo le sentenze gemelle e soprattutto dopo la sentenza *Grande Stevens* del 2014 della Corte EDU⁶⁰, la giurisprudenza costituzionale abbandona il problema della disparità di trattamento per concentrarsi, invece, sui principi sovranazionali. In questa fase la Corte ha alcune incertezze, tanto che si possono distinguere almeno due diverse linee di tendenza nella sua giurisprudenza.

Una prima linea di tendenza può essere rintracciata in quell'orientamento che non riteneva ammissibili, rispetto alle sanzioni sostanzialmente afflittive secondo i criteri *Engel*, illegittimità prospettate in relazione ai parametri costituzionali e non convenzionali⁶¹. La ragione starebbe nel fatto che la definizione di una sanzione come penale, secondo i criteri *Engel*, porterebbe quella sanzione a beneficiare delle garanzie della Convenzione e non invece di quelle costituzionali, pensate per le norme penali in senso proprio. Non sarebbe stato pertanto possibile, secondo questa visione, applicare l'art. 3 Cost., e quindi il principio di retroattività favorevole, ad una sanzione amministrativa sostanzialmente afflittiva, mentre sarebbe stato

⁵⁹ Si veda sul punto, ad esempio, C. cost. n. 501/2002.

⁶⁰ Cfr. Corte EDU, 4 marzo 2014 *Grande Stevens e a. c. Italia*. Sul punto cfr. 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 F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2014; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4/ 2014, 219 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, *ivi*, 201 ss.; B. BARMANN, *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2017, 306 ss., nonché, volendo, E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3007 ss.

⁶¹ Cfr. C. cost. n. 109/2017, di inammissibilità perché il giudice aveva sollevato questione di costituzionalità di una sanzione, definita afflittiva secondo i criteri *Engel*, rispetto all'art. 25 Cost. Sulla questione cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/2017, 330 ss.

possibile sollecitare una pronuncia di incostituzionalità in relazione all'art. 7 CEDU, attraverso l'art. 117, primo comma, Cost..

Questo orientamento, oggettivamente formalistico, nascondeva però un modello teorico fortemente dualistico tra ordinamento internazionale e ordinamento interno, che era stato particolarmente sviluppato in questa materia dalla Corte di Cassazione. In alcune decisioni della Corte di Cassazione si avvalorava, infatti, l'idea che l'ordinamento CEDU fosse del tutto separato dall'ordinamento interno, tanto che le sanzioni, qualificate come afflittive dalla Corte EDU, non potessero che beneficiare dell'art. 6 CEDU o al massimo delle altre norme convenzionali, ma mai di quelle costituzionali⁶².

Come si dirà nel paragrafo successivo, questa linea interpretativa sembra ora definitivamente abbandonata a seguito della sentenza n. 63 del 2019.

Una seconda linea di tendenza, più aperta, sembrava invece quantomeno non escludere la possibilità che alle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive, secondo i criteri *Engel*, potessero applicarsi anche le garanzie costituzionali ed il principio della retroattività *in mitius*.

Con una sentenza del 2010 la Corte aveva infatti affermato che alle sanzioni amministrative di carattere afflittivo dovessero applicarsi le garanzie tipiche della pena (e quindi, implicitamente l'art. 25 Cost.)⁶³. E con una successiva sentenza del 2014 (richiamando espressamente la prima) aveva dichiarato illegittima una legge che prevedeva la retroattività della sanzione amministrativa (*in peius*) ancora per violazione dell'art. 25 Cost.⁶⁴.

In una decisione del 2016 aveva quindi sostenuto che la questione della retroattività della norma favorevole in materia di sanzioni amministrative deve essere valutata caso per caso, alla luce della tipologia

⁶² Cfr. Cass. civ., Sez. II n. 4725 del 2016, secondo la quale “sembra abbastanza evidente che ciò che costituisce ambito specifico di intervento della Corte europea è il riferimento alle regole del giusto processo da applicare anche al procedimento sanzionatorio che prevede conseguenze patrimoniali rilevanti; in tale limitato senso, dunque, quel procedimento sanzionatorio è considerato suscettibile di rientrare in un concetto lato di materia penale. Il che tuttavia non può legittimare di per sé l'estensione in ogni campo dei principi propri della materia penale ai diversi principi invece propri della materia amministrativa.”. In un'altra decisione, la Corte di Cassazione aveva sostenuto che “la nozione di pena, elaborata dalla Corte EDU è certamente più ampia rispetto a quella conosciuta nell'ordinamento nazionale, posto che quest'ultimo utilizza essenzialmente il criterio giuridico formale, mentre in ambito europeo rilevano anche criteri di carattere sostanziale e funzionale” e quindi “la ricorrenza di alcuni caratteri comuni non comporta di necessità, l'equiparazione della sanzione amministrativa a quella penale a tutti gli effetti, in virtù di assonanze formali, talvolta ridondanti nella magia delle parole “afflittività”. Cass. civ., Sez. II, 10 marzo 2016, n. 4725.

