

***La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il
giudicato****

di Andrea Pisaneschi – Professore ordinario di diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Siena

ABSTRACT: the article deals with the issue of the effects of the decision of the Constitutional Court n. 68 of 2021 on the judgment relating to substantially criminal administrative sanctions. It notes the non-existence of an instrument of protection in the legal system. The problem arises the possibility of the unconstitutionality of art. 360 c.p.c. on extraordinary revocation.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le incertezze della giurisprudenza ordinaria nell’applicazione dei criteri *Engel*. – 3. Il superamento della sentenza n. 43 del 2017 della Corte costituzionale. – 4. Sanzioni amministrative sostanzialmente penali e giudicato.

1.Premessa

La sentenza in questione dichiara la illegittimità costituzionale dell’art. 30 quarto comma della legge 11 marzo 1953 n. 87 in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida disposta con sentenza irrevocabile. In sostanza, con una sentenza interpretativa di accoglimento, la Corte ha esteso l’efficacia retroattiva della sentenza costituzionale di accoglimento anche a fattispecie

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

coperte da giudicato in materia di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali secondo i criteri *Engel* (così come sviluppati dalla Corte EDU), parificando la “cedevolezza” del giudicato sulle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alla “cedevolezza” del giudicato in materia di sanzioni penali.¹

La questione, come si è detto, riguarda la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente, ma, di là del caso di specie, la decisione appare particolarmente importante da un punto di vista sistemico. La Corte, infatti, offre ulteriori precisazioni sulla nozione di sanzione amministrativa sostanzialmente penale accogliendo *in toto* la classificazione effettuata dalla Corte EDU e considerandola, oramai, *ius receptum*. Ciò non era affatto scontato data l’esistenza di una posizione assai restrittiva, invece, della Corte di Cassazione, alla quale la stessa Corte rivolge qualche -neppure troppo velata- critica.

Inoltre con questa decisione vengono espressamente attribuite alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali secondo i criteri EDU le garanzie costituzionali previste per le sanzioni penali. Viene così superato quel sistema sostanzialmente duale secondo il quale le garanzie penali della Costituzione sono predisposte solo per le sanzioni penali in senso proprio, mentre le sanzioni amministrative sostanzialmente penali godono solo delle garanzie della CEDU, modello che era stato avvalorato dalla sentenza n. 43 del 2017 della medesima Corte.² Rispetto a tale sentenza, la Corte effettua un esplicito *overruling*, e anche questo profilo, di metodo, costituisce una certa novità.

Infine, gli effetti pratici e futuri che implicitamente conseguono da questa sentenza. L’affermazione che il giudicato in materia formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale è cedevole a fronte di una sentenza costituzionale di accoglimento al pari del giudicato penale, apre infatti tutta un’ulteriore serie di questioni relative al tema del trattamento giuridico dello *ius superveniens* favorevole in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Questioni che, a questo punto, debbono essere necessariamente trattate in maniera analoga alla sanzione

¹ Per un primo commento alla sentenza cfr. M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in *Sistema penale*, 20 aprile 2021.

² Cfr. M. C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa sostanzialmente penale: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 21 marzo 2017, A. CHIBELLI, *L’illegittimità sopravvenuta delle sanzioni sostanzialmente penali e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, *ivi*, 3 aprile 2017.

penale ma che, come vedremo, presentano problematiche non irrilevanti in conseguenza dei diversi sistemi processuali posti a presidio della sanzione penale rispetto alla sanzione amministrativa.

Questi aspetti trascendono la questione specifica dal quale il caso è sorto e si inseriscono – coerentemente- in una sorta di nuovo percorso, in generale più garantista e con suggestioni moniste nel collegamento tra norme sovranazionali e norme costituzionali, inaugurato con la sentenza n. 63 del 2019 della stessa Corte.³

2. Le incertezze della giurisprudenza ordinaria nell'applicazione dei criteri *Engel*

Il primo punto sul quale è opportuno soffermarsi riguarda la definizione di sanzione sostanzialmente penale. Oramai la giurisprudenza della Corte EDU sulle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, a partire dai criteri *Engel*⁴ è troppo nota per dover ripercorrerne le tappe.⁵ Ciò che giova ricordare invece – ancora al di là del caso di specie – è che la applicazione di questi criteri a livello interno non ha generato una uniformità di vedute e interpretazioni da parte della

³ Cfr. M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, nonché E. BINDI - A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative Consob*, in *Giur. Comm.*, 2019, 1015 ss.

