

ORIENTAMENTI

VINCENZO TIGANO

Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività

Il contributo prende le mosse dalla sentenza costituzionale n. 223/2018 per affrontare la questione della legittimità costituzionale delle norme transitorie introdotte da alcune leggi di depenalizzazione, in relazione alla loro compatibilità con il principio di irretroattività.

Nella prima parte, dopo aver distinto il fenomeno della successione di leggi penali nel tempo da quello della successione “impropria” di leggi penali ed amministrative punitive, si analizza come l’applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative per punire condotte precedentemente integranti fattispecie di reato e ancora *sub iudicio*, possa essere conciliabile con la disciplina codicistica dell’*abolitio criminis* e con il principio costituzionale di irretroattività.

Nella seconda parte si indicano i criteri che andrebbero adottati in sede giudiziaria o *de iure condendo* per garantire che le sanzioni amministrative comminate al colpevole in via retroattiva non risultino più sfavorevoli di quelle penali precedentemente previste, prendendo come modello la disciplina dettata dall’art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 8/2016, e sottolineandone i vantaggi e le criticità.

Infine, si mette in evidenza come la “frattura categoriale” insita nel passaggio dal diritto penale al diritto amministrativo punitivo, giustifichi la peculiarità dei regimi di diritto transitorio ma richieda anche un intervento di riforma organica da parte del legislatore.

Chronological succession of criminal and administrative-punitive laws, transitional provisions and conditions of compliance with the principle of non-retroactivity

The article starts from the analysis of the judgement no. 223/2018 of the Constitutional Court with the aim to deal with the issue of constitutional legitimacy of transitional rules introduced by some laws of decriminalization, with reference to accordance of them with the principle of non-retroactivity.

*In the first part, after having distinguished chronological succession of criminal laws from “improper” chronological succession of criminal and administrative-punitive laws, it is analyzed how retroactive application of administrative sanctions aimed at punishing behaviours previously fallen under criminal law and still sub-judgement, could be coordinated with the codicistic discipline of *abolitio criminis* and the constitutional principle of non-retroactivity.*

In the second part the author indicates which criteria should be applied by judges and legislator in order to ensure that administrative sanctions imposed on offenders retroactively are not more unfavorable than previous penalties, by taking art. 8, par. 3, of Legislative Decree no. 8/2016 as a model and highlighting its advantages and criticisms.

Lastly it is pointed out how “category break” due to passage from criminal law to administrative-punitive law justifies peculiar transitional regimes but also needs an organic law reform.

SOMMARIO: 1. Premessa: la declaratoria di incostituzionalità dell’applicazione retroattiva della confisca per equivalente alle condotte di insider trading secondario commesse prima della depenalizzazione. - 2. Successione di leggi nel tempo, principio di irretroattività e principio di retroattività favorevole tra illecito penale e illecito amministrativo. - 3. Le norme transitorie delle leggi di depenalizzazione e la

questione dell'operatività dell'art. 2, co. 4, c.p. (e degli artt. 40 e 41 della L. n. 689/1981) nei casi non regolati. - 4. Le ragioni di giustizia poste alla base delle norme transitorie e il sottaciuto contrasto tra la retroattività delle sanzioni amministrative conseguente a depenalizzazione e il principio costituzionale di irretroattività *in malam partem*. - 4.1. Una prima discutibile soluzione: l'interpretazione evolutiva dell'art. 2, co. 2, come norma regolativa dell'*abolitio illicetatis* e non dell'*abolitio criminis*. - 4.2. Una seconda preferibile soluzione: l'interpretazione delle norme transitorie come deroghe all'art. 2, co. 2. - 5. La questione sulla legittimità costituzionale dell'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa più sfavorevole di quella penale: le soluzioni prospettabili. - 5.1. Il superamento della presunzione di maggiore favore del trattamento sanzionatorio amministrativo frutto di depenalizzazione. - 5.2. Le criticità del confronto complessivo e in concreto tra il regime sanzionatorio penale e quello amministrativo punitivo. - 5.3. La soluzione della considerazione individualizzata delle sanzioni amministrative da applicare retroattivamente: previa conoscibilità del precetto nel diritto amministrativo punitivo e criteri per il confronto con le pene previgenti. - 5.3.1. Il criterio "qualitativo" dell'omogeneità delle sanzioni in successione. - 5.3.2. Il criterio "quantitativo" del non superamento del massimo edittale delle pene omogenee previgenti. - 5.3.3. (*segue*) Un possibile correttivo al criterio "quantitativo": l'esclusione della considerazione (previa conversione) della pena detentiva previgente ai fini della retroattività delle sanzioni amministrative pecuniarie. - 6. Osservazioni conclusive: le questioni aperte sul travolgimento del giudicato di condanna, la frattura categoriale tra diritto penale e amministrativo-punitivo, e la necessità di un intervento organico del legislatore.

1. *Premessa: la declaratoria di incostituzionalità dell'applicazione retroattiva della confisca per equivalente alle condotte di insider trading secondario commesse prima della depenalizzazione.* Con la sentenza n. 223 del 5 dicembre 2018, la Consulta ha per la prima volta sancito l'applicabilità del principio costituzionale di irretroattività anche alle norme transitorie che, nell'ambito degli interventi di depenalizzazione, dispongono l'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative per punire i fatti commessi sotto la vigenza delle precedenti norme incriminatrici e ancora *sub iudicio*, laddove sia provato che l'apparato sanzionatorio amministrativo punitivo risulti complessivamente più sfavorevole di quello penale precedentemente in vigore ¹. La questione di legittimità costituzionale ha avuto ad oggetto l'art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 18 aprile 2005. La norma, nell'ambito della depenalizzazione delle condotte di *insider trading* secondario ², attuata attraverso

¹ Per un primo commento alla sentenza, si vedano GATTA, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative punitive più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente)*; in www.penalecontemporaneo.it; CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 4, 467 ss.; NARDOCCI, *Retroattività sfavorevole e sanzione amministrativa: esiste ancora un'autonomia per le garanzie costituzionali in materia penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 599 ss.

² Il previgente comma 2 dell'art. 180 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, puniva con la reclusione fino a due anni e con la multa da venti a seicento milioni di lire l'*insider trading* secondario, e non anche il *tipping* secondario e il *tuyautage* secondario. Sul punto, si vedano le considerazioni critiche - anche rispetto a quanto previsto dalla legge 17 maggio 1991, n. 157 - di SEMINARA, *Il reato di insider trading tra obbligo di astensione e divieto di utilizzazione in borsa di informazioni riservate. Considerazioni su*

l'introduzione dell'art. 187 *bis*, comma 4, nel t.u.f. (d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998), ha previsto che le sanzioni amministrative di nuova introduzione siano irrogabili anche a chi abbia commesso le violazioni anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa legge, quando il relativo procedimento penale non sia stato ancora definito con sentenza irrevocabile, e sempre che il giudice non ritenga di dovere emettere decreto di archiviazione o sentenza di assoluzione o proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto. Nello specifico, i giudici *a quibus*, le cui ordinanze di rimessione sono state riunite in sede di giudizio costituzionale³, hanno censurato la norma transitoria nella sola parte in cui prevedeva l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente agli illeciti depenalizzati; confisca di valore la cui finalità punitiva è stata da tempo rilevata dalla giurisprudenza⁴, con conseguente

riforme ordite, abortite e partorite, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1998, 334; CONTI, *Profili penalistici del Testo unico sull'intermediazione finanziaria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 5, 559; MUCCIARELLI, *L'insider trading nella nuova disciplina del d.lgs. 58/98*, in *Riv. trim. dir. pen. dell'econ.*, 2000, 955.

³ Si tratta delle sette ordinanze nn. 188, 189, 190, 191, 192, 193 del 2017 e n. 33 del 2018, emesse dalla Corte di cassazione, seconda sezione civile.

⁴ Oltre che dalla stessa sentenza costituzionale n. 223/2018, questo assunto è stato ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, costituzionale ed europea, rispetto a figure di confisca per equivalente previste in altri settori dell'ordinamento, in quanto si tratta di una misura che colpisce beni che non si trovano in un rapporto di pertinenzialità con l'illecito. Si vedano Cass. pen., sez. III, 16 luglio 2019-1° ottobre 2019, n. 40071 (tutte le sentenze della Corte di cassazione citate sono state reperite, se non diversamente indicato, in *dejure.it*); Cass. pen., sez. III, 10 maggio 2018-16 ottobre 2018, n. 46973; Cass. pen., sez. un., 31 gennaio 2013-23 aprile 2013, n. 18374; Cass. pen., sez. III, 25 settembre 2012-10 gennaio 2013, n. 1261; Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008-2 luglio 2008, n. 26654; Cass. pen., sez. un., 25 ottobre 2005-22 novembre 2005, n. 41936; Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68 (tutte le pronunce della Corte costituzionale citate sono state reperite in www.cortecostituzionale.it); Corte cost., 20 novembre 2009, n. 301; Corte cost., 2 aprile 2009, n. 97; Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90 (tutte le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo citate sono state reperite in <https://hudoc.echr.coe.int>). Così in dottrina, AMISANO, *Confisca per equivalente*, in *Dig. Disc. Pen.*, agg., IV, Torino, 2008, 204; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 249 ss.; SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 3, 274; MAIELLO, *Confisca per equivalente e pagamento del debito tributario*, in *Giur. it.*, 2014, 700. Ritengono che la confisca per equivalente rivesta una funzione ripristinatoria, avendo natura sussidiaria rispetto alla confisca diretta, pur presentando un carattere sanzionatorio e, in talune ipotesi, anche una componente afflittiva, Cass. pen., sez. II, 12 maggio 2015-11 giugno 2015, n. 24785; Cass. pen., sez. II, 10 gennaio 2013-17 aprile 2013, n. 17584; Cass. pen., sez. III, 14 giugno 2012-4 luglio 2012, n. 25774. In dottrina, in quest'ultimo senso, MONGILLO, sub art. 322^{ter}, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. I delitti contro la pubblica amministrazione*, dir. da Lattanzi-Lupo, VII, Milano, 2010, 254 ss.; MAGRO, *In tema di profitto confiscabile (a proposito del mancato pagamento della sanzione tributaria)*, in *questa Rivista*, 2013, 1, 12-13; LANZI, *La confisca diretta e di valore nei reati tributari: riflessioni e questioni aperte*, in *Ind. pen.*, 2014, 177 ss.; M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1692-1693; MAUGERI, voce *Confisca*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, 201; MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive, e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 175-176. Riconoscono alla confisca per equivalenten-

attraazione della misura nella sfera garantistica del principio costituzionale di irretroattività ⁵. I parametri che hanno fondato la declaratoria di illegittimità sono stati, dunque, gli artt. 25, co. 2, e 117, co. 1, della Costituzione, quest'ultimo per rinvio all'art. 7 C.E.D.U.

La medesima questione di costituzionalità era già stata sollevata un anno prima dagli stessi giudici della Corte di cassazione, ma era stata poi rigettata dalla Consulta con la sentenza n. 68 del 7 aprile 2017, in quanto l'illegittimità dell'applicazione retroattiva della confisca di valore era stata lamentata sulla base dell'argomentazione che si trattava di una sanzione punitiva ulteriore e sostanzialmente "nuova" da quelle previste sotto la vigenza della norma incriminatrice. In tal senso, la Corte costituzionale aveva affermato che la natura sostanzialmente penale del nuovo regime sanzionatorio amministrativo determinava l'inquadramento della fattispecie nella successione di leggi nel tempo, e imponeva conseguentemente all'interprete, prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma di diritto transitorio per contrasto con il principio di irretroattività, di «verificare in concreto se il sopraggiunto trattamento sanzionatorio, assunto nel suo complesso», fosse più afflittivo di quello penale previgente ⁶.

Tenendo conto dei rilievi critici alla base della pronuncia di rigetto, i giudici rimettenti hanno riformulato le questioni di legittimità, rilevando che le sanzioni amministrative di nuova introduzione risultino nel loro complesso più gravose per il colpevole, nonostante il regime sanzionatorio penale precedente presentasse quel margine intrinseco di specifica afflittività determinato dalla presenza della pena della reclusione e dagli effetti stigmatizzanti dell'eventuale condanna, a cui si aggiungevano la multa, le pene accessorie interdittive di cui agli artt. 28, 30, 32*bis* e 32*ter* c.p., la confisca del profitto del reato e dei mezzi utilizzati per commetterlo, e la pubblicazione della sentenza su almeno due quotidiani. La maggiore onerosità del sopraggiunto trattamento sanzionatorio amministrativo deriverebbe, oltre che dall'ovvia inapplicabilità di cause di estinzione del reato o della pena, dalla previsione di una sanzione pecuniaria

te soltanto una funzione ripristinatoria, Cass., Sez. II, 20 settembre 2016-30 novembre 2016, n. 50982; Cass., Sez. VI, 13 febbraio 2014-25 marzo 2014, n. 14017.

⁵ Sull'estensione, da parte sia della nostra Corte costituzionale sia della Corte EDU, del principio costituzionale di irretroattività anche alle misure punitive pur formalmente non riconducibili al diritto penale *stricto sensu*, si veda *infra*, § 2.

⁶ Corte cost., n. 68/2017, cit., § 9. Si veda il commento di VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, *C. cost., sent. 7 aprile 2017, n. 68*, Pres. Grossi, Red. Lattanzi, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 269 ss.; AMARELLI, *Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies t.u.f.*, in *Giur. cost.*, 2017, 2, 691 ss.

connotata da un compasso edittale ben più alto di quello della multa previgente, di sanzioni interdittive, dell'obbligo di pubblicazione del provvedimento sanzionatorio nei siti internet della Banca d'Italia o della Consob, della confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo e, in via subordinata, della confisca per equivalente. Soprattutto quest'ultima risultava, a parere dei giudici *a quibus*, «determinante ai fini della valutazione di maggiore gravosità del trattamento sanzionatorio successivo alla riforma», avendo ad oggetto beni privi di un nesso di pertinenzialità con l'illecito ed essendo fisiologicamente scevra di limiti massimi prestabiliti⁷. Sulla base di tali nuovi argomenti, la suddetta sentenza costituzionale n. 223/2018 ha accolto le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, co. 6, della legge n. 62/2005, nella parte in cui applicava retroattivamente la confisca per equivalente ai fatti commessi prima della depenalizzazione e ancora *sub iudicio*.

Se con la sentenza del 2018 si è finalmente giunti al formale superamento della presunzione di maggiore afflittività della pena rispetto a qualunque sanzione amministrativa, la pronuncia del 2017 – sui cui assunti la successiva si è comunque basata – ha invece dischiuso le porte a una discutibile assimilazione della successione delle leggi penali ed amministrative punitive alla successione di leggi penali nel tempo. Tuttavia, come vedremo, si tratta di due fenomeni successivi distinguibili sotto vari aspetti, che non consentono una piena applicabilità al primo della disciplina e degli effetti del secondo.

2. *Successione di leggi nel tempo, principio di irretroattività e principio di retroattività favorevole tra illecito penale e illecito amministrativo.* L'art. 2, co. 4, c.p. rappresenta una norma parzialmente attuativa del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, in quanto, stabilendo espressamente che, nel caso di successione di leggi penali nel tempo, vada applicata al reo la norma più mite, impone implicitamente anche che l'eventuale norma peggiorativa sopravvenuta non possa applicarsi ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore: in relazione a questo aspetto, possiamo dire che l'art. 2, comma 4, rappresenta un corollario dell'art. 2, comma 1, e dell'art. 25, comma 2, Cost., in ossequio all'esigenza, connessa anche all'art. 27 Cost.,

⁷ Sulla potenziale sproporzione della sanzione della confisca, non solo per equivalente, disposta dall'art. 187sexies del t.u.f., si vedano PETRONI, *La confisca negli abusi di mercato: profili di (il)legittimità costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, 95 ss.; AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, 413 ss.; VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia*, cit., 274, che sottolinea che la confisca per equivalente non è soggetta ai criteri di commisurazione di cui all'art. 133 c.p. o di cui all'art. 11 della L. n. 689/1981 e che non è vincolata ad alcun importo massimo.

che il reo non debba subire conseguenze sfavorevoli non stabilite dal legislatore, e quindi non previste né prevedibili, al momento della realizzazione del fatto⁸.

Allo stesso tempo, ma esorbitando dalla *ratio* del primo comma della disposizione codicistica, la norma prevede che l'eventuale legge sopravvenuta più favorevole debba applicarsi retroattivamente ai fatti precedentemente commessi sotto la vigenza della diversa norma incriminatrice più sfavorevole, così estendendo il principio di retroattività *in mitius* stabilito dal secondo comma dell'art. 2 in relazione alle norme che aboliscono il crimine (cd. "iperretroattività"), anche alle norme penali modificative più favorevoli al reo. In questo secondo caso, la previsione non trova fondamento nell'art. 25, co. 2, Cost., ma nell'art. 3 Cost.⁹, da cui si può evincere l'obbligo di assicurare il medesimo trattamento sanzionatorio più mite vigente al momento del giudizio¹⁰, ai

⁸ Si vedano, tra gli altri, SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale: disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1969, 95 ss.; GALLO, *La legge penale*, Torino, 1967, 39 ss.; PODO, voce *Successione di leggi penali*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, 667 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 12; AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, a cura di Ronco-Ambrosetti-Mezzetti, Bologna, 2016, 305. In giurisprudenza si ricordi la sentenza della Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364. In tal senso, di recente, Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, § 6.1., secondo cui la *ratio* immediata dell'art. 25, comma 2, Cost., è «quella di tutelare la libertà di autodeterminazione individuale, garantendo al singolo di non essere sorpreso dall'infrazione di una sanzione penale per lui non prevedibile al momento della commissione del fatto». Così anche la stessa Corte cost., n. 223/2018, cit., § 6.1.

⁹ È così affermato, nella giurisprudenza costituzionale, a partire da Corte cost., nn. 393 e 394 del 23 novembre 2006, con cui il fondamento costituzionale del principio di retroattività favorevole della legge penale è stato per la prima volta ufficialmente riconosciuto. Sul principio di eguaglianza come base costituzionale della retroattività *in mitius* nel campo del diritto penale, già prima dell'intervento della Consulta, si vedano BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 238 ss.; PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1378; VASSALLI, *Abolito criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 377; PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, 365; SEVERINO, *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXX, Roma, 1993, 1. Invece SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 83, riteneva che il principio di retroattività *in mitius* trovasse fondamento nell'art. 25, co. 2, Cost. In tal senso si vedano anche le riflessioni di ARDIZZONE, *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 2, 208 ss.

Mettono in luce il duplice e alternativo fondamento costituzionale dell'art. 2, co. 4, c.p., PODO, voce *Successione di leggi penali*, cit., 673; PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., 364-365; MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale. Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 89.

¹⁰ Si noti che l'art. 2, co. 4, c.p., facendo riferimento alla diversità tra la legge del tempo in cui fu com-

soggetti che abbiano posto in essere lo stesso comportamento antiggiuridico in lassi temporali differenti; con l'unico limite della preesistenza di una sentenza di condanna già passata in giudicato (limite ritenuto dal legislatore superabile solo nel caso in cui la norma sopravvenuta non si limiti a prevedere un trattamento migliorativo, ma abolisca *tout court* il crimine, ex art. 2, co. 2) ¹¹.

Per quanto riguarda il fenomeno della successione nel tempo di leggi amministrative sanzionatorie, la regola dell'irretroattività della norma successiva più sfavorevole al reo non appare scontata come per le norme penali, per due ragioni: anzitutto, il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative, stabilito dall'art. 1 della legge n. 689 del 24 novembre 1981, è stato per lungo tempo privo di una riconosciuta base costituzionale; in secondo luogo, la suddetta disposizione di legge ordinaria non risulta applicabile a tutti i tipi di sanzione amministrativa.

In relazione al primo ostacolo, dopo storici dibattiti in dottrina ¹² e una lunga

messo il fatto e «*le posteriori*», consente anche la retroattività della legge intermedia più favorevole sia rispetto a quella del *tempus commissi delicti* sia rispetto a quella vigente al momento del giudizio. Tuttavia, rispetto alla retroattività della *lex intermedia*, parte consistente della dottrina nega che si possa rinvenire un fondamento costituzionale nell'art. 3: così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 109; DE VERO, *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, 2010, 63; PELLIZZONE, *Il principio di retroattività delle norme penali in bonam partem*, in *Quad. cost.*, 2007, 857. In senso dubitativo, si veda PECORELLA, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, I, Milano, 2006, 630 ss.; ID., *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008, 10-11, 68 ss.; GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 67-68. Spicca poi l'opinione di chi ha invocato la tutela del diritto acquisito di essere giudicato in base a leggi meno severe intervenute dopo il compimento del fatto, anche se poi divenute a loro volta oggetto di abrogazione: così MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1981, 400 ss. In senso affine a quest'ultimo, ma invocando una sorta di tutela del "sospiro di sollievo" dell'imputato che, durante il processo, era convinto di potere beneficiare di una legge più favorevole poi venuta meno al momento del giudizio: VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni a margine della sentenza n. 236/2011*, in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011, 18-19; SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2019, § 5.

¹¹ Secondo la Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, Corte cost., 17 luglio 1995, n. 330, Corte cost., 20 maggio 1980, n. 7, infatti, il limite del giudicato, nel caso dell'art. 2, co. 4, può ritenersi giustificato dall'esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti giudiziari ormai conclusi (mentre viceversa esso è superato dall'art. 2, co. 2, perché in quel caso l'assenza di qualunque conseguenza penale per il reo a seguito di *abolitio criminis* giustificerebbe la prevalenza del diritto di libertà del condannato con sentenza definitiva). Conf. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 60; PULITANÒ, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 2, 200; ID., *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore*, in *Il corr. del mer.*, 2007, 212; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 2017, 88.

¹² Contrari all'applicazione del principio costituzionale di irretroattività agli illeciti amministrativi punitivi, erano PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 140 ss.; PIERGALLINI, *Argomenti per l'«autonomia» dell'illecito amministrativo: il nodo della «lex mitior»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994,

ritrosia dei giudici della Consulta¹³, questi ultimi hanno finalmente riconosciuto l'applicabilità del principio costituzionale di irretroattività sfavorevole alle leggi che introducono o modificano *in peius* una sanzione amministrativa punitiva, utilizzando in chiave dimostrativa sia l'art. 25, co. 2¹⁴, sia l'art. 117 Cost.¹⁵, parametro di rinvio "mobile" all'art. 7 C.E.D.U.¹⁶, la cui sfera garan-

1557; ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 235 ss. In senso favorevole, si vedano NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1968, 60 ss.; ID., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 19; SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 172-173; SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit., 72 ss.; VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983, 35 ss.

¹³ Hanno negato che il principio costituzionale di irretroattività della pena fosse applicabile anche alla sanzione amministrativa, nei confronti della quale il principio poteva trovare base positiva unicamente nell'art. 1 della legge n. 689/1981, Corte cost., 22 aprile 2002, n. 150; Corte cost., 19 novembre 1987, n. 420; Corte cost., 14 marzo 1984, n. 68; Corte cost., 16 giugno 1964, n. 46; Corte cost., 9 giugno 1961, n. 29.

