

Piersabino Salvemini

LA ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE
SOPRAVVENUTA DELLA SANZIONE
AMMINISTRATIVA NON TRAVOLGE IL
GIUDICATO. NOTE A MARGINE DI CORTE COST.,
24 FEBBRAIO 2017, N. 43

Working Paper 4/2017

ISSN 2531-9728

Diritti comparati. Working paper [Online]

Editore: Andrea Buratti, Giuseppe Martinico, Oreste Pollicino,

Giorgio Repetto, Raffaele Torino

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano

E-mail: submissions@diritticomparati.it

Data di pubblicazione: 24/05/2017

Piersabino Salvemini

LA ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE SOPRAVVENUTA DELLA SANZIONE
AMMINISTRATIVA NON TRAVOLGE IL GIUDICATO. NOTE A MARGINE DI
CORTE COST., 24 FEBBRAIO 2017 N. 43

Dottorando di ricerca in "Principi giuridici ed istituzioni
fra mercati globali e diritti fondamentali"

Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

SOMMARIO. *1. I fatti, le norme e i termini della questione di legittimità costituzionale. 2. L'efficacia delle norme incostituzionali e il limite del giudicato alla retroattività delle sentenze di accoglimento. 3. La Consulta salvaguarda la firmitas iudicati e la discrezionalità del legislatore nazionale. 4. L'illecito di diritto pubblico come categoria autonoma a garanzie variabili.*

1. I fatti, le norme e i termini della questione di legittimità costituzionale

La vicenda giudiziaria oggetto del presente commento si è sviluppata attraverso una pluralità di norme e di procedimenti la cui successione, per una migliore comprensione da parte del lettore, è preferibile ripercorrere in senso diacronico. La disciplina dei limiti di durata massima della prestazione lavorativa e delle sanzioni per i datori di lavoro inadempienti era prevista dal r.d.l 15 marzo 1923, n. 692, conv. nella l. 17 aprile 1925, n. 473, successivamente integrato, con riguardo all'obbligo di riposo settimanale e domenicale, dalla l. 22 febbraio 1934, n. 370.

I limiti edittali previsti sono stati ritenuti troppo poco severi ed il legislatore è intervenuto per innalzarli, in un primo momento, con il d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758 e, successivamente, sostituendo il descritto *corpus* normativo con l'art. 18-*bis*, co. 3 e 4, d.lgs. 8

aprile 2003, n. 66, introdotto, in attuazione delle Direttive 93/104/CE e 2000/34/CE, dal d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213 nell'esercizio del potere conferito con la l. delega 1° marzo 2002, n. 39¹.

Senonché l'art. 18-*bis* d.lgs. cit. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 153 del 2014, per eccesso di delega *ex art.* 76 Cost, con riferimento alla determinazione degli importi sanzionatori². Tanto premesso con riferimento allo scenario normativo di riferimento, il caso che ci occupa prende le mosse dall'applicazione della sanzione prevista dall'art. 18-*bis*, co. 4, d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, vigente *ratione temporis*, e colpita dalla pronuncia di incostituzionalità successivamente alla formazione del giudicato sull'accertamento in ordine alla sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito³.

Il datore di lavoro sanzionato, dunque, proponeva ricorso in opposizione, ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ., all'esecuzione delle cartelle di pagamento, eccependo la sopravvenuta incostituzionalità.

¹ Più precisamente, ulteriori modifiche normative sono state recate dall'art. 41 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, conv. dall'art. 1, co. 1, della l. 6 agosto 2008, n. 133; dall'art. 7 l. 4 novembre 2010, n. 183, e da ultimo, dall'art. 14, co. 1, lett. c), d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. dall'art. 1, co. 1, della l. 21 febbraio 2014, n. 9. Il comma terzo del cit. art. 18-*bis* prevede che «in caso di violazione delle disposizioni previste dall'articolo 4, comma 2, e dall'articolo 9, comma 1», con riferimento alla durata massima dell'orario di lavoro, «si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 750 euro. Se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero si è verificata in almeno tre periodi di riferimento di cui all'articolo 4, commi 3 o 4, la sanzione amministrativa è da 400 a 1.500 euro. Se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori ovvero si è verificata in almeno cinque periodi di riferimento di cui all'articolo 4, commi 3 o 4, la sanzione amministrativa è da 1.000 a 5.000 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta. In caso di violazione delle disposizioni previste dall'articolo 10, comma 1, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 600 euro. Se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero si è verificata in almeno due anni, la sanzione amministrativa è da 400 a 1.500 euro. Se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori ovvero si è verificata in almeno quattro anni, la sanzione amministrativa è da 800 a 4.500 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta».

Il quarto comma stabilisce che «in caso di violazione delle disposizioni previste dall'articolo 7, comma 1», dettate in materia di riposo giornaliero, «si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 50 a 150 euro. Se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero si è verificata in almeno tre periodi di ventiquattro ore, la sanzione amministrativa è da 300 a 1.000 euro. Se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori ovvero si è verificata in almeno cinque periodi di ventiquattro ore, la sanzione amministrativa è da 900 a 1.500 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta». In argomento, cfr. P. RAUSEI, *Il diritto sanzionatorio del lavoro*, Milano, 2016, 354 ss.

² L'art. 2, co. 1, lett. c), ultimo alinea, l. delega n. 39 del 2002, infatti, imponeva che sarebbero state previste «sanzioni identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni che siano omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi». La decisione è Corte Cost. 4 giugno 2014, n. 153, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 2015.

³ Il destinatario del provvedimento sanzionatorio, infatti, proponeva opposizione all'ordinanza-ingiunzione emessa dalla Direzione provinciale del Lavoro. In senso negativo, si pronunciavano App. Milano, 1 ottobre 2009, n. 778 e Cass. civ., Sez. Lav., 23 maggio 2014, n. 11574, in *De Jure*.