⁴ Cfr. Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, *Engel e al. v. Paesi Bassi*, con la quale la Corte affermò che la qualificazione giuridica formale ai sensi dell'ordinamento nazionale non è sufficiente per negare l'applicabilità delle garanzie del giusto processo ex art. 6 CEDU. In particolare, con riferimento al criterio formale, la Corte ritiene la qualificazione giuridica della misura secondo il diritto nazionale “non decisiva ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'art. 6 della Convenzione, in quanto le indicazioni fornite dal diritto interno hanno valore relativo”. Cfr. al proposito Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germania*, par. 52, 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*. Al riguardo cfr., anche, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli 2012, 48 ss.; F. GOISIS, *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 337. Secondo la Corte EDU per qualificare una sanzione come penale occorre far riferimento principalmente alla natura e alla gravità della sanzione. Con la espressione “natura” ci si riferisce al carattere principalmente afflittivo anziché risarcitorio o ripristinatorio. Il fine della sanzione, in effetti, deve essere prevalentemente quello di prevenire, reprimere e dissuadere allo scopo di evitare che analoghe condotte possano essere ripetute. Allo stesso tempo la sanzione deve essere diretta a tutelare beni normalmente protetti dalle norme penali, così come deve essere applicabile ad un gruppo ampio di destinatari. La gravità della sanzione fa invece riferimento al massimo edittale previsto, e dipende da una valutazione sia soggettiva che oggettiva. Inoltre, il principio di gravità, per quelle sanzioni che hanno un contenuto essenzialmente economico, è dato anche dalla esistenza di elementi di afflizione personale. Quando cioè la sanzione presenti un carattere socialmente riprovevole, o possa influenzare la vita sociale, di relazione o professionale della persona, essa assume un carattere sostanzialmente penale

⁵ Per una ricostruzione completa cfr. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, che approfondisce il tema del rapporto tra sanzioni amministrative e diritto europeo, nonché 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, *passim*, ai quali si rinvia anche per i riferimenti bibliografici generali.

giurisprudenza, producendo, specialmente per alcune tipologie di provvedimenti sanzionatori, contraddizioni e incertezze. Si pensi alla questione delle sanzioni emanate dalle autorità di regolazione dei mercati (Banca Italia, Consob, Antitrust, Ivass). Per quanto sia difficile negare che queste sanzioni abbiano natura sostanzialmente penale, la Corte di Cassazione, competente nei giudizi di opposizione per le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob, ritiene che le sanzioni della Banca d'Italia, anche di valore molto elevato, non siano sostanzialmente penali sulla base dei criteri *Engel* e parimenti che non lo siano le sanzioni irrogate dalla Consob, fatte salve esclusivamente le sanzioni in materia di abusi di mercato (in conseguenza del fatto che la famosissima sentenza Grande Stevens concerneva una sanzione irrogata su tale specifica materia).

Il Consiglio di Stato, invece, rimasto competente per le sanzioni Antitrust e Ivass⁶ (queste ultime sono praticamente identiche, anche dal punto di vista del procedimento a quelle irrogate dalla Banca d'Italia) considera tali sanzioni sostanzialmente penali, applicandovi pertanto le garanzie della CEDU.⁷

Alla base di questa difformità di pronunce non vi è solo una differente interpretazione di alcune decisioni della Corte EDU, ma anche e soprattutto una visione di sistema da parte della Corte di

⁶ Per una ricostruzione delle vicende che hanno portato all'attribuzione della giurisdizione sulle sanzioni della Banca d'Italia e della Consob al giudice ordinario, con rito speciale, mentre per le sanzioni dell'Antitrust e dell'IVASS è rimasta la giurisdizione amministrativa, cfr. M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel balletto delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.* 2012, 1166 ss.; nonché E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2020, e la bibliografia ivi citata.