¹⁴ Il criterio utilizzato dalla Consulta per individuare il campo delle sanzioni amministrative da presidiare con alcune delle garanzie dell'art. 25, comma 2, Cost. - in particolare, il principio di irretroattività - si basa sul rinvenimento di una funzione afflittiva e non solo preventiva in capo alle stesse. Così a partire dalla sentenza della Corte cost., n. 196/2010, cit., che ha sancito l'applicabilità dell'art. 25, comma 2, Cost. come mero *obiter dictum*, poiché il giudice *a quo* aveva sollevato la questione di costituzionalità in relazione non a tale parametro, ma agli artt. 3 e 117 Cost. L'applicabilità del principio costituzionale di irretroattività agli illeciti amministrativi punitivi è stata affermata più recentemente dalle seguenti sentenze: Corte cost., 223/2018, cit., punto di partenza della presente analisi; Corte cost., n. 68/2017, cit.; Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276, in cui la Corte, pur affermando che la garanzia dell'irretroattività incardinabile nell'art. 25, comma 2, Cost., si applichi anche alle misure di carattere punitivo-afflittivo, ha rigettato la questione in quanto la misura cautelare della sospensione da cariche elettive regionali, in conseguenza di una condanna penale, non riflettere i predetti criteri; Corte cost., 18 aprile 2014, n. 104, con cui è stata accolta la questione relativa alla violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. da parte di una norma della regione autonoma Valle d'Aosta che rendeva applicabile retroattivamente una sanzione amministrativa. Si veda inoltre Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109, ove la Consulta, sottolineando la contraddittorietà delle conclusioni del giudice *a quo* - che negava l'applicabilità dell'art. 25, comma 2 Cost. alle sanzioni amministrative, per poi riqualificare come penali (utilizzando i criteri adoperati dalla Corte di Strasburgo in relazione alle misure da ricondurre all'area della "materia penale", su cui si veda *infra*, nota 17) le sanzioni amministrative frutto di precedente depenalizzazione -, ha piuttosto ritenuto sostenibile la tesi secondo cui l'art. 25, secondo comma, Cost., «in virtù della sua ampia formulazione», dovrebbe applicarsi anche alle sanzioni amministrative punitive, «fungendo, in tal caso, i criteri Engel da mero supporto argomentativo per integrare il significato del parametro costituzionale interno, in vista dell'allargamento della sua sfera di operatività».

¹⁵ La giurisprudenza costituzionale, a partire dalle sentenze gemelle del 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, ritiene che la proposizione di una questione di costituzionalità di una norma di legge ordinaria per contrasto con l'art. 117, parametro di rinvio "mobile" alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rappresenti un rimedio a cui si può ricorrere solo dopo avere accertato l'impraticabilità dell'interpretazione convenzionalmente conforme. In relazione al principio di irretroattività previsto dall'art. 7 C.E.D.U., si vedano, tra le sentenze di accoglimento, Corte cost., n. 196/2010, cit., in relazione alla confisca obbligatoria del veicolo nei casi di condanna per guida in stato di ebbrezza, introdotta nel codice della strada (artt. 186, comma 2, c), e 187, comma 1) dalla legge n. 125/2008. Si vedano, inoltre, Corte cost., n. 68/2017, cit., ove il profilo della violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. è stato

tistica copre l'area delle misure rientranti nell'ampia nozione convenzionale di "materia penale"¹⁷.

trattato congiuntamente a quello relativo alla violazione dell'art. 117, pur pervenendosi a una declaratoria di inammissibilità delle questioni per carenza di motivazione nell'ordinanza di remissione; Corte cost., 5 aprile 2012, n. 82, in cui la questione è stata dichiarata inammissibile per errore interpretativo del giudice *a quo* sull'art. 186, comma 2, a) del codice della strada, oggetto della censura; Corte cost., 2 aprile 2009, n. 97, con cui la Corte, pur confermando l'inquadramento della confisca per equivalente (art. 322ter c.p.), estesa ai reati tributari dalla legge n. 244/2007, tra quelle afferenti alla "materia penale" a cui vanno applicate le garanzie convenzionali, ha rigettato la questione con un'ordinanza interpretativa. Si veda, inoltre, Corte cost., n. 109/2017, cit., in cui la Corte, pur chiamata a pronunciarsi sul contrasto degli artt. 8, commi 1 e 3, e 9 del d.lgs. n. 8 del 15 gennaio 2016 - in cui è stabilita l'applicabilità in via retroattiva della sanzione amministrativa prevista, in seguito a un intervento di depenalizzazione, per l'illecito di omesso versamento di ritenute assistenziali e previdenziali - con l'art. 25 Cost., ha sostenuto, come mero *obiter dictum*, che avrebbe dovuto essere denunciata la violazione dell'art. 7 C.E.D.U. mediante il richiamo al parametro dell'art. 117.

¹⁶ Sul principio di irretroattività della legge incriminatrice o della legge penale più sfavorevole, c'è conformità di vedute nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, circa la sua riconducibilità nell'alveo garantistico dell'art. 7: così VAN DROOGHENBROECK, *Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale*, in *Rev. trim. dr. homme*, 1996, 470; ROLLAND, *Art. 7*, in *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, a cura di Pettiti-Decaux-Imbert, Paris, 1999, 298; BERNARDI, *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, Padova, 2001, 282. L'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole e imprevedibile è stata per la prima volta ricondotta all'art. 7 da Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92, §§ 36, 43, ove tuttavia non fu riconosciuta una violazione della norma convenzionale, in quanto si trattava di un mutamento giurisprudenziale prevedibile al momento dei fatti. La retroattività del *revirement* giurisprudenziale sfavorevole è stata per la prima volta ritenuta contrastante con l'art. 7, in quanto imprevedibile, da Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessina c. Francia*, ric. n. 40403/02, §§ 28 ss., spec. 36.

¹⁷ A seguito di una serie di pronunce emesse negli ultimi decenni dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sono stati ricondotti nell'area della "materia penale", oltre agli illeciti penali in senso stretto, una serie di misure aventi carattere punitivo, con conseguente estensione nei loro confronti delle garanzie processuali penali previste dall'art. 6 C.E.D.U. (a partire dal caso *Engel*) e del principio di legalità delle pene per come espresso nel successivo art. 7 (a partire dal caso *Welch*). L'intervento della Corte di Strasburgo è stato ispirato dall'esigenza di superare le etichette apposte all'apparato sanzionatorio da parte dei legislatori nazionali: al fine di inquadrare un illecito nella sfera penale, i Giudici europei hanno fatto riferimento a dei criteri sostanziali che sono stati alternativamente - e non necessariamente cumulativamente - individuati nella natura dell'infrazione, nella natura della sanzione e nel livello di severità di questa. La qualificazione formale ufficiale apposta dall'ordinamento di appartenenza - ossia il *nomen iuris* - costituisce, a partire dal caso *Engel*, solo un punto di partenza importante ma non decisivo, una *ratio cognoscendi*, per cui «*le indicazioni che ne derivano hanno un valore solo formale e relativo*»: Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Olanda*, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 82; conformi Corte EDU, (GC), 10 giugno 1996, *Benham c. Regno Unito*, ric. n. 19380/92; Corte EDU, 22 maggio 1990, *Weber c. Svizzera*, ric. n. 11034/84; Corte EDU, 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, ric. nn. 39665/98 e 40086/98, § 91; Corte EDU, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01. Con riguardo al criterio della natura dell'infrazione, si è spesso dato rilievo alla circostanza che l'illecito sia previsto da una disposizione di legge che si rivolge alla generalità dei consociati, e non a un determinato gruppo di destinatari: Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e al. c. Olanda*, cit., § 82; Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Oztürk c. Germania*, n. 8544/79, § 53; Corte EDU,

10 giugno 1996, *Benham c. Regno Unito*, cit., § 56; Corte EDU, 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, ric. n. 12547/86, § 47; Corte EDU, 23 luglio 2002, *Janosevic c. Svezia*, ric. n. 34619/97, § 68; e Corte EDU, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, cit., § 38; Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine c. Russia*, ric. n. 14939/03, § 55. Con la sentenza della Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Oztürk*, cit., § 50 ss., spec. 53, si è per la prima volta valorizzato il criterio della natura della sanzione alla luce dello scopo da essa perseguito, a prescindere dal positivo accertamento della severità della stessa. In tale direzione, poi, Corte EDU, 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ric. nn. 7819/77, 7878/77; Corte EDU, 25 agosto 1987, *Lutz, Englert e Nölkenbockhoff c. Germania*, ric. nn. 2912/82, 10282/83, 10300/83; Corte EDU, 22 maggio 1990, *Weber c. Svizzera*, cit.; Corte EDU, 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malta*, ric. n. 13057/87; Corte EDU, 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, cit., § 47; Corte EDU, 29 agosto 1997, *E.L. R.L. e J.O.-L. c. Svizzera*, ric. n. 20919/92, § 46, e Corte EDU, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, cit., § 38, in cui si attribuisce rilevanza allo scopo repressivo e non compensativo della sanzione. Si veda, inoltre, Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, cit., in cui - oltre a essere stato applicato per la prima volta l'art. 7 C.E.D.U. a sanzioni formalmente non penali ma rientranti nell'area della "materia penale" - viene affermato che, per valutare la natura della sanzione, va richiamata la natura del procedimento volto non solo alla sua adozione ma anche alla sua esecuzione. Conformemente, Corte EDU, (GC), 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03, § 98; Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*, ric. n. 19359/04, che ha anche attribuito rilevanza alla natura contemporaneamente preventiva e repressiva della sanzione. In quest'ultimo senso anche Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, ric. n. 43509/08, §§ 40-41; Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, § 96. Il criterio del livello di severità ricomprende la gravità della privazione della libertà personale e, nel caso di sanzioni pecuniarie, l'ammontare delle stesse e la loro convertibilità, in caso di inottemperanza, in sanzioni privative della libertà. Cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e al. c. Olanda*, cit., § 82; Corte EDU, 10 febbraio 1983, *Albert et le Compté c. Belgio*, ric. nn. 7299/75, 7496/76; Corte EDU, 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malta*, cit.; Corte EDU, 22 maggio 1990, *Weber c. Svizzera*, cit.; Corte EDU, 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, ric. n. 10828/84; Corte EDU, 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, cit., § 47; Corte EDU, 10 giugno 1996, *Benham c. Regno Unito*, cit.; Corte EDU, 29 settembre 1997, *Garyfallou Aebe c. Grecia*, ric. n. 18996/91, § 34; Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, cit., § 41; Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., § 97-98.

Con specifico riferimento agli illeciti amministrativi, si pensi agli *Ordnungswidrigkeiten* dell'ordinamento tedesco (Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Oztürk c. Germania*, cit.) o ai *Verwaltungsstrafverfahren* dell'ordinamento austriaco (Corte EDU, 23 ottobre 1995, *Palaoro c. Austria*, ric. n. 16718/90; Corte EDU, 23 ottobre 1995, *Pramstaller c. Austria*, ric. n. 16713/90; Corte EDU, 23 ottobre 1995, *Pflarmer c. Austria*, ric. n. 16841/90; Corte EDU, 23 ottobre 1995, *Schmautzer c. Austria*, ric. n. 15523/89; Corte EDU, 23 ottobre 1995, *Unlauff c. Austria*, ric. n. 15527/89; Corte EDU, 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*, ric. n. 15963/90; Corte EDU, 18 febbraio 1997, *Mauer c. Austria*, ric. n. 16566/90-16898/90). Con riguardo al nostro ordinamento, le sanzioni amministrative previste in materia di antitrust e di manipolazione del mercato, sono state ricondotte alla "materia penale" dalle sentenze della Corte eur. dir. dell'uomo, 27 settembre 2011, *Menarini c. Italia*, cit., e 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, cit.

In dottrina, con riferimento all'estensione delle garanzie del diritto penale introiettate nell'art. 7 C.E.D.U. anche all'illecito amministrativo punitivo, si vedano i contributi di PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, 53; MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. dell'econ.*, 1999, 532 ss.; BERNARDI, *Art. 7*, cit., 271 ss.; MANES, *Sub Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, a cura di Bartole-De Sena-Zagrebelsky, Padova, 2012, 259 ss.; ID., *Profili e contenuti*

Rispetto al secondo delineato limite all'applicazione del principio di irretroattività alle sanzioni amministrative, la L. n. 689/1981, dopo aver dettato i principi generali che disciplinano l'illecito amministrativo, ha stabilito, all'art. 12, che le disposizioni del Capo I si osservano «*per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro*», così escludendo le sanzioni di tipo ripristinatorio¹⁸, ma non facendo alcuna distinzione tra sanzioni pecuniarie a finalità punitiva e sanzioni pecuniarie a finalità riparatoria¹⁹. Per queste ultime, quindi, tutt'oggi l'irretroattività

dell'illecito para-penale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 989 ss.; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 18 ss.; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 25 ss.

¹⁸ Le sanzioni amministrative ripristinatorie sono quelle che colpiscono direttamente il bene che non rispetti le autorizzazioni e i vincoli amministrativi (si pensi all'ordine di demolizione della costruzione abusiva), tendendo a ripristinare lo *status quo ante* in modo conforme al perseguimento dell'interesse pubblico. Sull'inapplicabilità dei principi generali della L. n. 689/1981, e quindi anche dell'art. 1, alle sanzioni ripristinatorie, si vedano PALIERO-TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. del dir.*, XLI, Milano, 1989, 380; PAMPARIN, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successione di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Diritto amministrativo*, 2018, 148. Questa opinione trova conferma nella giurisprudenza amministrativa, non soltanto in quanto non si tratta di sanzioni pecuniarie attraibili nella sfera applicativa dell'art. 1 in base al dettato dell'art. 12, ma anche perché si tratta di infrazioni di carattere permanente, per cui «il potere di repressione può essere esercitato con riferimento a fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore di detta norma che disciplina tale potere»: Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2017, n. 2055; Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2017, n. 5420; Cons. St., sez. V, 7 agosto 2014, n. 4213; Cons. St., sez. V, 30 giugno 2014, n. 3281; Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2014 n. 3242; Cons. St., sez. IV, 18 aprile 2014 n. 1994; Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2000 n. 2544; Cons. St., sez. V, 9 febbraio 1996, n. 152. Fondano il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative ripristinatorie sull'art. 11 delle preleggi, che lo stabilisce in generale: Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5158; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3847; Cons. St., sez. V, 11 aprile 2013, n. 1973; Cons. St., sez. VI, 23 marzo 2010, n. 1689; Cons. St., sez. V, 8 aprile 1991, n. 470; Cons. St., sez. V, 27 settembre 1990, n. 695.

¹⁹ Ma si vedano PALIERO-TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 380, che hanno affermato l'inapplicabilità dei principi generali contenuti nella legge n. 689/1981 alle sanzioni amministrative non punitive. Secondo DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci-Dolcini, Milano, 1985, 379-380, nonostante l'art. 12 faccia riferimento unicamente alle sanzioni amministrative pecuniarie, la clausola «*in quanto applicabili*» ivi contenuta consentirebbe di escludere dall'ambito della disciplina di cui alla sez. I, capo I, della legge n. 689/1981, le sanzioni patrimoniali con funzione meramente risarcitoria o riparatoria del danno prodotto dalla violazione. Tuttavia, che l'art. 1 si applichi a tutte le sanzioni amministrative pecuniarie, a prescindere dal loro carattere punitivo, è oggi evincibile dalla sentenza della Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, secondo cui le garanzie convenzionali dell'art. 7 C.E.D.U. potrebbero essere applicate soltanto alle sanzioni amministrative, tra quelle disciplinate dagli art. 1 ss. della legge n. 689/1981, che presentino tratti di afflittività tali da ricondurle alla "materia penale", per come delineata dalle sentenze della Corte EDU a partire dal caso Engel: non tutte le sanzioni disciplinate dall'art. 1 della legge di depenalizzazione, dunque, rivestirebbero una funzione punitiva secondo il diritto convenzionale, ed è per questa ragione che la Consulta ha rigettato la questione di legittimità costituzionale della norma, in relazione alla mancata previsione del principio di retroattività *in mitius*.

Sulla distinzione tra sanzioni amministrative riparatorie e punitive, in base alla quale le prime perseguono lo scopo di eliminare il danno derivante dall'illecito o il profitto conseguito dall'autore, mentre le seconde rappresentano uno strumento preventivo per la tutela di beni giuridici con contemporaneo

sarebbe garantita solo al livello della legge ordinaria, non potendosi estendere le garanzie “penali” previste dalla Costituzione e dalla C.E.D.U. a sanzioni che non presentino quei caratteri di afflittività che consentirebbero di assimilarle alla sanzione penale *stricto sensu*²⁰, o di ricondurle all’area convenzionale della “materia penale”²¹; con la conseguenza che una norma successiva alla legge di depenalizzazione del 1981 potrebbe disporre la retroattività di una sanzione amministrativa con funzione riparatoria, anche in relazione a fatti precedentemente non sanzionati in alcun modo, senza per questo fare affiorare alcun profilo di illegittimità costituzionale.

Quanto al principio di retroattività della norma più favorevole al reo in caso di successione di leggi, si sono registrate perduranti resistenze nella giurisprudenza nazionale a considerarlo operativo anche per le norme che mitighino il trattamento sanzionatorio amministrativo, in assenza di una disposizione che preveda la loro applicazione retroattiva²², dato che il quarto comma dell’art. 2 opererebbe solo per la successione tra fattispecie incriminatrici e che, invece, mancherebbe una corrispondente norma generale nel campo dell’illecito amministrativo punitivo²³, riscontrandosi soltanto la presenza di norme di settore che dispongono in tal senso²⁴. Oltretutto va ribadito che, a differenza

contenuto afflittivo per l’autore della violazione, si vedano NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente*, cit., 63; BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984, 13 ss.; MAUGERI, *Il Regolamento n. 2988/95*, cit., 530-531.

²⁰ Rinviene una componente di afflittività anche nelle sanzioni riparatorie e ripristinatorie, SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il ‘caso’ delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 2016, 1406. Sulla progressiva compenetrazione delle istanze punitive nelle sanzioni risarcitorie, si veda MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 146 ss. Così, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. II, n. 24785/2015, cit.

²¹ A favore della riconducibilità delle sanzioni riparatorie e ripristinatorie nel concetto convenzionale di “materia penale”, laddove la finalità di cura dell’interesse pubblico, a esse conmaturata, conviva con finalità afflittive-dissuasive, si veda F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 350-351. Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in tal senso si veda Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, cit.: «Indeed the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment» (§ 30).

²² Così Corte cost., n. 193/2016, cit., e, già precedentemente da Corte cost., 15 luglio 2003, n. 245; Corte cost., 28 novembre 2002, n. 501; Corte cost., 24 aprile 2002, n. 140. Nella giurisprudenza di legittimità, si vedano Cass. pen., sez. un., 29 marzo 2012 – 28 giugno 2012, n. 25457, R.A.J. Campagne; Cass. pen., sez. un., 16 marzo 1994 – 27 giugno 1994, n. 7394, Mazza. Sulla questione, si veda *amplius infra*, § 3.

²³ Cfr. PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 174.

²⁴ Si pensi, per gli illeciti in materia tributaria, all’art. 3, comma 3, del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, e, in materia di responsabilità amministrativa degli enti, all’art. 3, comma 2, del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, norme che ricalcano il disposto dell’art. 2, co. 4, c.p. Si veda AMBROSETTI, *Le sanzioni amministrative tributarie secondo il d. legisl. n. 472 del 1997: un ulteriore passo verso un più organico sistema del diritto punitivo*, in *Studium iuris*, 1999, 922, che in tal senso ritiene che la disciplina temporale ap-

del principio di irretroattività, la retroattività *in mitius* non trova fondamento nell'art. 25, co. 2, Cost., ma nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., rendendo così il legislatore libero di scegliere a quali misure riferire tale regola²⁵, e limitando conseguentemente il relativo sindacato della Corte costituzionale, poiché si tratta di un canone suscettibile di deroghe «sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli»²⁶.

Solo con la recente sentenza costituzionale n. 63/2019, si è assistito all'estensione del fondamento costituzionale del principio penalistico della

prestata dal d.lgs. n. 472/1997 si sia ispirata al paradigma penale delineato nell'art. 2 c.p. Nello stesso senso si sono espressi, con riferimento alla disciplina della successione di leggi prevista dal d.lgs. n. 231/2001, MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. dell'econ.*, 2002, 906; PELISSERO-FIDELBO, *La “nuova” responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. Pen.*, 2002, 579; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1104, nota 13; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006, 223 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 314; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in *Dir. pen. cont.*, 28 ottobre 2012, 19.

²⁵ Così Corte cost., n. 501/2002, cit.; Corte cost., n. 140/2002, cit.; TAR Lazio, sez. III, 21 marzo 2012, n. 2685.

²⁶ Corte cost., n. 394/2006, cit., § 6.4. Così anche Corte cost., n. 63/2019, cit., § 6.1.; Corte cost., 19 luglio 2011, n. 236, § 10; Corte cost., 18 giugno 2008, n. 215, § 7; Corte cost., 28 marzo 2008, n. 72, § 12; Corte cost., n. 393/2006, cit., § 5. Sulla derogabilità del principio, si vedano, già prima della riconosciuta costituzionalizzazione del principio di retroattività della legge penale favorevole, BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., 238 ss.; PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1378; VIRGA, *Arriva il favor rei, ma non per tutte le sanzioni*, in *Giustamm - Rivista di diritto amministrativo*, 2001, 7, 2 ss. Successivamente, MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività*, cit. 89 ss.; DODARO, *Disciplina della prescrizione e retroattività della norma penale più favorevole*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 1144; PULITANO, *Deroghe alla retroattività in mitius*, cit., 200; AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: l'incostituzionalità del regime transitorio*, in *Cass. pen.*, 2007, 429 ss.; GAMBARDELLA, *Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, 2032-2033, che in proposito chiama in causa anche la teoria dei contro-limiti in relazione alla derogabilità del principio nella sua derivazione convenzionale (riconosciuta a seguito della sentenza Scoppola, su cui si veda *infra*, nota 28); e valorizza il principio di ragionevolezza in senso stretto - inteso come necessità di procedere a un bilanciamento tra più interessi costituzionali coinvolti nella questione, e non a un confronto con un'altra fattispecie assunta a *tertium comparationis* - non solo per giustificare la derogabilità della retroattività *in mitius* ma, a monte, anche per rinvenire il suo stesso fondamento nell'art. 3 Cost. (2037 ss.). In quest'ultimo senso si veda ID., *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 88 ss. Ancora, sulla derogabilità del principio di retroattività favorevole, cfr. MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 4, 488 ss.; SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole*, cit., 1403; CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, 3, 255. Sulla derogabilità del principio di retroattività *in mitius*, si vedano le critiche di MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1629 ss.; DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 2, 231-232.

retroattività favorevole alle sanzioni amministrative punitive²⁷. La Consulta, in tal senso, ha accolto la questione di costituzionalità della norma censurata attraverso la valorizzazione non solo del parametro costituzionale “interno” rinvenibile nell’art. 3, ma anche dell’art. 7 C.E.D.U., attraverso il parametro “di rinvio” dato dall’art. 117 Cost.²⁸.

