

ANTICIPAZIONI

VINCENZO TIGANO

Limiti al principio di retroattività favorevole nel dialogo tra le Corti: il caso dell'abrogazione dell'illecito amministrativo punitivo con contestuale incriminazione del medesimo fatto*

Il contributo analizza i principi di diritto intertemporale che regolano la cd. successione “impropria” di leggi amministrative punitive e penali, mettendo soprattutto in evidenza la funzione attribuibile al principio di retroattività favorevole e i relativi limiti. In particolare, il fenomeno normativo viene inquadrato come un'abrogazione dell'illecito amministrativo con perdurante attribuzione di disvalore al fatto, addirittura riqualificato sul piano penale; con effetti, dunque, non abolitivi ma modificativi del regime sanzionatorio applicabile. La conseguenza è che il principio di retroattività *in mitius* - che trova riconoscimento sia nella Costituzione sia nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pur con una diverso peso specifico e con una diversa efficacia applicativa in ciascuna di esse - dovrebbe operare non per escludere la punibilità dei fatti pregressi, soggetti alla legge in vigore al momento della loro realizzazione, ex art. 1 della legge n. 689/1981, ma per delimitare il perimetro delle sanzioni amministrative punitive irrogabili in via ultrattiva. A questo risultato potrebbe giungersi attraverso un confronto con le pene successivamente introdotte per punire i medesimi fatti, qualora queste ultime risultino meno afflittive delle sanzioni precedentemente in vigore.

Limits to the principle of retroactive application of the most favorable law in the dialogue between the Courts: the hypothesis of abrogation of an administrative-punitive offense with simultaneous incrimination of the same fact.

The article analyzes intertemporal law principles regulating “improper” succession of administrative-punitive and criminal laws, with particular regard to functions and limits of the principle of retroactive application of the most favorable law. The normative phenomenon under consideration is conceived as the abrogation of an administrative infraction without discontinuance of punishability of the fact, which is indeed reclassified as a crime; therefore such “improper” succession of laws does not abolish but modifies applicable sanction regime. The consequence is that the principle of retroactivity in mitius - which is recognized both in the Constitution and in the European Convention on Human Rights and in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, with a different specific weight and application effectiveness in each of them - should operate not to exclude the punishment of previous facts, subject to the law in force at the time of their realization, pursuant to art. 1 of the law n. 689/1981, but to delimit the perimeter of the administrative-punitive sanctions that can be applied ultra-actively. This result could be achieved by comparing them with the criminal sanctions subsequently introduced to punish the same acts, if the latter are less afflictive than the former.

SOMMARIO: 1. Fondamenti e limiti del principio di retroattività favorevole sul piano costituzionale, convenzionale ed eurounitario. - 2. L'applicazione del principio di retroattività *in mitius* agli illeciti amministrativi punitivi: le recenti aperture della Corte costituzionale e le questioni irrisolte. - 3. La retroattività favorevole nel settore degli illeciti amministrativi punitivi come spazio normativamente non regolato: la

tesi della diretta applicabilità dell'art. 7 C.E.D.U. - 4. La diretta applicazione del principio convenzionale della retroattività favorevole in una recente pronuncia del Tribunale di Ragusa sull'abrogazione di un illecito amministrativo punitivo con contestuale incriminazione del medesimo fatto. - 4.1. Le criticità della pronuncia: la mancata distinzione tra abolizione dell'illiceità penale *lato sensu* e successione "impropria" di leggi amministrative punitive e penali. - 4.2. (segue): La necessità di tenere conto dei limiti estrinseci ed intrinseci del principio convenzionale di retroattività favorevole. - 4.3. (segue): L'applicabilità del principio di retroattività favorevole in funzione mitigatrice delle sanzioni amministrative applicabili ultrattivamente. - 5. Conclusioni.

1. Fondamenti e limiti del principio di retroattività favorevole sul piano costituzionale, convenzionale ed eurounitario. Solo nell'ultimo ventennio il principio di retroattività *in mitius* ha acquisito forza dimostrativa sul piano costituzionale all'interno dell'ordinamento italiano¹. La ragione di questo ritardo si coglie nella circostanza che, a differenza dello speculare principio di irretroattività sfavorevole, la retroattività favorevole non trova espresso riconoscimento in alcun precetto della nostra Legge fondamentale², potendosi ricavare soltanto dall'interpretazione di principi costituzionali generali³, quali quelli di eguaglianza⁴, di

*Il presente è contributo è destinato agli "Studi in onore di Giovanni Grasso" ed è pubblicato in anteprima su questa Rivista.

¹ Sulla differenza tra principi dotati di capacità argomentativa e principi dotati di capacità dimostrativa, quest'ultima intesa come riconducibilità degli stessi a veri e propri parametri di illegittimità costituzionale, oltre che a criteri vincolanti nelle scelte legislative, si veda DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 25 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 234.

² Secondo GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 123, che fa richiamo a un *obiter dictum* della sentenza costituzionale 23 maggio 1990, n. 277, «La mancata espressa costituzionalizzazione del principio di retroattività della legge più favorevole fu quindi dovuta solo a incertezze sulla "ampiezza delle deroghe al principio"»

³ Tanto che PADOVANI, *Decreto-legge non convertito e norme penali di favore, in bilico tra opposte esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 826, ha parlato di rilevanza costituzionale «riflessa» del principio.

⁴ Così, in dottrina, PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1354 ss.; VASSALLI, *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 377; PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 365; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 367.

offensività⁵, di proporzione⁶ e di necessità⁷ del trattamento punitivo, nonché di rieducazione⁸ del reo. Applicare retroattivamente la sopravvenuta norma più mite - che si tratti di una legge abolitrice del fatto di reato o soltanto di una legge che si limiti a farvi discendere effetti punitivi più convenienti per il reo - rappresenta un esito ricollegabile all'esigenza di non discriminare chi abbia commesso il reato in un momento precedente a un intervento riformatore migliorativo e, dunque, di non irrogare una pena non più necessaria, o comunque sproporzionata in eccesso, rispetto alla quota di offensività del fatto idealmente incastonata nella cornice edittale comminata dalla legge vigente al momento del giudizio; pena che il condannato percepirebbe come ingiusta, con la

⁵ 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-Pugliotto-Veronesi, Torino, 2005, 346; ID., *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2019, par. 4.2.; GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 87; CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 252; CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 477.

⁶ Si veda, anche nella prospettiva convenzionale e in quella eurounitaria, DANNECKER, *Das intertemporale strafrecht*, Tübingen, 1993, 415 ss.; DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, 306; SOTIS, *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, 98 ss., 120 ss.; 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: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 settembre 2011, 4 ss.; ID., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1800-1801; MANES, *Profili e contenuti dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 999; ID., *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, a cura di Padula, Napoli, 2018, 130; MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 496 ss., 500 ss., 503 ss.

⁷ Si vedano SCOLETTA, *Retroattività in mitius e pronunce di costituzionalità in malam partem*, cit., 346; MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1618; PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1174-1175; MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, cit., 496 ss., anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina francese e spagnola sulla necessità della risposta sanzionatoria come fondamento del principio (501-502).

⁸ Così RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, 281; CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera-Mazzacupa-Pavarini-Zanotti, Torino, 2006, 192-193; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 306; DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 231; PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008, 10-11.

conseguente compromissione del processo di risocializzazione da attuarsi nella fase esecutiva.

A fronte della varietà dei potenziali fondamenti costituzionali invocabili, la Consulta, accogliendo quanto già da lungo tempo affermava parte della dottrina⁹, ha inizialmente indicato l'art. 3 come unico parametro rilevante in tema di retroattività favorevole, affermando che è il principio di eguaglianza a imporre «in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice»¹⁰. Nessuna correlazione è stata invece stabilita con gli artt. 25, comma 2, e 27, comma 3, della Costituzione, ove gli altri principi poc'anzi richiamati trovano fondamento. In particolare, l'art. 25, comma 2, è stato espressamente disconosciuto come vettore costituzionale della retroattività favorevole anche nella sua più tradizionale espressione esplicativa del principio di legalità, attraverso cui assicurare ai consociati la prevedibilità delle conseguenze penali derivanti dai loro comportamenti, e dunque la loro libertà di autodeterminazione: la pena in vigore al momento del fatto, anche quando più sfavorevole di quella successivamente introdotta da una modifica legislativa, infatti, rimane l'unica a dovere essere oggetto di necessaria rappresentazione mentale anticipata da parte del reo; e l'applicazione retroattiva della legge successiva più mite è sì finalizzata a favorire il reo¹¹, ma per ragioni che nulla hanno a che vedere con la tutela della certezza delle sue scelte di azione¹².

⁹ Si veda *supra*, nota 4.

¹⁰ Così, in particolare, Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, § 6.4. Cfr. anche Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, § 7. Su questa stessa linea si è posta anche la giurisprudenza costituzionale successiva. Si veda, di recente, Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, §§ 6.2. e 6.4., che ha ritenuto che il principio di retroattività si fondi anche sull'esigenza di non applicare al reo una pena sproporzionata, e quindi eccessiva, rispetto al mutato livello di disvalore attribuito al fatto dalla legge, pur senza fare richiamo a parametri di legittimità costituzionale diversi dall'art. 3 e dall'art. 117 Cost., quest'ultimo per rinvio all'art. 7 C.E.D.U. (si trattava, infatti, degli unici precetti costituzionali che il giudice rimettente aveva posto alla base del ricorso incidentale).

¹¹ Sul *favor libertatis* come principio generale del diritto penale, alla base sia del principio di irretroattività sia del principio di retroattività favorevole, si rinvia a PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1064; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 82-83.

¹² Invece Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03, § 108 (tutte le pronunce della Corte di Strasburgo citate sono reperibili su <https://hudoc.echr.coe.int/>), nel ricondurre il principio di retroattività favorevole alla sfera delle garanzie enucleabili dall'art. 7 C.E.D.U., ha affermato che

A differenza del principio di irretroattività, la cui intangibilità risulta connessa alla sua funzione «di essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore» – già evincibile dalla formulazione dell’art. 25, co. 2, Cost., in cui quello è incardinato –, il principio di retroattività trova nell’art. 3 Cost. il proprio fondamento ma anche il proprio limite¹³, dato che eventuali deroghe allo stesso potrebbero essere considerate legittime se siano in grado di superare il giudizio di ragionevolezza fondabile sul medesimo parametro costituzionale¹⁴, attraverso cui la Consulta può sindacare le scelte legislative operando un bilanciamento tra il principio e gli interessi giuridici contrapposti¹⁵.

«l’obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all’imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa a un altro elemento fondamentale dell’articolo 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni». Critici su questo specifico aspetto argomentativo della sentenza *Scoppola*, poiché ricollegare la retroattività favorevole alla necessaria prevedibilità della norma penale applicabile rappresenterebbe una forzatura, sono VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 17; SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto comunitario*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*, a cura di Manes-Zagrebelsky, Milano, 2011, 138; VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 220-221; ROUSSEAU, *La relativité du principe de rétroactivité in mitius (obs ss Crim. 7 janv. 2020, n° 18-83.074 et Crim. 10 mars 2020, n° 18-85.832)*, in *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, 2020, 3, 5.

¹³ Così Corte cost., 26 luglio 2022, n. 198, § 7.1.; Corte cost., 23 dicembre 2020, n. 278, § 11; Corte cost., 13 novembre 2020, n. 238, § 7; Corte cost., n. 63/2019, cit., § 6.1.; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, § 13; Corte cost., 18 giugno 2008, n. 215, § 7; Corte cost., n. 394/2006, cit., § 6.4. Si veda SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza”*, cit., 125 ss., secondo cui, con riferimento alla valenza dimostrativa del principio di retroattività favorevole, «è come se l’art. 3 Cost. in funzione di criterio si affiancasse a se stesso, cioè all’art. 3 in funzione di diritto. Il risultato è che l’art. 3 Cost. posto a fondamento della retroattività *in mitius* sta a metà del guado: dal diritto di uguaglianza prende il metodo formale di giudizio, dal criterio di ragionevolezza l’estensione dell’oggetto di giudizio». Secondo DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, 87, «uguaglianza e ragionevolezza sono due ‘concetti’ che non s’identificano e non vanno confusi», pur essendo entrambi sussumibili sotto l’art. 3 della Costituzione.

¹⁴ In tal senso già, in dottrina, MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 89 ss. Così, nella giurisprudenza costituzionale, a partire dall’espressa riconduzione del principio all’art. 3 Cost., Corte cost., n. 393/2006, cit., § 6.3.; e, già in precedenza, Corte cost., 20 maggio 1980, n. 74; Corte cost., 16 gennaio 1978, n. 6; Corte cost., 6 giugno 1974, n. 164.

¹⁵ Sulla progressiva emancipazione del giudizio di ragionevolezza dal canone dell’eguaglianza, fino a divenire autonomo strumento di controllo delle scelte legislative, con riguardo al corretto bilanciamento tra interessi costituzionali opposti, si vedano PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1994, 164; ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, *ivi*, 180 ss.; MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 118; DI GIOVINE, *Sul cd. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 178; ID., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in*

Il novero delle deroghe al principio di retroattività favorevole è ampio e non sempre riconducibile a interessi dal diretto fondamento costituzionale¹⁶: si pensi, ad esempio, all'eccezione dell'intangibilità del giudicato nel caso della successione temporale di leggi penali, ex art. 2, co. 4, c.p., ricondotta all'interesse alla salvaguardia della certezza dei rapporti giuridici e del loro assetto

un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui "falsi elettorali", in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 115 ss.; PALAZZO, Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, 376 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 proporzionalità e di tassatività, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, 460 ss.; MANES, Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza, Torino, 2005, 218 ss.; GAMBARDELLA, Lex mitior e giustizia penale, cit., 90; RECCHIA, Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali, Torino, 2020, 343 ss.

¹⁶ Il rischio è che la Corte costituzionale eserciti il sindacato di ragionevolezza procedendo al bilanciamento tra il principio di retroattività e quei controinteressi, sottesi alle norme derogatorie, dotati di un fondamento costituzionale anche solo indiretto o implicito. In generale, rilevano questa tendenza della Consulta, anche al di fuori del sindacato di ragionevolezza sulle eccezioni al principio di retroattività *in mitius*, BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della costituzione*, in *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Angiolini, Torino, 1992, 48; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., 380, nota 62; TESAURO, *Corte EDU e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-general e ricadute penalistiche (parte I)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 giugno 2019, 34-35; RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 95. In certi casi, pur in presenza di controinteressi costituzionalmente fondati, non sono comunque mancati dubbi circa la loro idoneità a fondare una deroga alla retroattività favorevole: il riferimento va a Corte cost., 6 giugno 1974, n. 164, in cui la Consulta ha dichiarato costituzionalmente legittima la disciplina dettata dall'art. 20 della legge 7 gennaio 1929, n. 4, ove veniva stabilita l'ultrattività delle norme incriminatrici delle violazioni delle leggi finanziarie (norma poi abrogata dall'art. 24 del d.lgs. 507/1999), in nome dell'interesse statale alla riscossione dei tributi, ricollegato ai doveri inderogabili di solidarietà nazionale gravanti sui cittadini, e ulteriormente rafforzato dalla sottrazione delle leggi tributarie al referendum popolare abrogativo, ex art. 75, co. 2, Cost. Proprio su questa specifica disciplina e sulla pronuncia della Corte, PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1379, ha criticamente osservato che «interessi ben più primari di quello alla riscossione dei tributi sono riconosciuti dalla Costituzione; ma nessuna delle norme penali che li tutelano viene sottratta alla disciplina comune del 2° e del 3° comma dell'art. 2 c.p.». In altri casi, la presenza di deroghe al principio di retroattività favorevole, non fondate su interessi costituzionalmente fondati, ha portato la Corte costituzionale a ritenere le stesse illegittime: si veda Corte cost., n. 215/2008, cit., secondo cui la norma transitoria (art. 1, co. 547, della legge 23 dicembre 2005, n. 266) che stabiliva l'ultrattività delle fattispecie contravvenzionali finalizzate al contrasto del gioco d'azzardo (art. 110, co. 9, r.d. 18 giugno 1931, n. 773), rispetto ai fatti commessi precedentemente all'entrata in vigore della stessa legge di depenalizzazione, «non è correlata ad interessi di rilievo costituzionale analogo all'interesse che il singolo vanterebbe a non vedersi esposto alle conseguenze penali di condotte oramai punite come mero illecito amministrativo». Sulla pronuncia, si veda GAMBARDELLA, *Retroattività della legge penale più favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 2399 ss.

giudiziale¹⁷; o al divieto di applicazione retroattiva dei termini di prescrizione più brevi introdotti con la legge ex Cirielli, che la stessa Corte ha ritenuto ragionevole, nei giudizi pendenti in appello o in cassazione, alla luce dell'esigenza di «evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005»¹⁸.

La questione del necessario fondamento costituzionale degli interessi giuridici tutelati attraverso le deroghe al principio, sembra assumere maggiore rilevanza una volta che la retroattività *in mitius* è stata annoverata tra i diritti fondamentali dell'individuo da parte delle Carte e delle Corti sovranazionali.

A questo esito si è pervenuti, nell'ambito dell'UE, dapprima tramite l'espressa previsione del principio all'interno dell'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2000 (il cui valore giuridico è stato equiparato a quello dei Trattati dall'art. 6 T.U.E., in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009) e, successivamente, grazie a quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza Berlusconi del 2005, in cui la retroattività è stata indicata come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, in

¹⁷ Si veda SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, 29, secondo cui la regola dell'intangibilità del giudicato in caso di successione di leggi penali, rappresenta «non un principio di rango costituzionale, bensì un principio del sistema processuale, volto ad assicurare un valore costituzionalmente protetto, quale l'esigenza di certezza giuridica». In tale direzione anche SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di Paliero-Viganò, Milano, 2013, 278; NARDI, *Retroattività in mitus e limite del giudicato: stato dell'arte e prospettive di riforma alla luce del quadro nazionale ed europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 53 ss.

¹⁸ Corte cost., n. 236/2011, cit., § 13, e Corte cost., 28 marzo 2008, n. 72, § 12, che tentano comunque di ancorare questa esigenza a interessi finali di dichiarata impronta costituzionale, come l'efficienza del processo (interesse, quest'ultimo, il cui fondamento costituzionale era stato già affermato da Corte cost., n. 393/2006, cit.; Corte cost., 20 gennaio 2004, n. 24; Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 353), la tutela dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale e il principio di effettività del diritto penale. Si veda, in proposito, VIGANO, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 8, che identifica nella richiamata esigenza di salvaguardia delle attività già compiute un «interesse dopo tutto sprovvisto di esplicita copertura costituzionale», dubitando anche dello statuto costituzionale dei vari interessi finali, «in genere richiamati in pochissime righe dalle sentenze della Corte, senza alcun serio sforzo di elaborazione». In tale direzione, si vedano anche le critiche di DELLI PRISCOLI-FIORENTIN, *La Corte costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1180 ss., e di MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 851-852, nota 52, che rileva come si tratti di interessi endo-processuali generici, riconducibili semmai a una sorta di «autoscopio del sistema della giustizia penale».

quanto afferente alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri¹⁹. Grazie al suo ingresso nel diritto UE e alla sua “trattattizzazione”²⁰, il principio di retroattività favorevole ha così ricevuto l’ulteriore avallo costituzionale degli art. 11 e 117, potendo anche essere applicato direttamente nel campo di attuazione del diritto eurolunitario e determinare la disapplicazione delle norme nazionali con esso contrastanti²¹.

¹⁹ Corte giust. CE, Grande sezione, 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*, C-387/02, C-391/02, C-403/02, (tutte le pronunce della Corte di giustizia citate sono reperibili su <http://curia.europa.eu/>). Sul punto si vedano le riflessioni (antecedenti alla pronuncia) di BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2002, 683, e le critiche (posteriori alla sentenza) di MANACORDA, *Oltre il falso in bilancio: i controversi effetti in malam partem del diritto penale europeo sul diritto penale interno*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 264 ss., SCOLETTA, *Berlusconi e il principio de retroactividad de la ley penal mas favorable*, in *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas del futuro*, a cura di Arroyo Zapatero-Nieto Martín, Cuenca, 2007, 357 ss.; MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior*, cit., 1619-1620; MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di Grasso-Sicurella, Milano, 2008, 125: secondo gli AA., non poteva generalmente affermarsi che il principio di retroattività favorevole fosse parte integrante delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, tanto che nell’ordinamento italiano, in quel periodo, la questione era ancora discussa, e, nel diverso contesto sopranazionale della C.E.D.U., persino la Corte di Strasburgo non aveva ancora incluso il principio tra le garanzie dell’art. 7 C.E.D.U. Nella stessa direzione della sentenza Berlusconi, si veda, poi, Corte giust. CE, 8 marzo 2007, *Campina GmbH & Co.*, C-45/06, §§ 32, 33, 40, ove si richiama sia il disposto della precedente pronuncia, sia l’art. 2, n. 2 del Regolamento (CE, Euratom) del Consiglio 18 dicembre 1995, n. 2988, relativo alla tutela degli interessi finanziari comunitari, che prevede che: «*In caso di successiva modifica delle disposizioni relative a sanzioni amministrative contenute in una normativa comunitaria si applicano retroattivamente le disposizioni meno rigorose*». Sul punto, si veda MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 952. Ancora nella direzione segnata dalla sentenza Berlusconi, successivamente, si vedano Corte giust. CE, 11 marzo 2008, *Rüdiger Jäger*, C-420/06, § 59 ss.; Corte giust. UE, 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11, § 61; Corte giust. UE, 14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e altri*, C-17/10, § 64, ove si richiama anche l’art. 49 C.D.F.U.E.

²⁰ Il termine è utilizzato da Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80, *Ritenuto in fatto*, § 2, e poi ripreso, tra gli altri, da MANES, *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 81.