Il giudice adito, pertanto, riteneva sussistenti i requisiti necessari per sollevare l'incidente di costituzionalità⁴ con riguardo all'art. 30, co. 4, l. 11 novembre 1953, n. 87⁵, nella parte in cui limita la cessazione degli effetti delle sentenze di condanna, emesse in forza di una norma, successivamente dichiarata incostituzionale, all'ambito delle sanzioni penali, nel significato proprio dell'ordinamento interno, e non anche nella accezione attribuita dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la l. 4 agosto 1955, n. 848 (da ora in avanti: CEDU)⁶.

Il contrasto veniva ravvisato con riguardo al parametro interposto dato dal comb. disp. artt. 117, co. 1, Cost. e artt. 6 e 7 CEDU nonché rispetto agli artt. 3 e 25, co. 2, Cost. La difformità rispetto alle prescrizioni convenzionali veniva vagliata prendendo le mosse dalla ricostruzione dei criteri, elaborati dalla giurisprudenza della Corte e.d.u., per procedere ad una autonoma qualificazione della sanzione prevista dal diritto nazionale al fine di sottoporla, a prescindere dal *nomen juris*, alle garanzie previste per la c.d. materia penale dagli artt. 6 e 7 CEDU.

Nella specie, il giudice remittente ravvisava la sussistenza degli indici richiesti per la riqualificazione, ed in particolare la afflittività della sanzione, il cui importo era determinato con modalità tali da escluderne la natura compensativa, avendo riguardo al numero di giornate

⁴ Trib. Como, ord. 4 febbraio 2015, in G.U. n. 23 del 10 aprile 2015. Vds. il commento di A. GOLIA e F. ELIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni "sostanzialmente" penali dichiarate incostituzionali*, in *osservatorioaic.it*, 27 febbraio 2017.

⁵ La disposizione prevede che: «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

⁶ La Corte e.d.u. ha elaborato, a partire dalla sentenza *Engel* del 1976, una serie di criteri volti a qualificare, in modo autonomo, gli atti di diritto interno, al fine di desumerne il carattere sostanzialmente penale e, conseguentemente, sottoporli alle garanzie convenzionali previste per la materia penale. In primo luogo, deve aversi riguardo alla qualificazione operata dal diritto nazionale, sebbene essa non sia vincolante. Inoltre, si deve tenere conto della natura ed, in particolare, dello scopo afflittivo-deterrente del provvedimento, nonché della sua applicabilità alla generalità dei consociati piuttosto che ad una singola categoria sociale. Deve altresì aversi prendersi in esame la severità e la intensità della sanzione, ovvero la capacità di incidere su diritti fondamentali.

Sul punto, la Corte, ha affermato che la natura patrimoniale delle prescrizioni non esclude il carattere sanzionatorio dell'atto poiché può aversi una misura afflittiva anche nell'ipotesi in cui non si incida sulla libertà personale del destinatario. D'altro canto, la natura ripristinatoria del provvedimento, desumibile dalla parametrizzazione strettamente connessa alle conseguenze dannose prodotte dalla condotta illecita, ne elide ogni finalità punitiva o deterrente e lo sottrae alla materia penale. Sul potere riqualificatorio, vds. *ex multis*, cfr. Corte e.d.u., Grande Camera, 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, *Engel c. Olanda*; Corte e.d.u., Grande Camera, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, *Öztürk c. Germania*; Corte e.d.u., 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90; Corte e.d.u., 30 maggio 2006, ric. n. 38184/03, *Matyjec c. Polonia*. In dottrina, senza pretesa di completezza, si veda W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, 277 ss.; B. EMMERSON, A. ASHWORTH e A. MACDONALD, *Human Rights and Criminal Justice*, London, 2012, 211 ss.; P. VAN DICK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN e L. ZWAAK, *Theory and practice of European Convention on Human Rights*, Antwerpen - Oxford, 2006, 546.

di violazione. Il giudice *a quo* osserva, inoltre, che la giurisprudenza di legittimità ha esteso l'ambito di applicazione dell'art. 30, co. 4, l. n. 87 del 1953 fino a ricompredervi, fra le cause di elisione degli effetti penali, la sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità di una norma (non solo incriminatrice ma anche) incidente sul *quantum* sanzionatorio. A seguito di tale operazione ermeneutica, l'ordinanza di rimessione dubitava della legittimità di una norma interna, così come intesa nel diritto vivente, che consenta di superare il limite del giudicato solo in presenza di illeciti formalmente penali.

Con riferimento ai parametri previsti dagli artt. 3 e 25, co. 2, Cost., invece, la *quaestio* affermava che la norma denunciata doveva ritenersi direttamente attuativa del principio di legalità sancito, in ambito penalistico, dall'art. 25. Esso sarebbe irrimediabilmente vulnerato ove si ammettesse che una sanzione amministrativa, sostanzialmente penale, potesse avere esecuzione in mancanza di una legittima norma attributiva del potere. Da ultimo, la previsione di un trattamento differenziato, ai fini dell'ordinamento interno, fra sanzioni formalmente penali e sostanzialmente tali, potrebbe contrastare con il principio di uguaglianza.

2. L'efficacia delle norme incostituzionali e il limite del giudicato alla retroattività delle sentenze di accoglimento

Prima di proseguire con le motivazioni della pronuncia in commento, può essere utile esaminare brevemente la questione della efficacia, o meglio del «grado di esistenza giuridica»⁷, posseduto dalla legge (o dall'atto avente forza di legge) incostituzionale, prima della sentenza della Consulta che ne afferma la invalidità. Tale tema, estremamente dibattuto in dottrina, condiziona il regime giuridico degli atti amministrativi adottati in base ad essa. La sua soluzione, tuttavia, è subordinata alla qualificazione degli effetti delle decisioni della Corte Costituzionale, che è problema a sua volta connesso con quello della natura dell'attività svolta da tale organo.