Il problema che in questa sede verrà specificamente affrontato attiene a un’ipotesi che, pur astrattamente collocabile sul piano della successione di leggi nel tempo, esorbita dai casi poc’anzi evidenziati: quella della successione di leggi penali ed amministrative punitive, nell’ambito di interventi di depenalizzazione ove si riscontrino norme transitorie che dispongano l’applicazione

²⁷ Corte cost., n. 63/2019, cit. Nello specifico, la Consulta ha dichiarato illegittimo l’art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72/2015, nella parte in cui escludeva che le modifiche sanzionatorie più favorevoli introdotte dal medesimo decreto, all’art. 6, comma 3, avessero efficacia retroattiva per gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato commessi anteriormente all’entrata in vigore degli appositi regolamenti attuativi adottati dalla Consob e dalla Banca d’Italia. Per un primo commento alla sentenza, si veda SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive*, cit., *passim*. L’estensione proclamata dalla Consulta potrebbe valere sia in relazione alla successione di leggi amministrative punitive sia, e a maggior ragione, nel caso di norme sopravvenute che aboliscano l’infrazione amministrativa, rispetto alle quali la retroattività *in mitius* andrebbe intesa come dovere di applicare la norma che abolisce l’illecito amministrativo, e che colloca il comportamento fuori dall’area di punibilità, ai fatti commessi sotto la vigenza della precedente norma punitiva. In relazione a questa ipotesi, come per il fenomeno della successione di leggi, la questione si profilava a causa della mancanza di una norma generale che disponesse in tal senso (tra le norme specifiche che prevedono la retroattività dell’abolizione dell’illecito, si pensi all’art. 3, co. 2, del d. lgs. n. 472/1997, o all’art. 3, co. 1, del d.lgs. n. 231/2001), e dell’inapplicabilità dell’art. 2, co. 2, c.p. che si riferisce espressamente ai soli reati.

²⁸ La riconducibilità del principio di retroattività favorevole nel novero delle garanzie dell’art. 7 C.E.D.U. è stato affermato da Corte EDU, (GC), 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit.; Corte EDU, 27 aprile 2010, dec., *Morabito contro Italia*, ric. n. 21743/07; Corte EDU, 24 gennaio 2012, *Mihai Toma contro Romania*, ric. n. 1051/06; Corte EDU, 12 gennaio 2016, *Gouarré Patte c. Andorra*, ric. n. 33427/10; Corte EDU, 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*, ric. n. 8927/11. Precedentemente, Corte cost., n. 236/2011, cit., successiva alla sentenza Scoppola, aveva ritenuto infondata la relativa questione anche alla luce dell’art. 117, rinvenendo l’esistenza di controinteressi idonei ad apporre dei ragionevoli limiti all’operatività del principio di retroattività *in mitius*; limiti che, secondo la Consulta, sarebbero in grado di comprimere la forza dimostrativa del principio anche in base alle indicazioni della Corte di Strasburgo. Si vedano, in proposito, le critiche di 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 *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di D’Amico-Randazzo, Milano, 2012, 2005; MANES, *Sub art. 7*, cit., 286. Si veda, più di recente, la sentenza costituzionale n. 193/2016, cit., in cui la Corte, pur non accogliendo la questione di costituzionalità dell’art. 1 della l. 689/1981, nella parte in cui non prevede l’applicazione della legge successiva più favorevole nei confronti dell’autore dell’illecito amministrativo - in quanto la questione era diretta ad estendere l’applicabilità del principio della retroattività *in mitius* all’intero sistema sanzionatorio amministrativo, e cioè a prescindere dall’accertamento della natura punitiva della singola sanzione amministrativa -, ha rilevato che spetta all’interprete accertare caso per caso quando la sanzione presenti i caratteri sostanzialmente penali delineati dai criteri Engel e quando, quindi, le spettino le garanzie di cui all’art. 7 C.E.D.U., tra cui il principio di retroattività della *lex mitior*.

retroattiva delle sanzioni amministrative a fatti commessi sotto la precedente vigenza dell'illecito penale, e ancora non giudicati con sentenza di condanna irrevocabile.

In questa ipotesi, come vedremo, a venire in gioco è l'applicabilità non solo del principio di retroattività della sanzione punitiva più favorevole al reo, ma contemporaneamente anche dell'*abolitio criminis* e dell'irretroattività della legge che introduce una sanzione amministrativa punitiva prima inesistente. Si profila, pertanto, un'intersezione di profili problematici che rende evidente come l'uniformità ontologica della sanzione amministrativa punitiva e della pena, e la conseguente estensione alla prima dei principi fondamentali che regolano in senso garantistico la seconda²⁹, non siano comunque sufficienti a risolvere tutti i problemi e le contraddizioni affioranti in questo settore, occorrendo un loro opportuno adattamento.

3. *Le norme transitorie delle leggi di depenalizzazione e la questione dell'operatività dell'art. 2, co. 4, c.p. (e degli artt. 40 e 41 della L. n. 689/1981) nei casi non regolati.* Si è spesso ritenuto che le norme transitorie eventualmente presenti nelle leggi di depenalizzazione, che prevedono l'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative ai fatti commessi sotto la vigenza di una norma incriminatrice abrogata dalle medesime leggi, procedano a un'estensione all'illecito amministrativo della disciplina della successione di leggi penali nel tempo, espressamente apprestata agli illeciti penali dall'art. 2,

²⁹ Sui medesimi scopi repressivi che connotano illeciti amministrativi e illeciti penali, e sulla loro affinità ontologica, alla base dell'estensione ai primi di alcune regole proprie dei secondi (come il principio di legalità, ex art. 1, il regime dell'imputabilità, ex art. 2, l'elemento psicologico del dolo e della colpa e l'errore sul fatto, ex art. 3, il concorso di persone, ex art. 5, l'intrasmissibilità agli eredi dell'obbligazione di pagare la somma, ex art. 7, il criterio di specialità per disciplinare il concorso apparente di illeciti, ex art. 9, il ricorso a criteri commisurativi della sanzione per lo più coincidenti con quelli dettati dall'art. 133 c.p., ex art. 11), si vedano GRASSO, *La depenalizzazione e le sanzioni sostitutive nel disegno di legge «Modifiche al sistema penale»*, in *Quad. della giust.*, 1981, 1, 50 ss.; ID., *Comunità europee e diritto penale*, cit., 51-54; SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. Pen.*, 1983, 262 ss.; PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima «codificazione» del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. del dir.*, 1983, 120 ss.; ID., *«Materia penale» e illecito amministrativo*, cit., 921; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, cit., 371 ss.; VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. del dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 793 ss.; NUVOLONE, voce *Reati (depenalizzazione di)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, VI, Torino, 1986, 296 ss.; GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1986, 218 ss.; ROSSI VAN NINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo. Ambito di applicazione*, Milano, 1990, 142 ss.; MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95*, cit., 531. Per una critica all'opera normativa di parziale estensione all'illecito amministrativo della disciplina dell'illecito penale *stricto sensu*, si veda BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta «reale» nella politica criminale?*, in *Pol. del dir.*, 1982, 371.

co. 4, c.p.³⁰.

Vi è stato anche chi, in giurisprudenza e in dottrina, ha sostenuto che, laddove manchi una disciplina transitoria, la norma codicistica possa essere applicata ai casi di depenalizzazione, in modo da consentire l'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa, presuntivamente più favorevole di quella penale precedente³¹. In tal senso, si è rilevato che l'art. 2, co. 4, quando menziona le leggi successive modificatrici, non fa alcun riferimento al loro carattere penale³²; che vi è una persistenza del disvalore oggettivo del fatto – sebbene ricondotto entro un ordinamento sanzionatorio formalmente differente e connotato da un coefficiente inferiore di gravità –, tale da non giustificare l'esenzione di punibilità di chi lo abbia commesso precedentemente alla depenalizzazione³³; che la depenalizzazione non comporta un mutamento della norma precettiva ma soltanto di quella sanzionatoria³⁴; che vi sarebbe una sostanziale omogeneità tra illecito penale e illecito amministrativo punitivo, elevabile a base giustificativa dell'estensione al secondo della disciplina codicistica della successione di leggi nel tempo³⁵.

In contrapposizione al predetto orientamento, ve ne è un altro – sostenuto dalla Corte di cassazione penale a sezioni unite nel 2004 (sentenza “Mazza”)³⁶ e nel 2012 (sentenza “R.A.J. Campagne”)³⁷, e ispirato all'*Aliudtheorie* di ori-

³⁰ Così, ad esempio, con riferimento all'art. 40 della L. n. 689/1981, PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 59. In relazione alla disposizione transitoria presente nell'art. 8 del d. lgs. 8/2016, così PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 3, 288; GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 5, 590.

³¹ In giurisprudenza, Cass. pen., sez. II, 25 gennaio 2006-24 febbraio 2006, n. 7180, Seye; Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2005, n. 4924; Cass. civ., sez. I, 19 aprile 1995, n. 4409; Cass. pen., sez. VI, 8 febbraio 1974, in *Foro it.*, 1975, II, 141-142. In dottrina, si vedano M. PETRONE, *L'abolitio criminis*, Milano, 1985, 36; ALBANO, *Nuovo codice della strada, depenalizzazione e diritto transitorio*, in *Cass. pen.*, 1995, 1807; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 125 ss.; MANES, *Profili e contenuti dell'illecito para-penale*, cit., 1000 ss.; BIANCHI, *Il problema della “successione impropria”: un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 323 ss.

³² Così B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 125. In giurisprudenza così Cass. civ., sez. I, n. 4409/1995, cit.

³³ Così Cass. civ., sez. lav., 8 febbraio 1997, n. 1212, in relazione all'applicabilità dell'art. 41 della L. n. 689/1981 anche ai casi di depenalizzazione cronologicamente posteriori alla legge.

³⁴ Così BIANCHI, *Il problema della “successione impropria”*, cit., 326.

³⁵ Cfr. MANES, *Profili e contenuti dell'illecito para-penale*, cit., 1000; MAZZACUVA, *L'incidenza della definizione “convenzionale” di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 3, 14, spec. nota 48.

³⁶ Cass. pen., sez. un., n. 7394/1994, cit.

³⁷ Cass. pen., sez. un., n. 25457/2012, cit.

gine tedesca³⁸ – che si oppone all'estensione della disciplina codicistica della successione di leggi nel tempo ai casi di successione di leggi penali ed amministrative punitive non appositamente regolati da norme transitorie³⁹. Diverse sono le ragioni alla base di tale contrarietà. Anzitutto, nonostante l'art. 2, comma 4, faccia generalmente riferimento a "leggi posteriori diverse" rispetto a quella del tempo in cui fu commesso il reato, la rubrica dell'art. 2 c.p., intitolata "*Successione di leggi penali*", lascerebbe pensare che il legislatore abbia voluto fare riferimento esclusivamente alla successione di leggi penali, e che sia incorso in una semplice svista nel non menzionare nel quarto comma il carattere penale delle leggi modificatrici successive⁴⁰. Inoltre, non si potrebbe procedere a un'estensione analogica del precetto contenuto nell'art. 2, comma 4⁴¹, in quanto, oltre a costituire un'eccezione al principio generale di irretroattività stabilito all'art. 11 delle preleggi⁴², integra una norma penale la cui applicazione ai casi di depenalizzazione comporterebbe effetti *in malam partem* per il colpevole (che altrimenti resterebbe impunito in virtù degli effetti dell'*abolitio criminis*)⁴³. Si rifletta, infine, sul fatto che la stessa introduzione di

³⁸ Si tratta di quella teoria, propugnata da Schmidt e confluita nel § 6 del *Wirtschaftsstrafgesetz* del 26 luglio 1949, che ravvisava una differenza qualitativa tra illecito penale e amministrativo, per cui il primo sarebbe consistito in una violazione connotata da riprovevolezza e avente ad oggetto l'offesa ad un bene giuridico, mentre il secondo in una violazione formale ad una prescrizione dell'autorità. Sull'argomento si vedano PALIERO, "*Materia penale*" e *illecito amministrativo*, cit., 914 ss.; DE SIMONE, *Personae giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 106-107.

³⁹ Così PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1381 ss.; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 57 ss.; GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 151-152. In giurisprudenza così Cass. pen., sez. IV, 22 settembre 2016-26 settembre 2016, n. 39842; Cass. pen., sez. IV, 16 marzo 2011-1° giugno 2011, n. 22157; Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2010-24 novembre 2010, n. 41564; Cass. civ., sez. IV, 28 settembre 2010, n. 38692; Cass. pen., sez. V, 5 marzo 2004-5 maggio 2004, n. 21064; Cass., pen., sez. V, 29 aprile 1977, Andreozzi, in *Cass. pen.*, 1978, 681.

⁴⁰ Così Cass., pen., sez. V, 29 aprile 1977, cit.

⁴¹ Escludono l'applicazione analogica dell'art. 2, co. 4, alle sanzioni non penali, «*attesa la differenza qualitativa tra le situazioni considerate*», ma senza motivare in ordine alla natura eccezionale o penale *in malam partem* della norma, Cass. civ., sez. II, 12 novembre 2014, n. 24111; Cass. civ., sez. un., 10 agosto 2012, n. 14374; Cass. civ., sez. lav., 26 gennaio 2012, n. 1105; Cass. civ., sez. III, 3 aprile 2000, n. 4007; Cass. civ., sez. I, 21 giugno 1999, n. 6232. In dottrina conf. LAMBERTUCCI, *Depenalizzazione - sub art. 1, l. n. 689 del 1981*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo-Paliero, Padova, 2007, 971.

⁴² Così SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole*, cit., 1403. *Contra* PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 89 ss., spec. 91-92, secondo cui l'art. 11 prel. non contiene una norma generale, enunciando soltanto «un criterio di interpretazione di carattere generale». In giurisprudenza, il carattere generale del principio di irretroattività delle leggi, pur derogabile secondo la prudente valutazione del legislatore (sempre che non si tratti di retroattività penale *in malam partem*, in virtù del limite posto in tal senso dall'art. 25, co. 2, Cost.), è stato rilevato da Corte cost., 8 luglio 1957, n. 118, e, da ultimo, da Corte cost., n. 193/2016, cit.

⁴³ Così, a chiare lettere, PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 177-178. Sul punto, si veda

norme transitorie specifiche volte a stabilire la retroattività delle sanzioni amministrative per punire fatti prima penalmente rilevanti, non avrebbe avuto alcuna ragion d'essere se alla successione di leggi penali e amministrative fosse stata già applicabile la disciplina di cui all'art. 2, co. 4⁴⁴.

I precedenti rilievi costituirebbero un ostacolo all'attrazione del fenomeno della depenalizzazione nella disciplina codicistica della successione di leggi nel tempo. Ma proviamo, per ipotesi speculativa, a considerarli superabili.

Anche a volere ritenere che la rubrica dell'art. 2 non faccia testo ai fini dell'esegesi della norma contenuta nel quarto comma, che essa possa applicarsi alla successione di leggi punitive non necessariamente di tipo penale, e che le molteplici previsioni speciali sulla retroattività di determinate sanzioni amministrative rappresentino una semplice conferma normativa finalizzata a evitare una *querelle* di questo genere⁴⁵, rimarrebbe comunque aperta una questione di difficile risolvibilità: la conclusione sull'operatività dell'art. 2, co. 4, nei casi di depenalizzazione privi di apposita disciplina di diritto transitorio, andrebbe a scontrarsi con il disposto dell'art. 2, co. 2, che disciplina l'ipotesi di *abolitio criminis*, sussistente in tali ipotesi⁴⁶. Infatti, se si ha l'abolizione del crimine e dunque se il fatto cessa di avere rilevanza penale, con conseguente revoca della sentenza di condanna passata in giudicato ed eventualmente già in esecuzione, non si vede come si possa contemporaneamente predicare l'applicazione dell'istituto codicistico della successione di leggi e del principio

amplius infra, § 4 ss.

⁴⁴ Così Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2010, n. 3497. In dottrina, cfr. CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù?*, cit., p. 471.

⁴⁵ Riteneva che la ripetizione, nelle normative di settore, della clausola di retroattività delle sanzioni amministrative in caso di depenalizzazione, costituisca una conferma del principio generale della retroattività *in mitius*, proprio della disciplina codicistica della successione di leggi penali nel tempo, ALBANO, *Nuovo codice della strada*, cit., 1807.

⁴⁶ Difatti, il tenore letterale dell'art. 2, co. 2, secondo cui «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato», si riferisce ai fatti che non integrano più alcuna fattispecie di reato, *ivi* compresi quelli che secondo una legge posteriore, vengano ricondotti entro i confini di una fattispecie punitiva formalmente estranea all'area del diritto penale. Ritengono che la depenalizzazione integri l'ipotesi di *abolitio criminis* di cui all'art. 2, co. 2, c.p., PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1382; PALIERO, *La legge 689 del 1981*, cit., 137; PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 177; DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Torino, 1999, 107; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, Padova, 2003, 41; GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., 142 ss.; PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 57 ss.; GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 147; DIES, *I primi interventi della giurisprudenza sulla riforma della guida in stato di ebbrezza e problemi di diritto transitorio*, in *Dir. pen. cont.*, 6 aprile 2011, 15. In giurisprudenza così Cass. pen., sez. I, 18 aprile 1985, Piccolo, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1547; Cass., pen., sez. V, 29 aprile 1977, cit. Invece, MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 7, 785, ritiene che la depenalizzazione integri un'ipotesi di *abrogatio sine abolitio*.

di retroattività *in mitius* di quella successiva più favorevole rispetto alla precedente, rispetto a cui è oltretutto stabilita l'intangibilità della sentenza di condanna irrevocabile. I commi 2 e 4 dell'art. 2, in altre parole, vivono in un rapporto di costante alternatività, per cui se opera uno non può al contempo operare l'altro⁴⁷. Di conseguenza, se si considera applicabile alla sopraggiunta legge amministrativa sanzionatoria la regolazione codicistica della successione di leggi nel tempo, non si potrà presupporre la decriminalizzazione del fatto; viceversa, se si intende abolito il crimine, non si vede come si possa far retroagire la sanzione amministrativa senza violare il principio di irretroattività sfavorevole, il cui fondamento costituzionale è ormai riconosciuto dalla Consulta anche nei confronti degli illeciti amministrativi punitivi.

Peraltro, anche precedentemente alla sua estensione costituzionale oltre il campo del penale *stricto sensu*, l'ostacolo opposto dal principio di irretroattività all'applicazione della disciplina della successione di leggi nel tempo ai casi di depenalizzazione privi di apposite norme transitorie, era già riconosciuto sulla base della prevalenza cronologica dell'art. 1 della L. n. 689/1981 sull'art. 2, co. 4, c.p. (*lex posterior derogat priori*)⁴⁸.

Anche volendo prescindere dal ricorso al criterio cronologico regolativo del

⁴⁷ Fondano su questo postulato l'inapplicabilità dell'art. 2, co. 4, alle ipotesi di depenalizzazione prive di specifiche disposizioni transitorie, verificandosi in questo caso un'*abolitio criminis* e non l'intervento di una legge modificativa, Cass. pen., sez. un., n. 25457/2012, cit.; Cass. pen., sez. un., n. 7394/1994, cit. In dottrina così GAMBARDELLA, *L'art. 2 del codice penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1209-1210. *Contra* BIANCHI, *Il problema della "successione impropria"*, cit., 352, secondo cui il rapporto di «incompatibilità logica» tra le due disposizioni può essere affermato soltanto nel circuito del diritto penale, ma non nel caso della successione di leggi penali e amministrative punitive. In generale, sul distinto e alternativo campo applicativo delle due disposizioni, si veda Cass. pen., sez. un., 26 marzo 2003-16 giugno 2003, n. 25887, § 4, e, in dottrina, AMBROSETTI, *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Cedam, Padova, 2004, 23 ss.

⁴⁸ Cfr. PICOTTI, *La legge penale*, in *Codice penale. Parte generale*, Torino, 1984, 104, che appunto contestava l'applicabilità del comma 3 (oggi 4) dell'art. 2 all'illecito amministrativo succeduto a quello penale, in assenza di apposite norme transitorie successive alla generale legge di depenalizzazione, ritenute le sole in grado di superare - in base al criterio cronologico - il principio di irretroattività autonomamente stabilito dall'art. 1 della medesima legge per l'illecito amministrativo; AGHINA, *La disciplina transitoria e le norme finali*, in *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, a cura di Lattanzi-Lupo, Milano, 2001, 322-324; ROMEO, *Le Sezioni Unite sulla successione tra reato e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2 luglio 2012, § 3; PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 58. Così anche Cass. pen., sez. un., n. 7394/1994, cit. Invece, per le norme transitorie speciali regolanti la retroattività delle sanzioni amministrative in caso di depenalizzazione, successive alla L. n. 689/1981, l'applicazione del criterio cronologico avrebbe determinato la derogabilità del principio di irretroattività posto dalla art. 1 della legge generale di depenalizzazione, secondo MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 272; GALLUCCI, *Commento alla depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio (l. n. 205 del 1999) - art. 102*, in *Leg. Pen.*, 2001, 974; GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., 152.

rapporto tra le leggi ordinarie, e dall'opponibilità di un ostacolo di fonte costituzionale, è comunque sufficiente sottolineare che, nei casi di depenalizzazione, l'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa debba leggersi come aggravamento e non come mitigazione del trattamento punitivo, proprio perché si innesta su un'*abolitio criminis*, e non possa pertanto trovare fondamento nell'art. 2, co. 4, c.p., in cui la retroattività è ammessa solo in senso più favorevole al reo.

In base ai precedenti rilievi, sembra doversi concludere che, laddove una legge di depenalizzazione non preveda la retroattività delle nuove sanzioni amministrative, non si possa pervenire al medesimo risultato applicando l'art. 2, co. 4, tranne che si voglia negare che la depenalizzazione del fatto integri un'ipotesi di *abolitio criminis*, ipotesi la cui fondatezza verrà vagliata nel prosieguo⁴⁹.