⁷ Si tratta delle sentenze della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 2042 del 28.3. 2019 e della sentenza della medesima Sezione del Consiglio di Stato n. 2043 del 28 marzo 2019, adottate sulla scia della posizione precedentemente sostenuta in Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit. e da alcune ordinanze: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 ottobre 2014 nn. 4491 e 4492. Su queste ordinanze cfr. E. BINDI, *Il Consiglio di Stato e i regolamenti sanzionatori della Consob: il primo caso di applicazione della sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens c. Italia*, in *Giustamm.it.*, 5 novembre 2014. Sulla sentenza n. 1596 del Consiglio di Stato v. B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, p. 511 ss. Sulla posizione complessiva del Consiglio di Stato dopo le sentenze sull'IVASS cfr. E. BINDI - A. PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS. Quale è il rationale della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia?*, in *Giust. Amm.* 2019. Il Consiglio di Stato ha annullato il regolamento IVASS dopo aver considerato le sanzioni sostanzialmente afflittive sulla base dei criteri *Engel*. Infatti, secondo il Consiglio di Stato VI Sezione n. 2042 del 28.3. 2019, la sanzione IVASS “non è una sanzione penale in senso stretto, perché l'ordinamento non la qualifica come tale, ma ne ha il carattere sostanziale in base alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, e in particolare ai c.d. criteri *Engel*, elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nella sentenza 8 giugno 1976 *Engel e altri c. Paesi Bassi*, Ciò si afferma argomentando dalla natura della norma che prevede l'infrazione, volta ad assicurare il buon andamento di un mercato rilevante come quello assicurativo, e quindi la tutela di interessi generali della società normalmente presidiati dal diritto penale, nonché sia dalla natura e particolare severità delle sanzioni applicabili, che possono ledere il credito dei soggetti interessati e produrre conseguenze patrimoniali importanti, come è evidente dai dati di cui si ragiona.” (cfr. ancora E. BINDI - A. PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS*, cit.).

Cassazione che mira ad evitare, per quanto possibile, la sovrapposizione tra sanzione amministrativa e sanzione penale. Il fine starebbe nel non vanificare i processi di depenalizzazione ai quali l'ordinamento ha ampiamente attinto negli ultimi anni (senza tuttavia considerare come la mera estensione delle garanzie non riconduca nell'ambito del diritto penale ciò che l'ordinamento ha qualificato come amministrativo). La Corte di Cassazione vorrebbe quindi mantenere ben distinte le categorie formali della sanzione amministrativa (con le garanzie del procedimento amministrativo) rispetto alla categoria formale della sanzione penale (con le garanzie costituzionali della pena), e per sostenere tale tesi si appoggia su di una interpretazione fortemente restrittiva della giurisprudenza EDU, considerata vincolante solo allorché riguardi un caso specifico già deciso in una fattispecie identica.⁸ Questa impostazione, peraltro, era già stata censurata dalla Corte costituzionale, che quasi in risposta puntuale a tale linea interpretativa, aveva affermato nella sentenza n. 63 del 2019 che *“rispetto a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità punitiva, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della materia penale ivi compreso dunque il principio di retroattività della lex mitior nei limiti appena precisati .. non potrà che estendersi anche a tali sanzioni. A tale conclusione non osta l'assenza, sino a questo momento, di precedenti specifici nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come questa Corte ha avuto recentemente occasione di affermare infatti è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo”*.⁹

La tesi formalista della Corte di Cassazione, inoltre, non pare tenere in conto che spesso il processo di depenalizzazione ha portato alla previsione di sanzioni amministrative con pene edittali elevatissime (si pensi ancora alle sanzioni della Consob in materia di abusi di mercato che possono arrivare sino a 15 milioni di euro; alla confisca per equivalente; alla sanzione accessoria ulteriore del divieto di esercizio di attività professionali ecc.) e che, come rilevato anche dalla Corte nella sentenza in commento, la sanzione amministrativa può essere assai più afflittiva di quella penale.

⁸ Infatti la Corte di Cassazione ritiene di non applicare la giurisprudenza della Corte EDU sui c.d. criteri *Engel* perché, ancora a dire della Corte, 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”*. Si veda ad esempio Cass. Sez. II, 2016 n. 3652.

⁹ Così Corte cost. 63 del 2019, “considerato in diritto” n. 6.2, che cita testualmente Corte cost. 68 del 2017. Anche questa sentenza è stata ampiamente commentata sotto vari profili. Per gli aspetti che qui interessano cfr. M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, cit. e E. BINDI - A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative*, cit.