La legge incostituzionale è un atto esistente⁸, che presenta la *apparentia iuris*, le sembianze, della legge. Esso ha tutti gli elementi essenziali per la sussunzione nella fattispecie astratta ma è viziato dalla mancata conformità alla Costituzione. Si rende, quindi, necessaria una pronuncia che accerti tale non conformità, e produca gli effetti di cui all'art. 136 Cost.⁹

⁷ F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, in *Giur. cost.*, 1963, 1731-1732, ove l'A. richiama, spec. in nt. n. 3, la nozione di «*Existenz des Rechts*» della Scuola di Vienna. Altri autori hanno utilizzato l'espressione «condizione giuridica»: così R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, in *Urb. e App.*, 2002, 2, 224.

⁸ Sul concetto di inesistenza-nullità, invece, si veda la complessa ricostruzione critica di F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, cit., 1731-1740, spec. nt. nn. 3, 9 e 23.

⁹ F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, cit., 1742: la legge, infatti, produce effetti e tali effetti sono «giuridici»; A. PACE, *Postilla: la legge incostituzionale come legge nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in *Giur. cost.*, 2010, 5100; G. D'ALESSANDRO,

È possibile aderire alla tesi maggioritaria¹⁰ circa la natura giurisdizionale dell'attività della Corte Costituzionale¹¹, così da potere distinguere tre principali tesi sugli effetti delle sue pronunce di accoglimento. Una prima tesi ritiene che la sentenza produca effetti costitutivi, in quanto volta a privare di efficacia un atto annullabile che, tuttavia, era in grado di produrre effetti giuridici¹².

Altri autori affermano che la legge incostituzionale è nulla e non produttiva *ab origine* di effetti e che, pertanto, la sentenza si limita ad accertare tale situazione, salvo avere efficacia *ex nunc* nella rimozione degli effetti, ad essa riconducibili, sino ad allora prodotti¹³. Un'ultima impostazione teorica, invece, propende per la natura mista della decisione, cd. di accertamento costitutivo. In sostanza, la Corte accerta la antinomia rispetto alla Costituzione e, in conseguenza, elide, con pronuncia costitutiva, l'efficacia dell'atto normativo¹⁴.

Circa i rapporti fra attività amministrativa e legge incostituzionale, alcuni autori ritengono che l'atto normativo incostituzionale, sarebbe, già prima della declaratoria di incostituzionalità, non obbligatorio per la P.A.¹⁵. Di contrario avviso è l'impostazione

Forma dat esse rei, ovvero quand'è che può parlarsi di «legge» e di «legge» 'nulla-inesistente', in *ivi*, 2011, 1698; A. PACE, *La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*, in *ivi*, 1708.

¹⁰ D'altronde sono state sostenute numerose altre teorie, ad oggi minoritarie. Sul carattere paralegislativo, vds. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 49 ss. In favore della natura amministrativa si era, invece, espresso G. BALLADORE PALIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1953, 276.

¹¹ F. PIERANDREI, *Corte Costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962, X, 874 ss.; R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza più recente*, in A. VIGNUDELLI (cur.), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Milano, 2009, 401 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, II, 1334.

¹² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, II, 389, osservando che alcuni effetti vengono prodotti fino al momento della sentenza e che il procedimento di accertamento è di competenza di un solo organo, la Corte Costituzionale, ad esclusione di ogni altro.

¹³ A. PACE, *Postilla: la legge incostituzionale come legge nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, cit., 5100; G. D'ALESSANDRO, *Forma dat esse rei, ovvero quand'è che può parlarsi di «legge» e di «legge» 'nulla-inesistente'*, cit., 1698; A. PACE, *La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*, cit., 1708. Dunque, la sentenza deve ugualmente essere ritenuta costitutiva in quanto produttiva di effetti retroattivi. In questo senso, vds. V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano 1967, 41 ss.; ID., *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 515 ss.

¹⁴ F. PIERANDREI, *Corte Costituzionale*, in *Enc. Dir.*, 1962, X, 967 ss.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, 234 ss.

¹⁵ A. PACE, *Espropri incostituzionali: restituzioni e responsabilità civile della P.A.*, in *Giur. cost.*, 1962, 1240 e G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988 272, nt. n. 43. Si osserva, in questo senso, che ogni norma deve essere letta alla luce dell'intero ordinamento giuridico. Dunque, la legge non conforme alla Costituzione, quale fonte di rango superiore, non deve essere applicata. Ritiene che la sentenza di accoglimento della Corte determini la cessazione della irresponsabilità per l'esecuzione della legge illegittima, L. MONTESANO, *Leggi incostituzionali, processo e responsabilità*, in *Foro it.*, 1952, IV, 146.

maggioritaria, che ritiene l'atto comunque esecutivo per tutti gli operatori del diritto¹⁶, solo per la P.A.¹⁷, o giunge, in ultima analisi, a non negare che taluni effetti, prodotti dalla norma, non possano essere successivamente eliminati¹⁸.

Gli effetti sull'atto amministrativo, come detto, sono influenzati dall'adesione all'una o all'altra tesi. Coloro i quali ritengono che la norma sia efficace e che la sentenza di accoglimento abbia natura costitutiva, ritengono che l'atto amministrativo sarebbe annullabile, poiché adottato in presenza di una norma attributiva del potere esistente¹⁹. Un'altra opinione,

¹⁶ A. CELOTTO e F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in F. MODUGNO (cur.), *Diritto pubblico*, Torino, 2012, 701; E. T. LIEBMAN, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958, III, 540 ss.; A. SANDULLI, *Legge (diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1963, IX, 648.