Spostandoci sul piano degli artt. 40 e 41 della L. n. 689/1981 - che hanno previsto la retroattività delle sanzioni amministrative per i fatti depenalizzati ancora *sub iudicio* al momento dell'entrata in vigore della stessa legge, e la conseguente trasmissione degli atti all'autorità competente -, vi è stata una consistente parte della giurisprudenza secondo cui, giacché la legge in questione costituisce la normativa generale in materia di depenalizzazione, le suddette disposizioni dovrebbero essere applicabili anche alle ipotesi non disciplinate da apposite norme transitorie⁵⁰. A questo orientamento, tuttavia, sono stati opposti diversi argomenti contrari, recepiti dalle sentenze della Corte di cassazione penale a sezioni unite n. 7394/1994 e n. 25457/2012 che, come per l'art. 2, co. 4, c.p., hanno escluso la generale operatività degli artt. 40 e 41 della legge di depenalizzazione nei casi non specificamente regolati⁵¹: si è così attribuita rilevanza al carattere eccezionale di tali norme, che il legislatore ha imposto di doversi applicare alle sole «*violazioni commesse anteriormente*» a quella specifica legge e ai procedimenti penali «*pendenti all'entrata in vigore*» della stessa⁵²; alla loro collocazione al di fuori dei principi generali

⁴⁹ Si veda *infra*, § 4.1.

⁵⁰ Così Cass. civ., sez. II, 18 gennaio 2007, n. 1078; Cass. pen., sez. II, n. 7180/2006, cit.; Cass. civ., n. 4924/2005, cit.; Cass. pen., sez. un., 27 ottobre 2004-19 gennaio 2005, n. 1327, Li Calzi; Cass. civ., sez. lav., n. 1212/1997, cit.; Cass. civ., sez. lavoro, 3 febbraio 1996, n. 929; Cass. civ., sez. lav., 9 gennaio 1996, n. 92; Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 1995, n. 1108; Cass. pen., sez. I, 15 giugno 1990-22 settembre 1990, n. 12659. In dottrina, così VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo*, cit., 234; LAMBERTUCCI, *Depenalizzazione - sub art. 40, l. n. 689 del 1981*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., 1006.

⁵¹ Cass. pen., sez. un., n. 25447/2012, cit.; Cass. pen. sez. un., n. 7394/1994, cit.

⁵² Così Cass. pen., sez. V, n. 21064/2004, cit. Così, in dottrina, PIERGALLINI, *Argomenti per l'«autonomia» dell'illecito amministrativo*, cit., 1560. E, del resto, le disposizioni transitorie, in generale,

dell'illecito amministrativo di cui alla sezione I della legge, ove l'unica regola di diritto intertemporale prevista è l'irretroattività delle leggi che prevedono sanzioni amministrative⁵³; alla riproposizione delle medesime regole di diritto transitorio in alcune delle successive leggi speciali di depenalizzazione, che provverebbe il carattere non generale delle suddette disposizioni⁵⁴.

Attualmente, inoltre, il riconosciuto fondamento costituzionale del principio di irretroattività *in malam partem* degli illeciti amministrativi punitivi e del relativo trattamento sanzionatorio, costituirebbe un ulteriore e imponente ostacolo all'applicazione degli artt. 40 e 41 alle successive ipotesi di depenalizzazione prive di apposita disciplina transitoria, mettendo addirittura in dubbio la legittimità costituzionale delle stesse norme extracodicistiche, oltre che di quelle omologhe contenute in altre leggi speciali⁵⁵.

4. *Le ragioni di giustizia poste alla base delle norme transitorie e il sottaciuto contrasto tra la retroattività delle sanzioni amministrative conseguente a depenalizzazione e il principio costituzionale di irretroattività in malam partem.* Dai rilievi precedentemente formulati sembra emergere che, anche nelle ipotesi di depenalizzazione dotate di specifici regimi di diritto transitorio che dispongono la retroattività delle sanzioni amministrative, possa profilarsi un contrasto con il principio di irretroattività, costituzionalmente garantito all'art. 25, co. 2, e all'art. 117 per rinvio all'art. 7 C.E.D.U.

Prima di affrontare tale questione, va fatta una premessa sulla *ratio* sottesa alle disposizioni transitorie in materia. Prevedere espressamente la retroattività di sanzioni amministrative in relazione a fatti oggetto di depenalizzazione, non appare una strategia normativa favorevole al reo, così come invece può dirsi per l'art. 2, comma 4, c.p. Difatti, mentre in caso di modifiche normative favorevoli che lascino inalterata la rilevanza penale del fatto, ragioni di egua-

stabiliscono sempre e soltanto la disciplina applicabile ai fatti commessi anteriormente alla loro entrata in vigore, e non invece ai comportamenti successivi: così GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 38.

⁵³ Cfr. PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 177.

⁵⁴ Cfr. Cass. pen., sez. IV, n. 39842/2016, cit.; Cass. civ., sez. lav., 23 novembre 1992, n. 12491; Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 1983, n. 773; Cass. civ., sez. I, 14 novembre 1982, n. 12240. In dottrina, così CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., 193 ss.; DE FEO, *La depenalizzazione: note critiche, istituti applicativi e nuove tendenze*, in *Il sole 24 ore - Ventiquattrore Avvocato*, 2009, 2, 83.

⁵⁵ Invece DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 304, ritiene che in queste ipotesi non si profili una compromissione delle ragioni di garanzia sottese al principio di irretroattività della legge punitiva, dato che verrebbe punito come illecito amministrativo un fatto precedentemente previsto come reato.

gianza sostanziale intrinsecamente fondate sui principi di offensività⁵⁶, rieducazione⁵⁷ ed *extrema ratio*⁵⁸, imporrebbero l'applicazione retroattiva del trattamento punitivo più favorevole⁵⁹, viceversa l'autore della condotta illecita oggetto di depenalizzazione non dovrebbe più soggiacere a processo, condanna o espiazione di pena per il fatto precedentemente compiuto sotto la vigenza dell'ormai abolita fattispecie penale, in virtù del disposto dell'art. 2, comma 2⁶⁰.

In dottrina e in giurisprudenza si afferma che il fondamento di tali disposizioni transitorie può rinvenirsi in ragioni di giustizia e ragionevolezza⁶¹, e non

⁵⁶ Così SCOLETTA, *Retroattività in mitius e pronunce di costituzionalità in malam partem*, in *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi, Torino, 2005, 346; ID., *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive*, cit., § 4.2.; CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole*, cit., 252; CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù?*, cit., 477. Più in generale, di esigenza di garantire la proporzione della risposta punitiva all'attuale disvalore oggettivo del fatto considerato alla luce del mutato apprezzamento del legislatore, parlano SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit., 82; PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., 365; PULITANÒ, *Deroghe alla retroattività in mitius*, cit., 200; ID., *Principio d'uguaglianza*, cit., 212; SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, 93 ss.

⁵⁷ Così CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera-Mazzacava-Pavarini-Zanotti, Torino, 2006, 191; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 306, che fa riferimento alla percezione, da parte del reo, dell'ingiustizia di una pena più grave di quella in cui potrebbe incorrere chi commetta il medesimo fatto successivamente alla modifica *in mitius* della fattispecie incriminatrice; RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, 281; MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior*, cit., 1628, che al contempo critica la riconducibilità del principio di retroattività *in mitius* alla considerazione del disvalore oggettivo del reato per come apprezzato dal legislatore successivamente al compimento del fatto, poiché «sembra 'mascherare' la riesumazione in chiave secolarizzata del vecchio archetipo retribuzionistico»; DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale*, cit., 231.

⁵⁸ Di *extrema ratio* della pena, a fondamento della retroattività della legge più mite, parla PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 10-11, che fa leva sull'inutilità di irrogare pene per fatti non costituenti più reato e pene più gravi per fatti attualmente puniti meno severamente. Che le modifiche al trattamento sanzionatorio sottendano una rinnovata valutazione sulla meritevolezza di pena, da tenere conto, se *in bonam partem*, ai fini dell'applicazione retroattiva della legge successiva, è sottolineato da PULITANÒ, *Deroghe alla retroattività in mitius*, cit., 200.

⁵⁹ Si veda, in generale, l'analisi della *ratio* dell'art. 2, co. 4, c.p. condotta da PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 294 ss.

⁶⁰ Nel caso, invece, delle disposizioni settoriali che prevedono espressamente la retroattività di sanzioni amministrative più favorevoli rispetto a quelle, sempre di carattere amministrativo, previgenti (si veda *supra*, nota 24), o la retroattività delle norme abolitive dell'illecito amministrativo (si veda *supra*, nota 27), potrebbe rinvenirsi la medesima logica favorevole al reo sottesa all'art. 2, co. 2 e 4, trattandosi dunque di un'eccezione ragionevole al principio di irretroattività: cfr. PAMPARIN, *Retroattività delle sanzioni amministrative*, cit., 150; PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, 878-879.

⁶¹ Così ALBANO, *Nuovo codice della strada*, cit., 1808; SCARCELLA, *Illecito penale "depenalizzato" ed esclusione della postuma sanzionabilità amministrativa del fatto*, in *Cass. pen.*, 2013, 4, 1387; GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 589; TREGLIA, *Depenalizzazione: verso la meta oltrepassando la*

evidentemente nel *favor rei*, così come invece può dirsi per l'art. 2, co. 4, c.p. Il legislatore, in tal senso, avrebbe inteso assicurare che coloro che siano sotto giudizio per il fatto commesso prima della depenalizzazione, non vengano collocati in una "zona franca" di impunità, in modo da non creare disparità di trattamento rispetto a chi, in virtù di una sentenza di condanna irrevocabile ormai intervenuta, abbia già scontato, totalmente o parzialmente, la pena per il fatto precedentemente ricadente sotto l'egida del diritto penale, e a chi, sotto la vigenza della legge di depenalizzazione, commetta il fatto soggiacendo alle relative sanzioni amministrative.

Le norme transitorie, dunque, sembrano prendere le mosse dall'applicazione del principio di (iper)retroattività dell'*abolitio criminis* anche nei casi di depenalizzazione del fatto. Ma tentano, sulla base di valutazioni di opportunità politico-criminale, di superare il vuoto di punibilità che ne conseguirebbe, stabilendo che le sanzioni amministrative frutto di depenalizzazione vadano applicate retroattivamente. Proprio alla luce di quest'ultimo rilievo, le norme transitorie pongono problemi di compatibilità con il principio di irretroattività, la cui base costituzionale ormai pacificamente copre, come abbiamo visto, sia gli illeciti penali sia quelli amministrativi punitivi. Tale principio garantisce all'individuo un diritto fondamentale, intangibile e non suscettibile di alcuna deroga, nemmeno alla luce del principio di ragionevolezza che è posto a fondamento delle disposizioni transitorie⁶².

Affermare, come talvolta è stato fatto anche dalla giurisprudenza costituzionale, che il fenomeno delle norme transitorie si collochi sullo stesso piano della successione di leggi penali nel tempo regolata dall'art. 2, co. 4, c.p.⁶³, finisce per mascherare il fisiologico contrasto delle prime con l'art. 25, co. 2, Cost. Questo conflitto non può essere rilevato in relazione alla norma codicistica -

metà, in *Giust. Pen.*, 2017, 432-433; BIANCHI, *Il problema della "successione impropria"*, cit., 357, che, oltre al principio di eguaglianza, chiama in causa anche il principio di proporzionalità in senso ampio, ossia la meritevolezza e il bisogno di sanzione per il fatto commesso. Di «retroattività sfavorevole, ma ragionevole», parla CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù?*, cit., 471. In giurisprudenza così Cass. pen., sez. II, n. 7180/2006, cit.: «comporterebbe una disparità di trattamento non giustificabile in alcun modo il fatto che [...] rimangano paradossalmente esenti da alcuna sanzione soltanto coloro che tale trasgressione abbiano commesso quando essa costitutiva reato ed era, quindi, punita in maniera più grave». Così già Cass. civ., sez. I, n. 4409/1995, cit.; Cass. civ., sez. I, n. 1108/1995, cit.

⁶² Così Corte cost., n. 63/2019, cit., § 6.1.; Corte cost., n. 236/2011, cit., § 10; Corte cost., n. 215/2008, cit., § 7.; Corte cost., n. 394/2006, cit., § 6.4.; Corte cost., n. 393/2006, cit., § 5. In dottrina, si vedano le riflessioni di CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 193, che, pur considerando l'irretroattività *in peius* il «principio più sacro e ed inviolabile» della materia penale, anche a livello sopranazionale, ha rinvenuto margini di derogabilità a tale principio solo in casi limite, come quelli emergenti nel processo di Norimberga in cui si giudicarono crimini contro l'umanità.

⁶³ Si vedano Corte cost., n. 223/2018, cit., § 6.2.; Corte cost., n. 68/2017, cit., §§ 8-9.

nonostante essa comporti che un soggetto venga punito in forza di una legge entrata in vigore successivamente al fatto commesso, se più favorevole al reo - proprio perché, postulando l'assenza di *abolitio criminis*, il fatto sarebbe comunque passibile di sanzione penale. In tal senso, l'art. 2, co 4, c.p., nel prevedere la regola della retroattività della norma penale più favorevole in ossequio al principio di eguaglianza, mira ad ampliare le garanzie che già il principio costituzionale di irretroattività conferisce al reo, e non si pone pertanto in conflitto con esso⁶⁴, che andrebbe ragionevolmente interpretato come garanzia che il reo non venga sottoposto ad una pena più severa di quella prevista al momento del fatto⁶⁵.

Emerge dunque la differenza tra la successione di leggi penali e amministrative punitive, e la successione di leggi penali: mentre in questo secondo caso il presupposto di operatività della retroattività della sanzione penale più favorevole è la persistenza del disvalore penale del fatto, e dunque l'assenza dell'*abolitio criminis*, nel primo caso la retroattività della sanzione amministrativa presuppone e si fonda proprio sul venir meno della rilevanza penale del fatto, ossia sulla presenza dell'*abolitio criminis*.

Se stanno così le cose, l'unica strada per superare l'apparente contrasto delle norme transitorie in materia di depenalizzazione con il principio costituzionale di irretroattività, sembra quella di ammettere che in queste ipotesi l'indiscutibile abolizione del crimine non venga regolata dall'art. 2, co. 2, c.p.

4.1. *Una prima discutibile soluzione: l'interpretazione evolutiva dell'art. 2, co. 2, come norma regolativa dell'abolitio illicetatis e non dell'abolitio criminis.*

⁶⁴ Torna alla mente, in tal senso, l'insegnamento di Pagliaro, secondo cui «il principio base, che regola la successione delle leggi penali nel nostro diritto positivo, non è quello della irretroattività. L'irretroattività è uno dei corollari di un principio superiore (*favor libertatis*), il quale, in omaggio alla libertà del cittadino, gli assicura il trattamento penale più mite tra quello stabilito dalla legge al momento della commissione del reato e i trattamenti stabiliti da leggi successive»: PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. del dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1064; ID., *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. Pen.*, 1991, 2, 1 ss.; ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 115.

⁶⁵ Se si rifiutasse tale interpretazione, l'applicazione asettica e "cieca" del principio di irretroattività della norma penale, farebbe sì che il reo debba soggiacere a una conseguenza penale eventualmente più grave di quella che altrimenti gli spetterebbe in seguito all'applicazione retroattiva della successiva norma penale. Cfr. ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 90; GALLO, *La legge penale*, cit., 111; SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, cit., 97 ss.; PODO, voce *Successione di leggi penali*, cit., 652-653, 673; BRICOLA, art. 25, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1981, 286 ss.; VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo*, cit., 54; PIERGALLINI, *Argomenti per l'«autonomia» dell'illecito amministrativo*, cit., 1559; CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 185 ss.; PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 89 ss.

Una prima soluzione (criticabile sotto diversi aspetti, come vedremo) potrebbe individuare nelle disposizioni transitorie che prevedono la retroattività delle sanzioni amministrative, nel contesto delle normative di depenalizzazione, un indizio a favore della necessità di interpretare la previsione di cui all'art. 2, co. 2, c.p. come una regolazione non dell'*abolitio criminis* ma dell'*abolitio illicetatis*: la norma, cioè, disciplinerebbe le conseguenze della fuoriuscita del fatto dall'area del diritto punitivo e non della semplice cessazione della sua rilevanza penale⁶⁶. Di conseguenza, il precetto subirebbe una riduzione del suo campo di operatività rispetto a quello tradizionalmente delineato in relazione al concetto di *abolitio criminis*, in quanto la sfera del diritto punitivo presenta ovviamente confini più vasti di quelli propri del diritto penale *stricto sensu*.

Una tale interpretazione potrebbe definirsi come evolutiva, basandosi sia sul carattere straordinario del fenomeno della depenalizzazione ai tempi della redazione del codice, che non avrebbe consentito al legislatore del '30 di tenerne conto nella disciplina dell'efficacia temporale della legge penale⁶⁷; sia sulle molteplici pronunce con cui la Corte di Strasburgo ha esteso nell'ultimo quarantennio l'area della "materia penale", fino a ricomprendervi anche gli illeciti amministrativi rispondenti ai criteri Engel⁶⁸; sia sulla recente tendenza della Consulta a far propria una nozione di "diritto punitivo" distinta da quella di diritto penale *stricto sensu* e, d'altra parte, formalmente autonoma, sebbene contigua, rispetto alla nozione convenzionale di "materia penale"⁶⁹.

⁶⁶ Sulla distinzione tra «perdita di illiceità penale» e «perdita di illiceità a qualunque titolo», con specifico riguardo all'incidenza delle norme comunitarie su quelle dell'ordinamento giuridico nazionale, si veda SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 265-266, nota 200. Pur non facendo riferimento alla questione dell'ambito applicativo da assegnare all'art. 2, co. 2, in seguito all'ampliamento della nozione di "penale" avvenuto ad opera della Corte di Strasburgo, alcuni autori hanno distinto tra la "decriminalizzazione", in cui il fatto sarebbe sottoposto non più a una sanzione penale ma a una sanzione amministrativa, e la "depenalizzazione", in cui il fatto non sarebbe più sottoposto ad alcuna sanzione: così MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 217; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 123. Al contrario, capovolge le definizioni sopra indicate, preferendo parlare di depenalizzazione nei casi di trasformazione legislativa dell'illecito penale in illecito amministrativo, PETRONE, *L'abolitio criminis*, cit., 39. Quest'ultima definizione del termine "depenalizzazione" è la più accreditata in dottrina: si vedano BERNARDI-ZODA, *Depenalizzazione: profili teorici e pratici*, Padova, 2008, 16.

⁶⁷ In tal senso, però con riguardo a una possibile interpretazione evolutiva dell'art. 2, co. 4, c.p., si veda Cass. pen., sez. II, n. 7180/2006, cit.

⁶⁸ Si veda *supra*, nota 17.

⁶⁹ Sulla formale autonomia del concetto di "materia penale" elaborato dalla Corte di Strasburgo attraverso l'utilizzo dei criteri Engel, dal concetto di diritto "afflittivo-punitivo" fatto proprio dalla Corte costituzionale, ove appare recepito il criterio della funzione afflittiva, e non solo preventiva, della sanzione, ma in cui viene accantonato il criterio "engeliano" della gravità della misura, si vedano VIGANO, *Il nullum*

Se si interpretasse in tale direzione la norma, si riuscirebbe a giungere a una triplice conclusione: la depenalizzazione del fatto di reato non andrebbe a comportare una perdita della sua caratura illecita; la disciplina codicistica dell'*abolitio* – così interpretata – non troverebbe applicazione; le norme transitorie che determinano la retroattività della sanzione amministrativa non si porrebbero in conflitto con il principio di irretroattività di cui all'art. 25, co. 2, Cost., risultando invece favorevoli all'autore del fatto illecito.

D'altra parte, ragioni di coerenza sistematica vorrebbero che la medesima interpretazione evolutiva adottata per l'art. 2, co. 2, attraverso cui si escluderebbe la sua applicabilità ai casi di successione di leggi penali ed amministrative punitive, debba percorrersi anche per l'art. 2, co. 4, consentendone l'applicabilità ai casi non autonomamente disciplinati dalla legge. Si finirebbe così per accogliere l'orientamento di quella giurisprudenza di legittimità e di quella dottrina favorevoli all'estensione della norma codicistica sulla successione di leggi ai casi di depenalizzazione non regolati da apposite norme transitorie ⁷⁰.

Certamente la suddetta interpretazione presenta un inconveniente non di poco conto: laddove la legge speciale di depenalizzazione che venga in rilievo non presenti alcuna disposizione di diritto transitorio ⁷¹, l'accoglimento dell'interpretazione della norma contenuta nell'art. 2, co. 2, come una disciplina dell'*abolitio illiciteatis*, e non dell'*abolitio criminis*, porterebbe il giudice ad applicare l'art. 2, co. 4, non solo ai fatti *sub iudicio* ma anche a quelli oggetto di una sentenza irrevocabile, che in tal senso non perderebbe la sua efficacia. Verrebbe meno, così, anche l'unica costante nella successione

crimen *conteso*: *legalità 'costituzionale' vs. 'legalità convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, 7; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 106 ss.; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 21 ss., 205 ss. Sull'indeterminatezza dei criteri utilizzati dalla Consulta per individuare le sanzioni dal contenuto afflittivo, ma non formalmente penali, a cui applicare le garanzie dell'art. 25, co. 2, Cost., si veda DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, a cura di Paliero-Moccia-De Francesco-Insolera-Pelissero-Rampioni-Riscato, Napoli, 2016, 158. Contro l'utilizzo dei criteri Engel per qualificare una sanzione amministrativa come sostanzialmente penale ai fini dell'applicazione delle garanzie formulate nell'art. 25, co. 2, Cost., si veda inoltre Corte cost., n. 109/2017, cit.

⁷⁰ Si veda *supra*, § 3.