⁶³ C. cost. n. 196/2010, cfr. A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte Costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.

⁶⁴ C. cost. n. 104/2016. In questa sentenza la Corte ha espressamente affermato che “l'esame di tale censura deve prendere le mosse dalla sentenza n. 196 del 2010, nella quale questa Corte ha affermato che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi 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”. Detto principio sarebbe peraltro desumibile anche dall'art. 25, secondo comma, Cost. “il quale –data l'ampiezza della sua formulazione- può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile –in senso stretto- a vere e proprie misure di sicurezza) è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato”.

della sanzione (se afflittiva o meno sulla base dei criteri *Engel*)⁶⁵. E in una decisione successiva, sia pure di inammissibilità, sembrava aver rafforzato questo principio⁶⁶.

In definitiva, in questa seconda fase, la Corte manifesta una apertura al problema della retroattività favorevole per le sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive sulla base dei principi sovranazionali, sia pure oscillando un poco tra l'avvalorare un modello fortemente dualista, di netta separazione tra ordinamento costituzionale interno e ordinamento sovranazionale, ed un sistema più integrato.

Ma la vera svolta è avvenuta nella terza fase, inaugurata con la sentenza n. 63 del 2019.

6. La svolta della sentenza 63 del 2019: verso un sistema integrato nazionale e sovranazionale.

Con la sentenza n. 63 del 2019 la Corte costituzionale, dopo una ricostruzione dei principi di diritto interno e di diritto sovranazionale sul tema, ha dichiarato incostituzionale una norma transitoria (art. 6, comma 2) del decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72, attuativo della direttiva 2013\36 UE di modifica del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (c.d. TUB) e del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 (c.d. TUF), che escludeva la applicazione retroattiva di una notevole riduzione sanzionatoria in tema di abusi di mercato⁶⁷.

⁶⁵ Cfr. C. cost. n. 193/2016, con osservazioni di P. PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius, un timido passo avanti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/ 2016, 270 ss. e A. CHIRULLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2016, 247; M. GALDI, *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso*, in *Osservatorio AIC*, 3/2016, 12 settembre 2016; M. BRANCA *Nuove prospettive in tema di retroattività della "lex mitior" in tema di sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 2016, 1397 ss.; M. SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il "caso" delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 2016, 1401 ss.; D. BIANCHI, *Resta la frattura categoriale: il principio di retroattività "in mitius" non penetra nel diritto amministrativo punitivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 316 ss.. La Corte era stata adita dal giudice che riteneva come la tradizionale soluzione del principio *tempus regit actum* dovesse essere "rimeditata alla luce delle esigenze di conformità dell'ordinamento agli obblighi derivanti dall'adesione alla CEDU" tra le quali il principio del trattamento più mite. La Corte ha ritenuto infondata la questione perché il giudice chiedeva, nella sostanza, una pronuncia additiva di incostituzionalità proprio sull'art. 1 della l. n. 689 del 1981. Tale intervento additivo avrebbe comportato, in effetti, l'automatica estensione a tutte le sanzioni amministrative (afflittive e non afflittive) del principio della retroattività favorevole.

⁶⁶ C. cost. n. 68/2017 con nota di F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative punitive*, cit.. Secondo la Corte, "l'art. 7 della CEDU, nella interpretazione della Corte Europea, "conosce difatti il fenomeno della successione di leggi penali nel tempo e lo risolve nel senso della necessaria applicazione della lex mitior (salvo le deroghe che questa Corte ha reputato conforme alla CEDU, ma che certamente non concernono il regime sanzionatorio, sent. n. 236 del 2011) sicché, ai fini del rispetto delle garanzie accordate dalla CEDU, il passaggio dal reato all'illecito amministrativo, quando quest'ultimo conserva natura penale ai sensi dell'art. 7 della Convenzione, permette l'applicazione retroattiva del nuovo regime punitivo soltanto se è più mite di quello precedente. In tal caso, infatti, e solo in tal caso, nell'applicazione di una pena sopravvenuta, ma in concreto più favorevole, non si annida alcuna violazione del divieto di retroattività, ma all'opposto una scelta in favore del reo." ("considerato in diritto" n. 7).