¹⁷ C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 298; N. LIPARI, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1963, 2238. Sui «rilievi psicologici» che la pronuncia di incostituzionalità possa avere nei confronti di funzionari e dipendenti pubblici, v. F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, cit., 1744.

¹⁸ F. MODUGNO, *Legge in generale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, XXIII, 877. L'A. argomenta osservando che anche la legge invalida rientra nella soggezione imposta dall'art. 54 Cost.

¹⁹ F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 884 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, cit., 224 ss.; A. A. CERVATI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1963, 1225. In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 8 aprile, 1963, n. 8, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 66; Cass. civ., Sez. I., 23 ottobre 1968, n. 3414, in *Giust. civ.*, 1969, I, 909 e, più di recente, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 4 febbraio 2015, n. 239, in *De Jure*. Le argomentazioni addotte a sostegno della tesi sono le seguenti. In primo luogo, il provvedimento è stato adottato, in forza di una legge esistente e valida al momento dell'emissione. In secondo luogo, il rapporto fra norma e atto amministrativo non è ricostruibile in modo speculare al rapporto di presupposizione fra atti amministrativi. Inoltre, l'impostazione teorica ha il pregio di salvaguardare la continuità e la certezza della attività amministrativa, imponendo il rispetto del termine decadenziale di impugnazione.

Da ultimo, una diversa impostazione sarebbe, in definitiva, dannosa per lo stesso ricorrente, atteso che, la nullità del provvedimento amministrativo determinerebbe la riesplorazione della posizione soggettiva, da interesse legittimo a diritto soggettivo, con conseguenziale necessità di una pronuncia in rito di difetto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo. Alcuni autori (F. LA VALLE, *op. cit.*, 888; sostenendo la nullità della norma incostituzionale, V. ONIDA, *Conseguenze processuali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge attributiva di potestà alla Pubblica Amministrazione*, cit., 1037), inoltre, distinguono a seconda che la norma colpita da incostituzionalità sia attributiva o regolativa del potere: nel primo caso si avrebbe nullità – ma di nullità *sui generis* si tratta, poiché originaria *quoad causam* e sopravvenuta *quoad effectum* - del provvedimento e nella seconda annullabilità. Sulla disputa circa la natura originaria o sopravvenuta della annullabilità: si veda, per la tesi della natura sopravvenuta, R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 451-452 e spec. nt. n. 35, nonché F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2014, 1419; mentre, per la impostazione che sostiene la natura originaria, G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 17.

invece, presupponendo che la norma sia inefficace sin dall'origine, giudica l'atto a valle radicalmente nullo per carenza di potere²⁰.

Questa brevissima ricostruzione non deve distogliere lo sguardo dal fatto che, nel caso di specie, la legge incostituzionale ha trovato una duplice attuazione, dapprima nell'atto di irrogazione della sanzione e, successivamente, nella sentenza che ha respinto l'opposizione. Dunque, si frappongono rispetto alla eliminazione degli effetti prodotti dalla norma incostituzionale, un provvedimento inoppugnabile e un giudicato intangibile. Quest'ultimo, in particolare, è considerato dalla dottrina unanime, un limite all'efficacia retroattiva della sentenza della Corte²¹.

Il giudicato, infatti, fa stato ai sensi dell'art. 2909 cod. civ., e pone una nuova *regula iuris* al rapporto giuridico sussistente fra le parti coinvolte²², impedendo l'instaurazione di nuovi giudizi sulla medesima situazione sostanziale²³. La legge incostituzionale, afferma la Cassazione, «non può essere applicata né come norma per la disciplina dei rapporti ancora in corso o da costituire, né come regola di giudizio dei rapporti esauriti».

D'altronde, «la circostanza che quella disposizione abbia di fatto operato nell'ordinamento giuridico comporta che essa ha prodotto effetti irreversibili, perché essi hanno inciso su rapporti esauriti a causa della mancanza o della inutilizzabilità di strumenti idonei a rimetterli in discussione ovvero a causa della impossibilità giuridica o logica di valutare diversamente, a posteriori, comportamenti che devono essere esaminati alla stregua della situazione normativa esistente al momento in cui si verificano»²⁴. Con la cosa giudicata, quindi, si esaurisce il rapporto sottostante.

²⁰ V. ONIDA, *Conseguenze processuali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge attributiva di potestà alla Pubblica Amministrazione*, cit., 1035 ss.; ID., *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, cit., 41 ss.; ID., *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 532. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., SS. UU., 21 gennaio 1976, n. 180, in *Rep. Giur. It.*, 1976, voce *Competenza e giurisdizione civile*, 179; Cons. Stato, Sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5058, in *Foro it.*, 2010, III, 77.

²¹ Fra i tanti, vds. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 153. Si noti, inoltre, che anche gli autori che tentano di circoscrivere maggiormente i limiti all'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento, non possono negare che il giudicato sia uno di essi: G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 357 ss.; P. BARILE, *La parziale retroattività delle sentenze della Corte costituzionale in una pronuncia sul principio di uguaglianza*, in *Giur. it.*, 1960, I, 912.

²² R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, 1993, 25. F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, cit., 1742, nt. n. 30: «le situazioni giuridiche (consolidatesi in giudicati) sono sorte (validamente?) dalla legge incostituzionale (in quanto capace di ciò, e quindi, esistente)».

²³ Nel caso in cui si sia formato un giudicato, infatti, la «resistenza agli effetti dell'accoglimento è massima, non essendo pensabili [...] fasi e giudizi successivi nei quali si possa ancora discutere dell'applicazione della norma». In questi termini, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 250.

²⁴ Cass. civ., Sez. I, 18 dicembre 1984, n. 6626, in *Ammin. it.*, 1985, 1855.

Esso viene disciplinato dal precetto, individuale e concreto, risultante dalla interpretazione ed applicazione della norma, generale ed astratta, incostituzionale²⁵. L'unica deroga è prevista, nel nostro ordinamento²⁶, in caso di sanzioni formalmente penali, dall' art. 30, co. 4, l. n. 87 del 1953.