La sanzione penale, infatti, normalmente non è immediatamente esecutiva mentre lo è la sanzione amministrativa; la pena in certi casi può essere sottoposta ad istituti, quali la sospensione condizionale che ne impediscono la concreta esecuzione, mentre la sanzione amministrativa non gode di alcuno di questi benefici. Il grado di stigma sociale, infine, in alcune sanzioni amministrative non è inferiore a quello generato dalla sanzione penale, (in molti casi le sanzioni amministrative proprio al fine di dissuadere vengono pubblicate, come ad esempio nel caso delle sanzioni della Consob, della Banca d'Italia e dell'Ivass).

La sentenza della Corte costituzionale in commento svolge esattamente queste considerazioni da un punto di vista sostanziale. Afferma che ormai questa classificazione di sanzioni amministrative sostanzialmente penali secondo i criteri *Engel* è parte dell'ordinamento; sospinge con una sorta di monito, la Corte di Cassazione ad applicare *in pratica* e non solo nella teoria i criteri *Engel*; conclude ritenendo che alle sanzioni sostanzialmente penali debbono applicarsi tutte le garanzie che la Costituzione attribuisce alla sanzione penale.

3. Il superamento della sentenza n. 43 del 2017 della Corte costituzionale

Per arrivare a questa ultima -ed assai importante- considerazione, era però necessario superare la precedente sentenza della stessa Corte costituzionale n. 43 del 2017, che, sulla base di un ragionamento completamente differente, aveva rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 in riferimento alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali.

Come si ricorderà, infatti, l'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 a tenore del quale *“quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”* era stata interpretata dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 43 del 2017, come riferibile solo alle *“sanzioni formalmente penali e alle statuizioni tipicamente penali”*.

Da un punto di vista dei principi tale affermazione era suffragata da alcuni postulati tipicamente “dualistici”: la nozione di sanzione penale sarebbe stata elaborata dalla Corte di Strasburgo al fine di dare interpretazione e applicazione alla Convenzione; conseguentemente l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale *“trascina, dunque, con sé tutte e soltanto*

le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri". Con la conseguenza ancora che "ciò che per la giurisprudenza europea ha natura penale deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna".¹⁰

Questa decisione, in realtà, era sin dall'inizio apparsa poco convincente. Al di là di una impostazione fortemente dualistica e assai limitativa della portata e degli effetti del diritto sovranazionale nell'ordinamento interno, era proprio la sostanza del ragionamento -e gli effetti di questo- ad apparire difficilmente condivisibili.

Di fatto la sentenza introduceva una sorta di doppio regime di garanzie: le sanzioni formalmente penali avrebbero goduto delle garanzie CEDU e delle garanzie costituzionali, mentre le sanzioni formalmente amministrative solo delle garanzie CEDU.¹¹

Ora, anche a voler prescindere dalla -alle volte- superiore afflittività delle sanzioni formalmente amministrative rispetto a quelle penali, tale gradazione di garanzie non è rinvenibile, in verità, in nessuna norma o principio costituzionale. Le sanzioni possono essere o penali o amministrative

¹⁰Per alcuni commenti critici cfr. M. C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, cit.; e A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, cit. Cfr. anche E. BINDI - A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 27 novembre 2019, 2 ss. Come noto la sentenza è stata ampiamente annotata e commentata dai costituzionalisti sotto varie angolature. Per i riferimenti bibliografici si veda E. BINDI - A. PISANESCHI, *op. ult.cit.*, nt. 42.

¹¹ Questa ricostruzione risentiva, peraltro, dell'impostazione della Corte di Cassazione che, nei pochi casi nei quali aveva riconosciuto la natura sostanzialmente penale della sanzione secondo i criteri EDU, aveva applicato ad essa solo i principi del c.d. giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU, e non invece l'insieme delle garanzie costituzionali. 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 formali, talvolta ridondanti nella magia della parola "afflittività"*". (Cass. Civ., Sez. II, 30 giugno 2016 n. 13433.)

spettando alle une determinate garanzie e alle altre talune differenti (ad esempio le garanzie di partecipazione al procedimento amministrativo che, come noto hanno caratteristiche assai diverse dalle garanzie del processo) ma non esiste, in primo luogo a livello costituzionale, una categoria “ibrida” alla quale attribuire alcune garanzie e non altre. Infatti, se l’ordinamento interno considera una sanzione sostanzialmente penale, ad esse debbono spettare tutte le garanzie che l’ordinamento interno e sovranazionale prevede per quel tipo di sanzione.