⁷¹ Ad esempio, si pensi alla legge n. 120 del 2010, che, all'art. 33, comma 1, a), 1), ha depenalizzato la contravvenzione di guida in stato di ebbrezza con tasso alcolemico compreso 0,5 e 0,8 g/l, ex art. 186, comma 2, a) del codice della strada; al d.lgs. n. 61 del 2002, che, all'art. 1, ha depenalizzato il reato di impedito controllo da parte degli amministratori di una società, inizialmente previsto come delitto dall'art. 2623, n. 3 c.c.; al d.lgs. n. 758 del 1994, che, all'art. 13, ha depenalizzato il reato di omesso adempimento degli obblighi imposti dalle norme sui minimi di trattamento economico dei lavoratori, da parte del datore di lavoro (art. 8 della legge n. 741 del 1959).

delle leggi penali e amministrative punitive, ossia il travolgimento del giudicato di condanna, conseguenza espressamente prevista dalle norme transitorie ⁷² o derivante dallo stesso art. 2, co. 2, nei casi non regolati. Si genererebbe, in tal modo, un'irragionevole discriminazione tra chi sia stato condannato con sentenza irrevocabile per un reato poi depenalizzato da una legge che presenti norme transitorie che dispongono la cessazione degli effetti penali del giudicato, e chi sia stato condannato in via definitiva per un reato rispetto a cui l'intervento di depenalizzazione nulla preveda a tal riguardo ⁷³. A ragionare diversamente, si dovrebbe ritenere che l'interprete possa restringere la portata dell'art. 2, co. 2, escludendone l'operatività, soltanto nei casi di depenalizzazione ove lo stesso legislatore abbia previsto apposite norme volte a disciplinare autonomamente le conseguenze temporali dell'avvenuta cessazione della rilevanza penale del fatto, sia in relazione ai fatti *sub iudicio* sia in relazione a quelli coperti da giudicato; e che lo stesso interprete possa invece tornare a collegare l'applicabilità dell'art. 2, co. 2, c.p. all'*abolitio criminis*, nelle ipotesi di depenalizzazione in cui non vi siano simili previsioni, ove quindi non vi sarebbe spazio per l'applicazione dell'art. 2, co. 4. Tuttavia, se si ritenga che la norma codicistica regoli le conseguenze dell'abolizione dell'illiceità del fatto, e non del suo carattere formalmente penale, non si potrebbe ragionevolmente circoscrivere il campo di operatività

⁷² Questo è il senso da attribuire alle disposizioni contenute nelle norme transitorie, ove si statuisce la revoca della sentenza o del decreto di condanna. In tal senso, si è pronunciato espressamente il Ministero della giustizia, *Circolare in tema di adempimenti procedurali conseguenti all'entrata in vigore del d.lgs. 7/2016 e d.lgs. 8/2016*, 10 marzo 2016, in www.giustizia.it. Anche rispetto alle altre normative di depenalizzazione, non è mai stato messo in discussione il travolgimento del giudicato di condanna senza obbligo di trasmissione degli atti all'autorità amministrativa. Tanto che sia l'art. 41 della L. n. 689/1981, sia l'art. 101, co. 2, del d.lgs. n. 507 del 30 dicembre 1999, prevedevano un'espressa deroga a tale regola, con riferimento alla condanna a pena pecuniaria, comunque eseguibile per via dell'omogeneità sostanziale con la sopravvenuta sanzione amministrativa pecuniaria. Conf. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1383. *Contra* D'ONOFRIO, *Trasformazione di reati in illeciti civili e depenalizzazioni*, in *Rivista di polizia*, 2016, 166-167, secondo cui, anche in caso di revoca della sentenza di condanna, il giudice avrebbe l'obbligo di trasmissione degli atti all'autorità competente all'irrogazione delle sanzioni amministrative.

⁷³ Peraltro, non può non notarsi che una disparità di trattamento sussista pure tra chi sia stato condannato con sentenza passata in giudicato - rispetto a cui l'operatività delle norme transitorie, o alternativamente dell'art. 2, co. 2, c.p. nei casi non regolati, prevedono il travolgimento del giudicato - e chi invece sia ancora *sub iudicio*, in quanto solo in quest'ultimo caso gli atti, laddove previsto (a meno che non si aderisca alla sopra citata teoria dell'estensione dell'art. 2, co. 4, c.p. alle ipotesi non regolate), andrebbero trasmessi all'autorità amministrativa competente. Sul punto si veda *amplius infra*, nel paragrafo conclusivo.

di questa interpretazione sulla base del silenzio del legislatore sulle conseguenze della depenalizzazione.

Alla prospettata soluzione, inoltre, potrebbe opporsi che l'art. 2, co. 2, c.p., non si presti a un'interpretazione che consenta di escluderne l'applicazione ai casi di successione di leggi penali e amministrative punitive. Si tratterebbe, infatti, di un intervento ermeneutico di tipo analogico, in quanto (nonostante alcune recenti pronunce giurisprudenziali abbiano inquadrato il travalicamento esegetico della *littera legis* nel campo dell'interpretazione estensiva⁷⁴, provando a sovvertire l'orientamento tradizionale⁷⁵) il perimetro lessicale dell'art. 2, co. 2, ove si parla di "reato", risulta inequivocabile nel prescrivere che la norma si applichi ai casi in cui il fatto non costituisca più un delitto o una contravvenzione, a prescindere che esso sia stato inquadrato in un illecito amministrativo o abbia cessato di essere del tutto punito. Gli effetti sfavorevoli ricollegati a questa interpretazione, poi, sono evidenti: poiché l'art. 2, co. 2, rappresenta una norma posta a favore del reo, che gli consentirebbe di sottrarsi alle conseguenze punitive connesse alla commissione di un illecito penale quando questo venga successivamente abolito, restringerne l'ambito applicativo attraverso un allargamento del concetto di "reato", determinerebbe conseguenze *in malam partem*, facendo sì che l'autore della violazione, in seguito al venire meno dell'incriminazione, debba comunque sopportare le sanzioni punitive ricollegate all'eventuale nuovo inquadramento formale del fatto entro i confini di una fattispecie illecita formalmente non penale.

Senza contare, poi, che valorizzare il carattere sostanzialmente penale riconosciuto agli illeciti amministrativi punitivi dalle Corti nazionali e sopranazionali, in modo da estendere a essi la disciplina dell'illecito penale *stricto sensu* - e non solo le garanzie contenute nella Costituzione e nella C.E.D.U., laddove compatibili - porterebbe a degli esiti criticabili. Anzitutto, condurrebbe a una

⁷⁴ Si veda, sull'estensione ai quotidiani telematici della disciplina dei reati commessi a mezzo stampa, facendo leva su un criterio interpretativo evolutivo ritenuto coerente con la *mens legis* sebbene travalicante la definizione legale, Cass. pen., sez. V, 23 ottobre 2018-11 gennaio 2019, n. 1275; Cass. pen., sez. V., 19 febbraio 2018-16 aprile 2018, n. 16751; Cass. pen., sez. un., 29 gennaio 2015-17 luglio 2015, n. 31022. Per una critica al procedimento analogico sostanzialmente intrapreso dalla Corte di cassazione in queste ipotesi, si veda PEDULLÀ, *Osservazioni a Cass. pen., sez. V, 19 febbraio 2018, n. 16751*, in *Cass. pen.*, 2018, 11, 3744 ss.

⁷⁵ Sul rispetto dei significati compatibili con il tenore letterale della norma come *discrimen* tra interpretazione estensiva consentita e interpretazione analogica vietata dall'art. 14 disp. prel. c.c., si veda ENGISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 237 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 170 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 122 ss. Si veda, in tal senso, la storica sentenza della Cass. pen., sez. V, 3 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, 2, p. 146, ove si faceva, a tal fine, riferimento all' «*area di significanza dei segni linguistici*» con cui la norma si esprime.

rottura della formale linea di discriminare tra illecito penale ed amministrativo posta dal legislatore, in opposizione a quanto affermato dall'ormai storica sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale⁷⁶. Inoltre, determinerebbe un'arbitraria riscrittura delle norme della legge n. 689/1981, che disciplinano le regole in materia di illeciti amministrativi in modo affine ma con importanti tratti differenziali rispetto alla disciplina codicistica dell'illecito penale⁷⁷. Infine, potrebbe sortire conseguenze anche *in malam partem* per l'autore della violazione, come paventato dalla Consulta quando ha affermato che «*un definitivo assorbimento dell'illecito amministrativo nell'area di ciò che è penalmente rilevante*» potrebbe muoversi nel segno non solo di un incremento delle libertà individuali ma anche di un loro detrimento⁷⁸, in contrasto con il principio di sussidiarietà e di autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale⁷⁹. Proprio il profilo critico relativo al restringimento delle libertà

⁷⁶ Cfr. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, §§ 6. e 6.1.

⁷⁷ Si veda *supra*, nota 29. In relazione alle differenze di disciplina rispetto all'illecito penale, a parte le disposizioni della legge n. 689/1981 ove il legislatore si è limitato a non trasporre principi del diritto penale (come l'art. 1, che nulla dispone sulla retroattività della legge più favorevole), si pensi all'art. 2, ove il limite minimo di età per l'imputabilità è fissato inderogabilmente nel diciottesimo anno, senza prevedere alcuna valutazione in concreto dell'eventuale capacità del soggetto giunto al quattordicesimo anno di età, da parte dell'autorità competente a irrogare la sanzione; all'art. 6, in cui sono stabilite le ipotesi in cui vige la regola della obbligo, in solido con l'autore della violazione, di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria; o ai casi di inversione dell'onere della prova per il soggetto obbligato a pagare la sanzione, come quelli previsti dall'art. 2. Sul punto, si veda DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 781-782.

⁷⁸ Corte cost., n. 68/2017, cit., § 7. Conf. in dottrina VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia*, cit., 270.

⁷⁹ Sul principio di sussidiarietà, si vedano MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 463 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 161 ss., 215 ss.; BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano, 1984, 99; PADOVANI, *La politica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114; M. ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 39 ss.; PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 449 ss.; ID., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 849 ss.; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 238 ss.; DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1654 ss.; GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1488 ss. In questo caso, di «sussidiarietà esterna» parla COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Ind. pen.*, 2015, 264 ss., che utilizza l'espressione per contrassegnare la necessità di preferire mezzi di tutela del bene giuridico esterni, e meno invasivi, rispetto al diritto penale, dunque già al momento della scelta legislativa. Con specifico riferimento all'imposizione, in seno alla Direttiva 2014/57/UE, dell'adozione delle sanzioni penali in luogo di quelle amministrative per le ipotesi più gravi di abusi di mercato, si veda ID., *La riforma penale europea sugli abusi del mercato*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, a cura di Cicero-Perlingieri, I, Napoli, 2017, 318. Nella giurisprudenza costituzionale si vedano Corte cost., n. 49/2015, cit.; Corte cost., 28 dicembre 1998, n. 447; Corte cost., 26 luglio 1996, n. 317; Corte cost., 28 dicembre 1995, n. 519; Corte cost., 14 giugno 1990, n. 282; Corte cost., 25 ottobre 1989, n. 487. Si vedano altresì

dell'individuo, finisce per inficiare a monte la soluzione prospettata: fondare sul concetto di "misura punitiva-afflittiva" o di "materia penale", rispettivamente elaborati dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU, un'interpretazione delle norme penali tale da ampliarne il campo applicativo sfavorevole, costituirebbe un controsenso alla luce del contesto finalistico in cui gli stessi Giudici hanno innestato la loro opera esegetica, ossia quello dell'applicazione dei presidi contenuti nell'art. 25, comma 2, della Costituzione e negli artt. 6 e 7 C.E.D.U. In tal senso, risulterebbe artificioso e altamente rischioso scindere le affermazioni delle Corti dalla sfera garantistica in cui esse sono sorte.

4.2. *Una seconda preferibile soluzione: l'interpretazione delle norme transitorie come deroghe all'art. 2, co. 2.* Seguendo un'altra soluzione, si potrebbe ritenere che le norme di diritto transitorio previste nei casi di depenalizzazione, deroghino alla disciplina prevista dall'art. 2, comma 2, c.p.: pertanto, nonostante l'abolizione del crimine, perdurerebbe l'illiceità del fatto, sussunto entro una nuova fattispecie appartenente a un regime punitivo diverso da quello penale; il colpevole, conseguentemente, non andrebbe esente da punibilità, ma gli si applicherebbe retroattivamente – senza che ciò di per sé contrasti con l'art. 25, co. 2, Cost. – la sanzione amministrativa, che la legge presume sia più favorevole di quella penale previgente⁸⁰.

Laddove invece la legge di depenalizzazione nulla preveda sulla disciplina dei fatti commessi precedentemente, non vi sarebbe alcuna deroga all'art. 2, co. 2, che manterrebbe piena operatività, e sarebbe contemporaneamente preclusa l'applicabilità del quarto comma, ove è disciplinata la successione di leggi nel tempo.

Una conferma di quanto detto può rinvenirsi in alcune delle leggi speciali che

i criteri di scelta tra sanzione penale e amministrativa, fissati della Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983, *Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 345 ss.

⁸⁰ In tale direzione, PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1378 ss. ha sostenuto che la sostanziale continuità tra fattispecie penali e fattispecie amministrative punitive introdotte a seguito di depenalizzazione, giustifichi la deroga al principio dell'art. 2, co. 2, c.p. e consenta di inquadrare il fenomeno in una successione «impropria» di leggi penali ed amministrative punitive (p. 1382), con conseguente affermazione della responsabilità per il fatto commesso durante la vigenza della legge abrogata. Conformemente, rispetto alle previsioni transitorie contenute negli artt. 40 e 41 della L. n. 689/1981, si vedano PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 178, nota 118, secondo cui tali norme disciplinano in modo peculiare il trattamento dell'*abolitio criminis* in caso di depenalizzazione. Conf. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, cit., 107. Così, in generale, GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 39.

regolano le conseguenze della depenalizzazione in relazione ai fatti precedentemente commessi e già condannati con sentenza irrevocabile. In tal senso, l'art. 8, co. 2, del d.lgs. n. 8 del 15 gennaio 2016 e l'art. 101, co. 1, del d.lgs. n. 507 del 30 dicembre 1999, prevedono che l'eventuale sentenza di condanna definitiva per uno dei reati di cui abbiano previsto la depenalizzazione, debba essere revocata. Nel disciplinare gli effetti temporali della depenalizzazione rispetto al giudicato di condanna precedente all'intervento legislativo, pur in modo identico a quanto stabilito dall'ultima parte dell'art. 2, co. 2, c.p., sembra che le suddette norme ammettano che la norma codicistica non trovi applicazione, giacché altrimenti sarebbe tautologica un'ulteriore specificazione in tal senso. Come riprova di questa conclusione, il terzo comma del suddetto art. 101 stabilisce, in deroga al principio del travolgimento del giudicato in caso di *abolitio criminis*, che la confisca e le pene accessorie oggetto della condanna irrevocabile debbano comunque essere eseguite se siano previste come corrispondenti sanzioni amministrative dalla legge che ha depenalizzato l'illecito⁸¹.

Sempre sostenendo la deroga alla norma codicistica, si ponga poi attenzione all'art. 41 della legge n. 689/1981, che pure dispone che per i procedimenti penali in corso aventi ad oggetto i fatti commessi prima della depenalizzazione, e per i quali l'autorità giudiziaria non debba pronunciare decreto di archiviazione o sentenza di proscioglimento, vadano trasmessi gli atti all'autorità amministrativa. La peculiarità di tale disposizione sta nel fatto di avere stabilito sia che vengano comunque riscosse la multa o l'ammenda oggetto di condanna definitiva, sia che vengano fatte salve la confisca e le pene accessorie previste come sanzioni amministrative in seguito alla depenalizzazione, in contrasto con la regola generale del travolgimento del giudicato invece disposta dall'art. 2, co. 2⁸². Inoltre, meritevole di attenzione è

⁸¹ Di deroga dell'art. 2, co. 2, c.p. da parte dell'art. 101, co. 2, del d.lgs. n. 507/1999, che disponeva che le pene pecuniarie inflitte con sentenza di condanna irrevocabile dovessero essere comunque riscosse nonostante l'intervenuta depenalizzazione, parla GAMBARELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., 147, secondo cui tale previsione derogatoria si fondava sull'omogeneità della pena pecuniaria rispetto a quella amministrativa pecuniaria, omogeneità invece non ipotizzabile rispetto alla pena detentiva. La norma è stata poi dichiarata illegittima da Corte cost., 31 maggio 2001, n. 169, per contrasto con l'art. 3 Cost., in relazione al diverso e più benevolo trattamento dalla stessa riservato ai soggetti condannati a pena detentiva con sentenza passata in giudicato, per i quali la preveduta revoca della sentenza non lascerebbe più promanare alcun effetto dalla condanna.

⁸² Di deroga al dovere di revoca del giudicato disposto dall'art. 2, co. 2, c.p., da parte della previsione contenuta nell'art. 41, co. 2 e 3, della L. n. 689/1981, parlano PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi*

la sua clausola di chiusura, ove si prevede che «*Per ogni altro effetto si applica il secondo comma dell'articolo 2 del codice penale*»: l'esplicito rinvio alla disciplina codicistica dell'*abolitio criminis* va inteso come relativo all'unico profilo non regolamentato dalla norma extracodicistica, ossia alla sorte spettante alle sentenze di condanna alla reclusione già passate in giudicato, per le quali cesserebbero quindi l'esecuzione e gli effetti penali.

Un esplicito rinvio all'art. 2 - anch'esso riferibile al travolgimento del giudicato di condanna, in tal caso a prescindere dal genere di pena inflitta - si rinviene, poi, anche nella disposizione di diritto transitorio contenuta nell'art. 9, co. 6, della L. n. 62/2005 sugli abusi di mercato, ove il legislatore si è limitato a disporre la trasmissione degli all'autorità amministrativa per i fatti commessi anteriormente alla depenalizzazione, qualora risultino ancora *sub iudicio* e non occorra procedere all'archiviazione o all'assoluzione. Il medesimo rinvio si rinviene, ancora, nell'art. 1, comma 2, della legge n. 455 del 21 ottobre 1988 sulla depenalizzazione degli illeciti valutari. Le suddette previsioni provano che per gli illeciti oggetto delle relative normative di depenalizzazione, l'*abolitio criminis* viene disciplinata autonomamente e in modo differente da quanto prescritto dall'art. 2, co. 2, c.p., salvo un residuo campo di applicazione della norma codicistica in relazione alla regola della sopravvenuta inefficacia delle sentenze di condanna passate in giudicato.

Un'ulteriore conferma che, in caso di depenalizzazione con previsione dell'applicazione retroattiva della nuova sanzione amministrativa, non possa trovare applicazione l'art. 2, co. 2, e che invece si sia di fonte a un fenomeno peculiare di successione di leggi penali nel tempo - salvo che per quel che concerne il travolgimento del giudicato di condanna - si rinviene anche nelle recenti pronunce della Consulta. In tal senso si è espressa la sentenza costituzionale n. 68/2017, ove si è sottolineato la permanenza dell'antigiuridicità del fatto oggetto di depenalizzazione, l'inquadramento della fattispecie nel fenomeno della successione di leggi nel tempo, la natura sostanzialmente penale del nuovo regime punitivo, e il suo carattere presuntivamente più favorevole rispetto alla precedente pena, che ne giustifica la previsione transitoria di retroattività⁸³. Allo stesso modo, la più

penali, cit., 1383-1384; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 272; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 304.

⁸³ Corte cost., n. 68/2017, cit., §§ 8-9. Sul punto, si veda BIANCHI, *Irretroattività e retroattività nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 2, 261 ss., secondo

recente sentenza della Corte costituzionale n. 223/2018 ha affermato a chiare lettere che le norme transitorie che dispongono l'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative di nuova introduzione, non si pongono generalmente in contrasto con il principio di irretroattività, sulla base del duplice presupposto della perdurante illiceità del fatto e della maggiore gravità della sanzione penale rispetto alla sopraggiunta sanzione amministrativa (argomento, quest'ultimo, poi messo in discussione dalla stessa Corte, nei successivi passaggi della sentenza, in relazione alla possibilità di superare la presunzione legislativa di maggior favore del trattamento punitivo amministrativo)⁸⁴.

5. La questione sulla legittimità costituzionale dell'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa più sfavorevole di quella penale: le soluzioni prospettabili. Una volta rinvenute le argomentazioni alla base della generale ammissibilità e legittimità costituzionale della successione "impropria" delle leggi penali e amministrative punitive⁸⁵, il problema ora da affrontare è se sia legittima l'applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio amministrativo – prevista dal regime transitorio della legge di depenalizzazione –, presumendo che esso sia sempre più favorevole di quello penale pregresso; o se invece si possa sindacare, e in quali termini, il carattere eventualmente deteriore delle sanzioni amministrative di nuova introduzione, con conseguente declaratoria di incostituzionalità delle norme che ne dispongono la retroattività, per contrasto con l'art. 25, co. 2.

Anche in questo aspetto si coglie la diversità e la peculiarità della successione di norme sanzionatorie eterogenee, rispetto al fenomeno della successione di leggi penali *stricto sensu* disciplinato dall'art. 2, co. 4, c.p., ove il legislatore ha demandato al giudice ordinario il potere di stabilire quella che prevede il trattamento complessivamente più favorevole al reo, e conseguentemente di applicare retroattivamente la norma successiva oppure ultrattivamente quella in vigore nel momento in cui fu commesso il fatto⁸⁶.

cui la Corte ha inquadrato la depenalizzazione con norme transitorie nel fenomeno della successione di leggi nel tempo, per sostenere la perdurante anti giuridicità del fatto e per negare il contrasto con il principio costituzionale di irretroattività.

⁸⁴ Corte cost., n. 223/2018, cit., § 6.2.

⁸⁵ L'espressione è mutuata da PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1382.

⁸⁶ Sottolinea questa diversità DIES, *I primi interventi della giurisprudenza*, cit., 15-16. Sul concetto di "ultrattività" della norma penale previgente più favorevole di quella successiva, si veda SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, cit., 145, che, nel caso di successione di leggi nel tempo,

5.1. *Il superamento della presunzione di maggiore favore del trattamento sanzionatorio amministrativo frutto di depenalizzazione.* La prima soluzione – che condurrebbe a ritenere sempre costituzionalmente legittima la scelta adottata da quelle leggi di depenalizzazione dotate di norme transitorie *ad hoc*⁸⁷ – si fonda sull'accoglimento della presunzione legislativa di maggiore favore per il reo delle sanzioni amministrative rispetto alla pene⁸⁸, derivazione del principio di sussidiarietà del diritto penale⁸⁹. Difatti, le sanzioni penali, a differenza di quelle amministrative, sono connotate da effetti stigmatizzanti⁹⁰, dall'eventuale presenza di pene detentive, e dalla convertibilità delle pene pecuniarie non eseguite – per insolvibilità del condannato – nella libertà controllata e nel lavoro sostitutivo, a loro volta convertibili – in caso di ulteriore inottemperanza – in pene detentive⁹¹.

parla anche di «sopravvivenza della legge vecchia». Si veda l'ampia disamina dei concetti di “irretroattività”, “retroattività”, “ultrattività”, “extrattività”, “iperretroattività”, effettuata da PODO, voce *Successione di leggi penali*, cit., 649-650, ove l'A., peraltro, accogliendo l'opinione di ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 104-105, afferma che non vi sarebbe ragione di parlare di “ultrattività”, una volta stabilito che il principio generale in materia di efficacia di leggi penali nel tempo sia quello di irretroattività, e che invece quello di retroattività costituisca l'eccezione.

⁸⁷ Ritieni che il legislatore, attraverso le disposizioni transitorie che dispongono la retroattività del trattamento sanzionatorio per punire i fatti commessi sotto la vigenza del reato poi depenalizzato, abbia fatto ricorso a un “automatismo legislativo”, NARDOCCI, *Retroattività sfavorevole e sanzione amministrativa*, cit., 603.

⁸⁸ Così, nella giurisprudenza di legittimità, si vedano espressamente Cass. pen., sez. IV, 16 dicembre 2010-9 marzo 2011, n. 9437; Cass. pen., 25 novembre 2010-27 dicembre 2010, n. 45417; Cass. pen., sez. IV, 24 novembre 2010-4 gennaio 2011, n. 170; Cass. pen., sez. IV, 16 novembre 2010-21 dicembre 2010, n. 44908; Cass. pen., sez. IV, 14 ottobre 2010-22 novembre 2010, n. 41091.

⁸⁹ Sul principio di sussidiarietà, si veda *supra*, nota 79.