Il problema dell'efficacia delle leggi invalide è stato studiato, con esiti di particolare interesse, nel diritto statunitense, caratterizzato da un sindacato di costituzionalità successivo e diffuso. Ogni giudice è tenuto a vagliare la compatibilità costituzionale delle norme e, in caso di esito negativo, a disapplicarle, pronunciandosi a riguardo, con effetti *inter partes*²⁷. L'accertamento della illegittimità costituzionale di una norma, compiuto dalle Corti superiori e, in particolare, dalla Corte Suprema, vincola, per il principio del precedente vincolante, le corti inferiori²⁸.

Sul tema degli effetti delle leggi incostituzionali sono state elaborate tre teorie. Per la *void ab initio theory*, l'atto normativo illegittimo deve considerarsi come mai apparso nel mondo del diritto²⁹. La sua esistenza, perfino meramente fattuale, non ha alcuna rilevanza per l'ordinamento. Ogni conseguenza, di fatto o di diritto, prodotta, deve essere rimossa. Nessuno può essere punito per non aver rispettato la norma ed il pubblico ufficiale, che non l'ha applicata, non può subire un'azione di *mandamus* volta ad ottenerne l'esecuzione³⁰.

²⁵ Sulla derivazione dalla norma generale astratta alla regola del caso concreto, con riferimento al giudizio civile, vds. M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2016, 242-243. Il giudicato è assimilabile agli elementi normativi astratti, ed è destinato a fissare la regola del caso concreto, partecipando della natura dei comandi giuridici, previsti nelle norme applicate. In termini Cass. civ., SS. UU., 17 dicembre 2007, n. 26482, in *Fisco*, 2008, 1, 69.

²⁶ Se la Convenzione EDU richieda la riapertura di processi definiti con sentenza di condanna, sostanzialmente penale, passata in giudicato, nel caso in cui venga meno la base legale della sanzione, sarà oggetto del successivo paragrafo. Sulla necessità, sotto il profilo del diritto interno, di superare il principio di intangibilità del giudicato per violazioni convenzionali, vds. S. L. VITALE, *Violazione della CEDU e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 4, 1269; R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile «Corti europee e giudici nazionali», Verona, 25-26 Settembre 2010, in *Astrid Online*.

²⁷ Sulla giustizia costituzionale negli Stati Uniti d'America, si consenta il rinvio almeno a P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in L. LUTHER, R. ROMBOLI e R. TARCHI (cur.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, I.

²⁸ Sui rapporti fra principio dello *stare decisis* e pronunce di incostituzionalità vds. U. MATTEI, *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, 282 ss.

²⁹ «Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void», *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137; 177 (1803).

³⁰ O. P. FIELD, *The Effect of an Unconstitutional Statute*, Washington, 1999, 3-4. Senza pretesa di esaustività, sull'efficacia totalmente retroattiva delle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti, vds. G. BOGNETTI, *La responsabilità per «tort» del funzionario e dello Stato nel diritto nordamericano*, Milano, 1962, 182-192; R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, 53.

Questa teoria rischia di dare luogo a risultati applicativi ingiusti: si pensi all'imputato che, processato per un fatto punito dalla norma, successivamente colpita da incostituzionalità, non potrà invocare la *Double Jeopardy Clause*, poiché il primo giudizio deve reputarsi mai celebrato. La *presumption of validity theory*, invece, parte dal presupposto che l'atto normativo, prima della sentenza che ne accerta la invalidità, era considerato legittimo e, rispetto ad esso, si sono formati i legittimi affidamenti dei destinatari³¹. La giurisprudenza ha sovente fatto applicazione di questa teoria, al fine di attribuire «some legal effects» agli atti adottati sulla base della norma viziata. In particolare, il terreno d'elezione per questo orientamento riguarda gli atti compiuti dai privati in buona fede o la formazione degli organi collegiali³².

Una teoria mediana, anch'essa di frequente applicazione giurisprudenziale, è la *case-to-case theory*, secondo la quale non si potrebbero considerare integralmente travolti gli effetti *medio tempore* prodotti dalla legge incostituzionale³³. In virtù del principio dello *stare decisis*, il giudice deve adeguarsi al precedente che ha accertato la incostituzionalità dello *statute* e, purtuttavia, con riferimento al singolo caso concreto, ancora temporalmente regolato dalla norma, può, alla stregua di un giudizio equitativo, valutarne la applicabilità³⁴.

Anticipando alcune considerazioni che seguiranno nell'ultimo paragrafo, si pone l'attenzione sul fatto che, ad eccezione della condanna penale, non è possibile intervenire sul

³¹ O. P. FIELD, *op. cit.*, 4-5.

³² W. W. WILLOUGHBY e L. SACHS, *The Constitutional Law of the United States*, New York, 1929, I, 13, ove è cit. il precedente *Nabel v. Bosworth* (198 Ky. 847). Inoltre, cfr. *State v. Cormier* 171 La. 1035, 132 So. 779 (1931); *Perdue v. Maryland Casualty Co.*, 43 Ga. App. 853, 160 S. E. 720 (1931).

³³ «The courts below have proceeded on the theory that the Act of Congress, having been found to be unconstitutional, was not a law; that it was inoperative, conferring no rights and imposing no duties, and hence affording no basis for the challenged decree. It is quite clear, however, that such broad statements as to the effect of a determination of unconstitutionality must be taken with qualifications. The actual existence of a statute, prior to such a determination, is an operative fact, and may have consequences which cannot justly be ignored. The past cannot always be erased by a new judicial declaration. The effect of the subsequent ruling as to invalidity may have to be considered in various aspects -- with respect to particular relations, individual and corporate, and particular conduct, private and official.