⁶⁷ E opportuno ricordare rapidamente il quadro normativo nell'ambito del quale ha giudicato la Corte costituzionale. Il trattamento sanzionatorio amministrativo dei c.d. "abusi di mercato" ha subito nel tempo varie modificazioni. Come ricorda anche la Corte, dopo gli scandali finanziari "Cirio" e Parmalat" l'art. 39 della legge 28 dicembre 2005 n. 262 (c.d. "legge sulla tutela del risparmio") aveva previsto la quintuplicazione delle sanzioni

In questa decisione emerge un notevole cambio di rotta rispetto alla ricostruzione tradizionale del sistema delle garanzie, di cui godono le sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Mentre, come si è ricordato, in passato la Corte aveva distinto nettamente le garanzie penali costituzionali dalle garanzie convenzionali, sostenendo quasi che si trattasse di due sistemi di garanzie differenti, ognuno operante nella propria sfera, nella sentenza in questione questa differenza non solo non è rilevata, ma appare implicitamente negata. Il sistema delle garanzie penali è infatti ricostruito come un tutt'uno, conseguenza dell'intersecazione di norme e interpretazioni sovranazionali con norme e interpretazioni costituzionali.

Il ragionamento della Corte è lineare e segue i seguenti passaggi:

a) la retroattività in materia penale costituisce sia un principio di diritto costituzionale interno sia di diritto sovranazionale riconducibile all'art. 7 CEDU e alla sua interpretazione da parte della Corte EDU⁶⁸, nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione Europea (art. 49 CDFUE);

amministrative previste nel decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385 (c.d. TUB), nel decreto legislativo decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 (c.d. TUF) e anche della legge 12 agosto 1982 n. 576 (Riforma della vigilanza sulle assicurazioni). In conseguenza di tale quintuplicazione, le sanzioni per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate furono innalzate a centomila euro nel minimo e a quindici milioni di euro nel massimo. Dopo quasi dieci anni, nel 2014, la legge n. 154 delegò il Governo a rivedere, tra l'altro, le cornici edittali in questione, e su, questa base, fu emanato il decreto legislativo n. 72 del 2015 che, in tema di abuso di informazioni privilegiate, stabilì una sanzione assai minore rispetto alla precedente (ventimila euro nel minimo e tre milioni di euro nel massimo): per un esame delle novità introdotte dal decreto legislativo n. 72 del 2015 cfr. 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*, cit.; ASSONIME, *Il regime delle sanzioni nel decreto di recepimento della CRD-IV*, Circolare n. 20/2016, in *Riv. soc.*, 2016, 1178 ss.; R. DELLA VECCHIA - P. TAMBURELLO, *Il regime sanzionatorio in materia bancaria e finanziaria: novità normative e spunti di riflessione*, in *www.diritto bancario.it*, luglio 2016; E. DESANA, *I procedimenti sanzionatori Banca d'Italia: l'“insostenibile leggerezza” dei termini*, cit.; F. SALERNO, *Poteri sanzionatori e responsabilità congiunta dei controllori*, in *Riv. dir. banc., diritto bancario.it*, 17, 2018 1 ss., spec. 21 ss. Allo stesso tempo, l'art. 6, comma 2, di quel decreto (norma oggetto della decisione in questione), stabilì però che tutte le modifiche apportate alla parte V del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 (TUF) potessero essere applicate solo a far data dai nuovi regolamenti (relativi alla procedura sanzionatoria) che Banca d'Italia e Consob avrebbero dovuto approvare. Non solo pertanto la legge escludeva la retroattività di tale normativa, ma ne rinviava l'applicazione alla approvazione di fonti secondarie da parte degli organi di vigilanza (tecnica che, come si dirà, la Corte chiaramente censura). Un'entrata in vigore di norme sostanzialmente penali favorevoli differita alla volontà discrezionale di autorità - sia pure indipendenti - ma di natura amministrativa. Rispetto a tale norma la Corte di Appello di Milano propose questione di costituzionalità, tra l'altro rispetto all'art. 7 CEDU e pertanto in violazione dell'art. 117 Cost., facendo valere la questione della natura sostanzialmente penale della sanzione secondo i noti criteri *Engel* e anche la giurisprudenza specifica della Corte EDU sul punto. Successivamente alla proposizione della questione di costituzionalità la normativa è ancora cambiata. Il decreto legislativo 10 agosto 2018 n. 107 ha modificato ulteriormente la cornice edittale, stabilendo che l'illecito di cui all'art. 187bis del decreto legislativo n. 58 del 1998 è punito con una sanzione minima di ventimila euro e una massima di cinque milioni. Al riguardo cfr. E. BINDI-A. PISANESCHI, *La soluzione legislativa italiana al problema del doppio binario nel market abuse*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2019, 75 ss.; F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 ottobre 2018, 1 ss.