²¹ Sull’efficacia diretta del principio di retroattività favorevole previsto dall’art. 49 della Carta di Nizza, si veda *infra*, nota 52. Il potere di disapplicazione diretta, da parte del giudice ordinario, delle norme interne contrastanti con quelle comunitarie direttamente applicabili, affermato a partire da Corte giust. CE, 9 marzo 1978, *Sinmenthal*, C-106/77, e ribadito da Corte giust. UE, 26 febbraio 2013, *Akeberg Fransson*, C-617/2010, § 45, rispetto alle disposizioni della Carta di Nizza (sul punto, si vedano le riflessioni problematiche, sulla distinzione tra regole e principi, di MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale «à la carte»?*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 249-250), era stato limitato, proprio in relazione a quest’ultima, da Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, e Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, secondo le quali, in caso di doppia pregiudizialità – ossia se la norma nazionale risulti contemporaneamente in contrasto con la Costituzione e con la Carta di Nizza, ove il diritto leso trovi, per ipotesi, un doppio fondamento –

Sul piano internazionale, il principio è esplicitamente stabilito dall'art. 15 del Patto internazionale dei diritti civili e politici delle Nazioni Unite²², mentre, nel

, è necessario sollevare una questione di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale ed eventualmente un ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia. Su questo aspetto delle sentenze, in grado di pregiudicare il primato e l'uniformità del diritto dell'Unione europea, nella cui prospettiva non dovrebbe farsi distinzione tra Trattati (formalmente esclusi dai limiti delineati dalle suddette sentenze costituzionali), Carta dei diritti o norme da quelle derivate, si veda RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. dir. comp.*, 2017, 3, 10 ss.; ID., *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto euorounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consulta online*, 2019, 1, 113 ss.; ID., *Tecniche decisorie dei giudici e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Granital Revisited. L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di Caruso-Medico-Morrone, in *Annali di Diritto costituzionale*, diretto da Barbera-Morrone, Bologna, 2020, 164 ss., 169, ove conclude che la strada maestra *de iure condendo* sarebbe quella del doppio controllo interno, attraverso un intervento legislativo finalizzato a consentire alla Corte costituzionale di pronunciarsi nonostante l'irrelevanza della questione nel processo pendente, a seguito della disapplicazione della norma nazionale ad opera del giudice ordinario. Sull'argomento, anche per opinioni differenti sulle questioni in gioco, si vedano REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2958; CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una 'svolta' opportuna della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 22 maggio 2019, 14; BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana: verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *www.questionegiustizia.it*, 4 marzo 2019. Successivamente, Corte cost., n. 63/2019, cit., riconoscendo il potere del giudice ordinario «ricorrendone i presupposti - di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta» (§ 4.3.), sembra aver tentato di aggiustare il tiro dell'orientamento poco prima formatosi nella stessa giurisprudenza costituzionale. Il citato passaggio della pronuncia, peraltro ribadito poco dopo da Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117, § 2, merita opportuna attenzione perché sembra dire che il giudice abbia il potere, ma non il dovere, di sollevare un ricorso di costituzionalità, nei casi di doppia pregiudizialità, laddove vi siano i presupposti per disapplicare direttamente la norma nazionale contrastante con quella della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e per applicare quest'ultima. In questo senso, si vedano TESAURO-DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I post di AISDUE*, 2019, 1, 33-34; RUGGERI, *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *www.federalismi.it*, 24 febbraio 2021, 216 ss.: secondo gli AA., il giudice ordinario potrà procedere autonomamente alla disapplicazione della norma nazionale in conflitto con quella della Carta di Nizza, se dotata di effetti diretti, senza sollevare né una questione pregiudiziale alla CGUE né una questione di legittimità costituzionale, laddove sia certo che la norma nazionale contrasti con quella sovranazionale. Conf., in tal senso, BINDI-PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 27 novembre 2019, 13 ss., 26; TIGANO, *L'estensione del principio costituzionale della retroattività favorevole in materia penale alle sanzioni amministrative punitive contro gli abusi di mercato*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2020, 75-76.

²² United Nations, General Assembly Resolution 2200A (XXI), International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, art. 15, § 1: «[...] If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby». Si veda Corte cost., 29 gennaio 1996, n. 15, ove, pur attribuendosi alle norme di quella specifica fonte pattizia «grande importanza nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti,

contesto normativo del Consiglio d'Europa, a fronte del silenzio serbato dalla Convenzione dei diritti dell'uomo, è stata la Corte di Strasburgo ad avere ricondotto il principio alle garanzie di cui all'art. 7 C.E.D.U., a partire dalla sentenza *Scoppola contro Italia* del 2009²³. Tali disposizioni pattizie hanno così potuto assumere non solo forza interpretativa sul piano nazionale ma anche funzione di norme interposte, attraverso il parametro di rinvio di cui all'art. 117 Cost., nei giudizi di costituzionalità instaurati per censurare le deroghe normative alla retroattività *in mitius*²⁴.

Nei suddetti sistemi giuridici sopranazionali il peso specifico del principio di retroattività favorevole sembra più consistente di quello detenuto dallo stesso nella sua dimensione domestica²⁵: mentre nell'ordinamento costituzionale

norme contenute nella Costituzione», si nega tuttavia una loro rilevanza costituzionale, anche solo indiretta. La sentenza è poi stata richiamata da Corte cost., n. 393/2006, cit. In seguito alla riforma dell'art. 117, avvenuta con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, le previsioni del Patto internazionale dei diritti civili e politici possono assumere valore di norme costituzionali interposte. Prima della riforma costituzionale, si veda, sull'efficacia del Patto nel diritto interno, MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. internaz.*, 1983, 350. Successivamente, si veda SALERNO, *La coerenza dell'ordinamento interno ai Trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1, 1 ss. Sui limiti conferiti a questo principio dalla legge di ratifica n. 881 del 25 ottobre 1977, il cui art. 4 ne relega l'operatività ai procedimenti in corso, in modo da allinearne il precetto a quello dell'art. 2, comma 4, c.p., in relazione all'intangibilità del giudicato, si veda CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 181.

²³ Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 109, secondo cui l'art. 7, par. 1, C.E.D.U. «non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato». Si vedano i commenti di 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, 5, 2020 ss.; PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 397 ss.; VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, cit., 1 ss. Sulla medesima linea della sentenza Scoppola, si vedano, successivamente, 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, 24 gennaio 2017, *Koprivnikar c. Slovenia*, ric. n. 67503/13. 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.

²⁴ Sul punto, si veda *infra*, nota 59.

²⁵ Si tenga conto, tuttavia, che il principio di retroattività favorevole, nei diversi livelli normativi sopranazionali, presenta un più limitato campo di applicazione rispetto alla sua dimensione nazionale, quantomeno in relazione alle norme che ne formano l'oggetto: l'art. 49 C.D.F.U.E. lo riferisce unicamente alle modifiche favorevoli concernenti la pena; allo stesso modo dispone l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; l'art. 7 C.E.D.U., secondo l'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, lo

interno il principio di retroattività *in mitius* riveste un rango secondario rispetto a quello di irretroattività sfavorevole – trattandosi di principi ben distinti per *ratio* fondativa, base costituzionale, e rispettiva tenuta di fronte a eventuali interessi confliggenti –, in ambito sopranazionale ambedue sono iscritti tra i diritti fondamentali della persona. Ciò comporterebbe, sul piano della Convenzione E.D.U., una tendenziale inderogabilità anche del principio di retroattività favorevole, in base a quanto generalmente stabilito dall’art. 15 C.E.D.U. rispetto ai *core rights* incardinati nell’art. 7²⁶. Alla stessa conclusione potrebbe giungersi

applica alle «disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono»; invece, all’interno dell’art. 2 del codice penale italiano, il principio di retroattività favorevole «riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa». In questo senso Corte cost., n. 236/2011, cit. § 4. In questa direzione, in dottrina, si vedano DODARO, *Disciplina della prescrizione e retroattività della norma più favorevole*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1143; MANES, *L’applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo multilevel*, in *Quad. cost.*, 2007, 2, 377; ID., *Il giudice nel labirinto*, cit., 160-161; SICURELLA, *Art. 49 - Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, in *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di Mastroianni-Pollicino-Allegrezza-Pappalardo-Razzolini, Milano, 2017, 997. Invece, sul piano convenzionale, VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 220, ridimensiona gli orientamenti – in particolare, quello della sentenza n. 236/2011 – riguardanti l’inferiore raggio applicativo del principio, sostenendo che, anzi, la Corte EDU lo abbia applicato anche alle regole del procedere, e in particolare a quelle concernenti la scelta del rito abbreviato e i suoi effetti sulla portata della pena irrogabile. In realtà, come sottolinea VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 8, la questione sul più ampio o sul più ristretto campo applicativo del principio di retroattività, per come enucleato dalla Corte EDU all’interno dell’art. 7 C.E.D.U., dipende dal modo con cui la stessa intende la nozione di norma penale “sostanziale” o “processuale”: in tal senso, la sentenza *Scoppola* ha escluso che il principio riguardi le regole concernenti la prescrizione, annoverate tra le norme processuali, a differenza di quanto ritenuto dalla Consulta: Corte cost., 6 luglio 2021, n. 140, § 7.1.; Corte cost., 23 dicembre 2020, n. 278, § 9; Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, § 10; Corte cost., 1° agosto 2008, n. 324, § 5; Corte cost., 14 marzo 2008, n. 65; Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393.

²⁶ Si veda VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 7: «Un diritto, dunque, apparentemente formulato in via assoluta dai giudici europei, e pertanto *prima facie* chiuso a possibili bilanciamenti, nemmeno con controinteressi di pari rilevanza come quelli consentiti nel quadro del vaglio positivo di ragionevolezza inaugurato con la sentenza n. 393/2006». A conferma del più elevato rango ora rivestito dal principio di retroattività favorevole, grazie alla sua inclusione nell’art. 7 C.E.D.U., e della necessità di un irrigidimento del processo di bilanciamento con eventuali interessi contrapposti, si vedano GAMBARDELLA, *Il “caso Scoppola”*, cit., 2032-2033; DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, 2197 ss.; MANES, *I principi penalistici nel network multilivello*, cit., 850, che rileva la necessità di «bilanciamenti più rigorosi ed assiologicamente omogenei al lignaggio dei “diritti umani”»; VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 221, che, pur non negando la bilanciabilità del principio con interessi opposti, afferma che la sua inclusione nell’art. 7 C.E.D.U. comporta l’acquisizione transitiva dello stesso statuto di validità del principio di irretroattività; SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive*, cit., § 4.1. In dottrina, in tale direzione, si nota anche come l’intervento “creativo” della Corte di Strasburgo, che ha consentito di inquadrare la retroattività *in mitius* all’interno dell’art. 7

sul piano euromunitario, in virtù della “trattatizzazione” della Carta, delle menzionate affermazioni della Corte di giustizia in ordine al rango “comunitario” assunto dal principio²⁷, nonché del disposto dell’art. 52, par. 3, C.D.F.U.E., secondo cui il significato e la portata dei diritti garantiti dalla Carta di Nizza sono gli stessi di quelli conferiti dalla C.E.D.U. ai diritti corrispondenti, salvo che il diritto dell’Unione non attribuisca loro una protezione più estesa²⁸.

In realtà, nonostante la primazia formalmente riconosciuta al principio di retroattività favorevole a livello europeo, lo stesso sembra privo di quel valore assoluto tradizionalmente attribuito al principio di irretroattività. Ciò è dimostrabile, sul piano convenzionale, da chiare indicazioni della stessa Corte EDU circa l’esistenza di possibili limitazioni apponibili allo stesso²⁹, entro margini

C.E.D.U., abbia determinato il suo passaggio dalla dimensione oggettivistica, legata alla sua tradizionale ascrizione ai corollari del principio di eguaglianza, a quella soggettivistica dei diritti fondamentali dell’uomo, rispetto a cui si spiega l’accresciuta forza di resistenza dello stesso a possibili deroghe. Così PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche*, cit., 1174, che, in tal senso, ritiene che «ora è la soggettività della persona che detta la linea» e che, quindi, possa parlarsi di “tendenziale” assolutezza del principio, «negli stessi stringenti termini della irretroattività»; MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, cit., 490.

²⁷ Così, pur non senza preoccupazioni, BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, in *Ai confini del “favor rei”*, cit., 48 ss., che paventa «interventi normativi destinati a risultare illegittimi solo *pro futuro*».

²⁸ Si veda VIGANÒ, *L’adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione italiana e costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 172, secondo cui ciò «comporta, in pratica, l’incorporazione nelle norme della Carta dell’intero *acquis* di Strasburgo in materia di *fair trial* (art. 6 CEDU) e di *nullum crimen* (art. 7 CEDU)». Lo ribadisce ID., *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Libro dell’anno del diritto*, Roma, 2014, par. 3.1., con specifico riferimento al principio di retroattività favorevole di cui all’art. 49 della Carta, che presenta «l’estensione minima risultante dalla CEDU (così come interpretata dalla Corte di Strasburgo) in forza del disposto di cui all’art. 52, § 3, della Carta medesima».

²⁹ Si veda Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03, che ha espressamente inquadrato nell’art. 7 C.E.D.U. il principio di retroattività delle leggi posteriori più favorevoli «adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva» (§ 109), con ciò lasciando operare il limite del giudicato. Sulla proporzione della risposta sanzionatoria come limite al principio di retroattività favorevole, si veda poi Corte EDU, 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*, cit., §§ 45-46. Sul piano nazionale, si veda Corte cost., n. 236/2011, cit., § 13: «Nulla la Corte ha detto per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività *in mitius* subisca deroghe o limitazioni: è un aspetto che la Corte non ha considerato, e che non aveva ragione di considerare, date le caratteristiche del caso oggetto della sua decisione. È però significativo che la Corte abbia espressamente posto un limite, escludendo che il principio in questione possa travolgere il giudicato (nella sentenza si fa esclusivo riferimento a “leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva”). Inoltre, la sentenza costituzionale, richiamandosi a un passaggio della sentenza *Scoppola* («Infliggere una pena più severa *solo* perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato», [corsivo aggiunto], § 108), ha individuato nella pronuncia ulteriori aperture alle possibili deroghe: «se la retroattività non può essere esclusa “solo”

ben più estesi di quelli generalmente ricavabili dall'art. 7, § 2, C.E.D.U.; e, sul piano europolitano, da apparenti aperture (sebbene finora non confermate) della Corte di giustizia circa la bilanciabilità della retroattività con altre norme comunitarie³⁰, oltre che dall'assenza di pronunce che attestino la necessità di attribuire al principio una protezione più estesa di quella conferitagli nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, interpretata secondo l'apporto nomofilattico della Corte di Strasburgo³¹.

Nell'ambito del nostro ordinamento nazionale, una conferma del carattere non intangibile del principio, considerato nella sua dimensione internazionale, può trarsi, poi, dal generale potere della Consulta, chiamata a pronunciarsi su un ricorso incidentale di costituzionalità, di esercitare il controllo di conformità della norma convenzionale interposta alla stessa Costituzione, affermato fin dalle sentenze gemelle del 2007 e poi ribadito, proprio in relazione alla

perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti». Sul punto, si vedano le critiche di VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 16: «nemmeno persuade l'idea - che la Corte costituzionale sembra fare propria - secondo cui tale principio avrebbe una cogenza soltanto tendenziale, potendo essere sacrificato ogniqualvolta sussistano valide ragioni giustificative, liberamente apprezzabili dai giudici nazionali (costituzionali o ordinaria) secondo lo schema del 'vaglio positivo di ragionevolezza' inaugurato con la sentenza n. 393/2006: quasi come se la sentenza Scoppola non fosse mai stata pronunciata»; PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 894-895, che anzi ritiene che la successiva sentenza *Mihai Toma c. Romania*, che formalmente non appone limiti all'applicazione del principio convenzionale della retroattività favorevole, abbia sconfessato la lettura riduttiva che alla sentenza Scoppola aveva dato la sentenza costituzionale n. 236/2011.

³⁰ Già Corte giust. CE, Grande sezione, 3 maggio 2005, *Berlusconi*, cit., § 70, aveva prospettato «la questione se il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite si applichi qualora questa sia contraria ad altre norme di diritto comunitario». Enfatizzano questo aspetto delineato nella sentenza *Berlusconi*, pur non risolto dalla Corte di giustizia per via dell'estraneità della questione rispetto alla *res iudicanda*, si vedano INSOLERA, *Una sentenza a più facce*, in *Ai confini del "favor rei"*, cit., 228 ss.; MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior*, cit., 1621. Successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e alla modifica dell'art. 6 T.U.E., che ha inciso sull'efficacia e sulla forza di resistenza del principio di retroattività *in mitius* stabilito dall'art. 49 C.D.F.U.E., si veda VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 222, secondo cui, anche sul piano dell'ordinamento UE, il principio di retroattività favorevole «non opera incondizionatamente, ma solo se non ricorrono controinteressi, stavolta comunitari, di uguale (o più elevato) rango»; MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole*, cit., 489.

³¹ Tanto che KAIKAFI-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *European Criminal Law Review*, 2011, 30, ritiene che l'art. 49 C.D.F.U.E. imponga l'applicazione retroattiva della legge favorevole a condizione che la sentenza di condanna non sia diventata definitiva, seguendo quanto già rilevato nella sentenza *Scoppola* della Corte EDU.

retroattività *in mitius*, successivamente alla sua collocazione nel quadro delle garanzie dell'art. 7 C.E.D.U.³². Si deve tuttavia tenere conto, proprio in ragione dell'elevata posizione orma ricoperta dal principio all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che una funzione ostativa al suo ingresso nell'ordinamento nazionale potrebbe essere esercitata non da un qualunque interesse di rilevanza costituzionale³³, ma da principi supremi o da diritti fondamentali del medesimo rango³⁴, se non addirittura prevalenti³⁵, alla stregua di

³² Si veda Corte cost., n. 236/2011, cit., § 9; precedentemente, in generale, Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, § 6.2.; Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, § 4.7. Sul punto, si veda GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 82 ss.

³³ A questo bilanciamento "rafforzato" a favore della retroattività favorevole, potrebbe pervenirsi anche sul piano del sindacato di ragionevolezza connesso al giudizio di costituzionalità imperniato sulla presunta violazione del parametro costituzionale "interno", ossia l'art. 3 Cost. Nella sentenza n. 63/2019, § 6.1., infatti, la Corte costituzionale ha affermato che «Comune è altresì il limite della tutela assicurata, assieme, dalla Costituzione e dalle carte internazionali a tale garanzia: tutela che la giurisprudenza di questa Corte ritiene non assoluta, ma aperta a possibili deroghe, purché giustificabili al metro di quel "vaglio positivo di ragionevolezza" richiesto dalla sentenza n. 393 del 2006». La stessa ha, poi, "rafforzato" il classico sindacato di ragionevolezza, rilevando che ragionevoli possano essere considerate soltanto le deroghe alla retroattività favorevole collegate «alla necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti rispetto all'interesse individuale in gioco», e non più soltanto «interessi di analogo rilievo», come invece stabilito da Corte cost., n. 393/2006, e successivamente anche da Corte cost., n. 236/2011. In tale direzione, è come se l'inquadramento del principio di retroattività favorevole tra i diritti fondamentali di cui all'art. 7 C.E.D.U., da parte della Corte di Strasburgo, abbia progressivamente indotto la Corte a fissare un innalzamento assiologico dei termini del giudizio di bilanciamento collegato al sindacato di ragionevolezza sulle deroghe normative. Già SICURELLA, *Art. 49 - Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, cit., 996-997, affermava che l'inquadramento del principio nel piano normativo soprannazionale non ne determina comunque il carattere assoluto, bensì si riflette «sulla particolare consistenza delle ragioni giustificatrici di una eventuale deroga alla retroattività favorevole che, pur sempre possibile, attraverso il parametro tradizionale dell'art. 3 Cost., imporrebbe un vaglio positivo di ragionevolezza (non risultando pertanto sufficiente una non manifesta irragionevolezza della norma derogatoria)».

³⁴ Così MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 164 ss.; ID., *I principi penalistici nel network multilivello*, cit., 851; NARDI, *Retroattività in mitus e limite del giudicato*, cit., in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 44.

³⁵ Si veda VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 7, secondo cui «la strada estrema dei 'controlimiti'» al principio di retroattività favorevole nella sua derivazione convenzionale, richiede che emerga un controinteresse le cui le ragioni di tutela siano *prevalenti* «rispetto non ad un qualsiasi altro interesse di rango costituzionale, ma a un vero e proprio diritto fondamentale della persona all'applicazione retroattiva della norma penale più favorevole, ormai riconosciuto in sede europea». In quest'ultimo senso, sebbene non con specifico riferimento al principio convenzionale di retroattività favorevole, si veda RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, 4: «il vincolo nascente in seno alla Comunità internazionale può in ogni tempo essere messo da canto in presenza di leggi che si dispongano ad offrire tutela ad interessi costituzionalmente protetti e - viene da pensare - ancora più meritevoli, in sede di bilanciamento, degli interessi riguardati dalle norme di diritto esterno».

quanto può generalmente dirsi rispetto all'opposizione dei controlimiti all'ingresso del diritto eurounitario³⁶.

Sul punto deve preliminarmente chiarirsi che non è solo attraverso la tortuosa, e spesso poco praticabile, applicazione dei controlimiti che potrebbe circoscriversi l'operatività del principio di retroattività *in mitius*, per come stabilito nel diritto eurounitario e in quello convenzionale, sul piano domestico. Invero, laddove l'interprete si trovi al cospetto di potenziali contraddizioni interne al sistema normativo di riferimento, sarebbe necessario tracciare i confini "intrinseci" della retroattività favorevole nella sua dimensione sopranazionale, tenendo conto sia della formulazione testuale e dello "spirito" delle norme ove essa trova formale collocazione, sia delle indicazioni già offerte dalla competente giurisprudenza pronunciata in materia³⁷, sia, qualora si versi nell'ambito attuativo del diritto UE, della necessità di chiamare la Corte di giustizia a pronunciarsi su un ricorso in via pregiudiziale. Tali limiti "intrinseci" potrebbero prendere corpo non solo nelle ipotesi in cui si tratti di superare un vero e proprio contrasto tra precetti sopranazionali afferenti al medesimo sistema giuridico e dotati del medesimo rango³⁸, ma anche nei casi in cui l'interprete si trovi a individuare l'esatto campo applicativo del principio, alla luce della necessaria coerenza sistematica dello stesso con altri principi assiologicamente

³⁶ In linea generale, si consideri che i controlimiti assumono una diversa estensione assiologica sul piano eurounitario, ove gli stessi possono essere integrati soltanto dai principi supremi dell'ordinamento costituzionale interno e dai diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla stessa Costituzione (Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24; Corte cost., 18 dicembre 1973, n. 183), e su quello convenzionale, in cui possono rilevare, come controlimiti "allargati", interessi di rango costituzionale generalmente intesi. Su tale distinzione, si rimanda a MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 1, 3, nota 11; GENNUSA, *Per concorrere «ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione del diritto internazionale»: una rilettura della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale in materia di immunità degli Stati*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Torino, 2016, 1091-1092.

³⁷ Così VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 16, che parla di deroghe «da giustificarsi nell'ottica dello stesso diritto convenzionale: con lo stesso logica, dunque, che sarebbe adottata dalla Corte di Strasburgo, una volta che il caso le fosse sottoposto da un (ipotetico) ricorrente italiano al quale venga negata per qualche ragione l'applicazione retroattiva di una disciplina penale più favorevole»; SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il 'caso' delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 2016, 1412; ID., *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive*, cit., § 4.1.

³⁸ Con riguardo al sistema di diritto eurounitario, e al profilo problematico incidentalmente messo in luce dalla sentenza *Berlusconi*, si veda *supra*, nota 30.

convergenti, come la proporzione della risposta sanzionatoria, garantita, nel sistema del diritto eurounitario, dall'art. 49, par. 3, della Carta di Nizza, e concepita dalla Corte di Strasburgo come fondamento e limite della retroattività nella sua veste convenzionale.