Nondimeno, superare tale precedente non era affatto facile, considerando anche che il tempo trascorso è stato tutto sommato assai poco. Inoltre la giurisprudenza costituzionale, almeno sino alla sentenza 63 del 2019, che ha tracciato una linea netta sul tema, era stata molto incerta: tuttalpiù potevano rinvenirsi spunti nelle motivazioni (ad esempio sulla questione dell’applicabilità del principio di retroattività favorevole), ma che comunque erano ricomprese all’interno di decisioni di inammissibilità o di rigetto.¹² Tali motivazioni, inoltre, apparivano spesso all’interprete assai ermetiche.

Come si diceva il vero aggancio per giustificare il *revirement* è invece arrivata con la sentenza n. 63 del 2019.¹³ Questa sentenza, per la sua inattaccabile struttura logica, ha costituito il presupposto per l’ulteriore – ed ora totalmente esplicito- avanzamento. Al di là della questione specifica –

¹² Si veda ad esempio, Corte cost. n. 109 del 2017, di inammissibilità perché il giudice aveva sollevato questione di costituzionalità di una sanzione, definita afflittiva secondo i criteri *Engel*, rispetto all’art. 25 della Costituzione. Sulla questione cfr. F. VIGANO’, *Una nuova pronuncia della Consulta sull’irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; nonché Corte cost. n. 193 del 2016 con nota di P. PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius, un timido passo avanti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 270 ss. e A. CHIRULLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 247. 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. Oppure, ancora, Corte costituzionale n. 68 del 2017 con nota di F. VIGANÒ, *Un’altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative punitive*, in *Diritto penale contemporaneo* 2017. 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 mitius* (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 ai sensi dell’art. 7 della Convenzione, permette l’applicazione 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.” In generale sulla problematica A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob e della Banca d’Italia: gli indirizzi delle giurisdizioni sovranazionali e le problematiche applicative interne*, in *Riv. Trim. Dir. Economia*, (Supplemento 2) 2020, 81 ss.

¹³Vedi *supra* nota n. 9.

L'applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni della Consob in materia di abusi di mercato- la sentenza 63 ricostruiva, come parametro di riferimento, un sistema di principi penalistici integrato da norme costituzionali, norme convenzionali, norme europee e norme internazionali. Già da tale ricostruzione risultava, invero, superata la ricostruzione di una sanzione amministrativa sostanzialmente afflittiva con regimi giuridici differenti. Se l'ordinamento in materia penalistica deve considerarsi come un ordinamento integrato, è implicito che non possono graduarsi le garanzie distinguendo tra garanzie costituzionali e garanzie CEDU. Entrambe, infatti, contribuiscono a formare quello statuto che caratterizza la sanzione penale (e quindi anche la sanzione amministrativa sostanzialmente penale).

Se dunque le premesse erano già esistenti nella sentenza n. 63 del 2019, le conseguenze finali sono state però completamente esplicitate in questa sentenza e sono assai rilevanti: tutte le sanzioni sostanzialmente penali alla luce dei criteri *Engel* dovranno godere delle garanzie costituzionali in tema di legalità, determinatezza, riserva di legge, divieto di retroattività e anche retroattività favorevole (anche se tale principio non deriva da una norma costituzionale espressa ma da una interpretazione giurisprudenziale dell'art. 3), giusto processo.