⁶⁸ Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, con nota di C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 356 ss.; successivamente la Corte europea ha più volte confermato l'inclusione della retroattività favorevole nel contenuto di garanzia dell'art. 7: Corte EDU, 27 aprile, 2010, *Morabito c. Italia*; Corte EDU, 24 gennaio 2012, *Mihai Toma c. Romania*; Corte EDU, 12 gennaio 2016

- b) in tema di diritto interno la garanzia della retroattività *in mitius* è riconducibile all'art. 3 Cost., nel suo significato di divieto di trattare in maniera differente situazioni eguali;
- c) il collegamento della garanzia con l'art. 3 Cost. produce, tuttavia, l'effetto che la garanzia non è assoluta. Essa può essere limitata quando tale limitazione sia funzionale alla tutela di un altro interesse costituzionalmente rilevante⁶⁹;
- d) tale limitazione è, tuttavia, sottoposta a scrutinio di ragionevolezza. Nel senso precisato dalla stessa Corte che “*lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost. sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole (sentenza n. 393 del 2006)*”⁷⁰;
- e) se alla Corte viene sottoposta una questione di legittimità costituzionale, la Corte deve decidere anche se la questione presenta profili di diritto europeo. È la Corte che può decidere di sollevare la questione pregiudiziale se essa non sia stata sollevata prima dal giudice. Quest'ultimo, peraltro, conserva il potere di sollevarla anche dopo la decisione della Corte costituzionale; parimenti il giudice, qualora vi siano i presupposti, può anche procedere alla disapplicazione per contrasto con le norme europee⁷¹.

Gouarré Patte c. Andorra; Corte EDU, 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*. Sul punto cfr. M. BIGNAMI, *La Corte EDU e le leggi retroattive*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, cit., 51 ss., spec. 59 ss.; V. Manes, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, *ivi*, 125 ss.

⁶⁹ Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di principio di ragionevolezza-uguaglianza con riferimento al trattamento sanzionatorio cfr. V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale). Giurisprudenza sistematica (aggiornato al settembre 2014)*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/, 67 ss.

⁷⁰ Così C. cost. n. 63/2019, “considerato in diritto” n. 6.1.

⁷¹ Cfr., sul punto M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2019, il quale dapprima mette in luce come nel dispositivo della sent. n. 63 del 2019, non si richiami tra i parametri l'art. 49 CDFUE (che – come noto – riconosce espressamente la retroattività favorevole come diritto fondamentale dell'ordinamento eurounitario), sebbene nell'ordinanza di rimessione questo parametro risultasse richiamato. Dopodiché sottolinea che nella sent. n. 63 del 2019, la Corte costituzionale non manca di precisare che rientra nelle sue competenze sindacare nel merito le questioni di c.d. “doppia pregiudizialità”, sollevate quindi sia in relazione a parametri interni, eventualmente “anche mediati dalla normativa convenzionale interposta”, sia in relazione, attraverso gli artt. 11 e 117 Cost., alle norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE); ciò non toglie che il giudice comune può “procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – [...] non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta” (cfr. “considerato in diritto” n. 4.2). Pertanto, come evidenzia tale autore, “con questi brevi ma incisivi passaggi argomentativi, la Corte sembra smentire completamente quanto aveva invece espresso nella sentenza n. 269 del 2017” sebbene richiamato quale precedente: “infatti, non solo viene confermato – in senso correttivo rispetto alla 269 – quello che aveva già precisato la sentenza n. 20 del 2019, cioè la possibilità di adire la Corte di Giustizia sugli stessi profili e in relazione alla stessa fattispecie concreta su cui si sia già pronunciata la Corte Costituzionale; ma sembra venir meno anche il vincolo per il giudice comune di ‘accentrare’, in prima battuta, il giudizio di legittimità della disposizione interna, chiamando in causa la Corte Costituzionale in caso di “doppia pregiudizialità”.