Questions of rights claimed to have become vested, of status, of prior determinations deemed to have finality and acted upon accordingly, of public policy in the light of the nature both of the statute and of its previous application, demand examination. [I]t is manifest from numerous decisions that an all-inclusive statement of a principle of absolute retroactive invalidity cannot be justified». *Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank* 308 U.S. 371 e spec. 374 (1940). In dottrina, O. P. Field, *op. cit.*, 6-9.

³⁴ O. P. Field, *op. cit.*, 8-9.

giudicato, ivi compreso quando riguardi altre tipologie di sanzioni³⁵, anche aderendo alle teorie maggiormente permissive riguardo agli effetti della legge incostituzionale³⁶.

3. La Consulta salvaguarda la *firmitas iudicati* e la discrezionalità del legislatore nazionale

La Corte Costituzionale ha considerato la questione, in rito, ammissibile e rilevante³⁷ ma l'ha giudicata infondata nel merito con riferimento ad entrambi i parametri. Con riguardo agli artt. 6 e 7 CEDU, la motivazione in diritto ha risposto a tre interrogativi, in rapporto di necessaria consequenzialità: 1) la sanzione amministrativa prevista dall'*18-bis* ha natura sostanzialmente penale? 2) rispetto agli illeciti sostanzialmente penali, il principio di legalità, sancito dalla CEDU, impone che la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma sanzionatrice determini la retroattiva privazione di una base legale per il provvedimento impositivo? 3) nel caso in cui si risponda affermativamente a tale ultima domanda, la Convenzione richiede che il giudicato venga travolto?

³⁵ Sulle varie tipologie di illeciti e di sanzioni nel diritto statunitense, vds. K. MANN, *Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law*, in *Yale L. Jour.*, 1992, 101, 1862 ss. nonché, F. E. ZIMRING *The Multiple Middlegrounds between Civil and Criminal Law*, in *ivi*, 1991, 1902 ss.

³⁶ «It [la dichiarazione di incostituzionalità] will not support an action by the state to recover a penalty for a violation of the law, nor will it, in suits between corporations or individuals, support a defense based upon the fact that the right of action originated in a violation of anti-trust law»: *State v. Compress & Warehouse Co.*, 95 Tex 603, 69, S. W. 58 (1902). Vds. *infra* nt. nn. 50 e 51.

³⁷ L'Avvocatura dello Stato eccepisce, in via preliminare, la inammissibilità della questione, per carenza di rilevanza. Infatti, sostiene la difesa erariale, il giudice *a quo* avrebbe dovuto praticare un'interpretazione della norma denunciata conforme alla Costituzione e alla CEDU. L'estensione dell'art. 30, co. 4, l. n. 87 del 1953, alle sanzioni sostanzialmente penali, non solo sarebbe l'evoluzione naturale del descritto orientamento delle Sezioni Unite penali, ma avrebbe anche incontrato l'avallo, in via incidentale, della giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. pen., Sez. V, ord. 10 novembre 2015, n. 1782). La Corte Costituzionale ha rigettato tale eccezione, procedendo all'esame del merito, affermando che il precedente della Cassazione citato aveva prospettato, in via meramente ipotetica, la questione, mentre è possibile rinvenire una decisione di segno espressamente contrario in Cass. civ., Sez. III, 20 gennaio 1994, n. 458, priva tuttavia dei requisiti di stabilità e consolidamento idonei a qualificarla come diritto vivente.

Inoltre, il dato letterare della norma denunciata e l'intenzione del legislatore sono univoci nel riferirsi esclusivamente all'ambito penalistico. In senso adesivo all'ordinanza di rimessione, confermando la impossibilità di praticare un'interpretazione costituzionalmente orientata e la necessità di una pronuncia della Corte Costituzionale, A. GOLIA e F. ELIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni "sostanzialmente" penali dichiarate incostituzionali*, cit., 9-10; A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017, 14.

La Consulta non dubita che la sanzione amministrativa *de quo*, anche in mancanza di una specifica decisione della Corte e.d.u. sul punto, abbia natura sostanzialmente penale³⁸, alla stregua dei criteri convenzionali, ma non concorda con la sussistenza di un dovere di matrice subcostituzionale circa la riapertura delle situazioni concluse con un giudicato.

In altre parole, la irrogazione di sanzioni convenzionalmente penali è presidiata dalle garanzie previste dalla Carta di Roma. Diversamente, la possibilità di intervenire sulla *res iudicata* è prevista, con riguardo all'ordinamento interno, solo per le condanne che abbiano natura, sostanzialmente e formalmente, penale. La Consulta, infatti, si esprime chiaramente in questi termini affermando che «l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale trascina con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, mentre rimane nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale»³⁹.

Non deve trarre in inganno la circostanza che la giurisprudenza di legittimità sia pervenuta all'estensione della predicabilità del rimedio, previsto dall' art. 30, co. 4, l.n. 87 del 1953, anche alle norme che intervengano sul trattamento sanzionatorio⁴⁰, valorizzando l'ampia declinazione del principio di retroattività *in mitius* fornita dalla Corte e.d.u. Quest'ultima, peraltro, ha affermato che la cedevolezza del giudicato non sia imposta dalla retroazione della legge più favorevole ma possa essere consentita, in via eventuale, dall'ordinamento interno⁴¹.

³⁸ La sanzione è considerata di natura sostanzialmente penale anche dal giudice remittente e dalla Avvocatura dello Stato, in particolare in ragione dell'elevato ammontare dell'importo sanzionatorio comminato. Sui criteri di determinazione v. *supra* nt. n. 1.

³⁹ Cfr. § 3.4 della decisione in commento.