⁹⁰ Cfr. DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, 1096, secondo cui «le sanzioni amministrative non implicano un giudizio di disvalore etico-sociale nei confronti di coloro cui vengono applicate»; NUVOLONE, voce *Pena (diritto penale)*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 787. Di «minor “disvalore etico-sociale”» della sanzione amministrativa rispetto a quella penale, parla PALIERO, *Il «diritto penale-amministrativo»: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 1284. In tal senso si veda anche MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95*, cit., 539, secondo cui l'applicazione di un certo *quantum* di pena è il riflesso della relazione tra il giudizio di colpevolezza e la disapprovazione sociale per la condotta del reo, evidenziando poi che l'assenza di un effetto stigmatizzante per le sanzioni non penali sia dovuto al fatto che per esse l'accertamento della colpevolezza avviene con metodi meno rigorosi.

⁹¹ Va ricordato che Corte cost., 16 novembre 1979, n. 131, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 136 c.p., che disponeva la conversione diretta delle pene pecuniarie in pene detentive, in caso di mancata esecuzione causata dall'insolvibilità del condannato, poiché la norma arrecava un trattamento discriminatorio nei confronti dei “nullatenenti”, e incompatibile con la funzione rieducativa della pena. L'incidenza delle pene pecuniarie sulla libertà personale può dunque oggi ritenersi indiretta, dato che esse sono convertibili, in caso di mancata esecuzione, nelle sanzioni della libertà controllata o del lavoro sostitutivo, ex art. 102 della L. n. 689/1981; e solo queste, in caso di inottemperanza del condannato,

Tuttavia, la prevalente afflittività del trattamento penale rispetto a quello amministrativo, sebbene continui a costituire una presunzione indiscutibile in astratto, si muove su basi fragili se si guarda concretamente a quei reati sanzionati con pene detentive brevi o pene pecuniarie ad alto tasso di ineffettività⁹². Non a caso, già in tempi antecedenti alle recenti acquisizioni circa la parziale assimilabilità, sul piano delle garanzie costituzionali, dell'illecito amministrativo punitivo a quello penale, si erano avanzati, sia in giurisprudenza sia in dottrina, diversi dubbi circa la legittimità delle disposizioni transitorie che prevedono l'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa a fatti commessi sotto la vigenza della fattispecie incriminatrice poi depenalizzata, in quanto la prima potrebbe anche configurarsi come più afflittiva della pena prevista dalla seconda⁹³. In tale direzione, la recente sentenza n. 223/2018

sono convertibili in pene detentive.

⁹² Sul principio di effettività, in generale, si veda il contributo di PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 430 ss., 509. Sulla progressiva perdita di effettività della pena detentiva nel sistema giudiziario contemporaneo, si vedano STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 626 ss.; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 419 ss.; GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 414 ss.; MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 160 ss.; DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1035 ss.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 78 ss.; TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalista" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1706; DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 30 ss. Sulla recente tendenza legislativa a procedere a un inasprimento delle pene detentive per certi reati connotati da allarme sociale crescente, in modo da garantire la certezza del carcere, si veda PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, II, Milano, 2018, 521 ss.

In particolare, sulla crisi di effettività della pena pecuniaria e sull'opposta maggiore effettività della sanzione pecuniaria amministrativa, si vedano PADOVANI, *La pena pecuniaria nel progetto di «modifica al sistema penale»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 1185, secondo cui l'istituto della sospensione condizionale della pena pecuniaria indebolisce la sua effettività; ID., *La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle «modifiche al sistema penale»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 1271; ID., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., 449 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 415 ss., che in tal senso sottolinea come la pena pecuniaria possa essere pagata anche da un soggetto diverso dal responsabile del reato; DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 102, che, dopo avere analizzato le statistiche giudiziarie di quel decennio, prendeva atto della sostanziale ineffettività delle pene pecuniarie, che, di regola, «non vengono né eseguite, né convertite».

⁹³ Questa ammissione si trova già nella Relazione Valiante della Commissione Giustizia del Senato, 27^o resoconto stenografico, 18 marzo 1981, cartella n. 14. Così in giurisprudenza Cass. civ. sez. lav., 17 giugno 1997, n. 5429. In dottrina si vedano DOLCINI, sub *art. 1*, in *Commentario delle "Modifiche al sistema penale" (Legge 24 novembre 1981 n. 689)*, a cura di Dolcini-Giarra-Mucciarelli-Paliero-Riva-Crugnolo, Milano, 1982, 18; VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo*, cit., 234; DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in

della Corte costituzionale – in seguito al diffuso e consolidato riconoscimento della natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative di carattere afflittivo, e sulla scorta della precedente pronuncia n. 68/2017 che aveva già dischiuso le porte a un confronto tra i due diversi apparati sanzionatori – ha esplicitamente ammesso il carattere relativo della presunzione di maggior favore del regime sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale in vigore prima dell'intervento di depenalizzazione, «dovendosi sempre lasciare spazio alla possibilità di dimostrare, caso per caso, che il nuovo trattamento sanzionatorio amministrativo previsto dalla legge di depenalizzazione risulti in concreto più gravoso di quello previgente»⁹⁴.

Concentrandosi in particolare sulle sanzioni amministrative introdotte dalla legge n. 62/2005 per l'abuso di informazioni privilegiate, per come infine modificate dal d.lgs. n. 107/2018, il Giudice costituzionale ha messo in evidenza come queste risulterebbero complessivamente più gravose delle pene precedentemente previste per l'*insider trading* secondario. Anzitutto, la sanzione pecuniaria stabilita dall'art. 187**bis** va da un minimo di ventimila a un massimo di cinque milioni di euro (aumentabile fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il profitto conseguito ovvero le perdite evitate per effetto dell'illecito, quando appaia inadeguata in base all'art. 194**bis**), a fronte della previgente multa da venti a seicento milioni di lire (anch'essa innalzabile fino al triplo)⁹⁵. In secondo luogo, l'art. 187**quater** commina delle sanzioni accessorie interdittive che «limitano fortemente le opzioni professionali – e, dunque, il diritto al lavoro – dei soggetti colpiti dalla sanzione»⁹⁶. Inoltre, alla

Riv. it. dir. e proc. pen., 1987, 741; DONINI, *Teoria del reato*, cit., 50 ss. Conf. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 65 ss., anche con specifico riferimento alle sanzioni amministrative in materia di abusi di mercato, introdotte dalla legge di depenalizzazione del 2005.

⁹⁴ Corte cost., n. 223/2018, cit., § 6.2.

⁹⁵ Sul differente ammontare della pena pecuniaria e della successiva sanzione amministrativa pecuniaria introdotta nel 2005, si veda SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, cit., 273, che ha apportato l'esempio di un imputato per *insider trading* secondario, condannato in primo grado a 100.000 euro di multa e, successivamente alla depenalizzazione e all'assoluzione per sopravvenuta abrogazione del reato, condannato dalla Consob a una sanzione amministrativa pecuniaria di 1,5 milioni di euro.

⁹⁶ Corte cost., n. 223/2018, cit., § 6.2. Sul carattere afflittivo riconoscibile alle sanzioni interdittive, si vedano FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 417; MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008, 43; MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1918, nota 84; ID., *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena*, cit., 13; ID., *Le pene nascoste*, cit., 24; CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole*, cit., 259, nota 53; SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole*, cit., 1406; ID., *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive*, cit., § 4.3. Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a favore della riconducibilità delle sanzioni interdittive nell'area della materia penale, si veda Corte EDU, 30 maggio 2006,

confisca diretta del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, già prevista per la previgente fattispecie incriminatrice (fatta eccezione per il prodotto del reato), l'art. 187 *sexies* affianca la sanzione amministrativa della confisca per equivalente, che costituisce un *novum* la cui componente di afflittività è stata riconosciuta dalla Corte sulla scorta di un largo orientamento giurisprudenziale precedente⁹⁷. Infine, il provvedimento di applicazione delle sanzioni amministrative deve essere pubblicato nei siti internet della Consob e della Banca d'Italia «con conseguente, e tutt'altro che trascurabile, effetto stigmatizzante a carico dei soggetti che ne sono colpiti». Ad enfatizzare l'afflittività delle sanzioni amministrative contribuisce, poi, la loro stessa effettività, assicurata dall'impossibilità di una loro sospensione condizionale oltre che dall'esclusione dell'indulto previsto dalla legge n. 241 del 31 luglio 2006⁹⁸; cause estintive – la prima del reato, la seconda della pena – invece applicabili alle corrispondenti fattispecie delittuose vigenti prima della depenalizzazione⁹⁹.

Un ulteriore confronto, condotto su basi concrete, ha poi riguardato le sanzioni amministrative comminate per l'*insider* secondario rispetto a quelle penali effettivamente inflitte all'*insider* primario che aveva rivelato le medesime informazioni privilegiate al ricorrente (entrambi i soggetti avevano commesso le condotte sotto la vigenza dell'art. 180 del d.lgs. n. 58/1998, i cui primi due commi prevedevano la medesima pena per le due figure di *insider*), sottolineando come quello fosse stato punito con una semplice multa di 10.000 euro e avesse beneficiato dell'indulto.

L'approccio adottato dalla Consulta sembra muovere da un'ormai diffusa svalutazione del tradizionale "*argumentum libertatis*", in base al quale la pena sarebbe meritevole di uno statuto garantistico autonomo rispetto a quello spettante alle sanzioni amministrative, rappresentando il rimedio dotato del

dec., *Matyjec c. Polonia*, ric. n. 38184/03.

⁹⁷ Si veda *supra*, nota 4.

⁹⁸ Sottolineava già la generale inapplicabilità della sospensione condizionale alle sanzioni amministrative, a differenza di quanto invece previsto per le sanzioni penali dall'art. 163 c.p., la Circolare della Presidenza del Consiglio del 19 dicembre 1983, *Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, cit., 344 ss., § 3.1.2., ove, in tal senso, si precisava che «la sanzione amministrativa presenta un grado di indefettabilità per molti aspetti superiore a quello dell'omologa sanzione penale pecuniaria». In dottrina, così PADOVANI, *Aspetti problematici della sospensione della pena pecuniaria*, in *Cass. pen.*, 1980, 419 ss., 422; ID., *La sospensione condizionale*, cit., 1274 ss.; GIUNTA, *I nuovi orizzonti della sospensione condizionale della pena alla luce della l. 11 giugno 2004, n. 145*, in *Studium iuris*, 2004, 1337; DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, cit., 797.

⁹⁹ Sottolinea questa differenza, proprio in relazione alle sanzioni previste per l'illecito di abuso di informazioni privilegiate prima e dopo l'intervento di depenalizzazione del 2005, SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, cit., 276.

più forte impatto sui diritti del condannato, grazie alla sua incidenza, diretta o indiretta, sulla sua libertà personale ¹⁰⁰. Invero, già da qualche decennio, la dottrina si è mostrata più disponibile ad estendere alcune delle garanzie essenziali del diritto penale agli illeciti amministrativi punitivi, riconoscendo che, a fronte di una progressiva decarcerizzazione della pena, il legislatore fa sempre più frequentemente ricorso a sanzioni amministrative dotate di un enorme impatto sulla libertà economica e lavorativa del colpevole, tale da comprometterne la dignità sociale ¹⁰¹.

In base alla giurisprudenza costituzionale più recente, dunque, non può più esservi una presunzione assoluta di maggior favore del trattamento sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale, che ha progressivamente perso di effettività, occorrendo piuttosto stabilire quale dei due regimi sanzionatori in successione risulti complessivamente e concretamente più favorevole per il reo, al fine di valutare se sia costituzionalmente legittima la disposizione che stabilisca la retroattività di quello amministrativo.

5.2. Le criticità del confronto complessivo e in concreto tra il regime sanzionatorio penale e quello amministrativo punitivo. Il confronto complessivo e concreto tra regimi sanzionatori eterogenei, suggerito dalla Consulta con la sentenza n. 68/2017 e poi accolto dalla successiva sentenza n. 223/2018, si fonda evidentemente su un parallelismo tra la successione di leggi penali e la successione “impropria” di leggi penali ed amministrative punitive, ed è ispirato alla disciplina apprestata per la prima dall’art. 2, comma 4, c.p. ¹⁰², in cui

¹⁰⁰ In tal senso, e ritenendo conseguentemente riservate all’illecito penale le garanzie dell’art. 25, co. 2, Cost., si veda BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 15; ID., *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Atti del IX Convegno di Studi “E. De Nicola”, Alghero, Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 1975, 70; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale - alternative di tutela*, a cura di De Acutis-Palombarini, Padova, 1984, 68. *Contra* NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente*, cit., 63, che non rinveniva nell’art. 13 alcun formale ostacolo all’estensione delle garanzie dell’art. 25, co. 2, Cost., già di per sé costruito sul concetto generico di “punizione” e non di pena *stricto sensu*.

¹⁰¹ In tal senso già VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo*, cit., 36; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., 419 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 49 ss., 52; ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 1, 29; MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 130 ss. Più di recente, MAZZACUVA, *L’incidenza della definizione “convenzionale” di pena*, cit., 12-13; BIANCHI, *Irretroattività e retroattività*, cit., 272; CONSULICH, *La materia penale: totemi o tabù?*, cit., 472; CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività*, cit., 259.

¹⁰² Corte cost., n. 68/2017, cit., § 9 lo ha esplicitato affermando, dopo avere inquadrato la depenalizzazione del fatto nella successione di leggi nel tempo, che spetta al giudice rimettente verificare se il trat-

il legislatore impone al giudice di individuare la disciplina più favorevole al reo, come tale dovendosi intendere «quella il cui risultato concreto sia tale per l'imputato», per cui non è possibile «applicare in parte l'una legge e in parte l'altra, bensì l'intera disciplina di un determinato reato o istituto»¹⁰³.

A ben vedere, l'assimilazione con la successione di leggi penali si è esaurita con il recepimento della relativa tecnica di confronto tra i due regimi in successione. La Corte, infatti, ha indicato ai giudici rimettenti di adottare quel modello per superare la ritenuta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale della norma transitoria, sollevata in prima battuta¹⁰⁴; ma non si è spinta al punto di suggerire agli stessi di applicare al colpevole il trattamento ritenuto integralmente più favorevole tra i due, poiché a tal fine sarebbe stata necessaria la restituzione degli atti per un'apposita riformulazione del *petitum*. Una tale soluzione, che avrebbe finito per ammettere eventualmente l'ultrattività del trattamento penale, laddove ritenuto più favorevole¹⁰⁵, non è nemmeno stata ipotizzata dalla Consulta che, quindi, ha considerato il maggior favore del regime amministrativo non più come un indiscutibile punto di partenza, ma comunque come un risultato necessario da raggiungere, eventualmente attraverso l'"epurazione" dello stesso da quelle sanzioni tali da rendere il complesso sanzionatorio amministrativo concretamente più afflittivo di quello penale.

Tuttavia, l'adozione da parte della Corte del medesimo procedimento comparativo seguito dalla giurisprudenza per garantire l'operatività dell'art. 2, co. 4, c.p., lascia emergere diverse questioni applicative, legate al suo carattere discrezionale e all'incertezza dei suoi esiti, in relazione alla successione "impropria" di leggi penali ed amministrative punitive.

tamento sanzionatorio amministrativo sia complessivamente e concretamente più favorevole di quello penale previgente. Già qualche anno prima dell'intervento della Consulta, BIANCHI, *Il problema della "successione impropria"*, cit., 355, riteneva che l'organo giudicante, in caso di "successione impropria", potesse usufruire dei criteri adottati per la successione di leggi penali nel tempo, una volta verificata la natura punitiva che caratterizza il sopraggiunto regime sanzionatorio amministrativo.

¹⁰³ Cass. pen., sez. IV, 20 febbraio 2014-21 luglio 2014, n. 32101; Cass. pen., sez. I, 2 ottobre 2003-28 ottobre 2003, n. 40915; Cass. pen., sez. un., 6 ottobre 1979, in *Giust. Pen.*, 1980, II, c. 1; Cass. pen., sez. I, 18 maggio 1994, in *Mass. Cass. pen.*, 1994, 9, c. 139.

¹⁰⁴ Difatti Corte cost, n. 68/2017, cit., § 9, aveva sostenuto che il giudice *a quo* avesse formulato le questioni di legittimità costituzionale «sulla base di una considerazione parziale della complessa vicenda normativa verificatasi nel caso di specie».

¹⁰⁵ A favore dell'ultrattività della sanzione penale, laddove essa risulti più favorevole della successiva sanzione amministrativa risultante dalla depenalizzazione, era VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo*, cit., 234, che in tal senso ritiene che dall'art. 40 della L. n. 689/1981 si possa ricavare una clausola negativa implicita; conf. BIANCHI, *Il problema della "successione impropria"*, cit., p. 327-328, 353.

Il primo problema attiene alla difficoltà di procedere a un'individualizzazione del regime sanzionatorio da considerarsi più favorevole per il condannato, basata sulle caratteristiche concrete dello stesso e sugli effetti afflittivi che su di lui potrebbero essere cagionati dall'applicazione dell'uno o dell'altro trattamento. Se una tale opzione appare più agevolmente percorribile quando il giudice si trovi davanti a due norme penali in successione – poiché fattispecie dello stesso genere escludono, o almeno riducono, l'opinabilità del confronto¹⁰⁶ –, tutt'altro può dirsi in relazione al confronto tra fattispecie illecite eterogenee sia sul piano formale, sia sul piano degli effetti sortiti sul condannato dalla relative misure sanzionatorie.

Difatti, solo le sanzioni detentive, tipiche ed esclusive del diritto penale, possono incidere sulla libertà personale del colpevole, nella sua accezione immediatamente ricavabile dall'art. 13 della Costituzione, e cioè come diritto a non subire alcuna detenzione, perquisizione, ispezione o comunque alcuna ingerenza sul proprio corpo, fuori dai casi previsti dalla legge e per atto motivato dell'autorità giudiziaria; pur tenendo presente che l'effettività della pena detentiva potrebbe essere vanificata dall'operare, se possibile, delle cause estintive del reato o della pena, delle sanzioni sostitutive o delle misure alternative alla detenzione¹⁰⁷.

Le altre sanzioni comminabili nell'ambito dell'uno o dell'altro regime sanzionatorio sono invece comuni nel loro sostrato sostanziale, pur presentando una formale differenza "genetica", dato che possono egualmente intaccare la libertà lavorativa e la capacità economica del colpevole: si pensi al parallelismo tra la multa e l'ammenda, da una parte, e la sanzione amministrativa pecuniaria, dall'altra; tra le pene interdittive, da una parte, e le eventualmente omogenee sanzioni amministrative interdittive, dall'altra. Le sanzioni penali non detentive, tuttavia, presentano – come già rilevato – una serie di peculiarità: si fa riferimento, da una parte, all'eventualità che le pene pecuniarie possano essere convertite, se non eseguite, nella libertà controllata o nel lavoro sostitutivo, a differenza di quanto non accade per le sanzioni amministrative pecuniarie; ma, d'altra parte, alla possibilità che le sanzioni penali perdano di effettività attraverso l'operare di cause estintive del reato o della pena, invece precluse alle sanzioni amministrative. Rimane inoltre il tratto distintivo dello

¹⁰⁶ Così CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù?*, cit., p. 473.

¹⁰⁷ Sulla crisi del principio di effettività della pena, si veda *supra*, nota 92. Sulla sconfessione delle originariamente perseguite finalità di differenziazione rieducativa e sulla prevalenza della funzione deflattiva svolta dalle misure alternative alla detenzione, si veda CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2013, 1153 ss.

“stigma”, prerogativa esclusiva della sanzione penale, che già si manifesta durante il processo che conduce alla sua eventuale applicazione¹⁰⁸, e che arriva poi a raggiungere il picco in caso di effettiva condanna e di iscrizione nel casellario giudiziale, con effetti negativi sia dal punto di vista del peggioramento, della riduzione o della perdita dei rapporti sociali, sia dal punto di vista dell’esclusione dall’ambito lavorativo, o quantomeno della relativa perdita di *chances*. Stigma che non può comunque essere assimilato al mero discredito derivante al condannato dalla pubblicazione del provvedimento sanzionatorio amministrativo sui quotidiani o sui siti internet della Banca d’Italia e della Consob, come previsto per gli illeciti amministrativi che sanzionano gli abusi di mercato.

Il punto è che tutte le suesposte e diverse conseguenze sanzionatorie possono avere un “peso” differente da soggetto a soggetto, tenendo conto dell’effettiva condizione personale del condannato, dei suoi valori, delle sue capacità economiche, del suo stato emotivo. È vero, quindi, come affermato in dottrina, che «non si può ritenere realmente dimostrabile (o falsificabile) la maggiore incidenza sulla sfera personale di un soggetto di un giorno di reclusione rispetto ad un’ingente sanzione patrimoniale o ad una misura interdittiva che gli proibisca in modo permanente l’esercizio della sua attività professionale»¹⁰⁹; oppure che «in alcuni casi sia più grave subire una confisca amministrativa di ingente valore piuttosto che sottostare al discredito (lo stigma) generato dall’applicazione di una pena condizionalmente sospesa», pur potendosi argomentare anche il contrario¹¹⁰. Logica conseguenza delle predette asserzioni è che, alla luce della predetta indimostrabilità o falsificabilità *ab externo*, demandare al giudice l’individuazione del trattamento complessivamente e concretamente più favorevole per il reo, tra quello penale e quello amministrativo, significa attribuire al primo un potere discrezionale che prescinde totalmente dal giudizio del secondo¹¹¹.

¹⁰⁸ Si veda *supra*, nota 90. Sull’efficacia stigmatizzante già insita nel processo penale, si vedano DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 622; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 140 ss.; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 57 ss.

¹⁰⁹ MAZZACUVA, *L’incidenza della definizione “convenzionale” di pena*, cit., 13, nota 42.

¹¹⁰ CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù?*, cit., p. 473-474.