Detto questo, e ricordate alcune decisioni nella quale la presenza di altri interessi costituzionalmente rilevanti aveva portato la Corte a ritenere costituzionalmente legittima la limitazione della retroattività favorevole⁷², la Corte passa a considerare la questione della natura delle sanzioni amministrative in questione. Sul punto la Corte non ha alcuna difficoltà a considerare sostanzialmente penali le sanzioni in tema di abusi di mercato, sia facendo riferimento alla Corte di Strasburgo, ma anche all'ordinamento interno e alle decisioni della Corte di Giustizia. Del resto, già nella precedente decisione che abbiamo ricordato, n. 193 del 2016, la Corte aveva sostenuto che il principio di retroattività favorevole doveva applicarsi alle sanzioni amministrative, purché aventi natura sostanzialmente penale (e dunque non a tutte le sanzioni). Ora un massimo edittale così elevato è evidentemente afflittivo, e produce quella funzione di prevenzione e deterrenza che è tipica della sanzione penale.

Parimenti non è dato ravvisare, nella norma che esclude la retroattività, la tutela di alcun interesse costituzionalmente protetto. Anzi, secondo la Corte non appare ragionevole la previsione legislativa di rinviare la applicazione della norma alla approvazione di nuovi regolamenti Consob e Banca d'Italia. Tali regolamenti infatti *“concernono pressoché esclusivamente la procedura di accertamento della sanzione, e non influiscono sulla configurazione degli illeciti né – se non in misura marginalissima – sulla modalità di determinazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, che qui viene direttamente in considerazione”*⁷³.

Il primo motivo di interesse, come si diceva, è costituito dalla ricostruzione, come parametro di riferimento, di un sistema di principi penalistici “integrato” da norme costituzionali, norme convenzionali, norme europee e norme internazionali. In questa ricostruzione, il principio di retroattività favorevole costituisce un principio generale dell'ordinamento sovranazionale e costituzionale, dove l'ancoraggio costituzionale all'art. 3 Cost. consente, all'ordinamento interno, la previsione di limitazioni solo allorquando ragionevolmente funzionali alla tutela di altri valori costituzionali.

Questa ricostruzione, anche senza voler evocare nuovi orientamenti monistici della Corte costituzionale, consente però di superare la visione di una sanzione amministrativa con regimi giuridici differenti (si applicano le garanzie penalistiche della convenzione ma non le garanzie penalistiche della Costituzione). La sentenza n. 68 del 2017 della Corte costituzionale, ribadiva infatti quanto già affermato nella sent. n. 43 del 2017, che *“fermo restando l'obbligo, discendente dall'art. 117 primo comma Cost. di estendere alla “pena” ai sensi dell'art. 7 della CEDU tutte le tutele previste dalla Convenzione, e quelle soltanto* (sentenza n. 43 del 2017), *l'illecito*

⁷² Cfr., ad esempio, Corte cost. n. 72 del 2008; analogamente Corte cost., n. 236 del 2011, con osservazioni di E. CACACE, *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

⁷³ Così C. cost. n. 63/2019, “considerato in diritto” n. 6.4.

*continua a rivestire per ogni altro aspetto carattere amministrativo*⁷⁴. Il secondo punto di interesse consiste nel contrasto, a questo punto chiaramente esistente, tra la posizione della Corte costituzionale e la posizione della Corte di Cassazione. Quest'ultima infatti, ha elaborato una giurisprudenza basata su due caposaldi:

- a) alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali si applicherebbero solo le garanzie del giusto processo (art. 6 CEDU) e non le altre garanzie della Convenzione⁷⁵. E ciò sulla base della sentenza *Grande Stevens*, che concerne il giusto processo, e che pertanto dovrebbe essere interpretata in senso stretto;
- b) le norme costituzionali in materia penale si riferirebbero solo alle norme “formalmente” penali e non a quelle amministrative, per le quali vige il principio *tempus regit actum*.