⁴⁰ La giurisprudenza cui ci si riferisce è Cass. pen., SS. UU., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, Ric. Ercolano, in *Cass. pen.*, 2015, 1, 28 e Cass. pen., SS. UU., 29 maggio 2014, dep. 14 ottobre 2014, n. 42858, in *Cass. pen.*, 2014, 1217. La letteratura su tale elaborazione pretoria è sterminata ma si consenta il rinvio a F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 2014, 1, 250 e S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *ivi*, 2015, 1, 31.

⁴¹ La Corte si profonde, nei §§ 3.5-3.8 della decisione in commento, in una disamina della giurisprudenza convenzionale, al fine di accertare l'esistenza di un principio analogo a quello sancito dall'art. 30, co. 4, l. n. 87 del 1953. La giurisprudenza della Corte e.d.u., citata dal giudice *a quo*, non è conferente. Essa si limita a riconoscere il principio di retroazione della norma più favorevole (Corte e.d.u., *Scoppola c. Italia*, cit.). La nozione di base legale richiesta dall'art. 7 CEDU, inoltre, è soddisfatta dalla sussistenza dei requisiti di accessibilità e prevedibilità della norma. I casi in cui è stata ammessa la rimozione del giudicato erano, invece, autorizzati da una norma interna (Corte e.d.u., 12 gennaio 2016, *Gouarré Patte c. Andorra*; Corte e.d.u., 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*).

Dunque, conclude la Consulta, «l'eventuale cedevolezza del giudicato rispetto alla *lex mitior* è consentita in quanto prevista dall'ordinamento interno e non in quanto imposta dall'art. 7 della CEDU». Ci si domanda, tuttavia, se tale analisi sia compatibile col ruolo che «alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la «parola ultima» in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi

Il principio di legalità penale, sancito dall'art. 7 CEDU, deve essere inteso con esclusivo riferimento alla accessibilità e prevedibilità della norma incriminatrice⁴² ed in tale norma, la giurisprudenza e.d.u., ha rinvenuto anche la necessaria retroazione della norma più favorevole⁴³. Tuttavia, la norma convenzionale non esige la riapertura del procedimento per le sanzioni inflitte in forza di una base legale oggetto di sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità⁴⁴. Infatti, l'orientamento della Cassazione è giudicato, con una ragionata scelta di termini, «non implausibile»⁴⁵, ma non doveroso o imposto da fonti sovraordinate.

Pertanto, premesso che «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna»⁴⁶, occorre chiedersi se, a fronte della soglia minima di tutela prevista dalla CEDU in via sussidiaria, il legislatore abbia previsto garanzie ulteriori.

La risposta, evidentemente, è negativa e ad essa potrebbe fare seguito, a detta del giudice remittente, la violazione degli artt. 3 e 25 Cost. L'art. 30, co. 4, l.n. 87 del 1953 ammette il superamento del limite del giudicato esclusivamente per le condanne penali, in tal modo attuando direttamente il principio *nullum crimen sine lege* garantito dall'art. 25, co. 2.

Il giudice *a quo*, rilevando che la lettera della legge ne esclude la applicabilità all'ambito oggettivo delle sanzioni amministrative, tuttavia, fonda la censura sull'«erroneo presupposto»

Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della CEDU» (Corte Cost., 2015, 26 marzo 2015, n. 49, § 7).

Critico, A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, cit., 9-10 il quale osserva che se l'art. 7 CEDU deve essere interpretato in modo da escludere che un precetto non accessibile e dall'esito non prevedibile possa costituire idonea base legale per l'irrogazione della sanzione, allora, «a fortiori, tale conclusione deve valere nell'ipotesi in cui tale base giuridica sia illegittima o venga poi a mancare del tutto, come avviene nel caso di specie».

⁴² D. SARTORI, *Legality in the case law of the European Court of Human Rights. The birth of an autonomous notion and its implications*, in *An International Law Blog*, 29 settembre 2014, consultabile su aninternationallawblog.wordpress.com/2014/09/29/; F. MAZZACUVA, *Sub Art. 7. Nulla poena sine lege*, in F. VIGANÒ e G. UBERTIS (cur.), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Milano, 2016, 236-238.

⁴³ Corte e.d.u., 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2010, 2, 832, con nota di S. BUZZELLI e C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*; nonché in *Riv. AIC*, 2012, 3, con nota di F. POLI, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*. Vds., inoltre, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 217-286 e F. MAZZACUVA, *Sub. Art. 7. Nulla poena sine lege*, cit., 244-247.

⁴⁴ Critico, sul punto, M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. Paliero e F. VIGANÒ (cur.), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 223-225.

⁴⁵ Cfr. § 3.2 della decisione in commento. La medesima espressione compare già in Corte Cost. 23 marzo 2016, n. 57, §§ 6 e 7.1; Corte Cost. 18 luglio 2013, n. 210, § 7.3.

⁴⁶ Cfr. § 3.4 della decisione in commento.

per cui «le garanzie previste dal diritto interno per la pena debbano valere anche per le sanzioni amministrative, qualora esse siano qualificabili come sostanzialmente penali»⁴⁷.

L'illecito amministrativo, infatti, è strutturalmente differente rispetto a quello penale, ai fini del diritto interno, ed alle due figure non corrispondono regimi disciplinatori identici. Il Giudice delle leggi, pertanto, riconosce al legislatore una ampia discrezionalità nella determinazione dello statuto di tale branca del diritto punitivo, salvo il rispetto dei descritti limiti convenzionali minimi di tutela e la facoltà di istituire maggiori tutele.

La riqualificazione di un provvedimento sanzionatorio, attraverso i criteri *Engel*⁴⁸, non lo assoggetta alla disciplina nazionale prevista per la materia penale e la mancata estensione, per il settore degli illeciti amministrativi, di alcuni presidi previsti, dall'ordinamento nazionale, in ambito penalistico non configura una violazione del principio di uguaglianza.