¹¹¹ Proprio per evitare derive arbitrarie del giudice, PECORELLA, *L’efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., p. 126, suggerisce *de iure condendo*, nel caso in cui manchi una disciplina transitoria, di estendere l’art. 2, co. 4, c.p. al caso di successione “impropria”, e di consentire al reo di esprimere le proprie preferenze su quello che per lui rappresenta il trattamento penale più favorevole, circoscrivendo tale opzione al solo caso in cui già vi sia una sentenza di condanna in primo grado o in appello. In tal senso, il giudice penale dovrebbe decidere se trasmettere gli atti all’autorità amministrativa solo dopo

Oltretutto, risulta eccentrico che la Consulta, che è giudice delle leggi e non del singolo caso concreto, abbia affermato che la scelta del trattamento complessivo di maggior favore per il colpevole debba compiersi «avuto riguardo a tutte le caratteristiche del caso specifico»: in tal senso, sembrerebbe che sia stata la considerazione della singola situazione concreta ad avere guidato la scelta – che comunque finirà per produrre effetti *erga omnes* – di dichiarare incostituzionale la previsione di retroattività della confisca per equivalente¹¹². Un ultimo appunto, infine, riguarda le stesse conseguenze della declaratoria di parziale illegittimità costituzionale della norma transitoria. Considerare il principio di irretroattività come operante soltanto previo compimento di un giudizio di maggiore sfavore dell'intero regime sanzionatorio amministrativo sopraggiunto, farebbe sì che, in seguito alla prima pronuncia di incostituzionalità della previsione di retroattività di una determinata sanzione, un'eventuale ulteriore questione di legittimità – concernente stavolta la retroattività di un'altra delle residue sanzioni frutto del medesimo intervento di depenalizzazione¹¹³ – possa portare a risultati differenti. Infatti, un successivo giudizio comparativo tra i complessi sanzionatori vedrebbe, come secondo termine di paragone, un regime sanzionatorio amministrativo complessivamente differente da quello originariamente oggetto della disposizione transitoria, in quanto “epurato” della sanzione la cui previsione di retroattività è stata frattanto dichiarata incostituzionale. In altre parole, il secondo complesso sanzionatorio oggetto del confronto non potrebbe essere più considerato quello attualmente vigente per chi abbia commesso il fatto dopo l'intervento di depenalizzazione, ma quello che, in seguito alla prima pronuncia di incostituzionalità, possa legittimamente retroagire per punire chi abbia commesso il fatto prima

avere sentito il parere del potenziale destinatario delle sanzioni. Invece, in caso di procedimento penale non ancora iniziato o ancora pendente in primo grado, l'autorità amministrativa dovrebbe essere immediatamente competente. Si tratta dunque di un approccio valutativo individualizzato che, nel caso in cui sia già intervenuta una sentenza di condanna non irrevocabile, utilizza al contempo parametri concreti (la sanzione penale già inflitta) e astratti (la sanzione amministrativa comminata dalla legge di depenalizzazione).

¹¹² Si vedano, in proposito, i rilievi critici relativi alla precedente sentenza costituzionale n. 68/2017, di CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù?*, cit., p. 476, che invoca l'adozione di uno standard di giudizio universalizzabile, a dispetto di un approccio particolaristico, «se non intuizionistico», riferito al caso concreto.

¹¹³ Quella di un ulteriore giudizio sulla legittimità di un'altra delle sanzioni amministrative introdotte dalla la L. n. 62/2005, rappresenta un'ipotesi prospettata tra le righe dalla stessa Corte costituzionale n. 223/2018, cit., § 6.4., ove – con riferimento alla maggiore afflittività della sanzione amministrativa pecuniaria rispetto alla previgente pena pecuniaria – si è sottolineato che «il giudice *a quo* ha circoscritto il *petitum* della presente questione di legittimità costituzionale ai soli profili concernenti la confisca per equivalente – delimitando così i poteri decisorii di questa Corte».

della depenalizzazione¹¹⁴. Il “peso” della singola sanzione, dunque, pur considerato irrilevante dalla Consulta nella decisione sulla legittimità costituzionale della relativa previsione di retroattività, finirebbe per incidere indirettamente sull'accoglimento di un successivo ricorso, dato che se la sanzione precedentemente espunta dalla Corte dal novero di quelle applicabili retroattivamente, era quella che portava con sé il *quid pluris* di gravità dell'intero regime sanzionatorio amministrativo, ciò determinerebbe il sicuro rigetto di una successiva questione concernente la previsione di retroattività di un'altra delle sanzioni amministrative punitive. In tal senso, le sorti degli eventuali successivi giudizi di legittimità costituzionale di una determinata previsione transitoria di retroattività delle sanzioni amministrative derivanti da depenalizzazione, rischierebbero di venire a dipendere dal *petitum* del primo ricorso di incostituzionalità, e in definitiva dalle peculiarità del caso concreto.

In conclusione, va rilevato che il *modus operandi* della Consulta sembra muovere da premesse opposte a quelle che hanno fondato l'unica disposizione transitoria speciale che regola i limiti della retroattività delle sanzioni amministrative frutto di depenalizzazione, ossia il terzo comma dell'art. 8 del d.lgs. 8/2016, secondo cui «*Ai fatti commessi prima della data di entrata in vigore del presente decreto non può essere applicata una sanzione amministrativa pecuniaria per un importo superiore al massimo della pena originariamente inflitta per il reato, tenuto conto del criterio di ragguaglio di cui all'articolo 135 del codice penale. A tali fatti non si applicano le sanzioni amministrative accessorie introdotte dal presente decreto, salvo che le stesse sostituiscano corrispondenti pene accessorie*». La norma riconosce che la sanzione amministrativa frutto di depenalizzazione non è necessariamente più favorevole di quella penale precedente e, contestualmente, individua i parametri in base ai quali la disciplina transitoria della retroattività può essere limitata dal giudice ordinario, in modo da non generare frizioni con il principio di irretroattività. A tal fine, consente a quest'ultimo sia di aver riguardo all'eventuale maggiore sfavore della singola sanzione sopravvenuta, astratta-

¹¹⁴ Non avrebbe alcun senso, infatti, pensare di dovere procedere – nell'ambito di un eventuale ulteriore ricorso incidentale di costituzionalità – al confronto tra il regime penale non più vigente e quello amministrativo attualmente in vigore, dato che il secondo, in quanto già oggetto di una dichiarazione di incostituzionalità in relazione alla previsione di retroattività di una sua sanzione, non potrebbe “complessivamente” e “concretamente” essere applicabile al colpevole. L'intervento della Consulta ha quindi generato un terzo regime sanzionatorio, di tipo transitorio, diverso rispetto ai due il cui confronto complessivo era stato richiesto dalla stessa come base argomentativa della violazione del principio di irretroattività. Riteneva che il regime di diritto transitorio costituisse comunque un terzo regime sanzionatorio, diverso sia da quello previgente sia da quello di nuova introduzione, PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività*, Padova, 1937, 89.

mente considerata, sia di costruire sostanzialmente una terza disciplina sanzionatoria per chi abbia commesso il fatto sotto la vigenza della norma incriminatrice, e sia ancora *sub iudicio*.

5.3. La soluzione della considerazione individualizzata delle sanzioni amministrative da applicare retroattivamente: previa conoscibilità del precetto nel diritto amministrativo punitivo e criteri per il confronto con le pene previgenti.

In base ai precedenti rilievi, la soluzione più coerente parrebbe essere quella di accantonare il criterio del confronto complessivo e concreto degli apparati sanzionatori succedutisi, e di consentire piuttosto al giudice ordinario di effettuare una valutazione sulla singola sanzione amministrativa di nuova introduzione, ricompresa tra quelle assunte ad oggetto della norma transitoria, al fine di stabilire se sia legittimo applicarla retroattivamente ai fatti commessi sotto la precedente vigenza del regime penale. Questo tipo di accertamento potrebbe, inoltre, essere concepito *de iure condendo* come regola accessoria alle previsioni di diritto transitorio presenti nelle leggi di depenalizzazione, finalizzata ad apporre dei limiti garantistici alla retroattività delle sanzioni amministrative per punire i fatti ancora *sub iudicio*, sulla scorta di quanto indicato dall'art. 8, co. 3, del d.lgs. n. 8/2016.

Il prospettato metodo di confronto individualizzato trova un primo fondamento in quella che costituisce la garanzia fondamentale sottesa al principio di irretroattività, ovvero l'esigenza che il cittadino possa previamente conoscere il precetto punitivo e le sanzioni connesse alla sua violazione¹¹⁵.

Sul punto, va previamente ricordato che, sebbene la dottrina e la giurisprudenza dominanti tendano a negare che la previsione e l'applicazione degli illeciti amministrativi punitivi e delle relative sanzioni debbano essere presidiate dal principio costituzionale di colpevolezza – ritenuto prerogativa del diritto penale in senso stretto¹¹⁶, soprattutto per via del suo stretto collegamen-

¹¹⁵ Si veda *supra*, nota 8. Ritiene che il criterio della necessaria prevedibilità della sanzione amministrativa applicabile retroattivamente, abbia ispirato il dettato dell'art. 8, co. 3, del d.lgs. n. 8/2016, VIGANO, *Un'altra deludente pronuncia*, cit., 275.

¹¹⁶ Cfr. Corte cost., 28 novembre 2013, n. 281; Corte cost., 1° luglio 2013, n. 169; Corte cost., 30 aprile 2008, n. 125; Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 434; Corte cost., 5 luglio 2002, n. 319; Corte cost., 9 febbraio 2001, n. 33; Corte cost., 21 aprile 1994, n. 159; Corte cost., 25 ottobre 1989, n. 487; Corte cost., 10 dicembre 1987, n. 502; Corte cost., 19 novembre 1987, n. 420; Corte cost., 9 giugno 1961, n. 29. Parrebbe a favore dell'estensione del principio di personalità della responsabilità penale anche all'illecito amministrativo, Corte cost., 24 gennaio 2005, n. 27, che ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 126bis, comma 2, del codice della strada, per contrasto con l'art. 3 Cost., ritenendo *ivi* assorbito il profilo relativo al «denunciato contrasto tra la norma censurata e il principio costituzionale fissato dall'art. 27 della Costituzione», e non, dunque, disconoscendone la fondatezza.

to con la funzione di rieducazione del condannato ¹¹⁷ –, non può comunque ritenersi che in questo settore viga la regola della responsabilità oggettiva, per diversi ordini di ragioni. Anzitutto, la legge n. 689/1981 presenta diverse previsioni affini a quelle, concernenti la colpevolezza, presenti nel codice penale ¹¹⁸. In secondo luogo, la giurisprudenza di legittimità ha esteso il principio della scusabilità dell'errore inevitabile sulla legge penale anche al diritto amministrativo punitivo ¹¹⁹. In terzo luogo, la riconosciuta estensione del principio costituzionale di irretroattività all'illecito amministrativo punitivo non può che proiettare su questo la sua stessa *ratio*, rinvenibile nella tutela dell'autodeterminazione dell'individuo. Inoltre, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha individuato, tra le garanzie introiettate nell'art. 7 C.E.D.U., la previa conoscibilità della norma sanzionatoria afferente alla "materia penale", così consentendo di estendere il relativo presidio anche alle sanzioni amministrative inquadrabili entro tale area ¹²⁰.

za. In dottrina, sull'estraneità delle garanzie contenute nell'art. 27 Cost. alle sanzioni amministrative, si veda BRICOLA, *Tecniche di tutela penale*, cit., 67, 68, 73 ss.; DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, cit., 781; PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 148 ss. Per un'estensione di tali garanzie agli illeciti para-penalistici, si vedano SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit., 94 ss.; e, nella dottrina penalistica, MANES, *Profili e contenuti dell'illecito para-penale*, cit., 999; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 122 ss.

¹¹⁷ Così BRICOLA, *Tecniche di tutela penale*, cit., 68, nota 211; ID., *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 204 ss.; ID., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 369. Ancora PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, 48, sostiene che la sanzione amministrativa condivide con quella penale la funzione general-preventiva e retributiva; mentre invece «totalmente assente è la funzione rieducativa», anche se le sanzioni amministrative interdittive svolgerebbero anche «un'efficacia di prevenzione speciale mediante incapacitazione».

¹¹⁸ Si pensi alla previsione sull'imputabilità del trasgressore (art. 2), e a quella sull'elemento psicologico del dolo o della colpa e sull'errore sul fatto (art. 3). Ma si veda DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, cit., 781, secondo cui la prassi applicativa degli illeciti amministrativi si orienta, per lo più, verso criteri prossimi alla responsabilità oggettiva, e solo nella fase del giudizio di opposizione vi sarebbe spazio per una effettiva valorizzazione del principio di colpevolezza.

¹¹⁹ In tal senso, di analogia con l'art. 5 c.p. parlano Cass. civ., sez. II, 21 agosto 2017, n. 20212; Cass. civ., sez. II, 3 maggio 2010, n. 10621; Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 2008, n. 6373; Cass. civ., sez. II, 18 luglio 2008, n. 19995; Cass. civ., sez. II, 22 novembre 2006, n. 24803; Cass. civ., sez. II, 6 novembre 2006, n. 23621. In dottrina, così PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 201 ss., che però non invocavano un'estensione analogica dell'art. 5 c.p., per come interpretato dalla Consulta con la sentenza n. 364/1988, facendo piuttosto leva sull'applicazione di un principio generale dell'ordinamento fondabile sull'art. 3 Cost., oltre che servendosi di argomenti di tipo storico-comparatistico e sistematico. Invece VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo*, cit., 61, riteneva che il principio di scusabilità dell'errore inevitabile sul precetto amministrativo potesse fondarsi su un'interpretazione estensiva dell'art. 3 della L. n. 689/1981 sull'errore sul fatto (che «può essere errore di fatto ed errore di diritto»), in assenza di una norma simile all'art. 5.

¹²⁰ Il principio di colpevolezza è stato per la prima volta inquadrato tra le garanzie della materia penale, previste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dalla sentenza della Corte EDU, 20 gennaio

Alla luce di tali premesse, pare innegabile che il cittadino debba potere prevedere le conseguenze delle proprie azioni anche nell'ambito della responsabilità per gli illeciti amministrativi punitivi; e tale regola - a prescindere dalla possibilità di chiamare in gioco l'art. 27 Cost. come parametro dimostrativo - dovrà quantomeno ricevere copertura costituzionale in seno agli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma.

Tornando alle questioni qui oggetto di discussione, l'appena affermato diritto di potere conoscere preventivamente sia il precetto punitivo sia la sanzione ricollegata alla sua inosservanza, rischierebbe di essere compromesso se, nell'applicare retroattivamente le sanzioni amministrative di nuova introduzione ai fatti compiuti prima della depenalizzazione, non si tenesse conto dell'eventuale "novità", e quindi dell'imprevedibilità, di taluna di esse. Difatti, come rilevato criticamente da Viganò, all'indomani del deposito delle motivazioni della sentenza costituzionale n. 68/2017, è «la funzione di garanzia imposta dal *nulla poena sine lege praevia*, che esige invece una considerazione separata di *ogni singola pena* che il legislatore per la prima volta introduca»¹²¹, al fine di stabilire se sia costituzionalmente legittima la sua applicazione retroattiva.

Tale modello individualizzato di giudizio sulle singole sanzioni amministrative di cui il legislatore abbia disposto la retroattività in via transitoria, dovrebbe basarsi sull'adozione congiunta di criteri "qualitativi" e "quantitativi" di cui tenere conto in sede giudiziaria o nella formulazione di nuove previsioni transitorie in seno alle leggi di depenalizzazione.

5.3.1. *Il criterio "qualitativo" dell'omogeneità delle sanzioni in successione.* Il primo parametro, che potremmo chiamare "criterio dell'omogeneità" o "della corrispondenza nel *genus*", mette da parte la presunzione di maggiore favore del trattamento sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale, e

2009, *Sud Fondi s.r.l. e al. v. Italia*, ric. n. 75909/01, §§ 114 ss., che lo ha fondato sul principio di legalità di cui all'art. 7 C.E.D.U., in quanto la formulazione del precetto penale costituisce condizione della sua conoscibilità e quindi della rimproverabilità della sua inosservanza (si veda, in particolare, § 116). Così anche Corte EDU, 17 maggio 2010 (GC), *Kononov c. Latvia*, ric. n. 36376/04, § 185; Corte EDU, 24 gennaio 2012, *Mihai Toma c. Romania*, ric. n. 1051/06, § 26, che ritiene che la legge debba essere «*predictable and foreseeable*». Sebbene tradizionalmente indicata come una sentenza relativa al principio di tassatività e alla sua riconducibilità all'art. 7 C.E.D.U., si potrebbero trovare diversi riferimenti al principio di colpevolezza e al suo nesso con quello di legalità, anche in Corte EDU, 14 aprile 2015, *Conrada c. Italia*, ric. n. 66655/13, §§ 60 ss., 73 ss. In tal senso si veda PALAZZO, *La sentenza Conrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 9, 1064-1065.

¹²¹ VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia*, cit., 273. Conf. CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù?*, cit., 473.

impone piuttosto all'interprete di prestare attenzione alle singole sanzioni comminate dalla legge di depenalizzazione, confrontandole con le pene precedentemente previste dalla legge del tempo in cui fu commesso il fatto. In tale direzione, non andrebbero applicate retroattivamente quelle sanzioni amministrative punitive sostanzialmente diverse nel *genus*, ossia non omogenee, a quelle formalmente penali a cui sono succedute, in quanto sarebbero state imprevedibili al momento della realizzazione del fatto illecito: ad esempio, una confisca per equivalente laddove fosse anteriormente contemplata la sola confisca diretta¹²², o una sanzione interdittiva non prevista dalla legge penale previgente come pena accessoria.

In quest'ultimo senso, indicativo è il disposto dell'art. 8, co. 3, del d.lgs. n. 8/2016, secondo cui la disposizione transitoria può estendersi alle sanzioni accessorie introdotte dal decreto soltanto se «*le stesse sostituiscano corrispondenti pene accessorie*», così escludendo che possano essere applicate retroattivamente quelle sanzioni amministrative accessorie introdotte per la prima volta in sede di depenalizzazione, e che non si pongano in un rapporto di continuità con le pene accessorie previamente previste per la stessa violazione¹²³.

La regola dell'omogeneità delle sanzioni penali ed amministrative come parametro per garantire la legittimità costituzionale dell'applicazione retroattiva delle seconde, in caso di successione "impropria", trova un ulteriore fondamento nella disciplina che le precedenti normative hanno apprestato in relazione agli effetti della depenalizzazione sulle sentenze di condanna passate in giudicato. In particolare, sia l'art. 41 della L. n. 689/1981 sia l'art. 101, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 507/1999 prevedono che la multa e l'ammenda precedentemente oggetto di una condanna definitiva debbano essere comunque riscosse, e che restano salve la confisca e le pene accessorie già inflitte, nei casi in cui queste fossero applicabili come sanzioni amministrative degli illeciti depe-

¹²² In tal senso, si veda VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia*, cit., 274, secondo cui la confisca per equivalente assume la veste di vera e propria pena volta a colpire beni diversi da quelli oggetto della confisca diretta, che è invece una misura di sicurezza; per questa ragione, conclude che si tratta di misure differenti, essendo la confisca per equivalente «una nuova pena, non prevista al momento del fatto», e pertanto non applicabile retroattivamente. Conf. AMARELLI, *Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali*, cit., 697 ss.

¹²³ Così VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 334, che, in tal senso, ha fatto un parallelismo con «il carattere di novità» della confisca per equivalente prevista dall'art. 187 *sexies* del d.lgs. n. 58/1998, e ha criticato conseguentemente le conclusioni a cui era pervenuta la sentenza costituzionale n. 68/2017 che di tale «novità» non aveva tenuto conto, richiedendo piuttosto ai giudici rimettenti un confronto complessivo delle sanzioni previste dalle leggi in successione.

nalizzati. La soluzione apprestata in questi casi (non scevra di profili di irragionevolezza, rilevati dalla Consulta con sentenza n. 169/2001, in relazione al suddetto art. 101, comma 2, che è stato dichiarato incostituzionale¹²⁴) tendeva a cristallizzare parzialmente la sentenza irrevocabile di condanna, in relazione a quelle sole sanzioni penali inflitte che trovassero una sostanziale corrispondenza nell'apparato sanzionatorio comminato per gli illeciti amministrativi frutto di depenalizzazione, derogando così alla regola del travolgimento del giudicato sancita dall'art. 2, co. 2, c.p. in caso di *abolitio criminis*¹²⁵.

In definitiva, il criterio dell'omogeneità, o della corrispondenza nel *genus*, è basato su un confronto astratto delle singole scelte sanzionatorie succedutesi nel tempo come conseguenza della depenalizzazione, in contrasto col metodo di comparazione complessiva invece propugnato dalla Corte costituzionale.

5.3.2. *Il criterio "quantitativo" del non superamento del massimo edittale delle pene omogenee previgenti.* L'ulteriore criterio idoneo a garantire un approccio valutativo individualizzato e garantista sulla sanzione amministrativa da applicare retroattivamente in caso di successione "impropria" - anch'esso fondabile sul dettato della disposizione transitoria contenuta nel d.lgs. n. 8/2016 -, imporrebbe al giudice di comparare quantitativamente le singole sanzioni omogenee succedutesi, e di irrogare ai fatti *sub iudicio* la sanzione amministrativa punitiva in misura non superiore al massimo edittale della pena di carattere omogeneo originariamente prevista per il reato.

Si tratta di un parametro volto a dare piena attuazione al principio di irretroattività della sanzione punitiva, in modo che le singole sanzioni previste dalla legge di depenalizzazione e applicabili retroattivamente in via transitoria, nulla aggiungano al carico punitivo originario: ciò in ossequio al collegamento del principio di irretroattività con la necessaria prevedibilità, sia nell'*an* sia nel *quantum*, della pena infliggibile al momento del compimento del fatto¹²⁶. Qualora quest'ultima, dal punto di vista del *quantum*, risulti meno grave della

¹²⁴ Si veda *supra*, nota 81.

¹²⁵ Si veda *supra*, § 4.2. In tal senso, in relazione all'art. 41 della L. n. 689/1981, PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1383-1384, che giustificava la norma in quanto le pene pecuniarie principali «corrispondono al contenuto della nuova sanzione amministrativa» e «la loro riscossione assicura la perpetuazione di rilevanza dell'illecito». Così, in relazione all'art. 101, co. 2, del d.lgs. n. 507/1999, GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., 147, che, a tal proposito, rileva la «sostanziale omogeneità della sanzione pecuniaria penale rispetto a quella amministrativa».

¹²⁶ Ritengono che l'apposizione di un tetto massimo alla sanzione amministrativa applicabile retroattivamente, da parte dell'art. 8, co. 3, del d.lgs. n. 8/2016, sia riconducibile alla necessaria prevedibilità della sanzione infliggibile, al momento del compimento del fatto, VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia*, cit., 275; AMARELLI, *Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali*, cit., 700.

sanzione amministrativa sopraggiunta e appartenente al medesimo *genus*, l'irretroattività del quantitativo sanzionatorio eccedente il tetto massimo della previgente pena, secondo qualche autore, finirebbe per determinare un'ultrattività *lato sensu e in bonam partem* del penale, intesa come «deposito sanzionatorio»¹²⁷ o come «“massimale” della sanzione sopravvenuta»¹²⁸. Ma si potrebbe anche sostenere che l'adozione di tale regola - *de iure condito* (nell'ambito degli illeciti depenalizzati regolati dall'art. 8, co. 3, del d.lgs. n. 8/2016), da parte dei giudici che vogliano estenderla alle norme transitorie che sul punto tacciono, o *de iure condendo* - sia finalizzata a generare un terzo trattamento sanzionatorio applicabile in via transitoria, che attragga il “meglio” dei due regimi in successione, e cioè il carattere formalmente amministrativo del secondo, e i limiti qualitativi e quantitativi fissati da quello penale previgente.