Lo statuto delle garanzie costituzionali per le sanzioni amministrative sostanzialmente penali è a questo punto chiaro. Dovrà comprendersi, tuttavia, se la Corte di Cassazione, come abbiamo rilevato assai "timida" in questa materia, recepirà il monito, nemmeno tanto velato, contenuto nella decisione, ed i suoi effetti conseguenti.¹⁴

4. Sanzioni amministrative sostanzialmente penali e giudicato

L'effetto della decisione, nel caso di specie, è evidentemente confinato all'applicazione dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Dunque, in conseguenza di questa sentenza potranno beneficiare della retroattività della sentenza costituzionale di accoglimento anche coloro i quali abbiano subito sanzioni amministrative

¹⁴ La Corte costituzionale infatti critica abbastanza chiaramente il fatto che la Corte di Cassazione in astratto riconosca che l'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 debba essere applicato anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali " *ma dall'altro nega, in modo altrettanto costante, che la revoca della patente abbia una simile natura, e conseguentemente esclude che il giudice dell'esecuzione sia abilitato ad effettuare l'operazione cui il rimettente intenderebbe procedere nel caso di specie*".

sostanzialmente penali che si siano ormai cristallizzate in un giudicato. Parimenti i giudici dovranno sollevare questioni di costituzionalità rispetto a quelle norme che non estendano retroattivamente eventuali previsioni favorevoli.

Ma a parte queste prime conseguenze del tutto implicite nella sentenza, ve ne sono anche altre, altrettanto necessitate ma non agevolmente risolvibili in assenza di un intervento del legislatore¹⁵.

Infatti, dato che con questa decisione si è stabilito che il giudicato in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali ha il medesimo *status* del giudicato penale rispetto all'efficacia retroattiva della sentenza di accoglimento, e che la sanzione amministrativa sostanzialmente penale ha lo stesso *status* della sanzione penale, deve giocoforza concludersi che giudicato penale e giudicato su sanzione sostanzialmente penale hanno la medesima forza e la medesima caducità.

Ora è noto che il giudicato penale ha una caducità assai superiore rispetto al giudicato civile o amministrativo (o un grado di resistenza inferiore). Solo per ricordare gli esempi più noti: dal combinato disposto degli artt. 2 cod. pen., 673 c.p.p. e (per l'appunto) dall'art. 30, quarto comma, della legge 87 del 1953, si ricava che il giudicato di condanna deve essere revocato in seguito all'abrogazione della norma incriminatrice. Inoltre la giurisprudenza ha affiancato a tali ipotesi la decisione di sopravvenuta incompatibilità, dichiarata dalla Corte di Giustizia, della norma incriminatrice con il diritto dell'Unione Europea dotato di effetto diretto. Anche allorquando una circostanza aggravante sia stata dichiarata incostituzionale occorre modificare il giudicato, con conseguente necessità, per il giudice dell'esecuzione, di rideterminare la pena.¹⁶

In tema di decisioni CEDU contrastanti con un giudicato penale interno, il problema fu affrontato nel c.d. caso Dorigo allorquando la Corte di Cassazione ebbe a sostenere che il giudice dell'esecuzione “*deve dichiarare a norma dell'art. 670 c.p.p. l'ineseguibilità del giudicato quando*

¹⁵ Sul tema degli strumenti di tutela v., ad esempio, H. SIMONETTI, *Esecuzione delle pronunce CEDU e 'riapertura' del procedimento e del processo amministrativo: verso una nuova ipotesi di revocazione?*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, RomaTrepres, 2016; F. FRANCIOSI, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato. Prime considerazioni su Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123*, in *Federalismi.it*, n. 13/2017; R. G. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta Online*, 2/ 2017; G. PETRALIA, *Conflitto tra giudicato nazionale e sentenze delle corti europee: nota a margine di Corte Costituzionale n. 123/2017*, in *Rivista Aic*, n. 4/2017; C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 18/2018.

¹⁶ Si veda su questo tema F. VIGANO', *Retroattività in mitius e limite del giudicato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 12.

la Corte europea abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo". E questo sulla base della considerazione che "il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore della intangibilità del giudicato," dato che "non è più accettabile una concezione assolutistica del giudicato come norma del caso concreto, insensibile alle evenienze giuridiche successive alla irrevocabilità della sentenza". Da questa linea argomentativa,¹⁷ come si ricorderà, la Corte costituzionale dedusse poi l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. (revisione della sentenza) nella parte in cui questa non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, al fine di consentire la riapertura del processo quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU ex art. 46 par. 1 CEDU.¹⁸