2. *L'applicazione del principio di retroattività in mitius agli illeciti amministrativi punitivi: le recenti aperture della Corte costituzionale e le questioni irrisolte.* A differenza di quanto è avvenuto nel sistema dei reati, per cui è stata apprestata una dettagliata regolamentazione codicistica della successione di leggi nel tempo, la legge 24 novembre 1981, n. 689 presenta un'unica generale previsione di diritto intertemporale per il complesso degli illeciti amministrativi: secondo l'art. 1, «*Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati*». Il principio di irretroattività è, dunque, l'unica regola vigente in materia; non esiste, invece, alcuna previsione che stabilisca e regolamenti l'efficacia retroattività delle norme entrate in vigore successivamente alla realizzazione dell'illecito amministrativo, che prevedano la sua abolizione o comunque la mitigazione della sua disciplina e delle sue conseguenze sanzionatorie. Né si è ritenuto di potere applicare analogicamente al settore del diritto amministrativo punitivo le previsioni codicistiche in materia penale o quelle specifiche norme che, per certe specifiche fattispecie sanzionatorie amministrative, hanno previsto la retroattività *in mitius* come eccezione alla regola generale dell'irretroattività³⁹.

³⁹ Si pensi all'art. 23-*bis*, commi 2 e 3, del d.P.R. n. 148 del 31 marzo 1988 (disposizione introdotta dalla legge 7 novembre 2000, n. 326), in materia di sanzioni amministrative per gli illeciti valutari, all'art. 3, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 472 del 18 dicembre 1997, n. 472, in relazione alle sanzioni amministrative tributarie, e l'art. 3, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 231 dell'8 giugno 2001, sulle sanzioni amministrative a carico delle persone giuridiche. In tal senso, nella giurisprudenza penale, si veda, in particolare, Cass., Sez. un., 28 giugno 2012, n. 25457, R.A.J. Campagne (tutte le sentenze della Corte di cassazione citate sono reperibili in *DeJure*); Cass., Sez. un., 27 giugno 1994, n. 7394, Mazza. Nella giurisprudenza civile, Cass., Sez. II, 12 novembre 2014, n. 24111; Cass., Sez. un., 10 agosto 2012, n. 14374; Cass., Sez. lav., 26 gennaio 2012, n. 1105; Cass., Sez. III, 3 aprile 2000, n. 4007; Cass., Sez. I, 21 giugno 1999, n. 6232. In dottrina, BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. Crim.*, 1980, 179 ss., e ora in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, I, t. II, Milano, 1997, 1338 ss.;

Anche la Consulta, per lungo tempo, si è rifiutata di applicare al sistema degli illeciti amministrativi i parametri costituzionali ordinariamente invocati per censurare quelle norme che derogano alla retroattività *in mitius* in relazione ai reati e alle pene⁴⁰.

Le ragioni costantemente addotte dalla Corte costituzionale, talvolta ricondotte all'intento di rafforzare l'efficacia general-preventiva delle fattispecie illecite amministrative, «eliminando per il trasgressore ogni aspettativa di evitare la sanzione grazie a possibili mutamenti legislativi»⁴¹, talora ricollegate alla discrezionalità che spetterebbe al legislatore nella scelta di applicare il principio di retroattività *in mitius* come regola soltanto in certi settori giuridici ed, eventualmente, come eccezione in altri⁴², non sembrano particolarmente convincenti. L'enfaticizzazione del perseguimento della funzione di prevenzione generale negativa attraverso la regola dell'ultrattività delle sanzioni comminate per gli illeciti amministrativi, non tiene conto che l'effetto dissuasivo nei confronti dei consociati può essere ricollegato soltanto alla preventiva rappresentazione dell'*an* e del *quantum* del complesso sanzionatorio in vigore al momento del fatto, e non a prospettive o a mere speranze di una futura abolizione dell'illecito o di un'eventuale mitigazione del trattamento punitivo⁴³. Quanto all'attribuzione al

PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 175-176; PIERGALLINI, *Argomenti per l'«autonomia» dell'illecito amministrativo: il nodo della «lex mitior»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1558 ss.; 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. Favorevoli alla loro applicazione analogica agli illeciti amministrativi punitivi, sono invece AMATUCCI, *La disciplina sostanziale dell'illecito amministrativo*, in *Modifiche al sistema penale*, a cura di Bertoni-Lattanzi-Lupo-Violante, Milano, 1982, 164; SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 81 ss.

⁴⁰ Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193; Corte cost., 15 luglio 2003, n. 245; Corte cost., 28 novembre 2002, n. 501; Corte cost., 24 aprile 2002, n. 140.

⁴¹ Corte cost., n. 193/2016, cit., § 4.4.

⁴² Corte cost., n. 245/2003, cit.; Corte cost., n. 501/2002, cit.; Corte cost., n. 140/2002, cit.

⁴³ Cfr. BIANCHI, *Resta la frattura categoriale: il principio di retroattività in mitius non penetra nel diritto punitivo amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 3, 321. Questione diversa, ovviamente, attiene alla necessità di sottrarre i fatti commessi sotto la vigenza delle norme sanzionatorie temporanee ed eccezionali alla regola della retroattività della successiva legge più favorevole, dato che in questo caso i consociati avrebbero fin dall'inizio la certezza del mutamento di regime, eventualmente in senso più favorevole, e pertanto risulterebbero ben evidenti gli scopi deterrenti sottostanti all'esonero dalle ordinarie regole di diritto intertemporale. Sul punto, si vedano GALLO, *La legge penale*, Torino, 1967, 53; BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, cit., 240; PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1379. Sulla questione, più di recente, anche per una serie di

legislatore del potere di decidere discrezionalmente a quale settore del diritto amministrativo punitivo estendere il principio di retroattività favorevole, si tratta di un argomento non più in grado di reggere alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla nozione di "materia penale", che, negli ultimi decenni, ha progressivamente esteso i presidi garantistici ricavabili dagli artt. 6 e 7 C.E.D.U., non solo a quelle misure formalmente qualificate come penali dalla legge, ma anche a quelle che, a prescindere dal *nomen iuris*, risultino sostanzialmente punitive tenendo conto, alternativamente, della natura dell'infrazione, della gravità della sanzione o delle sua finalità⁴⁴: una volta recepito l'inquadramento del principio di retroattività favorevole tra le garanzie sottese all'art. 7 della Convenzione, lo stesso andrebbe quindi applicato anche a quelle sanzioni amministrative che presentino un carattere sostanzialmente penale secondo i cd. criteri *Engel*.

Proprio per evitare un'aperta sconfessione dei principi di diritto consolidati nella giurisprudenza europea, la sentenza costituzionale n. 193/2016 - pur rigettando la questione di costituzionalità dell'art. 1 della l. n. 689/1981, nella parte in cui non prevede l'applicazione all'autore dell'illecito amministrativo della legge successiva più favorevole - ha mostrato delle aperture in merito

interessanti spunti comparatistici, si veda MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, cit., 492 ss.

⁴⁴ In tal senso, SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il 'caso' delle sanzioni amministrative*, cit., 1412. Da quasi cinquant'anni si può riscontrare un vasto numero di sentenze della Corte di Strasburgo sulla nozione di "materia penale". Per tutte, si vedano quelle che costituiscono i *leading cases*: Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72; Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Oztürk c. Germania*, ric. n. 8544/79; Corte EDU, 26 febbraio 1996, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90. Mentre le prime due sentenze hanno applicato l'art. 6 C.E.D.U. alle misure, formalmente non penali, rientranti nell'ampia nozione di "materia penale" (e la seconda si distingue, soprattutto, per avere attribuito rilievo alla funzione della sanzione piuttosto che al suo livello di severità), la terza ha per la prima volta esteso a esse anche l'art. 7 C.E.D.U. In dottrina, anche per più numerosi riferimenti giurisprudenziali, si vedano PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. it. dir. 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. econ.*, 1999, 532 ss.; MANES, *Art. 7, in Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole-De Sena-Zagrebelsky, Padova, 2012, 259 ss.; MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 18 ss.; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 25 ss.

all'estensione del principio di retroattività *in mitius* di cui all'art. 7 C.E.D.U., affermando che lo stesso possa essere sì applicabile alle sanzioni amministrative, ma non all'intero complesso delle stesse (così come invece sarebbe accaduto accogliendo il ricorso incidentale del giudice *a quo*), bensì solo a ciascuna singola sanzione preventivamente valutata «come “convenzionalmente penale”, alla luce dei cosiddetti criteri Engel»⁴⁵, in relazione alla quale andrebbe specificamente declinata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1.

Il vero punto di svolta si è avuto soltanto con la sentenza costituzionale n. 63 del 2019. In quell'occasione, la Consulta, chiamata a sindacare la legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del d. lgs. n. 72 del 12 maggio 2015, nella parte in cui escludeva l'applicazione retroattiva delle modifiche sanzionatorie favorevoli apportate dal successivo terzo comma all'illecito di cui all'art. 187-*bis* del T.U.F.⁴⁶, ha ritenuto che la norma fosse in contrasto con gli artt. 3 e 117 della Costituzione, quest'ultimo per rinvio all'art. 7 C.E.D.U.⁴⁷.

La pronuncia costituisce senz'altro un importante precedente in materia - offrendo soluzioni invero non esplicitamente indicate dalla Corte di Strasburgo, bensì frutto di ineccepibili ragionamenti sillogistici⁴⁸ - ma, formalmente, non

⁴⁵ Corte cost., n. 193/2016, cit., § 3.5.

⁴⁶ «Le modifiche apportate alla parte V del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia secondo le rispettive competenze ai sensi dell'articolo 196-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia continuano ad applicarsi le norme della parte V del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 vigenti prima della data di entrata in vigore del presente decreto legislativo». In particolare, la norma è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui vietava l'applicazione retroattiva del terzo comma dell'art. 6, con cui era stata stabilita la dequintuplicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie precedentemente incrementate con l'articolo 39, comma 3, della legge 28 dicembre 2005, n. 262.

⁴⁷ In via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la norma è stata dichiarata incostituzionale anche nella parte in cui escludeva l'applicazione retroattiva delle modifiche sanzionatorie favorevoli apportate dall'art. 6, comma 3, dello stesso decreto all'illecito di cui all'art. 187-*ter* del T.U.F.

⁴⁸ La pronuncia, infatti, estende il principio di retroattività favorevole a un determinato settore del diritto amministrativo punitivo senza che a tale risultato fosse mai pervenuta la Corte EDU, che si era limitata, da un lato, a rivendicare la necessità di applicare le garanzie di cui agli artt. 6 e 7 a qualunque misura che, a prescindere dall'etichetta legislativamente posta, risultasse sostanzialmente afferente alla “materia penale”, in base agli *Engel criteria*, e dall'altro, a rinvenire il fondamento convenzionale della retroattività *in mitius* nello stesso art. 7: «A tale conclusione non osta l'assenza, sino a questo momento, di precedenti specifici nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come questa Corte ha avuto recentemente occasione di affermare, infatti, “è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non

ha introdotto la retroattività *in mitius* nel settore del diritto amministrativo punitivo come regola generale, limitandosi piuttosto ad applicarla ad uno specifico settore sanzionatorio, quello degli illeciti amministrativi in materia di *market abuse*, sulla base della previa verifica della loro natura sostanzialmente punitiva⁴⁹ e della rilevata inesistenza di controinteressi meritevoli di prevalere nel giudizio di bilanciamento sotteso al sindacato di ragionevolezza sulla norma derogatoria⁵⁰. Tale specifica applicazione, inoltre, ha soltanto comportato la rimozione dell'espresso ostacolo normativo formulato nell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72/2015, ma non ha comunque rimediato all'assenza di una norma che preveda espressamente l'applicazione retroattiva delle modifiche sanzionatorie *in bonam partem* agli illeciti amministrativi in materia di *market abuse*, oltre che, in generale, all'intero sistema degli illeciti amministrativi punitivi⁵¹. Tale vuoto normativo sarebbe invero ormai ovviabile dal giudice comune, nello specifico settore disciplinato dalla norma oggetto della censura costituzionale, attraverso la diretta applicazione del principio di retroattività favorevole per come stabilito dall'art. 49 della Carta di Nizza, nella misura in cui si riconosca

con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo" (sentenza n. 68 del 2017)» (§ 6.2).

⁴⁹ Secondo la Corte, la natura punitiva delle sanzioni comminate risulta dall'assenza di un fine puramente ripristinatorio dello *status quo ante*, e dallo scopo afflittivo legato all'attuale massimo edittale di cinque milioni di euro - elevabile sino al triplo ovvero al maggior importo di dieci volte il profitto conseguito o le perdite evitate -, verosimilmente eccedente il valore del profitto concreto conseguito dall'autore, «*a sua volta oggetto, di separata confisca*», eventualmente per equivalente (§ 6.3).

⁵⁰ La Consulta ha rilevato che la sostenuta esigenza di evitare eventuali «*ripercussioni negative su procedimenti sanzionatori in corso*» si scontra con quello che è il fisiologico effetto dell'applicazione del principio di retroattività *in mitius*, consistente proprio nella sua incidenza sul procedimento amministrativo sanzionatorio. Inoltre, non è nella stessa scelta di posticipare l'entrata in vigore delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 72/2015 alla data di emanazione dei regolamenti attuativi della Consob e della Banca d'Italia, che la Corte ha rinvenuto una ragionevole deroga al principio di retroattività, poiché trattasi di provvedimenti concernenti «pressoché esclusivamente la procedura di accertamento della sanzione, e non influiscono sulla configurazione degli illeciti, né - se non in misura marginalissima - sulla modalità di determinazione delle sanzioni». Conclude, infine, affermando che è semmai «la mancata generalizzata previsione della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in melius* a essere sospetta di irragionevolezza, e bisognosa pertanto di una specifica giustificazione in termini di necessità di tutela di controinteressi costituzionalmente rilevanti».

⁵¹ Si consenta il rinvio a TIGANO, *Questioni aperte su retroattività in mitius e sanzioni amministrative punitive: verso l'affermazione di un principio nazionale di fonte sopranazionale?*, in *Arch. pen.*, 2020, 3, 20-21; ID., *L'estensione del principio costituzionale della retroattività favorevole in materia penale alle sanzioni amministrative punitive contro gli abusi di mercato*, cit., 72, spec. nota 38.

che si tratta di una norma dotata di efficacia diretta³² e che la materia degli abusi di mercato rientra nell'ambito di attuazione del diritto UE, ex art. 51 C.D.F.U.E.³³. Allo stesso modo, poi, potrebbe procedersi rispetto ad illeciti amministrativi afferenti ad altri settori, purché si accerti previamente la loro

³² Sui criteri per potersi dire che una norma del diritto UE sia dotata di effetti diretti nell'ordinamento nazionale, si vedano Corte giust. CE, 17 settembre 1996, *Cooperativa Agricola Zootechnica S. Antonio e a. c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, C-246/94, C-247/94, C-248/94 e C-249/94, §§ 18-19; Corte giust. UE, 26 ottobre 2006, *Pohl-Boskamp GmbH & Co. KG c. Gemeinsamer Bundesausschuss*, C-317/05, § 41; Corte giust. UE, 1 luglio 2010, C-194/08, *Susanne Gassmayr c. Bundesminister für Wissenschaft und Forschung*, § 45: «Una disposizione del diritto dell'Unione è incondizionata se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni della Comunità o degli Stati membri. Essa è sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice allorché sancisce un obbligo in termini non equivoci». In dottrina, cfr. LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980, 71 ss.; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 232; VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo"*, cit., 172; ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poptawski*, in www.giustiziainsieme.it, 3 febbraio 2021. Con specifico riferimento all'art. 49 della Carta di Nizza, a favore della diretta applicabilità del principio di retroattività favorevole *in* incardinato, si è implicitamente pronunciata Corte giust. UE, 6 ottobre 2016, *Procura della Repubblica c. Gianpaolo Paoletti e a.*, C-218/2015, §§ 25-27 (a prescindere dalla decisione della questione pregiudiziale, influenzata dalla circostanza che la modifica riguardava una legge extrapenale che non aveva inciso sugli elementi costitutivi della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina); in tale direzione, nella dottrina, si vedano VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE in materia di retroattività in mitius della legge penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 ottobre 2016; PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 278-279. Ancora più di recente, a favore della diretta applicazione del principio di proporzione stabilito in via generale dall'art. 49, par. 3, C.D.F.U.E. – con rilievi argomentativi estensibili anche al principio di retroattività favorevole, stabilito al primo paragrafo della medesima disposizione – si è pronunciata la stessa Corte giust. UE, 8 marzo 2022, *NE c. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, C-205/20, §§ 31, 47 ss., secondo cui il principio di proporzione generalmente stabilito nella Carta presenta carattere imperativo e, nel caso di specie, «ha il solo effetto di indurre tale giudice ad attenuare la severità delle sanzioni che possono essere irrogate» (§ 50), senza che ciò comporti alcun contrasto con i principi della certezza del diritto, della legalità dei reati e delle pene nonché dell'irretroattività della legge penale, previsti all'art. 49, par. 1, della Carta. Sulla sentenza, si veda VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in www.sistemapenale.it, 26 aprile 2022.

³³ Secondo VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 233, tale disciplina rientra nell'ambito di applicazione del diritto UE, come dimostrato dall'emanazione della Direttiva 2003/6/CE e, successivamente, della Direttiva 2014/57/UE e del Regolamento n. 596/2014: «Conseguentemente, in questa materia trovano piena applicazione anche nell'ordinamento interno i diritti riconosciuti dalla CDFUE: con tutte le conseguenze che derivano dal rango di normativa di diritto primario della stessa CDFUE, tra le quali – appunto – il suo effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri».

afferenza all'area della materia penale⁵⁴ e la loro riconducibilità alla sfera di competenza del diritto eurounitario⁵⁵.

3. *La retroattività favorevole nel settore degli illeciti amministrativi punitivi come spazio normativamente non regolato: la tesi della diretta applicabilità dell'art. 7 C.E.D.U.* Restano, in relazione alle materie estranee all'ambito di attuazione del diritto UE, i problemi connessi all'assenza di una norma precettiva generale che consenta e regolamenti espressamente la retroattività delle modifiche favorevoli concernenti l'intero campo degli illeciti amministrativi punitivi e delle relative sanzioni. La strada da battere per addivenire a una risoluzione degli stessi richiede all'interprete di confrontarsi con i precetti costituzionali e con quelli convenzionali in cui il principio trova una base fondativa e in relazione ai quali, ovviamente, non si frappongono limitazioni assimilabili a quella posta dall'art. 51 C.D.F.U.E. ai fini dell'applicazione delle disposizioni della stessa Carta.

Sul punto va fatta una premessa in ordine agli strumenti di cui il giudice comune può generalmente servirsi per consentire l'adeguamento dell'ordinamento nazionale, rispettivamente, alla Costituzione e alla C.E.D.U.

La via dell'interpretazione costituzionalmente conforme richiede che l'interprete, al cospetto dei diversi significati alternativamente attribuibili a un determinato precetto, recepisca quello meglio compatibile con la Costituzione; se, invece, la norma di legge ordinaria si presenti come insanabilmente contraria a quella costituzionale, il giudice nazionale sarà chiamato a sollevare un ricorso incidentale di costituzionalità. Qualora una specifica disciplina legislativa

⁵⁴ La Corte di giustizia europea ha adottato l'ampia nozione di "materia penale" elaborata dalla Corte EDU e i relativi criteri distintivi (su cui si veda *supra*, nota 44), consistenti nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, nella natura dell'illecito e nella natura nonché nel grado di severità della sanzione: si vedano Corte giust. UE, 5 giugno 2012, *Bonda*, C-489/10, § 37; Corte giust. UE, 26 febbraio 2013, *Akeberg Fransson*, C-617/2010, § 35, in relazione al principio del *ne bis in idem* stabilito dall'art. 50 della Carta di Nizza.

⁵⁵ Nel caso in cui, rispetto ad illeciti amministrativi previsti in settori normativi rientranti nell'ambito di attuazione del diritto eurounitario, si riscontrino disposizioni di legge che vietino l'applicazione retroattiva della legge successiva più favorevole, si porrebbe la questione della disapplicabilità diretta di tali norme nazionali da parte del giudice ordinario, in quanto contrastanti con lo stesso art. 49 C.D.F.U.E. Su tale profilo, si veda *supra*, nota 21.

manchi, e si riscontri una lacuna non altrimenti colmabile, l'interprete potrà fare diretta applicazione soltanto di quelle norme costituzionali che risultino espressive di regole «che, già di per sé, riescano a stabilire il punto di equilibrio tra i vari interessi in gioco»⁵⁶. Fermo che, in questi casi, potrà dirsi non che la legge sia stata interpretata *secundum constitutionem*⁵⁷, ma che la Costituzione rappresenti essa stessa «uno strumento normativo utilizzato dal giudice»⁵⁸.

Un simile percorso, *mutatis mutandis*, può essere seguito dal giudice ordinario chiamato a garantire la conformità dell'ordinamento interno al diritto sopranazionale pattizio, e in particolare ai principi fissati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Infatti, prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale per sospetto contrasto con una previsione della C.E.D.U., da intendersi come parametro costituzionale interposto tramite l'art. 117 Cost.⁵⁹, l'organo giudicante sarà tenuto a percorrere - ove

⁵⁶ MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in *Federalismi.it*, 29 dicembre 2010,4. Si veda, a titolo esemplificativo, Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, relativa al caso di Eluana Englaro e alla determinazione delle condizioni per la disattivazione dei presidi di sostegno vitale, ove si afferma che «pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali» di cui agli artt. 13 e 32 Cost. A favore della diretta applicabilità dei principi costituzionali in caso di lacuna normativa, si vedano ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 2009, 93; RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, 2469 ss., e anche in *www.gruppodipisa.it*, 8 gennaio 2011, 4-5, nota 15; RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 febbraio 2011, 1 ss. Tuttavia, sulla difficoltà di elevare i principi costituzionali a strumenti per appianare le lacune legislative, si veda ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti: XX. Studi dell'anno 2016*, Torino, 2017, 90, secondo cui una tale soluzione, «portata fino ai suoi ultimi svolgimenti, parrebbe avallare l'idea che possa esistere un ordinamento privo di qualsivoglia regola e, appunto, costituito dai soli principi stessi: una conclusione che, di tutta evidenza, si confuta da sé».

⁵⁷ Questa distinzione tra interpretazione conforme alla Costituzione e diretta applicazione dei principi costituzionali, è rimarcata da RUOTOLO, *ibidem*.

⁵⁸ MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione*, cit., 2.