Questa tesi è smentita integralmente e decisamente, dalla Corte costituzionale, che rispetto al primo punto osserva che “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”⁷⁶, mentre rispetto al secondo punto, come abbiamo già detto, la Corte collega la retroattività della sanzione amministrativa all'art. 3 Cost., integrando perfettamente i principi sovranazionali con i principi costituzionali e applicando pertanto i principi costituzionali penalistici anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali.

Dunque il principio *tempus regit actum* per le sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali sulla base dei criteri *Engel*, è definitivamente venuto meno.

Per queste ragioni non v'è dubbio alcuno che la sentenza costituisca un coraggioso passo in avanti rispetto alle decisioni precedenti.

Ma v'è un altro punto non di minore importanza: si è detto infatti che la Corte rintraccia – anche – nell'art. 49 CDFUE il fondamento del principio di retroattività favorevole. Con la conseguenza che, sulla base

⁷⁴ C. cost. n. 68/2017, “considerato in diritto” n. 7, (enfasi non testuale); sulla quale cfr. F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, cit.

⁷⁵ Si veda ad es. Cass. civ., Sez. I, 2 marzo 2016, n. 4114, che testualmente afferma “sembra abbastanza evidente che ciò che costituisce ambito specifico di intervento della Corte europea è il riferimento alle regole del giusto processo da applicare anche al procedimento sanzionatorio che prevede conseguenze patrimoniali rilevanti; in tal limitato senso, dunque, quel procedimento sanzionatorio è considerato suscettibile di rientrare in un concetto lato di materia penale. Il che tuttavia non può legittimare, di per sé, l'estensione in ogni campo dei principi propri della materia penale ai diversi principi invece propri della materia degli illeciti amministrativi”. Inoltre, la nozione di pena nell'ordinamento interno sarebbe differente rispetto alla nozione di pena accolta dalla Corte EDU, tanto che la “ricorrenza di alcuni caratteri comuni non comporta, di necessità, l'equiparazione della sanzione amministrativa a quella penale a tutti gli effetti, in virtù di assonanze formale, talvolta ridondanti nella magia della parola ‘afflittività’”: cfr. sul punto Cass. civ. Sez. II, 30 giugno 2016 n. 13433. Su questa sentenza cfr. il commento di F. VIGANÒ, *Il dialogo difficile: ancora fraintendimenti della Cassazione civile sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di sanzioni Consob e retroattività* in mitius, cit. Per una sintesi della giurisprudenza della Corte di Cassazione, cfr. E. BINDI - A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit, 172 ss.

⁷⁶ Così C. cost. 63/2019, “considerato in diritto” n. 6.2, che cita testualmente C. cost. 68/2017.

delle considerazioni sopra svolte sul primato del diritto europeo, non vi sarebbero ostacoli ad eventuale disapplicazione da parte del giudice di una norma contrastante con tale principio.

Questa possibilità pare del resto confermata da un passaggio della medesima Corte costituzionale nella sentenza alla quale si fa riferimento. La Corte infatti ha rilevato che *“a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117 prima comma Cost. – alle norme corrispondenti alla Carta che tutelano nella sostanza, i medesimi diritti; e ciò fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla carta. Laddove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E., dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri [...]”*⁷⁷.

Nondimeno, come dice la Corte, se il giudice ritiene però di sollevare la questione, anche in un caso in cui una norma della Carta sia autoapplicativa, la Corte non si spoglia della questione attraverso una decisione di inammissibilità. Prevale in questo caso, assai pragmaticamente ma in maniera condivisibile, l'interesse ordinamentale ad una pronuncia con effetti *erga omnes*⁷⁸.

7. Alcuni profili problematici legati all'attuazione della sentenza n. 63 del 2019.

Detto questo in relazione agli effetti generali della decisione, è forse opportuna anche una qualche considerazione su alcuni problemi pratici che ne derivano.

La prima questione applicativa riguarda, come sempre in questi casi, gli effetti della decisione sui procedimenti non ancora conclusi.

Avendo ridotto la nuova normativa il minimo della sanzione, il giudice, allorquando la Consob abbia fissato la sanzione nel minimo, dovrà procedere a rideterminare il *quantum*, ricalcolandola secondo la nuova disposizione. Per quelle sanzioni non ancora impugnate, ma non inoppugnabili (non essendo decorso cioè il termine di impugnazione), dovrà essere invece la Consob ad annullare, in sede di autotutela, la sanzione, rideterminandola nel minimo secondo la nuova disposizione. L'atto amministrativo con la quale la sanzione è stata determinata è infatti un atto amministrativo divenuto

⁷⁷ Così C. cost. 63/2019, “considerato in diritto” n. 4.3, (enfasi non testuale).