In definitiva in materia penale il giudicato presenta un elevato grado di cedevolezza a fronte di eventi o norme successive alla condanna passata in giudicato ai fini della tutela dei diritti fondamentali di libertà che debbono prevalere sulla stabilità della cosa giudicata. Ma se la sanzione amministrativa sostanzialmente penale gode delle stesse garanzie della sanzione penale, deve dedursi che i medesimi principi sopra ricordati (retroattività favorevole della legge, sentenza della Corte di Giustizia, sentenza della Corte EDU) rendono del pari cedevole anche il giudicato sulle sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Esse, infatti, sono egualmente afflittive rispetto alla sanzione formalmente penale e dunque, anche in questo caso, rispetto alla stabilità della cosa

¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2017, dove la Corte incidentalmente osserva che «anche questa Corte ha in diverse occasioni riscontrato nell'ordinamento nazionale l'esistenza di ipotesi di flessibilità del principio della intangibilità del giudicato (sent. n. 210 del 2013) necessarie a garantire la tutela dei valori di rango costituzionale, legati in particolare ai diritti fondamentali della persona del condannato»: così il punto 3.2. del *Considerato in diritto*. Per un primo commento cfr. M. C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, cit.; e A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, cit.

¹⁸ La questione, come noto, era stata allora sollevata dalla Corte di Appello di Bologna, ordinanza del 23 dicembre 2008 (iscritta nel r.o. n. 303 del 2010 e pubblicata in G. U., prima serie speciale, n. 41 del 2010) sulla quale la Corte costituzionale si è pronunciata con la sent. n. 113 del 2011, in *Giur. cost.* 2011, 1560 ss., con nota di S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte Europea tra i casi di revisione*. Su tale sentenza cfr. *Gli effetti dei giudicati "europei" sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, Tavola rotonda con contributi di G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*; R. E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Rivista AIC*, 28/6/2011.

giudicata deve prevalere il diritto fondamentale dell'individuo a non essere punito per una norma che è stata abrogata dal legislatore o che è incompatibile con il diritto europeo o con la Convenzione EDU.

Vi sarebbe, altrimenti, un'implicita e inaccettabile violazione del principio di eguaglianza, potendosi beneficiare della retroattività favorevole solo in presenza di una decisione di incostituzionalità – che presuppone una legge illegittima- e non invece di una scelta, legittima, del legislatore o di una sentenza della Corte EDU (diversamente da come accade nel diritto penale) o di una decisione della Corte di Giustizia.

Se si accoglie questa considerazione, che peraltro sembra inevitabile a seguito della sentenza in commento, si aprono però problemi – anche pratici- assai complessi.

Il sistema penale prevede, infatti, gli strumenti processuali per poter incidere sul giudicato a seguito di norma o sentenza favorevole (il giudice dell'esecuzione in caso di legge retroattiva o di sentenza di accoglimento della Corte costituzionale e la revisione della sentenza a seguito di decisione della Corte EDU), mentre il sistema processuale civile e processuale amministrativo (competente a seconda dei tipi di sanzioni sul giudizio di opposizione) non ne prevede alcuno.

Quale strumento processuale deve essere utilizzato per far valere, nei confronti di una decisione passata in giudicato che riguarda sanzioni amministrative sostanzialmente penali, una legge retroattiva favorevole o una sentenza della Corte di Giustizia o della Corte EDU?

L'unico strumento astrattamente utilizzabile nell'ambito del processo civile, infatti, sembra essere la revocazione della sentenza. Per quanto ovvio, nel giudizio civile o amministrativo non esiste la figura del giudice dell'esecuzione, con la funzione di valutare anche gli "incidenti" processuali che possono verificarsi, successivamente al giudicato e nel corso dell'esecuzione della pena.

Tuttavia i vincoli della revocazione straordinaria sono assai stretti, e come ben noto, tra i casi previsti nell'art. 395 commi 1,2 3 e 6 non vi è certo il caso della legge retroattiva favorevole. Inoltre la Corte costituzionale ha rigettato, con una decisione del 2017, la questione di costituzionalità, sollevata dal Consiglio di Stato sulla revocazione della sentenza nella parte in cui la norma non consente la revocazione della sentenza passato in giudicato a seguito di una sentenza della Corte

EDU¹⁹. Secondo la sentenza del 2017 infatti, vi sarebbe una differenza importante tra il processo penale e il giudizio amministrativo o civile. Nel primo verrebbe in gioco la libertà personale che invece non costituisce oggetto di giudizio nel processo civile ed amministrativo. Inoltre il processo penale non coinvolgerebbe soggetti privati diversi dallo Stato che invece meriterebbero di essere tutelati attraverso la stabilità del giudicato.