⁵⁹ Prima delle sentenze costituzionali nn. 348 e 349 del 2007, qualche pronuncia aveva esteso alle disposizioni immediatamente precettive della C.E.D.U. il carattere di *primauté* proprio delle norme *self-executing* del diritto UE, così da pervenire alla disapplicazione delle norme interne confliggenti con le prime: Cass., Sez. I, 19 luglio 2002, n. 10542; Cass., Sez. un., 23 dicembre 2005 n. 28507; Cass., Sez. I, 3 ottobre 2006, n. 32678. Dopo l'emissione delle sentenze gemelle del 2007, non sembra più discutibile il valore subcostituzionale delle norme della C.E.D.U., in base al quale le stesse debbono fungere da parametro interpretativo delle norme di legge ordinaria, o, in ultima *ratio*, da parametro "interposto" di incostituzionalità delle stesse, per il tramite del rinvio "mobile" operato dall'art. 117 Cost., mai potendo invece dar

possibile – la strada dell’interpretazione conforme della norma interna a quella convenzionale⁶⁰, così come stabilito nelle sentenze costituzionali nn. 348 e 349 del 2007.

Allo stesso modo, si pone la questione relativa a come l’interprete debba comportarsi qualora non sia dato rinvenire alcun precetto contrario alle disposizioni convenzionali, ma si riscontri piuttosto uno spazio normativamente vuoto. In

luogo alla disapplicazione delle norme nazionali contrarie; a differenza di quanto può affermarsi per le norme euromunitarie direttamente applicabili nell’ambito di competenza del diritto UE. A conferma della generale non disapplicabilità delle norme interne contrastanti con la C.E.D.U., si veda Corte cost., n. 80/2011, cit., § 5.1. ss., in cui è stata confutata la “comunitarizzazione” della Convenzione. Così, in dottrina, MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in *Ius17*, 2008, 1, 108 ss.; VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. mer.*, 2008, 81 ss.; MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 818; ID., *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1137; ZANGHÌ, *La Corte Costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Consulta online*, 9 novembre 2007. Tuttavia, attraverso la teoria dell’incorporazione dell’obbligo internazionale nella legge nazionale di ratifica, alcuni studiosi sostengono che un’eventuale norma interna contrastante con la legge di attuazione della C.E.D.U., e precedente a quest’ultima, sia da ritenersi sostanzialmente abrogata: VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 89-90; LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della consulta, 6 novembre 2009*, Milano, 2010, 122 ss., che sul punto distingue tra disapplicazione delle norme di legge ordinaria, espressamente preclusa al giudice comune dalle sentenze gemelle del 2007, e abrogazione implicita delle stesse, fondata sul criterio cronologico, su cui le sentenze costituzionali non si sono pronunciate; RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU*, cit., 3.

⁶⁰ Cfr. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *www.federalismi.it*, 4 dicembre 2009, par. 5, 10, secondo cui «non v’è alcuna differenza, di metodo o di orientamento ricostruttivo, tra l’interpretazione conforme a Costituzione e l’interpretazione conforme a...», a norma cioè comunque richiamata dalla Costituzione stessa e, per ciò stesso, dotata della formidabile protezione che naturalmente discende, oltre che dall’ordinamento di appartenenza, dai principi apicali dell’ordinamento costituzionale che vi faccia rinvio». Resta, chiaramente, il vincolo per cui i giudici nazionali, anche quelli della Consulta, devono concepire le norme convenzionali come prodotto dell’interpretazione della Corte EDU: Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, § 6; Corte cost., 27 febbraio 2008, n. 39, § 5; Corte cost., n. 348/2007, cit., §§ 4.6.-4.7. In tal senso, in dottrina, si veda POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 dicembre 2019, par. 2, 2 ss. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, cit., par. 1, 1, precisa poi che la C.E.D.U. non si presta «ad essere reinterpretata alla luce degli enunciati costituzionali, neppure di quelli espressivi di principi-valori fondamentali, malgrado essi si pongano a limite alla efficacia interna delle norme convenzionali».

casi del genere, una consistente parte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità ha affermato che, in assenza di una specifica regolamentazione interna, le norme convenzionali dotate di forza immediatamente precettiva risultino direttamente applicabili in quanto incorporate nella legge nazionale di ratifica⁶¹. Un tale intervento del giudice ordinario non potrebbe dirsi in contrasto con i dettami delle sentenze gemelle del 2007⁶², che solo apparentemente offrivano all'interprete unicamente la duplice alternativa dell'interpretazione convenzionalmente conforme o del sindacato di costituzionalità della norma nazionale confliggente con quella pattizia, ma che, in effetti, nulla hanno detto circa il corretto *modus operandi* dell'operatore di giustizia nell'ipotesi di vuoti normativi la cui disciplina potrebbe essere delineata attraverso la diretta applicazione delle norme convenzionali dotate di carattere precettivo. In altri termini, la questione degli spazi normativamente non regolati rappresenta, a sua volta, uno "spazio non regolato" dalle pronunce della Corte costituzionale, su cui l'interprete potrebbe intervenire in direzione risolutiva attraverso gli ordinari strumenti giuridici posti a sua disposizione, senza per questo spingersi al

⁶¹ Nel caso della C.E.D.U., la legge nazionale di ratifica è la n. 848 del 4 agosto 1955. Così, in giurisprudenza, Cass., Sez. un., 23 novembre 1988, n. 1191; Cass., Sez. I, 12 maggio 1993, n. 2194; Cass., Sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918, che pone come condizione della diretta applicabilità della norma convenzionale la circostanza che non si tratti «di una norma-principio, ossia di una norma generica ed aspecifica [...], bensì di una norma che è stata resa specifica e dettagliata dalla giurisprudenza della Corte EDU». In dottrina conf. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 86 ss.; ID., *L'adeguamento del sistema penale italiana al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 170-171; CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, a cura di Caligiuri-Cataldi-Napoletano, Padova, 2010, 565; IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 814 ss.; RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, 2013, 4, 4 ss.; Malfatti, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile "revisione" del giudicato interno*, in *Rivista AIC*, 2011, 4, 11; GRASSO-GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 maggio 2015, 15 ss.; CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, cit., 267 ss. *Contra* KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e invalidità processuali secondo le regole interne*, in *Leg. pen.*, 2011, 479-480, che la ritiene una tesi «suggestiva, ma dagli esiti difficilmente governabili»; MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali*, cit., 40.

⁶² Così VIGANÒ, *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2016, par. 9.

punto da riconoscere alle norme della C.E.D.U. il medesimo primato spettante al diritto europolitano.

La suddetta distinzione tra i piani normativi in gioco – quello costituzionale e quello convenzionale – può risultare utile a delineare la strada percorribile dai giudici per estendere in modo effettivo il principio di retroattività *in mitius* all'intero campo delle sanzioni amministrative punitive.

Come già rilevato, il recente arresto della Consulta ha consentito di pervenire alla dichiarazione di incostituzionalità di quella norma che vietava espressamente di applicare la mitigazione sanzionatoria introdotta con il d.lgs. 72/2015 agli illeciti amministrativi punitivi in materia di *market abuse* commessi anteriormente alla sua entrata in vigore.

È rimasto inalterato, tuttavia, il disposto dell'art. 1 della legge n. 689/1981, che vieta l'applicazione retroattiva di una legge diversa da quella vigente al momento della realizzazione del fatto illecito. Vero è che il dettato della norma potrebbe prestarsi a un'interpretazione conforme⁶³, in base alla quale circoscrivere il relativo divieto alle sole ipotesi in cui il legislatore introduca sanzioni o illeciti amministrativi prima inesistenti o apporti modifiche peggiorative alla disciplina in vigore al momento del fatto, alla stregua di quanto rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione alla portata dell'art. 25, co. 2, della Costituzione⁶⁴. Permane, tuttavia, l'assenza di una norma che – allo stesso

⁶³ Per la distinzione tra interpretazione conforme a una fonte sovraordinata alla legge e interpretazione evolutiva su base sistematica della norma di legge ordinaria, si veda BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 234-235, anche con riferimento alla dottrina costituzionalistica *ivi* citata.

⁶⁴ In tal senso, esplicitamente, Corte cost., n. 63/2019, cit., § 6.1. Una simile interpretazione restrittiva era già stata suggerita dalla dottrina espressasi sull'art. 25, co. 2, Cost., in tal senso non ritenuto un ostacolo alla retroattività favorevole: si vedano 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: disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1969, 99. Conf. PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1064; ID., *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 1 ss.; ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 115; BRICOLA, art. 25, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1981, 286 ss.; PIERGALLINI, *Argomenti per l'«autonomia» dell'illecito amministrativo*, cit., 1559; CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 185 ss.; MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 241; AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, a cura di Ronco-Ambrosetti-Mezzetti, Bologna, 2016, 303 ss. In tale direzione avevano interpretato pure l'art. 11 disp. prel. c.c., QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile. Disposizioni sulla legge in*

modo delle previsioni codicistiche relative ai reati – conferisca al giudice il potere di applicare retroattivamente la legge successiva che determini il venir meno dell'illiceità del fatto o una modifica in senso migliorativo della disciplina dell'illecito o delle sanzioni amministrative irrogabili⁶⁵.

Tentare di rinvenire nell'art. 1 della legge di depenalizzazione la base normativa del principio di retroattività *in mitius* nel campo del diritto amministrativo punitivo, dichiarando di ricorrere, a tal fine, allo strumento dell'interpretazione conforme, significherebbe fare affermare al legislatore quello che evidentemente non ha detto né intendeva dire⁶⁶ – non potendosi trarre dalla formulazione della norma alcuna esplicita o implicita indicazione in tal senso – e sollecitare la rottura dell'argine di delimitazione tra l'attività interpretativa e quella creativa di una nuova previsione di legge, quest'ultima ovviamente estranea alle attribuzioni del giudice ordinario⁶⁷. Né la circostanza che la Corte di Strasburgo

generale, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1974, 88; PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 91-92.

⁶⁵ Così, sul silenzio dell'art. 1 circa l'applicabilità del principio di retroattività favorevole, PIERGALLINI, *Argomenti per l'«autonomia» dell'illecito amministrativo*, cit., 1558-1559.

⁶⁶ In questo senso, anche sulla base di argomenti di carattere storico e sistematico, si vedano PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 176-177.

⁶⁷ Invece, a favore dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme dell'art. 1 della legge n. 689/1981, in direzione autorizzativa dell'applicazione retroattiva della legge successiva più favorevole, si schiera MASERA, *Retroattività in mitius e sanzioni amministrative "punitive": spunti di riflessione a partire da una innovativa decisione di merito*, in *www.sistemapenale.it*, 13 luglio 2021, par. 6, secondo una prospettiva per cui tutto ciò che non è vietato da una norma (primo passaggio dell'interpretazione conforme dell'art. 1) è implicitamente permesso dalla stessa (secondo passaggio dell'interpretazione conforme della norma), pur a dispetto delle indicazioni testuali e soprattutto delle intenzioni storiche del legislatore. In generale, sui limiti dell'interpretazione costituzionalmente conforme, cfr. MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito penale*, in *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, a cura di Manes-Napoleoni, Torino, 2019, 34 ss., che parla di «eccessi in punto di libertà ermeneutica del giudice comune – proprio in sede di "interpretazione adeguatrice"». In tal senso, si veda il monito della Corte cost., 20 giugno 2008, n. 219, § 4, e della Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, § 3, ove il rispetto della *littera legis* viene indicato come limite invalicabile dell'interpretazione adeguatrice, oltre il quale si deve cedere il passo al sindacato della Corte costituzionale.

Con riferimento a leggi interne in evidente contrasto con norme sopranazionali vincolanti, rispetto a cui l'unica opzione praticabile risulti il ricorso incidentale di costituzionalità, si veda sempre MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali*, cit., 18: «Se dunque l'esegesi conforme non è il letto di Procuste, dove l'interprete possa "seviziare" a piacimento la *littera legis*, nei casi di "resistenza ermeneutica" del testo (o del diritto vivente) la diastasi tra ordinamento interno e sovranazionale – al di là delle ipotesi in cui si possa procedere alla disapplicazione diretta – potrà/dovrà essere ridotta solo, semmai, con un intervento "chirurgico" della Corte costituzionale, non diversamente da quanto

abbia attribuito all'art. 7 C.E.D.U. un significato non desumibile dal testo della norma può comportare che allo stesso modo debba comportarsi il sistema giudiziario nazionale di fronte all'art. 1 della legge n. 689/1981, se non altro perché la Corte europea «esercita una “*creatività giudiziaria*” dei diritti»⁶⁸, semmai paragonabile, *mutatis mutandis*, a quella svolta dalla Consulta in relazione ai parametri costituzionali⁶⁹.

Un volta preso atto che l'art. 1 della legge di depenalizzazione non si pone formalmente in contrasto né con la Costituzione né con la C.E.D.U., se si circoscrive il suo divieto alla sola retroattività delle modifiche normative sfavorevoli, e ritenuta comunque impraticabile l'introduzione del principio di retroattività favorevole mediante un tentativo di interpretazione conforme della norma, non resta che interrogarci sulla diretta applicabilità della nostra Legge

accade - o dovrebbe accadere - di fronte a norme “interne” la cui interpretazione costituzionalmente orientata stravolgerebbe il dettato normativo: viceversa, si finirebbe col trasformare l'interpretazione adeguatrice in “normazione mascherata” (o in vera e propria “*Alternativ-Normierung*”) da parte del giudice ordinario». In questo senso si veda anche la giurisprudenza nazionale e sopranazionale: Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28, § 4, con riferimento all'interpretazione conforme alle direttive comunitarie; Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239; Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, § 2, in relazione ai limiti dell'interpretazione conforme all'art. 7 C.E.D.U.; Corte giust. CE, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, § 47, in relazione all'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro.

⁶⁸ BORREGO BORREGO, *Il tribunale europeo dei diritti dell'uomo e l'interpretazione “creativa” della CEDU*, in *L-Jus*, 3 luglio 2019, par. 5.

⁶⁹ Cfr. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4213 ss.; AMBROSETTI, *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?*, in *www.discrimen.it*, 23 maggio 2019, 1 ss. In tal senso, un esito di questo genere potrebbe essere conseguito - oltre che nell'ambito dell'attività di legiferazione - attraverso una sentenza manipolativa di tipo additivo, strumento di esclusivo appannaggio della Consulta, che presuppone proprio l'impossibilità di comporre la frizione costituzionale mediante una decisione interpretativa della stessa Corte o, a monte, del giudice ordinario. Non a caso, la Consulta, tutte le volte in cui è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 1 della l. n. 689/1981, e persino nel momento in cui ha riconosciuto che il principio di retroattività si colloca nel quadro garantistico dell'art. 7 C.E.D.U., con rilevanza anche in seno all'ordinamento nazionale per il tramite dell'art. 117 Cost., ha sempre schivato il possibile espediente dell'interpretazione conforme, forse conscia del fatto che un tale intervento non avrebbe consentito comunque di superare l'*impasse* della mancanza di previsioni omologhe a quelle formulate nei commi 2 e 4 dell'art. 2 c.p.

fondamentale e/o del diritto convenzionale⁷⁰ in quello che, alla luce dei predetti rilievi, rappresenterebbe uno spazio non regolato dal legislatore⁷¹.

Soffermandoci per un attimo sul piano costituzionale, non sembra che il giudice ordinario possa ovviare al silenzio legislativo disponendo la retroattività di una norma abolitrice o mitigatrice dell'intervento amministrativo sanzionatorio mediante la diretta applicazione dell'art. 3 Cost. Il fatto che il principio di eguaglianza costituisca la base fondativa del principio di retroattività favorevole, e permetta, quindi, di pervenire alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma di legge ordinaria che vieti l'applicazione retroattiva di una norma più favorevole, non consente di rinvenire nella sua formulazione letterale una regola di carattere precettivo sulla disciplina intertemporale delle leggi in materia penale, che indichi inequivocabilmente all'interprete quale legge applicare⁷². Tant'è che lo stesso parametro costituzionale, lungi dall'incarnare un definitivo punto di incontro tra i vari interessi in gioco confliggenti o dal suggerire all'interprete una regola per la composizione degli stessi, costituisce la base e, al contempo, il limite del principio in esame, dovendo la Consulta

⁷⁰ Una volta che si ammetta la diretta applicabilità delle norme costituzionali e di quelle convenzionali negli spazi privi di regolamentazione normativa, si dovrà tenere conto che, a tal fine, sarà ulteriormente necessario che almeno uno dei due parametri presenti un contenuto precettivo. Ne discende che, qualora la norma convenzionale si limiti a esplicitare un principio già riconosciuto dal dettato costituzionale e suscettibile di immediata applicazione, potrebbe dirsi che il giudice faccia diretta applicazione di entrambi i precetti; se, invece, la norma costituzionale, per la sua formulazione, non sia in grado di conferire una disciplina specifica al caso concreto, il giudice farebbe diretta applicazione solo della previsione della C.E.D.U., a condizione, ovviamente, che almeno quest'ultima possa considerarsi immediatamente efficace. Secondo RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU*, cit., 5, in entrambi i casi, «il risultato, ad ogni modo, praticamente non cambia».

⁷¹ Una risposta positiva, in tale direzione, per quanto riguarda la diretta applicabilità del principio convenzionale di retroattività favorevole in quella parte di spazio normativamente non regolato dall'art. 1 della legge n. 689/1981, si ritrova, volendo, in TIGANO, *Questioni aperte su retroattività in mitius e sanzioni amministrative punitive*, cit., 20 ss., spec. 28-29; ID., *L'estensione del principio costituzionale della retroattività favorevole in materia penale*, cit., 74. *Contra* MASERA, *Retroattività in mitius e sanzioni amministrative "punitive"*, cit., par. 6, secondo cui «proprio la presenza dell'art. 1 l. 689/1981 conduce ad escludere che si verta in un contesto privo di regolamentazione normativa». La soluzione dipende, a ben vedere, da come si intenda il concetto di «spazio normativamente non regolato», se cioè vada riferito a una totale assenza di disciplina della materia o anche soltanto, come nel caso di specie, a una parziale assenza di regolamentazione, riferibile appunto ai presupposti e ai limiti dell'applicazione retroattiva della legge più favorevole.

⁷² Nel senso di un'immediata precettività dell'art. 3 Cost. in tema di retroattività favorevole, si schiera invece MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., 188.

autonomamente vagliare la ragionevolezza di un'eventuale deroga alla retroattività *in mitius*, prima di decidere se dichiararne l'illegittimità.

Discorso diverso riguarda l'ipotesi della diretta applicazione dell'art. 7 C.E.D.U., in cui, a dispetto del silenzio del testo normativo, la retroattività *in mitius* ha trovato posto tra i corollari del principio di legalità grazie all'intervento interpretativo-creativo della Corte di Strasburgo, da cui «ricaviamo il contenuto di significato da attribuire all'enunciato legislativo CEDU»⁷³. Ed è proprio la sentenza *Scoppola* che, in uno dei suoi passaggi cruciali, ha delineato il carattere precettivo della norma convenzionale anche nella sua nuova dimensione garantistica, riconoscendo all'imputato un diritto fondamentale e, correlativamente, attribuendo al giudice il dovere di garantirgliene l'esercizio: «l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato»⁷⁴.

Ammettendo che il principio di retroattività favorevole, inteso nella sua dimensione convenzionale, sia idoneo a “riempire” gli spazi normativamente non regolati del sistema giuridico nazionale – e, specificamente, il regime di applicazione intertemporale delle modifiche *in mitius* concernenti gli illeciti amministrativi punitivi e le relative sanzioni – grazie all'intervento del giudice comune, a quest'ultimo potrebbe essere attribuito anche il compito di stabilire se alla diretta applicazione del principio convenzionale ostino controinteressi di stampo costituzionale, di rango almeno equivalente al primo; similmente a quanto la Corte costituzionale è chiamata a fare tramite l'opposizione di eventuali “controlimiti allargati”, al fine di garantire la compatibilità della norma convenzionale interposta con il sistema costituzionale nazionale. In assenza di una norma-ostacolo da sottoporre allo scrutinio della Consulta, cioè, si

⁷³ GAMBARDELLA, *Il “caso Scoppola”*, cit., 2031.

⁷⁴ Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 109.

potrebbe «estendere al piano dei rapporti tra CEDU e Costituzione la logica usuale riguardante i rapporti tra CEDU e leggi, allo stesso tempo ribaltandola, vale a dire dando modo agli operatori di giustizia di “non applicare” la norma convenzionale incostituzionale, per “irrelevanza” rispetto al caso»⁷⁵.

Prima di effettuare il predetto sindacato di conformità costituzionale, occorre però verificare, come già anticipato, che il limite di operatività del principio di retroattività *in mitius* non sia rinvenibile, a monte, nella stessa conformazione conferitagli dalla Corte EDU. In tal senso, i Giudici di Strasburgo non soltanto sembrano averne escluso l'applicazione nell'ipotesi in cui l'entrata in vigore della legge più favorevole sia intervenuta successivamente a una sentenza di condanna passata in giudicato, ma hanno anche chiamato in causa il principio di proporzione sia come fondamento della retroattività favorevole nella sua versione convenzionale - così implicitamente ribadendo che la sua più intima *ratio* risiede nella necessità di non sanzionare i fatti pregressi mediante l'irrogazione di pene che l'ordinamento reputi non necessarie o eccessive in base a una successiva valutazione giuridica dei medesimi fatti - sia come limite della stessa⁷⁶.

Il principio di proporzione potrebbe così ergersi a ostacolo al riconoscimento del diritto alla retroattività *in mitius*, per come tratteggiato dalla Corte di Strasburgo, ogni qual volta l'applicazione retroattiva della legge più favorevole comporti una sproporzione in difetto del trattamento sanzionatorio comminabile, rispetto al disvalore minimo attribuito dall'ordinamento a quel fatto nel

⁷⁵ RUGGERI, *Corte costituzionale e corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *I Quaderni europei*, 2010, 19, 18, spec. nota 68; ID., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Riv. Ass. it. costituzionalisti*, 2 luglio 2010, 11; ID., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 marzo 2011, 4. In questo caso, ritenuta meno preferibile l'opzione del ricorso incidentale di costituzionalità avente ad oggetto la norma nazionale di attuazione della C.E.D.U., e la conseguente dichiarazione di illegittimità ad opera della Consulta, il giudice comune dovrebbe procedere al semplice “accantonamento” del principio di fonte convenzionale rispetto al caso concreto, allo stesso modo di quanto è chiamata a fare la Corte costituzionale nel caso in cui sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma di legge per ritenuto contrasto con un parametro convenzionale interposto tramite l'art. 117 Cost., e tale parametro risulti a sua volta in conflitto con una norma costituzionale, «ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato».