⁷⁸ Corte cost. n. 20/2019 nella quale la Corte afferma che la Carta ha prodotto un “concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione.” Cfr. le osservazioni di A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurolunitario e diritto interno*, cit., e S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità, una svolta opportuna della Corte costituzionale*, cit.

illegittimo (per illegittimità sopravvenuta) dal punto di vista del *quantum*, il che non solo legittima, ma impone all'autorità amministrativa la sua rimozione attraverso i tradizionali strumenti di autotutela. È anche opportuno osservare che in tale caso la discrezionalità amministrativa sulla valutazione del fatto e del suo disvalore si è già esaurita nel corso del procedimento amministrativo, che ha portato alla irrogazione della sanzione. La nuova attività rideterminativa consisterà, pertanto, nella mera sostituzione del nuovo minimo al precedente, con esclusione della rivalutazione dei fatti e del suo disvalore.

Da un punto di vista, invece, degli effetti della decisioni su altre norme che stabiliscono limitazioni alla retroattività favorevole in tema di sanzioni, la questione è più complessa.

Per limitarci al solo tema sanzioni Consob e Banca d'Italia si aprono tutta una serie di ulteriori questioni rispetto ad altre norme del decreto legislativo n. 72 del 2015, che non sono state oggetto di impugnazione ma che presentano le medesime problematiche.

Invero il comma 52 dell'art. 1 del decreto legislativo sopra citato ha introdotto l'art. 144 *ter* del TUB, rivedendo integralmente l'impianto sanzionatorio della Banca d'Italia applicabile agli esponenti aziendali, ed introducendo il principio che la società è responsabile delle sanzioni, salvo casi particolari nei quali sono responsabili anche gli esponenti aziendali stessi. Parimenti il comma 5 dell'art. 5 del suddetto decreto ha introdotto nel TUF l'art. 190 *bis* che prevede, per le sanzioni Consob, i medesimi principi di cui sopra. Si tratta in sostanza di una sorta di depenalizzazione (gli esponenti aziendali non sono più direttamente imputabili di sanzioni amministrative, salvo alcune fattispecie particolari) e dunque, certamente, di una norma più favorevole rispetto alle precedenti.

Rispetto alle prime (sanzioni della Banca d'Italia) l'art. 2, comma 3, prevede una norma transitoria identica a quella dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale⁷⁹, mentre rispetto alle seconde la norma transitoria è quella dichiarata incostituzionale dalla Corte, sia pure solo in relazione agli art. 187 *bis* e *ter* del TUF (abusi di mercato).

Ora è evidente che la Corte costituzionale non poteva, in una questione sollevata rispetto ad una fattispecie di abusi di mercato, pronunciare la illegittimità anche di norme che riguardano sanzioni riferibili a fattispecie completamente diverse e anche emanate da differenti autorità. L'istituto della illegittimità consequenziale, peraltro non frequentemente usato dalla Corte, non ha infatti la funzione di estendere il *petitum* a norme analoghe a quella dichiarata incostituzionale, ma solo di dichiarare

⁷⁹ Recita infatti la norma “*le modifiche apportate al titolo VIII del decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385, si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 145 quater del decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385. Alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Banca d'Italia continuano ad applicarsi le norme del titolo VIII del decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385 vigenti prima della data di entrata in vigore del presente decreto legislativo*”.

l'illegittimità anche di quelle norme che sono direttamente collegate a quella dichiarata incostituzionale⁸⁰. Per questa ragione la Corte ha dichiarato la illegittimità consequenziale dell'art. 187^{ter} (manipolazione del mercato) trattandosi di norma con identico quadro sanzionatorio rispetto al 187^{bis} e medesima logica punitiva.

La questione però riguarda la natura delle sanzioni della Banca di Italia e della Consob non in tema di abusi di mercato. Se si accede alla tesi che anche queste sanzioni hanno natura penale, dovrebbe valere per esse il medesimo ragionamento svolto dalla Corte in tema di abusi di mercato.