Questo criterio, sicuramente applicabile nel confronto tra le sanzioni pecuniarie succedutesi in seguito alla depenalizzazione, sulla scorta di quanto espressamente previsto dall'art. 8, co. 3, del d.lgs. n. 8/2016, potrebbe essere adottato anche per le sanzioni interdittive, che pure possono rivestire una funzione afflittiva¹²⁹, nonostante la succitata norma nulla disponga sul punto. Quest'ultima, infatti, non rappresenta altro che una fonte di ispirazione, non vincolante, per lo stesso legislatore che si troverà ad elaborare il regime di diritto transitorio delle future ipotesi di depenalizzazione, o per i giudici ordinari che debbano applicare le disposizioni transitorie che non appongono limiti alla retroattività delle sanzioni amministrative di nuova introduzione¹³⁰. In tale direzione, le sanzioni amministrative interdittive previste dalla legge di depenalizzazione - ove sia anche formulata una disciplina di diritto transitorio - andrebbero applicate retroattivamente entro il limite temporale massimo, se inferiore, stabilito per le omogenee pene interdittive previgenti.

Incentrando l'analisi sul confronto tra le sanzioni pecuniarie succedutesi, il modello delineato dall'art. 8, co. 3, del d.lgs. n. 8/2016 presenta una peculiari-

¹²⁷ BIANCHI, *Il problema della “successione impropria”*, cit., 354.

¹²⁸ MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 261, nota 207, che in tal senso ritiene che tale soluzione sia finalizzata a non paralizzare gli effetti positivi dell'*abolitio criminis* di cui all'art. 2, co. 2.

¹²⁹ Si veda *supra*, nota 96.

¹³⁰ Invece CHIBELLI, *La Cassazione 'torna alla carica': di nuovo alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 277, addirittura propone di utilizzare l'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 8/2016 come un *tertium comparationis* nei futuri ricorsi di legittimità costituzionale delle disposizioni transitorie prive di similari limiti all'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative frutto di depenalizzazione, per lamentare il contrasto con il principio di eguaglianza-ragionevolezza.

rità: nel determinare il tetto massimo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile retroattivamente, il legislatore ha imposto di assumere come parametro il *complessivo* massimo edittale della pena precedentemente comminata per il reato, risultante dalla somma dell'originaria pena pecuniaria con quella detentiva opportunamente convertita in base ai criteri di ragguglio di cui all'art. 135 c.p. (250 euro di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva). Lo schema applicativo adottato dalla disposizione transitoria parrebbe fondarsi su istanze di proporzione/eguaglianza tra la fattispecie di reato e quella amministrativa successivamente introdotta (esclusivamente in relazione all'applicazione retroattiva di quest'ultima ai fatti ricadenti nel regime di diritto transitorio)¹³¹. Così interpretando la *ratio* della norma, sembrerebbe diffici-

¹³¹ Sul principio di ragionevolezza/eguaglianza, utilizzato tradizionalmente come canone di controllo giudiziale delle discriminazioni sanzionatorie tra fattispecie di analogo disvalore o delle assimilazioni tra fattispecie di diversa caratura offensiva, si vedano CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1976, 100 ss.; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., 329; PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1994, 164; ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, ivi, 180 ss.; CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 134 ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 374 ss.; MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 456 ss.; DI GIOVINE, *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 178; ID., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui «falsi elettorali»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 115 ss.; BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Dir. & quest. pubbl.*, 2002, 2, 115 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 218 ss.; ID., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, 1, 106 ss.; VIGANO, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena. Nota a Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236*, Pres. Grossi, Rel. Zanon, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 2, 61 ss.; PULITANO, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. e proc.*, 2016, 650 ss.; MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, ivi, 1442 ss.; DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, ivi, 1956 ss.; FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 26 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, si vedano le storiche sentenze 26 luglio 1989, n. 409, 22 luglio 1994, n. 341 e 14 novembre 1997, n. 329. Tra le più recenti, cfr. Corte cost., 4 giugno 2014, n. 143; Corte cost., 16 aprile 2014, n. 80; Corte cost., 28 marzo 2012, n. 68. Sebbene il principio sia applicabile anche agli illeciti amministrativi, è sicuramente originale pensare di mettere a confronto, dal punto di vista della proporzione del trattamento punitivo - come parrebbe volere fare l'art. 8, co. 3, del d.lgs. n. 8/2016 -, una fattispecie penale e una amministrativa punitiva. Tale confronto risulterebbe ammissibile solo perché quella penale verrebbe assunta dall'interprete a *tertium comparationis* rispetto a quella amministrativa intesa non nella sua attuale vigenza - dato che, in questo caso, la stessa *ratio* ispiratrice dell'intervento di depenalizzazione dovrebbe portare al rifiuto di una comparazione tra due apparati sanzionatori che il legislatore ha volontariamente collocato sotto due regimi eterogenei -, ma nella sua applicabilità in via retroattiva a

le non tenerne conto nell'elaborazione di un criterio quantitativo generale, *de lege ferenda* o in sede giudiziaria nei casi di depenalizzazione non regolati dal decreto legislativo del 2016.

Tuttavia, il metodo *in vi* delineato, tendendo a pervenire a un confronto “ragionieristico” tra l'intero complesso delle sanzioni principali previste per i due diversi modelli di illecito, adotta una prospettiva non soltanto astratta, ma anche “virtuale”: i parametri di conversione di cui all'art. 135 c.p. verrebbero infatti adottati in modo puramente algebrico e speculativo, cioè al fine di determinare la pena pecuniaria solo idealmente comminabile per l'originaria fattispecie di reato, dato che, sotto la vigenza della norma penale, la pena detentiva avrebbe potuto essere non convertita, o addirittura non convertibile¹³². Ciò posto, va invece rilevato che l'art. 135 stabilisce i criteri di ragguaglio tra pena detentiva e pena pecuniaria «*per qualsiasi effetto giuridico*», dovendosi come tale intendere qualsiasi risultato realmente conseguibile, come nel caso della determinazione della pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva da irrogare entro il limite dei mesi, oppure dell'applicazione della sospensione condizionale della pena, o della sottrazione, dall'ammontare della pena pecuniaria irrogata, della custodia cautelare già sofferta¹³³.

D'altra parte, si deve sottolineare che tale metodo non tiene conto né dell'eventuale operatività di cause estintive del reato o della pena, né dell'eventuale sostituzione della pena detentiva breve con sanzioni diverse da quelle pecuniarie, né dell'ipotetico ingresso di misure alternative alla detenzione. In relazione a questo aspetto, la difficoltà di immaginare il destino giudiziario a cui la sanzione penale precedentemente prevista sarebbe potuta an-

comportamenti eseguiti sotto il vigore di quella penale, e ancora *sub iudicio*.

Recentemente il principio di proporzione nella sua accezione ristretta – ossia come proporzione tra la gravità delle condotte compiute e il sacrificio del diritto di proprietà (in relazione a sanzioni di tipo esclusivamente patrimoniale) del condannato – è stato esplicitamente esteso dalla Consulta anche agli illeciti amministrativi: Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, che ha dichiarato incompatibile con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost. – quest'ultimo in relazione all'art. 1 Prot. addiz. C.E.D.U. – nonché con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – in relazione agli artt. 17 e 49, par. 3, CDFUE – l'art. 187 *sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998, nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto.

¹³² Si rifletta, a tal fine, anche sulle tradizionali critiche alla sproporzione del tasso di conversione della pena detentiva in pena pecuniaria, dettato dall'art. 135 c.p., che ne renderebbe problematica l'operatività anche in contesti in cui il giudice voglia realmente – e non virtualmente – procedere all'applicazione della pena pecuniaria sostitutiva: MIEDICO, *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Milano, 2008, 38 ss.; VITARI, *Conversione della pena detentiva in pena pecuniaria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1512 ss.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018, 683.

¹³³ Sul reale e circoscrivibile perimetro di operatività dell'art. 135 c.p., si veda L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008, 89.

dare incontro (tranne nei casi in cui possa constatarsi *a priori* la mancanza delle condizioni legali richieste per l'operare delle suddette vicende della punibilità), rende chiaro che l'eventuale adozione di un procedimento comparativo "in concreto" sulle sanzioni succedutesi, al fine di determinare il limite massimo di quella amministrativa applicabile retroattivamente, scontrerebbe *a priori* un ineliminabile tasso di fallibilità tale da inficiare la stessa validità di un tale metodo¹³⁴.

L'esclusione di insondabili congetture sulle vicende concrete che avrebbero potuto interessare la pena, è il vantaggio connesso al ragionamento in astratto sotteso alla regola delineata dall'art. 8, co. 3, del d.lgs. 8/2016. Resta ferma, tuttavia, la discutibilità del ricorso alle operazioni di conversione *ivi* contemplate per apporre un limite quantitativo alla retroattività delle sanzioni pecuniarie: difatti, l'adozione generalizzata di tale schema, fondato sul rispetto del principio di proporzione/eguaglianza tra le fattispecie previste dalle leggi in successione "impropria", finirebbe per non tenere conto dell'esigenza di consentire all'autore del fatto di reato, poi oggetto di depenalizzazione, la previa rappresentazione dell'ammontare delle singole sanzioni che potrebbero essergli irrogate.

5.3.3. (segue) *Un possibile correttivo al criterio "quantitativo": l'esclusione della considerazione (previa conversione) della pena detentiva previgente ai fini della retroattività delle sanzioni amministrative pecuniarie.* Applicare retroattivamente la sanzione amministrativa pecuniaria frutto di depenalizzazione per un importo superiore al massimo edittale stabilito dalla previgente fattispecie incriminatrice per la corrispondente pena pecuniaria, soltanto perché il relativo compasso edittale andrebbe idealmente rideterminato attraverso la procedura di conversione della previgente pena detentiva, significherebbe imporre al reo una sanzione patrimoniale che poteva non prevedere, nel suo ammontare massimo, al momento della realizzazione del fatto. Difatti, la conversione "virtuale" della pena detentiva originaria in pena pecuniaria, se basata sul modello previsto dal decreto legislativo del 2016 - che fa riferimento «al massimo della pena originariamente inflitta per il reato, tenuto conto del criterio di ragguaglio di cui all'articolo 135 del codice penale» -, non terrebbe conto del fatto che si potrebbe convertire persino la parte di pena detentiva eventualmente ricompresa tra il limite massimo per cui l'art. 53 della L. n. 689/1981 consente al giudice la sostituzione in sanzione pecuniaria, os-

¹³⁴ La problematicità di simili «valutazioni compensative» è sottolineata da VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta*, cit., 334-335.

sia sei mesi, e il massimo edittale ipoteticamente superiore previsto dal legislatore per la fattispecie incriminatrice previgente. In tal senso, se già è difficile affermare che il reo avrebbe potuto prevedere la depenalizzazione del reato commesso, lo è ancor di più sostenere che, in mancanza di una regola generale come quella prevista dall'art. 8, co. 3, del d.lgs. n. 8/2016, egli avrebbe potuto rappresentarsi che la pena detentiva originaria sarebbe stata convertita in pena pecuniaria oltre il limite stabilito dall'art. 53 della L. n. 689/1981, ai fini della determinazione del massimale della sanzione amministrativa applicabile retroattivamente. Estendere *de iure condendo* la regola formulata dall'art. 8, comma 3, a future ipotesi di depenalizzazione, o applicarla in via interpretativa (eventualmente in sede di ricorso incidentale di costituzionalità, qualora il dato normativo sia ritenuto insuperabile) alle norme transitorie relative a illeciti amministrativi differenti da quelli assunti ad oggetto del decreto legislativo del 2016, potrebbe dunque fare affiorare una violazione dei principi di irretroattività e di colpevolezza; violazione che, peraltro, parrebbe già essere immanente alla stessa disposizione settoriale, poiché essa non esisteva e ovviamente non era conoscibile al momento della realizzazione di una delle fattispecie poi depenalizzate dal decreto legislativo del 2016.

Valutiamo, allora, se vi sia una strada percorribile per tenere conto anche della pena detentiva originaria, ai fini della determinazione del massimale di sanzione pecuniaria applicabile retroattivamente, senza per questo imporre al condannato una punizione patrimoniale non prevedibile al momento del fatto.

Si potrebbe pensare di procedere a una conversione “secca” di sei mesi di pena detentiva, così aggiungendo sempre 45.000 euro alla pena pecuniaria originariamente prevista dal legislatore, anche per quei reati per cui sia comminato un tetto massimo di pena detentiva superiore; fermo che, per quelle fattispecie penali il cui massimale edittale di pena detentiva sia per ipotesi inferiore a sei mesi, si dovrebbe convertire in pena pecuniaria tale diverso e più favorevole ammontare. Nell'effettuare questa operazione, dunque, sarebbe indifferente sia la valutazione di quegli elementi inerenti al fatto di reato che avrebbero potuto portare il giudice a irrogare una pena detentiva più bassa o più alta di sei mesi, o ad applicare istituti che avrebbero addirittura evitato del tutto l'applicazione della pena, sia la considerazione del massimale edittale della pena detentiva, se superiore a sei mesi, e del suo minimo. Se il primo rilievo appare superabile sulla base della suddetta necessità di evitare valutazioni in concreto di carattere puramente ipotetico, il secondo farebbe invece affiorare un'irragionevole equiparazione sanzionatoria tra soggetti che abbiano

commesso fatti di reato contrassegnati da diverso disvalore – disvalore che potrebbe evincersi solo dalla considerazione dell'intero compasso edittale –, con conseguente violazione del principio di eguaglianza. Ecco il motivo per cui tale soluzione andrebbe scartata.

Né, infine, si potrebbe pensare di assegnare all'autorità amministrativa il compito di procedere a una valutazione in concreto della pena che il reo avrebbe probabilmente scontato sotto la vigenza della previgente norma incriminatrice, in modo da procedere a un'autonoma determinazione sia della pena pecuniaria originaria che sarebbe stata inflitta dal giudice penale sia di quella detentiva convertibile (tenendo conto del limite dei sei mesi) in pena pecuniaria. Un tale giudizio, oltre a non rientrare nelle reali competenze e capacità dell'autorità amministrativa¹³⁵, colliderebbe col meccanismo di raffronto astratto delineato dall'art. 8, co. 3, del d.lgs. n. 8/2016 che, pur criticabile per vari aspetti, presenta l'indubbio vantaggio – già rilevato in precedenza – di prescindere da complicate valutazioni concrete che, altrimenti, richiederebbero di tenere conto anche di quelle vicende normative della punibilità eventualmente idonee a escludere del tutto l'effettività della pena detentiva.

Siamo, insomma, di fronte a un vero rompicapo in cui le diverse soluzioni prospettabili, se ispirate all'operatività del meccanismo di conversione di cui all'art. 135 c.p., porterebbero a esiti incerti, irragionevoli e indifferenti alla tutela della libertà di autodeterminazione responsabile del singolo. È per questo che la valorizzazione dei principi costituzionali di irretroattività, di colpevolezza e di eguaglianza, dovrebbe imporre all'interprete il solo confronto dei limiti massimi edittali delle sanzioni pecuniarie succedutesi¹³⁶, senza adottare alcun procedimento di conversione che tenga conto anche della pena detentiva originaria, ai fini dell'individuazione del massimale di sanzione amministrativa pecuniaria applicabile retroattivamente.

6. Osservazioni conclusive: le questioni aperte sul travolgimento del giudicato

¹³⁵ Tant'è che PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 67, suggeriva, in relazione alla retroattività della sanzione amministrativa in caso di successione "impropria", di demandare al giudice penale il compito di valutare se essa risultasse più favorevole al reo di quella penale "concretamente" applicabile precedentemente.

¹³⁶ Una soluzione più estrema è quella suggerita da MANDUCHI, *Un primo intervento giurisprudenziale sulla nuova fattispecie di insider trading: la sorte dei cd. insiders secondari*, in *Cass. pen.*, 2006, 3352, che ha affermato che la sanzione amministrativa applicabile retroattivamente ai fatti commessi prima della depenalizzazione e *sub iudicio* «dovrà fare necessario riferimento alla cornice edittale prevista dalla vecchia disciplina», così implicitamente predicando anche l'ultrattività *in bonam partem* della porzione di sanzione pecuniaria compresa tra il precedente minimo e quello – eventualmente superiore – attualmente vigente.

di condanna, la frattura categoriale tra diritto penale e amministrativo-punitivo, e la necessità di un intervento organico del legislatore. Sembra di potere dire, in conclusione, che la successione “impropria” di leggi penali ed amministrative punitive lascia ancora aperte alcune questioni.

La prima attiene alla sorte benevola riservata dal legislatore ai soggetti condannati con sentenza definitiva per un reato successivamente depenalizzato. Accogliendo la tesi della funzione derogatoria all’art. 2, co. 2, c.p., rivestita dalle disposizioni transitorie presenti in seno alle leggi di depenalizzazione per i fatti *sub iudicio*, sembra irragionevole che una sostanziale deroga alla disciplina codicistica dell’*abolitio criminis* non debba riguardare anche le sentenze di condanna passate in giudicato, e che le stesse debbano essere revocate senza alcun obbligo di trasmissione degli atti all’autorità amministrativa competente. In altre parole, se i soggetti sotto giudizio risultano meritevoli di sanzione in virtù della continuità di disvalore del fatto compiuto (pur collocato entro un differente regime punitivo), perché non può dirsi altrettanto per coloro che siano stati addirittura destinatari di una condanna definitiva in sede penale, totalmente o parzialmente non eseguita?¹³⁷

Il predetto dilemma scuote ancor di più gli animi se si pensa a quelle sentenze penali definitive ove vi sia stata condanna a una pena pecuniaria. In tal senso, non si vede per quale ragione la pena pecuniaria, che è identica nel *genus* alla sanzione amministrativa pecuniaria, non possa comunque essere riscossa, come del resto già previsto dall’art. 41 della L. n. 689/1981 (e, prima della dichiarazione di incostituzionalità, dall’art. 101, co. 2, del d.lgs. n. 597/1999). E ancora, qualora vi sia stata una condanna definitiva a pena detentiva, la depenalizzazione della fattispecie potrebbe comportare, se si condividesse la discutibile *ratio* dell’art. 8, co. 3, del d.lgs. n. 8/2016, la sua conversione in sanzione amministrativa pecuniaria, in base ai canoni di ragguglio di cui all’art. 135 c.p. Quest’ultima, del resto, è stata la soluzione adottata dal legislatore nel terzo comma dell’art. 2 c.p. per i casi di condanna definitiva a pena detentiva per un fatto successivamente punito con la sola pena pecuniaria.

A meno di non pensare che il travolgimento del giudicato di condanna e dei suoi effetti sia un soluzione finalizzata a “ricompensare” il soggetto per lo

¹³⁷ Questo profilo discriminatorio è evidenziato anche da PECORELLA, *L’efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 126-127, nel delineare possibili scenari *de iure condendo*. Secondo l’A., l’eventuale sentenza penale di condanna passata in giudicato non andrebbe revocata, ma il giudice dell’esecuzione sarebbe tenuto a sostituire la pena irrogata con la sanzione amministrativa di nuova introduzione in base a criteri di ragguglio determinati dalla legge: «in questo modo, nessuna disparità di trattamento si verificherebbe tra chi è stato condannato definitivamente prima dell’entrata in vigore della legge di depenalizzazione e chi invece deve essere ancora giudicato».

stigma irrimediabilmente subito per via del processo e della sentenza sfavorevole, a prescindere dall'inizio della fase di espiazione della pena, la soluzione al precedente quesito potrebbe essere legata alla semplice constatazione che il passaggio dal penale all'amministrativo segna una frattura categoriale tale da non rendere la successione "impropria" assimilabile del tutto a una successione di leggi penali¹³⁸: per questo può essere fatta salva almeno la disciplina dell'art. 2, co. 2, c.p. sul travolgimento del giudicato e dei suoi effetti.

Tornando al problema dell'individuazione dei limiti da apporre alla disciplina transitoria della retroattività della sanzione amministrativa, una volta acclarato che il diritto amministrativo punitivo attiene a un piano diverso dal penale *stricto sensu*, e che soltanto alcune garanzie del secondo possono essere estese al primo, come ribadito recentemente dalla Corte costituzionale¹³⁹, non si comprende perché si debba addivenire a tutti i costi a una "quadratura" esasperata della proporzione tra le pene e le successive sanzioni amministrative. Sforzo ostinato di proporzione che, nell'intervento di depenalizzazione del 2016, si è spinto fino al punto di computare il tetto massimo della pena pecuniaria previgente, che funge da parametro per il rispetto del principio di irretroattività della sanzione amministrativa sopravvenuta, tenendo conto anche del massimo edittale della pena detentiva appositamente convertita ai sensi dell'art. 135 c.p. Eppure, come la stessa Consulta ha recentemente ribadito, proprio in materia di principio di proporzione e di sanzioni amministrative punitive, vi è la «*necessità che a fatti di diverso disvalore corrispondano diverse reazioni sanzionatorie*»¹⁴⁰. Per cui, pur permanendo un nucleo sostanziale di illiceità del fatto in seguito alla depenalizzazione, si potrebbero determinare i limiti della legittima retroattività della sanzione amministrativa pecuniaria a prescindere dalla considerazione della previgente pena detentiva, che in alcun modo - nemmeno indirettamente - dovrebbe entrare in gioco

¹³⁸ Ritiene che tale "frattura categoriale" fosse alla base della mancata estensione del principio penalistico della retroattività *in mitius* al diritto amministrativo punitivo, prima della sentenza costituzionale n. 63/2019, BIANCHI, *Resta la frattura categoriale: il principio di retroattività in mitius non penetra nel diritto punitivo amministrativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 3, 316 ss. ID., *Il problema della "successione impropria"*, cit., 354, proprio con riferimento al fenomeno della successione "impropria" di sanzioni penali ed amministrative, afferma che la peculiarità della situazione giustifica che la disciplina apprestata dalle norme settoriali sommi alcune caratteristiche della successione abolitiva, ossia il travolgimento del giudicato di condanna, a quelle della successione modificativa, ovvero la punibilità - mediante un diverso regime sanzionatorio - dei fatti ancora *sub iudicio*.

¹³⁹ Si veda Corte cost., n. 49/2015, cit., §§ 6. e 6.1.; e, successivamente, Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43, § 4.3.

¹⁴⁰ Corte cost., n. 112/2019, cit., ove il principio di proporzione/eguaglianza è evocato solo *incidenter tantum*, poiché la pronuncia affronta direttamente il problema dell'estensione all'illecito amministrativo punitivo del principio di proporzione in senso stretto.

nell'individuazione del trattamento sanzionatorio degli illeciti amministrativi. Senza attendere l'ennesimo ricorso alla Corte costituzionale, spetterebbe al legislatore chiarire i dubbi perduranti e risolvere le antinomie messe in luce, preferibilmente attraverso un intervento che definisca in modo organico la disciplina transitoria da adottare nelle ipotesi di depenalizzazione, in grado di garantire la previa rappresentazione delle conseguenze sanzionatorie e di rispettare l'intima *ratio* del principio di irretroattività.