⁷⁶ Così Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 109; Corte EDU, 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*, cit., §§ 45-46: sul punto, si veda *infra*, § 4.2.

periodo ricompreso tra la sua realizzazione e la fase del giudizio. Si tratta delle ipotesi in cui, ad esempio, il sopraggiunto trattamento sanzionatorio più favorevole discenda da un vuoto normativo involontariamente lasciato dal legislatore⁷⁷, derivi da una legge dichiarata incostituzionale⁷⁸ o, ancora, come a breve andremo ad esaminare, si ricollegli a un intervento abrogativo diretto alla contestuale sostituzione del regime sanzionatorio previgente e non, invece, alla produzione di un effetto abolitivo della generale illiceità del fatto.

4. La diretta applicazione del principio convenzionale della retroattività favorevole in una recente pronuncia del Tribunale di Ragusa sull'abrogazione di un illecito amministrativo punitivo con contestuale incriminazione del medesimo fatto. Nel 2021 il Tribunale di Ragusa ha affrontato la questione dell'applicabilità diretta del principio di retroattività favorevole, nella sua matrice convenzionale, agli illeciti amministrativi punitivi, in assenza di un'apposita previsione di legge nazionale in tal senso⁷⁹.

Il caso giudiziario ha preso le mosse dal ricorso di Claus-Peter Reisch contro i provvedimenti con cui la Prefettura di Ragusa aveva disposto nei suoi confronti, per avere forzato il blocco delle autorità italiane in occasione di un'operazione di soccorso via mare e di sbarco di migranti sulle coste nazionali, il pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria di 300.000 euro e la confisca dell'imbarcazione Elenoire. La vicenda, pur investendo questioni di diritto della navigazione e dell'immigrazione correlate alla politica dei "porti chiusi", è stata esaminata dai Giudici di merito con esclusivo riguardo ai profili di diritto intertemporale. Le condotte contestate erano state realizzate sotto la vigenza dell'art. 12, comma 6-*bis*, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 2 del decreto legge 14 giugno 2019, n. 53 (cd. decreto Salvini), per come convertito dalla legge 8 agosto 2019, n. 77, che puniva, con la sanzione amministrativa

⁷⁷ Così Corte EDU, 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*, cit.

⁷⁸ Così Corte cost., n. 394/2006, che pur non invoca formalmente il principio di proporzionalità come limite alla retroattività delle leggi di favore dichiarate incostituzionali, facendo piuttosto richiamo al generale sindacato di ragionevolezza sotteso al giudizio di legittimità costituzionale delle deroghe alla retroattività.

⁷⁹ Trib. Ragusa, Sez. civ., 16 giugno 2021, in www.sistemapenale.it, 13 luglio 2021, con nota di MASERA, *Retroattività in mitius e sanzioni amministrative "punitive"*, cit.

pecuniaria da 150.000 a 1.000.000 di euro e con la confisca obbligatoria del mezzo navale utilizzato per l'infrazione, il comandante della nave (ad esclusione di quelle militari e in servizio governativo non commerciale) che avesse violato il divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, disposto dal Ministro dell'interno. Prima dell'udienza di discussione del ricorso in opposizione, era però intervenuto il decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130 (cd. decreto Lamorgese), convertito con la legge 21 dicembre 2020, n. 173, che, nell'abrogare i precedenti illeciti amministrativi (art. 1, co. 1, lett. d)), li aveva contestualmente sostituiti con delle omologhe fattispecie incriminatrici, con esclusione della condotta di illecito ingresso, non contemplata dalla norma e, pertanto, ormai esente da punibilità. In seguito a questo intervento di riforma, la sanzione penale per la violazione del divieto di sosta e di transito nel mare territoriale consisteva nella reclusione fino a due anni (per rinvio all'art. 1102 del codice della navigazione) e nella multa da 10.000 a 50.000 euro (art. 1, comma 2)⁸⁰.

Nel decidere circa la perdurante applicabilità, o meno, dell'illecito amministrativo contestato, il giudice comune ha anzitutto constatato che il principio di retroattività favorevole in materia penale, a differenza di quello di irretroattività *in malam partem* che è espressamente stabilito dall'art. 25, comma 2, Cost., non costituisce oggetto di un'esplicita previsione della Legge fondamentale, ma trova piuttosto un fondamento nel principio di eguaglianza: l'applicazione retroattiva di una norma più favorevole, dunque, non è imposta dal testo

⁸⁰ Si tenga conto che recentemente è entrato in vigore il decreto legge 2 gennaio 2023, n. 1 (cd. decreto Piantedosi), convertito con la legge 24 febbraio 2023, n. 15, che ha nuovamente introdotto un sistema sanzionatorio amministrativo (art. 1, comma 2-*quater*) per punire le violazioni del divieto ministeriale di sosta e transito navale nelle acque territoriali nazionali. Con riferimento alla sanzione amministrativa pecuniaria attualmente comminata, la cornice edittale risulta identica a quella della multa stabilita dalla legge penale previgente (da 10.000 a 50.000 euro); a questa si aggiunge la nuova sanzione accessoria del fermo amministrativo, per due mesi, della nave utilizzata per commettere la violazione. In caso di reiterazione della violazione attraverso la medesima nave, è prevista la sanzione amministrativa accessoria della confisca del mezzo, con immediato sequestro cautelare dello stesso (comma 2-*quinqüies*). Sul punto, si veda MASERA, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione*, in www.sistemapenale.it, 13 febbraio 2023. Si tratta, ovviamente, di modifiche sanzionatorie successive alla pronuncia di merito in esame, e che, pertanto, non verranno prese in considerazione ai fini della presente analisi - condotta "ora per allora" - del fenomeno di diritto intertemporale della successione di leggi amministrative punitive e penali, emerso nella presente vicenda giudiziale.

costituzionale ma può considerarsi conforme ad esso⁸¹. Tale regola, invece, «trova esplicito riconoscimento tanto a livello internazionale quanto nell'ambito del diritto dell'Unione europea».

Dopo avere poi ricostruito il percorso seguito dalla Consulta nel riconoscimento dei fondamenti costituzionali del principio, in riferimento sia alle sanzioni penali sia – più di recente – alle sanzioni amministrative di carattere punitivo, e dopo avere attribuito alla sanzione *sub iudicio* natura sostanzialmente penale, in virtù sia dell'assenza di una funzione meramente ripristinatoria dello *status quo ante*, sia della sua elevata carica afflittiva, «che può spiegarsi in funzione di una finalità di deterrenza o prevenzione generale negativa, certamente comune alle pene in senso stretto»⁸², il Tribunale di Ragusa si è trovato poi a dovere affrontare il *punctum dolens* della questione: l'individuazione del corretto strumentario normativo per l'applicazione del principio di retroattività *in mitius*.

A tal proposito, il Giudice ha dimostrato di dar seguito alla teoria della diretta applicazione delle norme convenzionali, qualora manchi una norma nazionale passibile di essere interpretata in senso conforme alla C.E.D.U. o, in caso di insanabile conflitto con quella convenzionale, suscettibile di essere sottoposta allo scrutinio della Corte costituzionale per contrasto con l'art. 117. E, ancor prima, ha aderito all'orientamento secondo cui l'unico intervento ermeneutico ammissibile sull'art. 1 della legge di depenalizzazione, consente di riferire la preclusione ivi formulata alle sole modifiche *in peius*, non potendo trarsi dal

⁸¹ Trib. Ragusa, cit., § II: «pur in assenza di una esplicita previsione costituzionale della retroattività della *lex mitior* (contemplando l'art. 25 Cost. la sola irretroattività della legge più sfavorevole), il giudice delle leggi ha ritenuto conforme al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione l'esigenza, una volta modificata la fattispecie, di assicurare un trattamento paritario a soggetti che abbiano posto in essere una medesima condotta, pur in epoche diverse».

⁸² Cfr. Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Oztürk c. Germania*, cit., § 53; Corte EDU, 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, ric. n. 9912/82, § 54; Corte EDU, 9 ottobre 2003, *Ezeh c. Regno Unito*, ric. n. 39665/98-40086/98, § 102 ss.; Corte EDU, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01, § 32 ss. Così in dottrina, finendo per identificare la funzione punitiva nel perseguimento di scopi di prevenzione generale e speciale, intesi in un'ottica di deterrenza legata alla percezione dell'afflittività della pena, e non in funzione neutralizzatrice del pericolo di commettere nuovamente reati, PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 181 ss.; PIERGALLINI, *Argomenti per l'«autonomia» dell'illecito amministrativo*, cit., 1554; SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il «caso» delle sanzioni amministrative*, cit., 1405; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 26 ss.; BIANCHI, *Resta la frattura categoriale*, cit., 322.

testo della norma alcuna indicazione circa l'applicabilità retroattiva della legge successiva più favorevole nell'ambito degli illeciti amministrativi punitivi⁸³. Nello specifico, la Corte ha ritenuto normativamente non regolati gli effetti intertemporali dell'abrogazione dell'illecito amministrativo con contestuale sostituzione dello stesso con un'omologa fattispecie di reato, sul presupposto che la cessazione dell'illiceità amministrativa debba determinare l'impunità dei fatti commessi precedentemente al mutamento del regime sanzionatorio. La conclusione a cui giunge la sentenza è che deve, quindi, trovare «applicazione il principio, costituzionale e convenzionale, di retroattività della legge più favorevole, dovendosi sul punto ritenere che, nella misura in cui le norme convenzionali ricadano in spazi normativamente vuoti, ossia non regolati in modo antinomico dalla legislazione nazionale, esse potranno e dovranno essere direttamente applicate dal giudice comune, come una qualsiasi altra norma dell'ordinamento»⁸⁴.

4.1. *Le criticità della pronuncia: la mancata distinzione tra abolizione dell'illiceità penale lato sensu e successione "impropria" di leggi amministrative punitive e penali.* In calce alla pronuncia si possono tratteggiare alcune riflessioni e diversi profili di criticità.

Anzitutto, va sottolineata la parziale diversità della vicenda normativa rispetto a quella oggetto del sindacato della Corte costituzionale nel 2019, sotto due principali aspetti. In primo luogo, in questo caso, manca una disposizione di legge preclusiva dell'applicazione retroattiva della modifica favorevole; disposizione che, se presente, sarebbe risultata in contrasto con l'art. 7 C.E.D.U. e avrebbe impedito l'applicazione diretta della norma convenzionale, esponendosi piuttosto a un ricorso incidentale di costituzionalità. In secondo luogo, la norma successiva più mite, individuata dal Tribunale di Ragusa, è quella che abroga l'illecito amministrativo, per cui, postulando che essa comporti l'abolizione del fatto illecito – così come il giudice di cognizione ha fatto –, la sua efficacia retroattiva, determinata dall'applicazione del principio nella sua veste

⁸³ Si veda *supra*, par. 3.

⁸⁴ Trib. Ragusa, cit., § V.

convenzionale, ha comportato l'impunità e non semplicemente l'adozione di una sanzione più favorevole nei confronti dell'autore del fatto.

Ciò su cui occorre interrogarsi, tuttavia, è se sia giuridicamente corretto qualificare l'intervento legislativo, nel suo complesso, come abolitivo dell'illiceità dei fatti o se, piuttosto, non siano ivi riscontrabili due fenomeni distinti di diritto intertemporale: un'abolizione parziale, relativa alla violazione del divieto ministeriale di ingresso in acque nazionali; una peculiare ipotesi di successione di leggi nel tempo, riferibile alla violazione dei divieti ministeriali di transito e sosta nelle acque territoriali italiane⁸⁵. Quest'ultima infrazione, infatti, nel

⁸⁵ Di «continuità normativa tra le due previsioni», parla ZIRULLA, *Il diritto penale nel "Decreto Lamorgese": nuove norme, vecchie politiche criminali*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 5, 570, che tuttavia sostiene l'impunità dei fatti pregressi. Conf. MASERA, *Retroattività in mitius e sanzioni amministrative "punitive"*, cit., par. 7, che vi individua un fenomeno successorio, rispetto a cui, però, la condotta illecita commessa prima della modifica normativa andrebbe esente da punibilità. Sul punto, può dirsi che solo in apparenza il decreto Lamorgese, introducendo una procedura da seguire per le navi che intendano sostare o transitare nelle acque territoriali italiane, avrebbe circoscritto il potere interdittivo del Ministro dell'interno e la rilevanza penale delle relative violazioni. Il riferimento va alla clausola contenuta nell'art. 1, comma 2, in cui è stabilito che «Le disposizioni del presente comma non trovano comunque applicazione nell'ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare, emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo, fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria, reso esecutivo dalla legge 16 marzo 2006, n. 146». Secondo MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *www.questionegiustizia.it*, 15 giugno 2021, 12, la clausola di non applicazione avrebbe una valenza pleonastica, non avendo liceizzato le operazioni di soccorso in quanto tali e non avendo sostanzialmente limitato i poteri di interdizione navale del Ministro dell'interno: «se vi è stato il rispetto delle indicazioni dell'autorità italiana, neanche ha senso porsi il problema della possibilità di emanare un divieto di ingresso». In tale direzione, anche VENTURI, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 173/2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, 1, 100. Il recente decreto Piantedosi, all'art. 1, comma 2-bis, ha modificato la clausola di non applicazione dell'illecito, abrogando le precedenti condizioni e introducendone di nuove. Non ci si soffermerà sulle stesse e sulla loro eventuale incidenza sulla successione delle leggi in materia, trattandosi di una questione estranea alla presente analisi, focalizzata sul fenomeno dell'abrogazione dell'illecito amministrativo con contestuale incriminazione del fatto, e dunque idealmente collocata al momento del giudizio del Tribunale di Ragusa. Per un'ampia disamina delle modifiche apportate dal d.l. n. 1/2023 sulla clausola di non applicazione, si veda MASERA, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit., part. 3.1.-3.2. Il decreto Piantedosi ha, invece, lasciato inalterata la modifica che la legge di conversione del d.l. Lamorgese aveva apportato alle legittime finalità del provvedimento con cui il Ministro dell'interno può limitare o

momento stesso dell'abrogazione del precedente illecito amministrativo, è divenuta oggetto di una corrispondente fattispecie incriminatrice, per cui l'offensività delle relative condotte di inosservanza è da ritenere non solo permasta, ma addirittura riqualificata sul piano penale⁸⁶: rispetto a esse può dirsi che se, da una parte, «la “norma sanzionatoria” è certamente cambiata»⁸⁷, dall'altra, «la “norma precettiva” è sempre uguale a sé stessa»⁸⁸.

vietare alle navi la sosta o il transito nelle acque territoriali nazionali, anch'essa irrilevante rispetto al riscontro della continuità delle norme punitive in successione. Mentre l'atto ministeriale, sotto la vigenza del decreto Salvini, poteva essere emesso per ragioni di ordine o sicurezza pubblica, o quando si concretizzassero le condizioni per un passaggio non inoffensivo ai sensi dell'art. 19, co. 5, lett. g) della Convenzione ONU di Montego Bay, la legge n. 173/2020 ha sostituito il riferimento alla specifica previsione pattizia con una generica clausola di conformità all'intero testo della Convenzione, con ciò confermando sia il potere statale di limitare o vietare il passaggio non inoffensivo (art. 25 Conv.) sia il dovere di prestare soccorso ai sensi dell'art. 98 della Convenzione: cfr. DI MARTINO-RICCI, *L'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 marzo 2021, 7-8. Diversamente, ZIRULIA, *Il diritto penale nel “Decreto Lamorgese”*, cit., 569, ritiene che il venir meno del riferimento alla specifica norma pattizia possa esprimere «un ripensamento del legislatore in ordine alle finalità primarie della disposizione», ma ridimensiona comunque il possibile effetto dirompente della modifica, «considerata l'ampiezza semantica della formula “motivi di ordine e sicurezza pubblica”, evidentemente in grado di fornire una base legale anche ai provvedimenti volti ad impedire l'ingresso di stranieri irregolari soccorsi in acque internazionali». In ogni caso, sia prima che dopo la riforma, rimane ferma l'esigenza sia di interpretare la clausola pattizia relativa alla violazione delle leggi sull'immigrazione, assunta tra gli indici del passaggio non inoffensivo, in senso conforme alle regole di diritto internazionale poste a presidio del soccorso in mare, sia di contemperare le stesse esigenze di ordine e sicurezza pubblica con la tutela dei diritti umani coinvolti nelle operazioni di soccorso, per cui - a prescindere dall'esito dei predetti bilanciamenti - non può riscontrarsi un sopraggiunto restringimento dei poteri ministeriali né, conseguentemente, un effetto di parziale abolizione delle condotte punibili. Sulla necessità che, a prescindere dalle indicazioni dei decreti sicurezza, i poteri del Ministro dell'interno in materia di ingresso navale in acque territoriali risultino rispettosi delle leggi internazionali in materia, si vedano CATALDI, *Audizione informale nell'ambito dell'esame del disegno di legge C. 1913 Governo, di conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante “Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica”*, 2 luglio 2019, in www.camera.it; VENTURI, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare*, cit., 94.

⁸⁶ Nella permanenza dell'offensività dei fatti oggetto di depenalizzazione, pur oggetto di una dequalificazione in termini di illecito amministrativo, PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1382, individua il presupposto della successione “impropria” di leggi penali e amministrative punitive, ferma la necessità di una disposizione di diritto transitorio che espressamente deroghi all'art. 2, co. 2, c.p. e disponga la retroattività della legge successiva più favorevole, ossia quella amministrativa. Sull'immutata qualificazione del fatto in termini di illiceità, dal momento della sua commissione a quello del giudizio, come fondamento logico delle discipline transitorie sovente introdotte in sede di depenalizzazione, e dunque del fenomeno della successione impropria di leggi, fa leva Corte cost., n. 223/2018, cit., § 6.2.

⁸⁷ BIANCHI, *Il problema della “successione impropria”: un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 326.

⁸⁸ *Ibid.*

Sul piano della regolamentazione penale, l'art. 2 c.p. rappresenta i fenomeni dell'*abolitio criminis* e della successione di leggi come formalmente alternativi e li sottopone a due diverse discipline, delle quali la più favorevole è quella dettata dall'art. 2, co. 2, poiché esclude la punibilità del reo, persino nei casi in cui la sentenza di condanna sia già passata in giudicato o la pena sia in corso di esecuzione. Nell'ipotesi della successione di leggi penali nel tempo *stricto sensu*, invece, il fatto continua a essere punito, ma il reo potrà beneficiare della *lex mitior* tra quelle succedutesi nel tempo (art. 2, co. 4), per cui si avrà l'applicazione della legge in vigore al momento del fatto, se ritenuta la più benevola, o, alternativamente, la retroattività di quella, tra le leggi successive, che il giudice ritenga la più favorevole; e sempre che non sia già intervenuta una sentenza definitiva di condanna (con l'eccezione prevista dal terzo comma dell'art. 2).

Nel campo degli illeciti amministrativi, invece, pur avendo le Corti riconosciuto l'efficacia dimostrativa del principio di retroattività favorevole nella sua duplice dimensione costituzionale e convenzionale, continua a mancare una generale disciplina legislativa della retroattività della *lex mitior*⁸⁹. Nello specifico, l'art. 1 della legge n. 689/1981 non dice nulla circa l'efficacia retroattiva della norma, sopraggiunta a quella in vigore al momento dell'infrazione, che comporti la cessazione dell'illiceità del fatto, che commini delle sanzioni amministrative più miti o che, comunque, stabilisca una disciplina più favorevole per il colpevole. Per cui, alla luce delle precedenti conclusioni circa la presenza di uno spazio normativamente non regolato in questo settore, spetterebbe all'interprete il compito di rimediare al vuoto normativo, applicando l'art. 49 della Carta di Nizza, negli ambiti di competenza del diritto eurolunitario, o l'art. 7 C.E.D.U., nelle materie a quello estranee, e modulando diversamente l'operatività del principio di fonte sopranazionale a seconda che la legge migliorativa successiva

⁸⁹ La rilevanza del principio della retroattività favorevole e la sua forza di resistenza a eventuali controinteressi di pari rango, mutano in relazione alle diverse vicende normative che possono venire in gioco. Per cui, soltanto una precisa disciplina normativa, come quella dettata dall'art. 2 c.p., è in grado di delineare con precisione – ma senza pretese di completezza – il diverso peso e i diversi limiti del principio in relazione ai più rilevanti fenomeni di diritto penale intertemporale. Cfr., in tal senso, PULITANO, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 949.

determini l'abolizione dell'illecito o la modifica delle sanzioni amministrative a quello ricollegate.

Questioni più complesse si prospettano nella specifica ipotesi in cui l'avvicendamento temporale riguardi una legge amministrativa e una penale, o viceversa. In questi casi, il giudice si troverà ad enucleare una disciplina di diritto intertemporale dalle disposizioni transitorie eventualmente presenti, dalle pertinenti previsioni dell'art. 2 c.p. e dall'art. 1 della legge n. 689/1981; ferma la necessità di una loro interpretazione conforme alle norme costituzionali e a quelle pattizie ove il principio di irretroattività e quello di retroattività favorevole trovano fondamento, o, alternativamente, della proposizione di una questione di costituzionalità, in presenza di un contrasto insanabile tra la norma di legge ordinaria e quella sovraordinata.

Così, nell'ipotesi della depenalizzazione, la cessazione della rilevanza penale del fatto determinerebbe l'operatività dell'art. 2, co. 2, e soltanto l'eventuale presenza di una disposizione transitoria potrebbe apportare una deroga alla norma codicistica⁹⁰, stabilendo che il fatto debba continuare a essere punito, per lo più attraverso l'applicazione retroattiva della norma amministrativa di nuova introduzione, in quanto presuntivamente più favorevole⁹¹. Va comunque tenuto fermo quanto precisato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 223/2018, che – sulla base di un superamento delle etichette formalmente apposte dal legislatore, ispirato al progressivo allargamento dell'area della “materia penale” ad opera della Corte EDU e del diritto punitivo da parte della stessa

⁹⁰ Le norme transitorie poste a corredo di alcuni interventi di depenalizzazione sono considerate derogatrici rispetto alla disciplina di cui all'art. 2, co. 2, c.p., secondo PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1378 ss.; PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 178, nota 118; DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 107; GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 39; ID., *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 147; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 272; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 304. Si consenta il rinvio alle argomentazioni, in tale direzione, di TIGANO, *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 29 ss.

⁹¹ Si pensi, tuttavia, all'ipotesi di depenalizzazione dei reati in materia di gioco d'azzardo, previsti dall'art. 110, co. 9, del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, rispetto a cui la disposizione transitoria di cui all'art. 1, co. 547, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, stabiliva che le violazioni pregresse fossero soggette alle sanzioni penali vigenti al momento della realizzazione del fatto. La sentenza della Corte cost., n. 215/2008, ha dichiarato incostituzionale la norma transitoria (si veda *supra*, nota 16).

Consulta⁹² - ha messo in discussione la predetta presunzione nel caso in cui l'apparato sanzionatorio amministrativo, complessivamente considerato, risulti più afflittivo di quello penale previgente⁹³: in questo caso, il ricorso incidentale di costituzionalità potrebbe consentire alla stessa Corte di garantire l'irretroattività di quella parte del complesso sanzionatorio successivo - la cui norma applicativa sia stata fatta oggetto della censura del giudice remittente - che ne determini la maggiore gravità rispetto a quello penale⁹⁴.