Ora, secondo la giurisprudenza della Corte EDU ed i criteri *Engel*, è difficilmente dubitabile che le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob non siano qualificabili come sostanzialmente penali. Se guardiamo alla giurisprudenza della Corte EDU, sia sui criteri *Engel*, sia più specificamente in relazione alle sanzioni delle autorità indipendenti di regolazione dei mercati⁸¹, è difficile pensare che tali sanzioni non abbiano carattere afflittivo. Hanno massimi edittali estremamente elevati (anche se inferiori agli abusi di mercato), vengono pubblicate, non sono assicurabili, sono valutate dalla BCE nel giudizio di “*proper and fit*” in relazione ai requisiti soggettivi degli esponenti aziendali di imprese bancarie. La afflittività non è pertanto minore rispetto alle sanzioni in tema di abuso di mercato, così come identico è il fine.

Tuttavia la Corte di Cassazione, sino ad ora, rifugge dalla qualificazione di queste sanzioni come afflittive⁸², dato che si basa sul principio che le enunciazioni della Corte EDU attengono sempre “*a casi e problemi specifici (case law) con un approccio pragmatico che non si presta a generalizzazioni concettuali, oltre i limiti dell'oggetto del singolo giudizio*”⁸³, mentre la posizione della Corte costituzionale sembra essere del tutto

⁸⁰ Cfr. al riguardo, A. MORELLI, *Illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli, 2018, e bibliografia ivi indicata.

⁸¹ Sul punto cfr. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 45 ss., spec. 71 ss.

⁸² La Cassazione esclude che le sanzioni pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia per violazione dell'art. 144 TUB sino equiparabili “per tipologia, severità, ed idoneità ad incidere sulla sfera patrimoniale e personale dei destinatari, a quelle previste nel caso esaminato nella sentenza *Grande Stevens*. Di conseguenza, alla stregua dei criteri enunciati dalla Corte di Strasburgo, non sembra possibile attribuire carattere penale a tali sanzioni; sicché in considerazione della natura meramente amministrativa delle stesse, non si pone un problema di compatibilità del procedimento sanzionatorio previsto in materia previsto con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6” della CEDU: così Cass. civ., Sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656, in [Diritto penale contemporaneo](#), 23 febbraio 2017, con nota di F. URBANI, *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte*, cit., il quale afferma invece la desumibilità della natura penale delle sanzioni previste dal testo unico bancario. In particolare: “alla luce dell'analisi comparata fra le sanzioni penali contenute nel Testo Unico della Finanza - così definite dalla Corte EDU - e quelle “amministrative” previste dall'articolo 144-ter del Testo Unico Bancario, emerge con vivida chiarezza la natura penale di queste ultime, a nulla rilevando il *nomen iuris* di norme “amministrative” attribuito loro dal legislatore italiano, in ossequio all'approccio “antiformalista” sovranazionale”.

⁸³ Cass. civ., Sez. II, 3 agosto 2016 n. 13433, cit. Sul punto v. le osservazioni indubbiamente critiche di F. VIGANÒ, *Il dialogo difficile: ancora fraintendimenti della Cassazione civile sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di sanzioni Consob e retroattività* in mitius, cit., dove si legge: “Questa volta a incorrere in un fraintendimento sono i giudici della Prima

contraria: *“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).”*

Ed inoltre: *“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 sopra precisati (supra punto 6.1.) – non potrà che estendersi anche a tali sanzioni.”*

Le posizioni delle due Corti sono dunque antitetiche. Vedremo se sarà necessaria una nuova decisione della Corte EDU sul punto o se la Corte di Cassazione deciderà, infine, di adeguarsi alla interpretazione prevalente delle Corti sovranazionali e della stessa Corte costituzionale.

sezione civile, che mostrano semplicemente di ignorare la logica della giurisprudenza della Corte EDU in materia di sanzioni ‘sostanzialmente penali’ irrogate da autorità amministrative indipendenti, come la CONSOB, affermando che tale giurisprudenza imporrebbe l’applicazione a tali sanzioni (e al relativo procedimento applicativo) dei principi del ‘giusto processo’, ma non i corollari del principio di legalità in materia penale, tra cui l’obbligo di applicazione retroattiva della legge più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto. Affermazione a dir poco stravagante: posto che la qualificazione di una sanzione come ‘sostanzialmente penale’ non può non comportare l’applicazione di tutti i diritti che la Convenzione riserva alla materia penale, e in primo luogo del nullum crimen di cui all’art. 7 CEDU completo di tutti i suoi corollari, tra i quali – dopo la sentenza della Grande Camera, Scoppola c. Italia, del 2009 – per l’appunto l’obbligo di applicazione retroattiva della *lex mitior*”.