V'è però da chiedersi se a questo punto, sulla base di quella motivazione che distingueva la possibile cedevolezza del giudicato penale, rispetto alla necessaria stabilità del giudicato civile e amministrativo anche in funzione di tutela di soggetti terzi, anche quella posizione della Corte costituzionale, non debba essere rivista, per le sanzioni amministrative sostanzialmente penali, alla luce della sentenza in commento. Infatti nel momento in cui la sanzione amministrativa sostanzialmente penale è attratta all'interno delle garanzie costituzionali, per le medesime ragioni di afflittività nei confronti dei diritti fondamentali di libertà dell'individuo, viene meno la prima ragione evidenziata dalla Corte nella sentenza sulla revocazione per escludere, appunto, la revocazione della sentenza (e cioè proprio l'afflizione personale che distingue il diritto penale dal diritto civile e amministrativo).

Ma a ben vedere, rispetto alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali non v'è nemmeno il problema della tutela del terzo, che la Corte costituzionale aveva posto come fondamento della stabilità del giudicato. La sanzione amministrativa sostanzialmente penale, infatti, sulla base dei criteri *Engel*, non deve avere finalità risarcitorie ma afflittive e dissuasive. È pertanto la stessa natura della sanzione a implicare che la controparte, nel giudizio di opposizione alla sanzione, sia il

¹⁹ Cfr. Corte cost. n. 123 del 2017, con osservazione di E. BINDI - A. PISANESCHI, *La Corte costituzionale non consente la revocazione delle sentenze amministrative passate in giudicato per contrasto con la sentenza della Corte EDU*, in *Giustamm.it.*, luglio 2017, 1 ss. Con l'ord. 17 novembre 2016, n. 4765, il Consiglio di Stato aveva ritenuto rilevante e non manifestamente infondata, la questione di costituzionalità dell'articolo 106 del Codice del processo amministrativo e degli articoli 395 e 396 del Codice processuale civile, in relazione agli articoli 117, co. 1, 111 e 24 Cost., nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte EDU. In particolare, la questione verteva sulla revocazione di una sentenza amministrativa sulla base dell'asserito contrasto con una successiva pronuncia della Corte EDU. Si sosteneva nella ordinanza che a seguito di accertamento, con sentenza definitiva, della violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, sorge, in capo allo Stato, l'obbligo di riparare detta violazione mediante la c.d. *restitutio in integrum*, che potrebbe essere realizzata solo mediante una riapertura del processo. Qualora non fosse ammissibile la revocazione della sentenza, l'ordinamento italiano non fornirebbe alcuna possibilità per rimediare alla violazione dei diritti fondamentali. Sulla ordinanza di rimessione cfr. E. GRILLO, *Un nuovo motivo di revocazione straordinaria del giudicato amministrativo per dare esecuzione alle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo?* in *Dir. proc. amm.*, 2017, 184.

soggetto dotato del potere punitivo e non altri eventualmente danneggiati, che solo in altra sede (ma non nel giudizio di opposizione), potranno far valere le proprie ragioni.

Del resto, altra strada non sembra esservi, in assenza di un intervento del legislatore. Per intervenire su di un giudicato già formatosi in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali a seguito di norma più favorevole non sembra possibile utilizzare in analogia le norme del processo penale (astrattamente più compatibili con il tipo di sanzione) non essendovi un giudice dell'esecuzione al quale rivolgersi né una sentenza formalmente penale da sottoporre a revisione.

Per intanto, e nell'attesa di una sentenza additiva della Corte costituzionale sull'art. 365 c.p.c. che stabilisca una nuova ipotesi di revocazione della sentenza per le sanzioni amministrative sostanzialmente penali, sulla scia peraltro della sentenza additiva n. 113 del 2011 sulla revisione della sentenza penale, vi sarà ampio spazio per la fantasia creativa dei difensori.