Nel caso inverso dell'abrogazione dell'illecito amministrativo con contestuale incriminazione del medesimo fatto, invece, non potrebbe operare il secondo

⁹² Si tenga conto della necessità di distinguere, almeno sul piano formale del livello normativo di riferimento, i criteri segnati dalla Corte EDU per ricondurre una misura all'area della "materia penale" e per applicarle i presidi di cui all'art. 7 C.E.D.U., e quelli utilizzati dalla Corte costituzionale per qualificare una sanzione come punitiva e per presidiarla con alcune delle garanzie di cui all'art. 25, co. 2, Cost. Non sarebbe quindi legittimo estendere a una misura le garanzie costituzionali "interne" qualificando la stessa come "penale" ai sensi dei criteri Engel; criteri, questi ultimi, che potrebbero essere funzionali esclusivamente a estendere alla medesima misura le garanzie convenzionali e che potrebbero, semmai, fungere «da mero supporto argomentativo per integrare il significato del parametro costituzionale interno, in vista dell'allargamento della sua sfera di operatività». Così Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109, § 3.1., annotata da VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 330 ss. In tale direzione, *mutatis mutandis*, si veda anche Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, § 6, ove si è contestato l'assunto secondo cui, laddove la sanzione amministrativa «fosse tale da corrispondere, in forza della CEDU, agli autonomi criteri di qualificazione della "pena", subirebbe l'attrazione del diritto penale dello Stato aderente», con conseguente «saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo». Sui parallelismi tra il criterio "interno" del carattere punitivo-afflittivo della misura e quelli adottati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si vedano VIGANÒ, *Nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. 'legalità convenzionale'?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017, 7; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 106 ss.; MASERA, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, vol. II, Milano, 2018, 1063-1064; ID., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 1 ss.; 193 ss.

⁹³ Oltre a Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 223, § 6 ss., si vedano Corte cost., 20 maggio 2020, n. 96, § 5.5.; Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68, §§ 8-9. Sull'argomento, cfr. 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.; ID., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., 1792 ss.; 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*, 13 dicembre 2018; CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù?*, cit., 467 ss.; NARDOCCI, *Retroattività favorevole e sanzione amministrativa: esiste ancora un'autonomia per le garanzie costituzionali in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 599 ss.; TIGANO, *Successione di leggi penali ed amministrative punitive*, cit., 38 ss.

⁹⁴ Per una critica all'approccio del confronto complessivo dei complessi sanzionatori succedutesi, adottato dalle sentenze citate nella precedente nota, si veda *infra*, nota 126.

comma dell'art. 2, formulato con esclusivo riferimento all'abolizione dei fatti di reato⁹⁵. In presenza di quello che, secondo la tesi del Tribunale di Ragusa, rappresenta uno spazio normativamente non regolato, per ipotesi, nemmeno da disposizioni transitorie, si potrebbe così prospettare l'applicabilità del principio di retroattività nella sua dimensione convenzionale, attraverso cui elaborare una regola di giudizio omologa a quella prevista in sede codicistica e garantire così al colpevole l'impunità.

Tuttavia, ammettendo che «la mutata qualificazione dei fatti illeciti non ne modifica il contenuto offensivo»⁹⁶, e tenendo conto di ragioni di giustizia sostanziale variamente declinabili sotto il profilo assiologico⁹⁷, parrebbe opportuno chiedersi se la garanzia di fonte convenzionale sia razionalmente applicabile per escludere la punibilità dei comportamenti precedentemente realizzati anche laddove gli stessi, «alla stregua della nuova disciplina, continuano pur sempre ad essere sanzionati»⁹⁸, addirittura con delle pene in senso stretto⁹⁹; laddove cioè l'abrogazione dell'illecito amministrativo punitivo comporti soltanto una modifica del regime sanzionatorio comminabile e non, invece, un'abolizione dell'illiceità "penale" del fatto, quest'ultima intesa secondo un'ampia e sostanziale accezione, conforme a quella ricavabile dai criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo a partire dal caso *Engel*.

⁹⁵ Sull'inapplicabilità in via analogica dell'art. 2, comma 2, c.p. ai fenomeni abolitivi degli illeciti amministrativi punitivi, si veda *supra*, nota 39.

⁹⁶ PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1382.

⁹⁷ Si veda *infra*, par. 4.2.

⁹⁸ PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1383.

⁹⁹ Si veda, *mutatis mutandis*, quanto rilevato da Corte cost., n. 96/2020, cit., § 3.1., in relazione agli interventi di depenalizzazione ove siano apprestate norme transitorie: «L'esito della totale impunità dei fatti pregressi - postulato dalla giurisprudenza di legittimità penale sulla base delle coordinate generali del sistema vigente - può porre, però, sul piano sostanziale, problemi di coerenza con la *ratio* dell'intervento di depenalizzazione. Diversamente, infatti, che nel caso della mera *abolitio criminis*, nel caso della depenalizzazione il legislatore continua indubbiamente ad annettere un disvalore alla condotta, tale da giustificare tuttora la sua punizione, sia pure con una sanzione di grado inferiore (amministrativa, anziché penale). Ciò non vale a spiegare perché chi ha commesso il fatto quando era represso in modo (tendenzialmente) più severo debba rimanere totalmente impunito, laddove invece chi lo commette quando è punito in modo (tendenzialmente) più mite soggiace, comunque sia, a una sanzione. Proprio per scongiurare un simile risultato è divenuta, quindi, prassi ricorrente quella di corredare gli interventi di depenalizzazione con un'apposita disciplina transitoria, volta a rendere applicabili le nuove sanzioni amministrative, da essi introdotte per gli illeciti depenalizzati, anche ai fatti anteriori».

Le questioni da affrontare verteranno, dunque, sulla ammissibilità e sulle ragioni fondanti di eventuali limiti al principio di retroattività favorevole nella sua dimensione convenzionale, con specifico riferimento all'ipotesi della successione "impropria" di leggi amministrative punitive e penali¹⁰⁰.

4.2. (segue): *La necessità di tenere conto dei limiti estrinseci ed intrinseci del principio convenzionale di retroattività favorevole.* La ricerca dei limiti alla retroattività di fonte convenzionale potrebbe essere collocata nell'ambito del controllo di conformità costituzionale della norma della C.E.D.U. da cui il principio stesso trae origine, che è stato imposto dalla Consulta, a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007¹⁰¹, allo scopo di paralizzare «la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato»¹⁰², ossia l'art. 117, qualora la stessa risulti contraria a un altro dei principi costituzionali; verifica che, come già anticipato, potrebbe essere effettuata non solo dalla Consulta nell'ambito del sindacato di legittimità costituzionale di eventuali norme nazionali in contrasto con la C.E.D.U., ma anche dal giudice ordinario che si trovi a dare diretto ingresso alla norma convenzionale in presenza di spazi normativamente non regolati¹⁰³.

Nel confrontarsi con il fenomeno normativo della successione di leggi amministrative punitive e penali, il giudice non dovrebbe trascurare che un'applicazione della retroattività favorevole nella sua massima estensione (cd. "iperretroattività")¹⁰⁴, non tenendo conto dell'assenza di un fenomeno propriamente

¹⁰⁰ Di "successione impropria" (pur ritenendo che il fenomeno integri un'*abolitio*, con esclusione della punibilità dei fatti *sub iudicio*) parla, in questo caso, MASERA, *Retroattività in mitius e sanzioni amministrative "punitive"*, cit., par. 3, mutuando l'espressione da PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1378 ss.; spec. 1383, che qualificò così il fenomeno della depenalizzazione di una fattispecie incriminatrice con contestuale previsione di una norma transitoria che garantisca la punibilità dei fatti *sub iudicio* (specificamente, con riferimento all'art. 40 della legge n. 689/1981).

¹⁰¹ Si veda Corte cost., n. 348/2007, cit., § 4.7., secondo cui il controllo di costituzionalità delle leggi nazionali «deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1, Cost, e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione». Conf. Corte cost., n. 349/2007, § 6.2.

¹⁰² Corte cost., n. 80/2011, cit., § 2.

¹⁰³ Si veda *supra*, par. 3, spec. nota 75.

¹⁰⁴ Sui distinti livelli di rilevanza del principio di retroattività favorevole, a seconda che la modifica legislativa comporti l'abolizione dell'illecito penale o un mutamento *in bonam partem* della sua disciplina o delle pene comminate, si vedano DODARO, *Principio di retroattività favorevole e «termini più brevi» di*

abolitivo dell'illiceità "penale" del fatto, violerebbe il principio costituzionale di eguaglianza, poiché sottrarrebbe l'autore dell'infrazione prima commessa e non ancora giudicata, a qualunque conseguenza sanzionatoria, profilando una discriminazione nei confronti sia di chi abbia commesso l'illecito e fatto fronte alla relativa sanzione amministrativa prima dell'entrata in vigore della modifica normativa, sia di chi realizzi il medesimo comportamento sotto la vigenza della nuova fattispecie incriminatrice e debba conseguentemente sottostare alle pene di nuova introduzione; discriminazione la cui irragionevolezza si coglie nel momento in cui si rifletta sulla circostanza che l'assenza di qualsivoglia sanzione risulterebbe sproporzionata alla luce del persistente disvalore che l'ordinamento ha attribuito al fatto¹⁰⁵.

prescrizione dei reati, in *Giur. cost.*, 2006, 4121-4122; PULITANÒ, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 2, 200; GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 100 ss. Al concetto di "iperretroattività", come riferibile all'applicazione retroattiva dell'abolizione del fatto di reato, in grado anche di travolgere il giudicato, ha fatto ricorso PALADIN, *Appunti sul principio di irretroattività delle leggi*, in *Foro. amm.*, 1959, I, 946. Di «iperretroattività della legge abolitrice» parla anche GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., 147. Si veda l'ampia disamina dei concetti di "irretroattività", "retroattività", "ultrattività", "extrattività", "iperretroattività", effettuata da PODO, voce *Successione di leggi penali*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVIII, Torino, 1971, 649-650.

¹⁰⁵ Si veda, *mutatis mutandis*, Cass., Sez. II, 20 aprile 2007, n. 16229, § 3.2., che, in relazione al fenomeno inverso della successione di leggi penali e amministrative punitive, in mancanza di una norma transitoria che preveda la retroattività delle seconde, ha affermato che «sembra, infatti, contrastare con il principio di uguaglianza una disciplina giuridica che preveda la totale impunità di coloro che hanno commesso un illecito penale, successivamente depenalizzato, e la responsabilità - sia pure sul piano dell'illecito amministrativo - di coloro che hanno commesso la stessa violazione dopo la depenalizzazione; e la differenza di trattamento, anche tenendo conto della diversità delle situazioni, appare del tutto irragionevole». In tale direzione, Cass., Sez. I, 30 gennaio 1995, n. 1108, parlava di «inopinato e sorprendente effetto, contrario anche al più elementare senso di giustizia, che all'ex reo non venga applicata né la sanzione vecchia, né quella nuova». Sempre nell'ambito delle norme transitorie riscontrabili in diverse leggi di depenalizzazione, ritengono che il fondamento di tali disposizioni possa rinvenirsi in ragioni di equità, giustizia e ragionevolezza, ALBANO, *Nuovo codice della strada, depenalizzazione e diritto transitorio*, in *Cass. pen.*, 1995, 1808; PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 63 ss.; SCARCELLA, *Illecito penale "depenalizzato" ed esclusione della postuma sanzionabilità amministrativa del fatto*, in *Cass. pen.*, 2013, 1387; GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 5, 589; TREGLIA, *Depenalizzazione: verso la meta oltrepassando la metà*, in *Giust. pen.*, 2017, 432-433; CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù?*, cit., 471; 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.

Tuttavia, nel giudizio di bilanciamento tra principi confliggenti¹⁰⁶, si dovrebbe tenere conto della particolare forza di resistenza detenuta da quello di retroattività *in mitius* nella sua dimensione convenzionale, per via della sua collocazione nel novero degli *inviolable core rights*, tendenzialmente sacrificabili solo al cospetto di controinteressi anch'essi annoverabili tra i diritti fondamentali¹⁰⁷. In tale direzione, è innegabile che l'elevato rango assunto dal principio di retroattività favorevole nel quadro dell'art. 7 C.E.D.U., renderebbe difficile accettare che lo stesso possa cedere dinnanzi al principio di eguaglianza. Quest'ultimo, pur dotato di un evidente fondamento costituzionale, non si presterebbe evidentemente ad assumere una funzione garantistica nei confronti dell'autore del fatto¹⁰⁸, ma fungerebbe piuttosto da vettore di giustizia sostanziale nei confronti di tutti i cittadini direttamente o indirettamente coinvolti nella violazione - mirando a garantire che la risposta sanzionatoria sia proporzionata al livello minimo di disvalore che l'ordinamento ha costantemente attribuito al fatto fin dal momento del suo compimento -, oltre che da strumento di assicurazione della società in ordine all'effettività dell'apparato punitivo generalmente concepito e alla sua idoneità a raggiungere lo scopo giuridico per cui è stato previsto. A dispetto di tali criticità, la dottrina ha spesso rivendicato la legittimità di eventuali limiti costituzionali alla retroattività favorevole di matrice convenzionale, anche laddove non siano riconducibili a diritti fondamentali e non veicolino un

¹⁰⁶ Di bilanciamento, in questo caso, parlano DI MARTINO, *L'efficacia delle sentenze della Corte Edu nel diritto interno: proposta per una soluzione interpretativa del contrasto tra giudicati alla luce di una pronuncia del Bundesverfassungsgericht*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, a cura di Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi, Torino, 2007, 99 ss.; PADULA, *La Corte costituzionale ed i "controlimiti" alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost.*, in *Federalismi.it*, 10 dicembre 2014, 1 ss.

¹⁰⁷ Si vedano PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 10, 1174 ss., che in tal senso parla di "tendenziale" assolutezza del principio, ormai da considerarsi derogabile soltanto in presenza di «esigenze interne alla stessa *ratio* incriminatrice» insita nella disciplina originaria; MANES, *I principi penalistici nel network multilivello*, cit., 850-851.

¹⁰⁸ Cfr. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche*, cit., 1175, secondo cui, viceversa, lasciando impunito l'autore del fatto *sub iudicio* in virtù dell'operatività del principio di retroattività favorevole (con specifico riferimento all'ipotesi di depenalizzazione di una fattispecie in assenza di norme di diritto transitorio, con conseguente operatività dell'art. 2, comma 2, c.p.), «non entrerebbe in sofferenza nessuna esigenza garantista, visto e considerato che l'esito sarebbe quello della non punibilità».

ampliamento delle garanzie del singolo, purché si tratti di deroghe sorrette da ragioni giustificatrici particolarmente consistenti: limiti alternativamente individuati nello stesso principio di eguaglianza¹⁰⁹, con riguardo alla necessità che la *lex mitior* risulti validamente emanata «sul piano sostanziale del rispetto dei valori espressi dalle norme costituzionali»¹¹⁰, nonché nella funzionalità della legge penale¹¹¹ e nella proporzione della sanzione rispetto al disvalore attribuibile al fatto in un determinato e particolare momento storico¹¹², in relazione al divieto di applicare retroattivamente leggi temporanee o eccezionali più favorevoli o di regolare fatti avvenuti sotto la loro vigenza attraverso leggi successive più miti.

Condividendo tali aperture e trasponendone la *ratio* al fenomeno normativo sotto esame, potrebbe asserirsi che, nel caso della successione “impropria” di leggi amministrative punitive e penali, la diretta applicazione del principio

¹⁰⁹ Così MANES, *I principi penalistici nel network multilivello*, cit., 851, con riferimento al sindacato costituzionale sulle norme penali di favore di cui si discute l'applicabilità retroattiva. Di «applicazione *in malam partem* del principio di eguaglianza in materia di pene», in questo caso, parla VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 60.

¹¹⁰ Corte cost., 394/2006, cit., § 6.4.

¹¹¹ Cfr. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche*, cit., 1174-1175.

¹¹² Così MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, cit., 496, 503 ss. Invece MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., 345, ritiene che le deroghe che il quinto comma dell'art. 2 c.p. appone alla disciplina della retroattività favorevole apprestata dai precedenti commi vada collegata alle peculiarità delle circostanze di fatto presenti durante il periodo di validità della stessa legge, che di quelle circostanze teneva conto. In tal senso, nella dottrina tedesca, già SCHMID, *Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen im Gebiete des bürgerlichen und peinlichen Rechts. Eine Staatsrechtliche Abhandlung*, Jena, 1863, 190-194, che, rispetto ai delitti di creazione legislativa, sottolineava la necessità di non applicare retroattivamente le eventuali leggi abolitive successive, laddove emanate in seguito a un cambiamento delle circostanze di fatto o a una diversa visione del significato politico o economico di un atto, e non a un diverso giudizio sulla giusta retribuzione del fatto. SEEGER, *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, Tübingen, 1862, 70, opportunamente mette in luce il generale legame tra la rideterminazione legislativa della gravità del reato e il mutamento cronologico delle circostanze fattuali esterne e dell'opinione pubblica, mutamento che solitamente si manifesta in via graduale, ma che invece può avvenire repentinamente in presenza di situazioni eccezionali, come quelle che influenzano le leggi di polizia e quelle finanziarie. Della diversità del contesto fattuale presente durante la fase temporale di vigenza della legge eccezionale o temporanea, come giustificazione alla deroga apposta dall'art. 2, co. 5, c.p. alla disciplina generale della retroattività favorevole, che invece «presuppone un'omogeneità tra i contesti fattuali o normativi in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo», parla Corte cost., n. 236/2011, cit., § 13. In tal senso, già Corte cost., 31 maggio 1990, n. 277, sottolineava che la retroattività *in mitius* entra in discussione «solo e soltanto ove vi sia stato un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto tipico oggetto del giudizio».

convenzionale di retroattività favorevole debba essere frenata dall'opposizione - come limite estrinseco - del principio costituzionale di eguaglianza, in modo strumentale al corretto, coerente ed equo funzionamento del sistema punitivo. Laddove, però, si ritenga inaccettabile che le istanze garantistiche sottese alla retroattività *in mitius* di base convenzionale possano essere schiacciate da interessi costituzionali non inquadrabili nella tutela di altri diritti fondamentali del reo - in una logica di perseguimento del massimo standard di tutela dello stesso¹¹³ -, l'asse focale della discussione potrebbe essere spostato su una questione diversa e comunque ragionevolmente precedente a quella dell'opponibilità dei "controlimiti allargati": la ricerca dei limiti intrinseci al principio di retroattività favorevole su base convenzionale¹¹⁴, che si fondano sulle indicazioni della Corte circa la sua conformazione assiologica e le deroghe ad esso opponibili.

¹¹³ Si veda Corte cost., 28 novembre 2012 n. 264, § 4.1.; Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317, § 7: «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti. Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela». Che sia il massimo standard di tutela la prospettiva che il giudice nazionale deve seguire nell'individuazione degli eventuali controlimiti al principio di retroattività favorevole, è sottolineato da MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, cit., 491. Per una critica alla contrazione del criterio del massimo standard di tutela ad opera di quelle sentenze costituzionali (come la n. 236/2011) che ritengono il principio convenzionale di retroattività favorevole soggetto a deroghe, pur fondate sulla tutela di principi costituzionali interni, si veda DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir pen. cont.*, 2013, 1, 171. Invece, secondo RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, cit., par. 2, 6, nel perseguimento del massimo standard di tutela tra quella offerta dalla C.E.D.U. e quella fornita dalla Costituzione, si tratta «ogni volta di stabilire dove si fissa il punto di sintesi più elevato di tutti i valori in campo, dov'è cioè la tutela più "intensa" (non già del singolo diritto bensì) dell'intero patrimonio dei diritti e, ancora più largamente, dei beni meritevoli di protezione».

¹¹⁴ Con riguardo al principio di retroattività favorevole nella sua derivazione convenzionale, VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, cit., 10, ha ritenuto che la sentenza costituzionale n. 236/2011 abbia circoscritto il suo ingresso nel nostro ordinamento attraverso il rinvenimento di «limiti impliciti» allo stesso, piuttosto che mediante l'individuazione di «controlimiti» di matrice costituzionale interna». In quel caso, i limiti impliciti di cui trattasi sono stati ricollegati a quanto enunciato dalla Corte EDU nel caso *Scoppola*, che ha ricondotto il principio nella cornice di cui all'art. 7 C.E.D.U. a condizione che la legge più favorevole di cui si predica l'applicazione retroattiva sia stata emanata prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

In tal senso, va rilevato che la Corte di Strasburgo non soltanto ha stabilito la sussumibilità del principio nell'art. 7 C.E.D.U. e individuato nel passaggio in giudicato della sentenza di condanna un'eccezione alla sua operatività, ma ha più volte fatto richiamo alla proporzione come valore cardine sotteso alla retroattività favorevole della legge penale.

Sul punto, la sentenza *Scoppola* è stata chiara: «Agli occhi della Corte, è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'articolo 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene *proporzionata*. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano *ormai eccessive*»¹¹⁵. La Corte di Strasburgo ha così affermato che il diritto all'applicazione retroattiva della legge più favorevole va interpretato come funzionale a garantire che il cittadino non debba continuare a espriare una pena sproporzionata *in eccesso*, e quindi non necessaria, rispetto a un fatto precedentemente compiuto, di cui l'ordinamento giuridico abbia successivamente ridimensionato il riconoscimento della portata lesiva e le conseguenze sanzionatorie.

Ancora più calzanti sono i rilievi della sentenza *Ruban c. Ucraina*, in cui il rinvenimento di un collegamento tra il principio di retroattività favorevole e quello di proporzione si è spinto al punto da portare la Corte EDU a disconoscere la violazione dell'art. 7 della Convenzione in un caso in cui il rifiuto delle autorità nazionali di applicare retroattivamente la *lex mitior*¹¹⁶, era dovuto alla

¹¹⁵ [corsivi aggiunti] Corte EDU, 17 settembre 2009, GC, *Scoppola c. Italia*, cit., § 108. Si veda MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, cit., 490, secondo cui la sentenza Scoppola «ricollega significativamente la *lex mitior* alle esigenze di legalità e proporzione espresse nel brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege*».

¹¹⁶ Nel caso di specie, si trattava di stabilire se, in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che prevedeva la pena di morte come alternativa a quella della reclusione da otto a quindici anni, per il delitto di omicidio aggravato, avvenuta il 29 dicembre 1999, la clausola sanzionatoria rimasta in vita nel codice penale – quella, cioè, che preveda la sola pena detentiva temporanea – fosse applicabile

circostanza che la pena da essa prevista risultava sproporzionata *in difetto* rispetto al disvalore minimo effettivamente attribuito al fatto dall'ordinamento nazionale nel periodo intercorso tra la legge in vigore al tempo della sua realizzazione e la legge vigente in quel momento. Nel caso di specie, la norma più favorevole era ricavabile dalla *lex intermedia* sorta all'esito di una dichiarazione di parziale incostituzionalità di una norma previgente, e costituiva il frutto di un involontario *gap* lasciato dal legislatore prima di un intervento di riforma mirato a superare il vuoto di tutela¹¹⁷. La pronuncia, quindi, si distingue per avere individuato nella proporzione anche un limite intrinseco al principio convenzionale di retroattività favorevole¹¹⁸ – pur nella specifica ipotesi in cui la legge in assoluto più mite non possa considerarsi il prodotto di un intenzionale

al ricorrente, che aveva commesso il fatto precedentemente alla sentenza della Corte costituzionale, o se, invece, fosse applicabile retroattivamente la successiva legge di riforma del codice, entrata in vigore il 29 marzo 2000, in cui, per il medesimo fatto, era comminata la pena dell'ergastolo in alternativa a quella della reclusione temporanea. In particolare, la Corte costituzionale ucraina aveva negato l'applicazione retroattiva della legge in assoluto più mite – ossia, quella in vigore nel periodo intermedio tra la declaratoria di incostituzionalità e l'entrata in vigore della nuova legge – sulla base del presupposto che «*after its decision of 29 December 1999 the Code of 1960 did not become a new law that mitigated criminal liability of individuals who had committed particularly serious crimes*» (v. Corte EDU, 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*, cit., § 26).

¹¹⁷ Corte EDU, 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*, cit., §§ 45-46.

¹¹⁸ Cfr. GALANTE, *La non proporzionalità del trattamento sanzionatorio come limite all'operatività del principio convenzionale della retroattività* in mitius, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 191-192; MANES, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in www.questionegiustizia.it, aprile 2019, 300. Già prima della sentenza *Ruban*, la necessità e la proporzione della risposta sanzionatoria sono state individuate come fondamenti e, al tempo stesso, limiti del principio di retroattività favorevole di matrice convenzionale, da DESPORTES-LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*⁶, Paris, 2009, 271; MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, cit., 490, che lo desumeva *a contrario* da alcuni passaggi della sentenza Scoppola.

intervento legislativo¹¹⁹ –, così chiarendo che si tratta di un valore giuridico che, «così come è in grado di limitare la necessità di pena, può al contempo fondarla»¹²⁰.

Interpretando l'art. 7 secondo le indicazioni della Corte EDU, si potrebbe intravedere nella proporzione un limite interno al principio di retroattività su base convenzionale anche nell'ipotesi dell'abrogazione dell'illecito amministrativo punitivo con contestuale incriminazione del medesimo fatto¹²¹. In tal senso,

¹¹⁹ Cfr. Corte EDU, 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*, cit., § 45: «*In the light of the Court's case law under Article 7, the intention of the legislator to humanize the criminal law and to give retrospective effect to more lenient law is an important factor (Gouarré Patte v. Andorra, cited above, § 35). From the cited domestic law and practice, the Court cannot detect any intention of the legislator in particular, and of the State in general, to mitigate the law to the extent claimed by the applicants.*» Un caso simile, in cui già i Giudici nazionali hanno escluso la retroattività della legge intermedia più mite, nel caso in cui la stessa sia il risultato di una svista e non di una reale intenzione del legislatore, è avvenuto in Germania pochi anni fa. La legge tedesca di attuazione del Regolamento UE, n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato, *Ersten Finanzmarktnovellierungsgesetzes* (BGBl. I Nr. 31 v. 1. 7. 2016, S. 1514), che disponeva l'abrogazione delle precedenti infrazioni amministrative in materia, previste dal *WpHG*, era entrata in vigore il 2 luglio 2016, un giorno prima del termine fissato a livello europeo per l'entrata in vigore delle nuove norme del MAR (3 luglio 2016), a cui la legge nazionale "in bianco" faceva rinvio per la delineazione dei divieti e delle correlate condotte da sanzionare. Il ricorrente aveva dunque invocato l'applicazione retroattiva della legge vigente nel periodo intermedio – sostanzialmente efficace per il solo giorno intercorrente tra la pubblicazione in gazzetta della stessa legge nazionale abrogatrice e l'entrata in vigore della normativa europea – grazie alla quale lo stesso riteneva di potere beneficiare dell'impunità per le azioni illecite precedentemente compiute. La Corte di giustizia federale (*BGH Beschluss*, v. 10.01.2017 - 5 StR 532/16, in *JZ* 2017, 478 ss.) ha invece confermato la condanna dell'imputato, sulla base della considerazione che la legge intermedia di cui voleva beneficiare rappresentava non il prodotto di una lacuna normativa, ma soltanto il frutto di una costruzione interpretativa dissonante con le reali intenzioni del legislatore tedesco, che aveva invece mirato a una *Lückenlose Ahndung* delle condotte di *Marktmanipulation* e *Insiderhandel*, attraverso un'attribuzione di rilevanza "per rinvio" alle definizioni del MAR, con efficacia sul piano normativo nazionale fin dal momento della pubblicazione in gazzetta della legge interna, a prescindere dalla successiva entrata in vigore dello stesso Regolamento. In dottrina, MÖLLERS-HERZ, *Generalamnestie von Kursmanipulationen im Kapitalmarktrecht? Sanktionslücken durch das Redaktionsversehen des Gesetzgebers und der untaugliche Rettungsversuch des BGH*, in *JZ*, 2017, 445 ss., si sono mostrati critici verso la sentenza, ritenendo che la stessa abbia comportato un'indebita invasione giudiziale del campo di competenza del potere legislativo, nonostante abbiano riconosciuto che la stessa sia stata finalizzata a evitare l'artificiale creazione di una lacuna sanzionatoria (*Sanktionslücke*), e quindi una sostanziale amnistia (*Generalamnestie*), nell'ambito della tutela penale del mercato tedesco dei capitali.

¹²⁰ MANES, *Retroattività, diritto e processo penale*, cit., 300.

¹²¹ Secondo Corte cost., 68/2017, è «da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, "[l]'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri" (sentenze n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze n. 276 e n. 36 del 2016)». Secondo VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia*

il giudice che - ritenendo che gli effetti dell'abrogazione dell'illecito amministrativo con contestuale incriminazione del medesimo fatto, rientrino in uno spazio normativamente non regolato - debba decidere se procedere alla diretta attuazione al principio, potrebbe optare per una soluzione negativa, fondata sul dato valutativo secondo cui l'esenzione dalla punibilità per un fatto che non ha mai cessato di essere punito dall'ordinamento, dal momento della sua realizzazione fino a quello del giudizio, non sarebbe proporzionata al disvalore minimo attribuitogli in quel lasso temporale. A un tale esito potrebbe pervenirsi anche qualora la strada percorsa dal giudice - che, invece, ritenga di non riscontrare uno spazio non regolato in materia - sia un tentativo di interpretazione conforme dell'art. 1 della legge n. 689/1981 o, più probabilmente, un ricorso incidentale di costituzionalità della norma; tenendo ulteriormente conto che, esaurite le vie di ricorso interno, la stessa Corte di Strasburgo potrebbe essere chiamata dal condannato a decidere circa il contrasto dell'art. 1 con l'art. 7 C.E.D.U. e a sciogliere ogni dubbio circa la possibilità di assumere la proporzione della pena come limite intrinseco della retroattività favorevole nell'ipotesi della successione "impropria" di leggi amministrative punitive e penali.

Dando poi uno sguardo al distinto, ma per certi versi interconnesso, piano eurounitario, potrebbe darsi rilievo a quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Paoletti del 2016, secondo cui il principio di retroattività favorevole «*is based on the conclusion that the legislature changed its position either on the criminal classification of the act or the penalty to be applied to an offence*»¹²²; in tal senso, l'abrogazione dell'illecito amministrativo punitivo con contestuale incriminazione del medesimo fatto non esprimerebbe quel mutamento di posizione del legislatore circa l'inquadramento penale del fatto, che, secondo la pronuncia della Corte di giustizia, costituirebbe il presupposto per

della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive', cit., 272, per il giudice nazionale, «interpretare la Convenzione non può che significare, allora, anticipare - se necessario - la Corte EDU nello scioglimento di nodi esegetici che non sono ancora stati sottoposti alla sua attenzione, nella realistica consapevolezza che il compito della Corte di Strasburgo è semplicemente quello di fissare linee interpretative generali e comuni per 47 diversi ordinamenti giuridici, destinate necessariamente ad essere concretizzate e sviluppate nei singoli ordinamenti nazionali a fronte delle miriadi di questioni problematiche che ivi quotidianamente si pongono».

¹²² Corte giust. UE, 6 ottobre 2016, *Procura della Repubblica c. Giampaolo Paoletti e a.*, cit., § 27.

applicare il principio di retroattività favorevole nella sua massima estensione, in modo cioè da travolgere ogni effetto penale in corso o comunque potenziale¹²³. In base ai precedenti rilievi, anche qualora si riconduca nell'ambito di attuazione del diritto UE la materia in cui venga in rilievo la particolare successione "impropria" di leggi qui considerata, non potrebbe ritenersi che la Corte di giustizia abbia conferito al principio di retroattività *in mitius* di cui all'art. 49 C.D.F.U.E., una portata più ampia di quella risultante dall'art. 7 C.E.D.U., per come interpretato dalla Corte di Strasburgo, tale da consentire la diretta applicazione della Carta di Nizza per escludere la punibilità di chi abbia commesso il fatto prima del mutamento del regime sanzionatorio. Qualora il giudice versi in dubbio, potrà comunque chiamare la stessa Corte di Lussemburgo, attraverso un ricorso in via pregiudiziale, a pronunciarsi sull'interpretazione del principio nella sua dimensione eurounitaria, in quanto rilevante per la risoluzione della controversia.

Valorizzando i rinvenuti collegamenti tra proporzione e retroattività *in mitius* nell'ambito della vicenda portata all'esame del Tribunale di Ragusa, l'introduzione delle fattispecie incriminatrici delle condotte di sosta e transito in acque territoriali italiane, in sostituzione di quelle amministrative previgenti, dimostra che, secondo il legislatore, i medesimi fatti non hanno cessato di esercitare un impulso offensivo verso il bene giuridico protetto, ma che questo impulso è divenuto addirittura meritevole di stigma penale. Nessuna iniquità, dunque, ma, al contrario, una garanzia di proporzione sarebbe ricollegabile all'opponimento di un ostacolo all'applicazione del principio di retroattività favorevole, nella sua dimensione normativa sopranazionale, laddove quest'ultimo risulti strumentale a impedire la punibilità dei fatti compiuti precedentemente al mutamento della qualificazione giuridica dell'illecito.

¹²³ Sulla nozione di "materia penale" adottata dalla Corte di giustizia, a cui potere ricondurre, in base ai medesimi criteri fatti propri dalla Corte di Strasburgo, anche gli illeciti amministrativi punitivi, si veda *supra*, nota 54. Pur in assenza di un'esplicita indicazione della Corte di giustizia circa le diverse conseguenze da fare discendere da ciascuno dei due presupposti indicati nella sentenza *Paoletti* - il mutamento di posizione sulla classificazione penale dell'atto, da una parte, e il mutamento di posizione sulla sanzione da applicare all'illecito, dall'altra -, si ritiene di potere ragionevolmente affermare che il secondo presupposto, ossia la modifica legislativa della sanzione penale comminabile, dovrebbe consentire al giudice di applicare retroattivamente quest'ultima, se più mite della precedente.

L'unica fattispecie, tra quelle portate all'attenzione del Tribunale di Ragusa, rispetto a cui si potrebbe predicare l'immediata applicazione del principio per escludere la punibilità dei fatti pregressi, sarebbe quella oggetto dell'intervento non solo formalmente abrogativo ma anche sostanzialmente abolitivo del legislatore: la violazione del divieto ministeriale di ingresso in acque territoriali italiani, che, in seguito al d.lgs. n. 286/1998, non costituisce più un illecito, né amministrativo né penale, e resterebbe pertanto al di fuori della successione di leggi *stricto sensu*.

4.3. (segue): *L'applicabilità del principio di retroattività favorevole in funzione mitigatrice delle sanzioni amministrative applicabili ultrattivamente*. Una volta escluso che, rispetto alla successione "impropria" di leggi amministrative punitive e penali, l'illiceità dei fatti sia venuta meno in seguito al mutamento del regime sanzionatorio e che, conseguentemente, le condotte antecedenti alla riforma debbano andare esenti da punibilità attraverso l'applicazione del principio di retroattività favorevole, si potrebbe concludere che il fenomeno in esame non rientri in uno spazio normativamente non regolato (a differenza di quanto potrebbe dirsi, invece, qualora la legge sopravvenuta faccia cessare *in toto* l'illiceità del fatto o ci si trovi al cospetto di una successione modificativa, in senso migliorativo, di leggi sanzionatorie amministrative), ma che sia disciplinabile dalle norme vigenti in materia: a venire in rilievo, infatti, sarebbero l'art. 2, co. 1, c.p., che impedirebbe l'applicazione della pena comminata in seguito all'intervento abrogativo, e l'art. 1 della legge n. 689/1981, secondo cui le leggi che prevedono sanzioni amministrative regolano i fatti commessi successivamente alla loro entrata in vigore, secondo il principio *tempus regit factum*¹²⁴. Sarebbe

¹²⁴ Secondo SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 31, «ciascun fatto, sia per ciò che riguarda il regime della sua essenza, della sua struttura e dei suoi requisiti, sia per ciò che riguarda il regime delle sue conseguenze, è di massima sottoposto alla legge del tempo in cui venne posto in vita. Secondo una nota massima, la quale ben traduce questo principio, *tempus regit factum*». Così già CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. II, Firenze, 1907, § 746, secondo cui il principio del *tempus regit actum*, invece, indicherebbe che la legge applicabile sia quella vigente al momento del giudizio. Sull'ambiguità di tale brocardo, talvolta utilizzato, all'inverso, per indicare l'applicazione della legge in vigore al momento del fatto, si veda PODO, voce *Successione di leggi penali*, 649.

la sanzione amministrativa, quindi, a doversi applicare ultrattivamente ai fatti pregressi.

Le precedenti conclusioni non impediscono che, a questo punto, il principio di retroattività *in mitius* possa essere invocato almeno per garantire al colpevole il trattamento punitivo più favorevole tra quelli previsti dalle leggi succedutesi. Difatti, l'applicazione della previgente sanzione amministrativa ai fatti commessi sotto la vigenza della precedente legge, potrebbe determinare, per l'autore dell'illecito, delle conseguenze più gravose di quelle che lo stesso subirebbe se fosse, in astratto, destinatario della sopraggiunta sanzione penale.

Abbiamo già ricordato che la sentenza costituzionale n. 223/2018 ha infranto il dogma della presunzione di maggiore favore delle sanzioni amministrative introdotte in seguito a un intervento di depenalizzazione, rispetto alle pene precedentemente in vigore¹²⁵: quando, da un confronto dei complessi sanzionatori succedutisi, emerge che quello amministrativo presenti un carattere sostanzialmente punitivo e comporti, per l'autore dell'illecito, privazioni (fondamentalmente di tipo economico) maggiori di quello formalmente penale, sarà possibile denunciare l'illegittimità costituzionale della norma transitoria che disponga la retroattività del primo, per violazione degli artt. 25, comma 2, e 117 della Costituzione, quest'ultimo per rinvio "mobile" all'art. 7 della C.E.D.U. Tuttavia, già all'indomani della sentenza n. 68/2017 – con cui la Consulta aveva inizialmente dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità poi riproposte ed accolte nel 2018 –, una parte della dottrina aveva espresso delle perplessità circa il criterio del "confronto complessivo" tra i regimi sanzionatori eterogenei in successione, indicato dalla stessa Corte ai giudici rimettenti come strumento valutativo necessario per l'accoglimento della questione di costituzionalità¹²⁶. Si è, in tal senso, affermato che si avrebbe una violazione del

¹²⁵ Si veda Corte cost., n. 223/2018, cit., § 6.2., secondo cui si deve «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».

¹²⁶ Così VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative punitive*, cit., 273 ss., che, all'indomani del deposito delle motivazioni della sentenza costituzionale n. 68/2017, affermò che 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». Conf. AMARELLI, *Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali: il discorso incompiuto*

principio di irretroattività anche quando la sanzione amministrativa punitiva di nuova introduzione – considerata singolarmente e non come parte dell'intero bagaglio punitivo di pertinenza – risulti non solo formalmente differente, ma anche sostanzialmente non corrispondente ad alcuna di quelle facenti parte del carico punitivo previgente (si pensi a una confisca per equivalente non prevista per la fattispecie penale), oppure quando la sanzione amministrativa sia genericamente corrispondente alla pena abrogata (come può dirsi per la sanzione pecuniaria rispetto alla multa o all'ammenda) ma eccedente, nei suoi limiti quantitativi irrogabili, rispetto alla cornice edittale di quest'ultima: in entrambi i casi, l'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa comprometterebbe il requisito della necessaria prevedibilità delle conseguenze punitive al momento della realizzazione del fatto, valore fondante del principio di irretroattività¹²⁷.

Nell'ipotesi, diametralmente opposta, della successione di leggi amministrative punitive e penali, mutano le norme da applicare, i valori da tutelare e i principi costituzionali da invocare, ma non le ragioni che potrebbero portare l'autore del fatto a preferire l'irrogazione di una sanzione penale anziché amministrativa.

Si pensi proprio alle fattispecie che si sono succedute nella normativa sull'ingresso, la sosta e il transito navale nel mare territoriale. Il decreto Lamorgese era stato diretto non solo ad abolire uno degli illeciti amministrativi previsti dal decreto Salvini, ma altresì a favorire il colpevole dei fatti puniti anche in base alla stessa riforma, attraverso la comminatoria di sanzioni formalmente penali ma di un ammontare talmente esiguo, da esporle concretamente a un alto rischio di ineffettività, grazie alla probabile operatività di una serie di cause estintive del reato: un intervento apparentemente stigmatizzante, insomma, ma

della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies t.u.f., in *Giur. cost.*, 2017, 2, 691 ss.; CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù?*, cit., 472 ss.; TIGANO, *Successione di leggi penali ed amministrative punitive*, cit., 38 ss., 45.

¹²⁷ In tal senso, 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 punitiva infliggibile, al momento del compimento del fatto, VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, cit., 275; AMARELLI, *Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali*, cit., 700.

realisticamente diretto a mitigare la posizione del colpevole¹²⁸. E, difatti, da un lato, il bagaglio amministrativo punitivo apprestato con la legge di conversione del d.l. n. 53/2019, includeva una sanzione patrimoniale ricompresa tra 150.000 e 1.000.000 di euro e la sanzione accessoria della confisca obbligatoria della nave utilizzata per la violazione, preceduta dal suo sequestro cautelare; dall'altro, la successiva legge n. 173/2020 ha introdotto la pena della reclusione fino a due anni e della multa da 10.000 a 50.000 euro, e non ha più contemplato la sanzione della confisca della nave.

Tuttavia, l'autore del fatto, pur ipoteticamente trovando più conveniente rispondere secondo la legge penale successiva, non avrebbe modo di invocarne l'efficacia retroattiva, sia per via dello sbarramento opposto dall'art. 2, co. 1, c.p. – la cui tenuta costituzionale è oltretutto indiscutibile –, sia in mancanza di una norma che gli attribuisca il potere di scegliere la legge che ritenga più favorevole tra quelle in successione “impropria”¹²⁹. L'ultrattività della precedente sanzione amministrativa rispetto ai fatti *sub iudicio* si impone, dunque, come esito indefettibile, ma denso di criticità, della soluzione interpretativa qui suggerita.

Una soluzione percorribile sarebbe quella di rivendicare la sostanziale afferenza dell'illecito amministrativo abrogato alla sfera della materia penale, al fine di procedere a un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 1 della legge n. 689/1981 e di limitare, in tal modo, l'ultrattività a quelle sole sanzioni amministrative che non determinino effetti punitivi maggiori di quelli ricollegabili al complesso penale di nuova introduzione¹³⁰. Si potrebbe così

¹²⁸ Così MASERA, *Retroattività in mitius e sanzioni amministrative “punitive”*, cit., par. 3, 7, secondo cui si tratta di «un illecito penale dal blando contenuto sanzionatorio (reclusione senza minimo edittale, sanzione pecuniaria di importo 20 volte inferiore alla precedente, nessuna ipotesi speciale di confisca)». Sottolinea l'effetto stigmatizzante del nuovo bagaglio sanzionatorio di natura penale, quand'anche ritenuto sostanzialmente più favorevole di quello amministrativo precedente, ZIRULLA, *Il diritto penale nel “Decreto Lamorgese”*, cit., 569.

¹²⁹ Critica, su quest'ultimo profilo, è PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 67.

¹³⁰ In dottrina, vi è stato chi ha obiettato che la riconduzione dell'illecito amministrativo alla sfera della materia penale, finalizzata all'applicazione del complesso punitivo più favorevole tra quelli eterogenei in successione, sia impedita – oltre che dal dettato dell'art. 2, co. 1, c.p. e dalla garanzia costituzionale formulata nell'art. 25, comma 2, qualora si individuino la *lex mitior* in quella penale successivamente introdotta – dalla valorizzazione della *ratio* per cui una misura non formalmente penale può essere qualificata come

sostanzialmente pervenire all'applicazione retroattiva non delle pene in sé e per sé, bensì dei confini sanzionatori da quelle segnate, laddove più circoscritti – e quindi più favorevoli – in rapporto all'ammontare delle previgenti sanzioni amministrative. Sarebbe opportuno, a tal fine, procedere a quel confronto atomistico che in dottrina era stato suggerito nell'ipotesi inversa della successione di leggi penali e amministrative punitive, per risolvere il potenziale contrasto delle norme di diritto transitorio con il principio di irretroattività; confronto che, nel caso di specie, sarebbe invece strumentale a garantire che il regime intertemporale applicabile in materia risulti conforme al principio di retroattività favorevole.

Nel delineare i suddetti confini sanzionatori, si pensi, anzitutto, che il principio di retroattività favorevole dovrebbe precludere l'applicazione di quelle misure punitive vigenti al momento dell'esecuzione dell'illecito, che il legislatore non abbia “sostituito” con delle omologhe sanzioni per il reato di nuova introduzione, e che quindi risultino non solo formalmente abrogate ma anche abolite (criterio “dell'omogeneità” o “della corrispondenza nel *genus*”)¹³¹: la retroattività *in mitius* si tradurrebbe, quindi, nel divieto di ultrattività delle sanzioni sostanzialmente non riprodotte nel nuovo ed eterogeneo bagaglio punitivo. Guardando al caso giurisprudenziale precedentemente esaminato, il riferimento va alla sanzione accessoria della confisca della nave utilizzata per commettere la

sostanzialmente tale in base ai criteri *Engel*, ossia l'espansione delle garanzie dell'autore dell'illecito, diametralmente opposta all'estensione della punibilità dello stesso, «esito quest'ultimo che invece si produrrebbe, sotto il profilo temporale, laddove la riqualificazione dell'illecito amministrativo fosse invocata per sostenerne la continuità normativa, altrimenti insussistente, con un successivo illecito penale»: così ZIRULLA, *Il diritto penale nel “Decreto Lamorgese”*, cit., 570; MASERA, *Retroattività in mitius e sanzioni amministrative “punitive”*, cit., par. 7. In realtà, la soluzione qui prospettata perviene a qualificare come sostanzialmente penale l'illecito amministrativo previgente soltanto dopo avere provato a dimostrare che l'abrogazione dell'illecito amministrativo con contestuale incriminazione del medesimo fatto non integra un intervento abolitivo e non può determinare, attraverso l'applicazione del principio di retroattività favorevole, l'impunità di colui che abbia realizzato la fattispecie amministrativa previgente: ne discende che la punibilità dello stesso andrebbe fatta discendere dal dettato dell'art. 1 della legge n. 689/1981 e non certo dalla riqualificazione dell'illecito amministrativo come sostanzialmente penale. Quest'ultima, invece, potrebbe intervenire in un momento successivo, al fine di procedere al confronto tra regimi sanzionatori rispondenti ai criteri *Engel* e di determinare la sanzione punitiva più favorevole da applicare, senza per questo scardinare, come vedremo, le garanzie costituzionali in tema di irretroattività.

¹³¹ Cfr., nell'inverso contesto della depenalizzazione con norme di diritto transitorio, TIGANO, *Successione di leggi penali ed amministrative punitive*, cit., 46.

violazione, prevista nel d.l. n. 53/2019, secondo le modifiche della legge di conversione n. 77/2019, ma non riproposta nel d.l. n. 130/2020, e la cui natura punitiva è stata a buon diritto rilevata dallo stesso Tribunale di Ragusa¹³².

Successivamente si dovrebbero prendere in considerazione quelle sanzioni amministrative punitive che siano state sostituite da pene geneticamente corrispondenti, per stabilire se l'ammontare di queste ultime sia inferiore a quello delle precedenti sanzioni (criterio "quantitativo")¹³³. Il riferimento va, in particolare, alle sanzioni patrimoniali: in questo caso, la retroattività dei - per ipotesi - più miti limiti edittali della pena pecuniaria si tradurrebbe nel divieto di ultrattività della soglia, minima o massima, della corrispondente sanzione amministrativa comminata in misura superiore a quelli. Nel caso di specie, i limiti minimi e massimi della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dalla legge n. 77/2019 (150.000 - 1.000.000 di euro), anch'essa ritenuta di carattere punitivo dal giudice *a quo*, avrebbero dovuto essere comparati con il compasso edittale della multa introdotta in seguito alla successiva criminalizzazione del fatto (10.000 - 50.000 euro), che - tenendo conto del criterio di computo adottato dal d.lgs. 8/2016 - andrebbe rideterminato tenendo conto anche della pena detentiva congiuntamente prevista (reclusione fino a due anni), opportunamente convertita in base ai criteri di ragguglio di cui all'art. 135 c.p.: ne consegue che, a fronte di una pena patrimoniale ricompresa, in seguito al suddetto ricalcolo, tra i 10.250 e i 232.500 euro, sarebbero questi i limiti, rispettivamente minimi e massimi, da applicare retroattivamente alla sanzione amministrativa pecuniaria irrogabile al colpevole.

Seguendo il prospettato *iter*, il giudice finirebbe sostanzialmente per dare vita a un terzo complesso sanzionatorio rispetto a quelli in successione, applicabile in via transitoria soltanto ai fatti illeciti commessi prima della modifica normativa¹³⁴. Tale operazione, sebbene preclusa nell'ambito della disciplina

¹³² Si veda Trib. Ragusa, cit., § IV: «dalla previsione che la confisca della nave venga disposta sempre, senza essere ad esempio subordinata alla reiterazione della condotta, può desumersene l'elevata carica afflittiva, che può spiegarsi in funzione di una finalità di deterrenza o prevenzione generale negativa, certamente comune alle pene in senso stretto».

¹³³ Cfr., *mutatis mutandis*, TIGANO, *Successione di leggi penali ed amministrative punitive*, cit., 48 ss.

¹³⁴ Ritiene che il regime di diritto transitorio costituisca comunque un terzo regime sanzionatorio, diverso sia da quello previgente sia da quello di nuova introduzione, PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della*

codicistica della successione di leggi penali nel tempo, non è vietata da alcuna norma nel caso della successione “impropria” di leggi eterogenee¹³⁵ e, anzi, sarebbe in qualche modo imposta dal rispetto dei principi costituzionali di diritto intertemporale, in un contesto di successione tra regimi sanzionatori formalmente diversi ma sostanzialmente afferenti alla medesima area della “materia penale”, rispetto ai quali l’applicazione del complesso sanzionatorio amministrativo – stabilita da una norma transitoria, in caso di depenalizzazione, o dall’art. 1 della legge n. 689/1981, in caso di abrogazione dell’illecito amministrativo con contestuale incriminazione del medesimo fatto – non darebbe al colpevole la certezza di beneficiare del complesso sanzionatorio effettivamente più favorevole.

Un ultimo appunto riguarda il corretto *modus operandi* del giudice ordinario che intenda applicare il principio di retroattività alla successione modificativa di leggi amministrative punitive e penali. La prospettata soluzione dell’esegesi convenzionalmente orientata si fonda sul dato per cui l’applicazione delle sanzioni amministrative avverrebbe sulla base della legge vigente al momento della realizzazione del fatto, ma interpretando l’art. 1 della Legge di depenalizzazione conformemente all’art. 7 C.E.D.U., e così circoscrivendo il carico

loro retroattività, Padova, 1937, 89.

¹³⁵ Ritengono che l’art. 2, comma 4, si applichi soltanto alla successione di leggi penali *stricto sensu*, PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1381 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 57 ss.; GAMBARDELLA, *L’abrogazione della norma incriminatrice*, cit., 151-152; CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù?*, cit., 471. In giurisprudenza così Cass., Sez. IV, 26 settembre 2016, n. 39842; Cass., Sez. un., 28 giugno 2012, n. 25457, cit.; Cass., Sez. IV, 1 giugno 2011, n. 22157; Cass., Sez. IV, 24 novembre 2010, n. 41564; Cass., Sez. IV, 28 settembre 2010, n. 38692; Cass., Sez. un., 27 giugno 1994, n. 7394, cit.; Cass., Sez. V, 5 maggio 2004, n. 21064; Cass., Sez. V, 29 aprile 1977, Andreozzi, in *Cass. pen.*, 1978, 681. Inoltre, 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, comunque, penale *in malam partem* della norma, Cass., Sez. II, 12 novembre 2014, n. 24111, cit.; Cass., Sez. un., 10 agosto 2012, n. 14374, cit.; Cass., Sez. lav., 26 gennaio 2012, n. 1105, cit.; Cass., Sez. III, 3 aprile 2000, n. 4007, cit.; Cass., Sez. I, 21 giugno 1999, n. 6232, cit. In dottrina conf. LAMBERTUCCI, *Depenalizzazione - sub art. 1, l. n. 689 del 1981*, cit., 971. Invece, ritengono che, laddove manchi una disciplina transitoria, la norma codicistica possa essere applicata ai casi di depenalizzazione PETRONE, *L’abolitio criminis*, Milano, 1985, 36; ALBANO, *Nuovo codice della strada, depenalizzazione e diritto transitorio*, cit., 1807; ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 125 ss.; MANES, *Profili e contenuti dell’illecito para-penale*, cit., 1000 ss. In giurisprudenza, così, Cass., Sez. II, 24 febbraio 2006, n. 7180, Seye; Cass., Sez. I, 7 marzo 2005, n. 4924; Cass., Sez. I, 19 aprile 1995, n. 4409; Cass., Sez. VI, 8 febbraio 1974, in *Foro it.*, 1975, II, 141-142.

punitivo passibile di ultrattività attraverso il raffronto con l'entità delle - per ipotesi - più miti pene successivamente introdotte. Qualora, tuttavia, si ritenga che ricalibrare "verso il basso" la tipologia e l'entità delle sanzioni amministrative costituisca un'operazione confliggente con il dettato della disposizione - soprattutto in relazione alla potenziale delineazione di un minimo edittale inferiore a quello previsto dalla legge in vigore al momento del fatto -, sarebbe necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 per ritenuto contrasto con gli artt. 3 e 117 della Legge fondamentale, nella parte in cui non prevede che le sanzioni irrogabili in forza della legge entrata in vigore prima della commissione della violazione, non possano essere più afflittive di quelle previste dalla legge penale successiva. A tal fine, la censura andrebbe modulata con specifico riferimento alla sanzione amministrativa - di cui si sia previamente accertato il carattere punitivo - presa in considerazione nel giudizio principale¹³⁶.

5. Conclusioni. All'esito della presente disamina, si può giungere alla conclusione che, nell'abrogazione dell'illecito amministrativo con contestuale incriminazione del medesimo fatto, non sia riscontrabile un intervento abolitivo i cui effetti vadano applicati retroattivamente.

Non vi sarebbe ragione di invocare la garanzia di cui all'art. 3 Cost., poiché l'autore della violazione pregressa non subirebbe certamente una discriminazione per il fatto di soggiacere a una sanzione che ha già dispiegato pienamente i suoi effetti nei confronti di alcuni di coloro che abbiano commesso il fatto precedentemente e la cui minaccia continuerebbe a incombere sui consociati,

¹³⁶ Si ricorda che Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, § 4.5., rigettò la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 689/1981, censurata nella parte in cui la norma non prevede l'applicazione all'autore dell'illecito amministrativo della legge successiva più favorevole, poiché «un intervento come quello invocato dal rimettente, in quanto finalizzato alla generalizzata ed indiscriminata estensione del principio della *lex mitior* a tutto il sistema sanzionatorio amministrativo, risulta esorbitante dall'ambito della disciplina settoriale della quale il giudice *a quo* è chiamato a fare applicazione». Si vedano i commenti di SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il 'caso' delle sanzioni amministrative*, cit., 1401 ss.; CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, cit., 247 ss.; PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, cit., 270 ss.; BIANCHI, *Resta la frattura categoriale: il principio di retroattività in mitius non penetra nel diritto punitivo amministrativo*, cit., 316 ss.

addirittura con una rinnovata veste penale. Al contrario, l'applicazione del principio di retroattività favorevole nella sua massima estensione, in questa ipotesi, finirebbe per generare una situazione di diseguaglianza a vantaggio di colui che abbia commesso il fatto in epoca antecedente all'abrogazione dell'infrazione e sia ancora *sub iudicio*: rappresenterebbe, in definitiva, l'esito di un'operazione automatica e priva di ragioni giustificative ulteriori rispetto a quella insita nel criterio del *favor rei*, «in sé troppo vago per poterne dedurre contenuti normativi specifici»¹³⁷.

Sul piano del diritto convenzionale, poi, si può riconoscere che nemmeno la Corte di Strasburgo avesse intenzione di attribuire al principio di retroattività *in mitius* una portata applicativa indipendente da un qualunque collegamento con i valori e i principi che ne innervano la *ratio*; tanto che la stessa Corte, in diverse occasioni, ha rinvenuto nel principio di proporzione il fondamento, ma anche il limite, della retroattività. Per questa ragione, dovrebbe concludersi che la retroattività favorevole non possa costituire oggetto di un diritto garantito dall'art. 7 C.E.D.U. nei casi in cui la sua applicazione non assicuri, ma anzi comprometta, la proporzione della risposta punitiva al fatto illecito commesso. In definitiva, il principio di retroattività presenta dei confini mobili, in grado di prendere forma nel momento in cui vengano in gioco concrete questioni giuridiche sul piano del diritto nazionale, e di variare in funzione del controinteresse costituzionale che venga in gioco (limiti estrinseci) o persino della *ratio* che si attribuisca al principio stesso nella sua matrice costituzionale o sopranazionale (limiti intrinseci).

È chiaro che, soprattutto in relazione ai limiti intrinseci, la corretta conformazione del principio verrebbe a dipendere dalla capacità del giudice nazionale di interpretare fedelmente le sentenze della Corte EDU e della Corte di giustizia, potendo servirsi, in quest'ultimo caso, anche del ricorso in via pregiudiziale. Tuttavia, è piuttosto pacifico che la giurisprudenza di Strasburgo in tema di retroattività *in mitius* lasci affiorare diverse aporie di difficile risoluzione: si

¹³⁷ PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, cit., 948, e in tal senso già VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 707. La tesi del *favor libertatis* come fondamento delle previsioni codicistiche in materia di irretroattività sfavorevole e di retroattività favorevole, è attribuibile ad Antonio Pagliaro (si veda *supra*, nota 11).

pensi all'inclusione di alcune norme processuali nell'area della materia penale, come quelle concernenti la scelta del rito abbreviato¹³⁸, e all'esclusione, invece, dell'istituto della prescrizione¹³⁹; e soprattutto all'attribuzione di un fondamento convenzionale alla retroattività favorevole della *lex intermedia*¹⁴⁰, pur affermandosi l'illegittimità dell'inflizione di pene «che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano *ormai* eccessive»¹⁴¹, e cioè nell'attualità del giudizio¹⁴². Questi esiti interpretativi poco lineari lasciano trasparire che la discussione in materia possa dirsi tutt'altro che conclusa e che il principio presenti dei confini non solo variabili, ma pure incerti. E ciò con buona pace proprio delle istanze garantistiche di prevedibilità dell'applicazione della sanzione afferente alla materia penale, nel suo *an* e nel suo *quantum*, che gli stessi Giudici di Strasburgo hanno indicato come valore fondante anche della retroattività favorevole. Le rilevate incertezze, connaturate alla mancanza di basi normative chiare e indiscutibili del principio, che, al livello convenzionale, rappresenta il frutto di operazioni creative della Corte di Strasburgo, risultano accentuate dal silenzio serbato dal legislatore nazionale nel campo degli illeciti amministrativi punitivi: è in questo macro-settore che la prevedibilità delle sanzioni irrogabili – ritenuta dalla Consulta necessaria anche per il diritto amministrativo punitivo¹⁴³ –

¹³⁸ V. Corte EDU, 17 settembre 2009, GC, *Scoppola c. Italia*, cit., § 113.

¹³⁹ V. Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme and others v. Belgium*, ric. nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96, § 149 ss.; e, sebbene in via incidentale, Corte EDU, 17 settembre 2009, GC, *Scoppola c. Italia*, cit., § 110.

¹⁴⁰ Così Corte EDU, 3 dicembre 2019, *Parmak and Bakir c. Turchia*, ric. nn. 22429/07-25197/07, § 64; Corte EDU, 24 gennaio 2017, *Koprivnikar c. Slovenia*, cit., § 49; Corte EDU, 17 settembre 2009, GC, *Scoppola c. Italia*, cit., § 109: «where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of an offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgment is rendered, the courts must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant», ricalcando il dettato della previsione di cui all'art. 2, co. 4, c.p. In tal senso, implicitamente, anche Corte EDU, 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*, cit., § 45.

¹⁴¹ [corsivo aggiunto] Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 108, il cui testo originale usa inequivocabilmente l'avverbio *now*: «*Inflicting a heavier penalty for the sole reason that it was prescribed at the time of the commission of the offence would mean applying to the defendant's detriment the rules governing the succession of criminal laws in time. In addition, it would amount to disregarding any legislative change favourable to the accused which might have come in before the conviction and continuing to impose penalties which the State - and the community it represents - now consider excessive*».

¹⁴² Si vedano, in tal senso, le critiche di PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, cit., 405 ss.; VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, cit., 18.

¹⁴³ Si veda Corte cost., 29 maggio 2019, n. 134, § 3.2.; Corte cost., 13 giugno 2018, n. 121, § 15.3.: «Con

raggiunge la sua massima compromissione, per via dell'assenza, da un lato, di una norma che, espressamente e generalmente, preveda l'operatività del principio di retroattività *in mitius* e ne disciplini gli effetti nel caso dell'*abolitio* e in quello della successione di leggi, e, dall'altro, di un sufficiente nucleo di pronunce che attestino la posizione della giurisprudenza in ordine, appunto, ai limiti di quello.

La sentenza del Tribunale di Ragusa ne è la dimostrazione: se, da una parte, il giudice ha inteso porsi in linea con la Corte di Strasburgo e con la Consulta, dall'altro, l'assenza di un qualsivoglia dubbio (quantomeno manifestato) sui limiti di applicazione del principio, dimostra che il giudice comune non sa, o forse nemmeno vuole, districarsi nel labirinto multilivello delle fonti¹⁴⁴, preferendo optare per soluzioni più rapide e apparentemente più garantistiche, ma in realtà esclusivamente più benevole. Tuttavia, un qualunque tentativo di collocare l'applicazione retroattiva della *lex mitior* esclusivamente in una prospettiva di favore per il reo, a prescindere cioè dal suo inquadramento all'interno di logiche garantistiche generali, non solo non potrebbe esimere il giudice dal dovere di calarsi nel caso concreto e di decidere se il principio debba essere bilanciato con altri controinteressi di rango almeno equivalente¹⁴⁵, ma finirebbe anche per mettere in discussione il suo sostrato assiologico.

Vero è che vi è già almeno un caso in cui la retroattività favorevole, pur oggetto di una specifica regola normativa, appare priva di un'evidente base garantistica: si tratta della retroattività della legge penale intermedia più mite, agevolmente evincibile dal dettato dell'art. 2, comma 4, c.p., ma di cui si fatica a rinvenire

riferimento a questo tipo di sanzioni amministrative, il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il nome ad essa attribuito dall'ordinamento, del resto, non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di "conoscere", in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata». Cfr. VIGANO, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., 1791-1792.

¹⁴⁴ Su questo tema, si veda MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., *passim*.

¹⁴⁵ Infatti, gli interventi legislativi, ma anche quelli giudiziari, di favore per il reo non sono «una *political question* inaffrontabile, bensì piuttosto una zona che, per la particolare incisione che in essa può essere operata sulla sfera più gelosa dei diritti individuali, richiede uno *strict scrutiny*»: BIN, *Un ostacolo che la Corte non può aggirare*, in *Ai confini del "favor rei"*, cit., 112.

un fondamento costituzionale, perché avulsa dalle ragioni dogmatiche tradizionalmente sottostanti alla riconosciuta dimensione plurigarantistica del principio¹⁴⁶, e semmai radicabile, alternativamente, sul diritto acquisito a essere trattati secondo una legge successiva più favorevole, anche laddove abrogata al momento del giudizio¹⁴⁷, su una presunta tutela del “sospiro di sollievo” dell’imputato¹⁴⁸, o sul diritto dello stesso di non subire le conseguenze sfavorevoli delle lungaggini del processo, per cause a lui non imputabili¹⁴⁹. Tuttavia, anche a voler enfatizzare la circostanza che, sul piano convenzionale, il principio di retroattività favorevole è stato formalmente esteso alla *lex intermedia* dalla sentenza Scoppola e dalle successive, senza che, per questo, la Corte EDU si sia preoccupata di rinvenire delle solide ragioni a sostegno della sua affermazione, non pare che a tale esito possa giungersi *tout court* anche nell’ipotesi normativa dell’abrogazione dell’illecito amministrativo con contestuale incriminazione del fatto. In questo caso, infatti, l’intervento abrogativo non può essere identificato con una legge intermedia tra quella che configurava il fatto come illecito amministrativo e quella che attualmente lo tipizza come illecito penale, ma finisce per fare corpo con quest’ultima, risultando privo di una propria autonoma dimensione temporale di operatività. Tanto che non esiste uno spazio cronologico intermedio all’interno del quale possa dirsi che chi commette il fatto abbia agito lecitamente; non vi è alcun momento in cui l’imputato possa fare affidamento sull’entrata in vigore di una legge più favorevole, tirando il citato “sospiro di sollievo”; né vi è alcuna ragione per salvaguardare l’autore

¹⁴⁶ Che la retroattività della *lex mitior* intermedia sia priva di base costituzionale è sostenuto da 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.

¹⁴⁷ Cfr. ZUPPETTA, *Corso completo di legislazione penale complementare*, vol. I, Torino, 1852, 333-334.

¹⁴⁸ Così VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, cit., 18-19. Aderisce a questo orientamento SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive*, par. 5.

¹⁴⁹ Cfr. PECORELLA, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, vol. I, Milano, 2006, 630 ss.; ID., *L’efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 68 ss., ove l’A. ritiene preferibile fare derivare dal rispetto del principio di eguaglianza la necessità di non fare dipendere le sorti del reo dai tempi processuali; SCOLETTA, *Retroattività in mitius e pronunce di costituzionalità in malam partem*, cit., 348, ove si enfatizzano le ragioni di opportunità sottese alla retroattività favorevole della legge intermedia.

dell'infrazione dalle eventuali lungaggini del procedimento applicativo della sanzione amministrativa, dato che lo stesso non potrebbe comunque soggiacere alla pena di nuova introduzione.

Per le ragioni anzidette, e soprattutto per consentire che la retroattività favorevole non si traduca in un'ingiustificata e sproporzionata esenzione dalla punibilità, si rende dunque necessario applicare dei limiti intrinseci al principio convenzionale nella specifica ipotesi della successione "impropria" di leggi amministrative punitive e penali; limiti che si opporrebbero all'impunità di chi abbia commesso l'illecito prima del mutamento del regime sanzionatorio, con conseguente ultrattività della legge sanzionatoria amministrativa in vigore al momento del fatto.

Tuttavia, qualora il confronto tra regimi punitivi formalmente eterogenei ma sostanzialmente riconducibili all'area della "materia penale", disveli la necessità di superare la presunzione legislativa di maggior favore del complesso sanzionatorio amministrativo, il principio di retroattività *in mitius* potrebbe entrare in gioco per consentire al giudice di delimitare le sanzioni amministrative irrogabili ultrattivamente, attraverso il raffronto con le più circoscritte e/o più esigue pene successivamente comminate, laddove geneticamente corrispondenti alle prime.

Al di là delle strade percorribili dagli operatori di giustizia chiamati a dirimere probabili contrasti intorno alla disciplina di diritto intertemporale da applicare in tali casi, evidenti esigenze di certezza del diritto richiederebbero che il corretto inquadramento normativo del fenomeno dell'abrogazione dell'illecito amministrativo con contestuale incriminazione del medesimo fatto, per quanto di rara verificaione, passi attraverso una regolamentazione generale idonea a dissipare i dubbi circa la punibilità dei fatti commessi precedentemente al mutamento di qualificazione giuridica dell'illecito e in ordine ai limiti da apporre alle sanzioni amministrative eventualmente irrogabili, conformemente al principio di retroattività favorevole.