4. L'illecito di diritto pubblico come categoria autonoma a garanzie variabili

L'illecito amministrativo è una categoria di difficile definizione. La dottrina ha lungamente tentato di individuarne l'*ubi consistam* e di rinvenirne gli elementi differenziali rispetto all'illecito penale ed all'illecito cd. depenalizzato⁴⁹. Manifesta la natura «ibrida» del fenomeno l'opposizione alla ordinanza-ingiunzione che irroga la sanzione. Essa, pure avendo ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento amministrativo, è devoluta alla giurisdizione della ordinaria, secondo un modello di ispirazione penalistica che, tuttavia, segue le regole del rito civile⁵⁰.

Questa non è la sede per superare tali incertezze quanto, piuttosto, per fare emergere ulteriori profili di criticità, prestando attenzione alla sempre minore estraneità della funzione punitiva anche al sistema civilistico. Il nostro ordinamento, infatti, si è arricchito con la recente introduzione di illeciti civili sottoposti a sanzioni pecuniarie⁵¹, e non si può certo tacere circa le

⁴⁷ Cfr. § 4.1 della decisione in commento.

⁴⁸ Su cui, vds. *retro* nt. n. 6.

⁴⁹ Si veda, senza il tentativo di fornire una completa bibliografia sul punto, e soltanto per una generale panoramica delle tesi emerse in dottrina, C. E. PALIERO e A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, Milano, XVI, 1989, 345 e, degli stessi AA., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988; G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984; A. VIGNERI, *La sanzione amministrativa. Origine e nozione*, Padova, 1984; M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983.

⁵⁰ L'espressione ricorre in V. SCALESE, *Le sanzioni amministrative ed il procedimento di opposizione*, Milano, 2015, 14 ed in A. PISTILLI, *Il giudice di pace e le opposizioni alle sanzioni amministrative*, in M. C. CALCIANO e M. DE GIORGI (cur.), *Manuale pratico-operativo del giudice di pace*, Padova, 2010, 237.

⁵¹ Cfr. artt. 3 e segg. del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 e, per un primo commento, G. L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2016.

recenti aperture legislative e giurisprudenziali, nell'ambito della responsabilità civile, verso la configurabilità di *punitive damages*⁵².

Ciò che preme osservare è che il diritto punitivo si articola in una pluralità di branche, dotate di maggiore o minore potere afflittivo, e soggette, (si spera) proporzionalmente, a maggiori garanzie. Il legislatore, nel modellare la risposta punitiva, può discrezionalmente avvalersi di varie tipologie di illecito. La sua libertà non è, tuttavia, senza limiti. In taluni casi, in forza di obblighi internazionali, europei o costituzionali, sarà doveroso ricorrere al diritto penale⁵³.

In quel caso lo statuto dell'illecito sarà strettamente tipico, scolpito, in massima parte, nella Carta Fondamentale. D'altronde, nel caso in cui venga preferito il binario sanzionatorio amministrativo, il regime disciplinatorio incontrerà minori resistenze, sotto il profilo delle garanzie, a livello costituzionale. La disciplina è, infatti, affidata alla legislazione ordinaria e l'esecuzione all'Amministrazione⁵⁴.

La fuga dal diritto penale e dalla giurisdizione non ha impedito alla Corte e.d.u. di superare le denominazioni adoperate dal diritto interno, per fornire, ricorrendo determinati indici, le stesse garanzie previste per la *matière pénale*, anche in presenza di sanzioni parimenti afflittive ed incidenti su diritti fondamentali⁵⁵. Questo implica che un illecito qualificato dal

⁵² L'ingresso dei cc. dd. *punitive damages* nel nostro ordinamento, infatti, sempre negato dalla giurisprudenza di legittimità, sembra oggi vedere qualche spiraglio di apertura, a seguito di Cass. civ., Sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978 in *Foro it.*, 2016, 6, I, 1981, con nota di E. D'ALESSANDRO, con cui è stata rimessa al Primo Presidente, affinché valuti l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione della non riconoscibilità, per contrarietà con l'ordine pubblico, della sentenza straniera che conceda danni punitivi. Sul tema vds. E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1982, XXXII, 780 ss.; G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 25 ss.

⁵³ Sugli obblighi di fonte eurounionale, vds. G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 37 ss. Sulla influenza del diritto convenzionale europeo, vds. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, in V. MANES e V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 243 e R. CHENAL, in *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Legisl. pen.*, 2006, 178. Da ultimo, sulla possibilità, che sia direttamente la Carta Fondamentale ad imporre il ricorso alla sanzione penale, vds. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 486 ss.

⁵⁴ Sulle rilevanti differenze, non solo teoriche, ma disciplinatorie fra illecito amministrativo e penale, per es. inerenti il regime di imputazione soggettiva, il procedimento applicativo e la responsabilità solidale, vds. G. FIANDACA ed E. FUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 863-865; C. E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 226. In questo senso, per vero, si era già espressa la Corte Costituzionale: cfr. Corte Cost., 3 dicembre 1987 n. 436, in *Giur. cost.*, 1987, I, 2970, Corte Cost., 14 aprile 1988, n. 447, in *ivi*, 1988, I 2057; Corte Cost. 20 luglio 2016, n. 193, in *osservatorioaic.it*, 12 settembre 2016 con nota di M. GALDI, *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso*.

⁵⁵ Si è osservato, infatti, che in questa materia la Corte e.d.u. non ha avuto «esitazioni» nel procedere all'estensione delle garanzie dettate dall'art. 7, differentemente, ad. es., da quanto avvenuto con le sanzioni

legislatore come amministrativo, e disciplinato, ai fini del diritto interno come tale, potrà essere sottoposto, per l'ordinamento convenzionale, alle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU.

Non è invece possibile portare il discorso ad una conseguenza ulteriore, ovvero che l'illecito sostanzialmente penale sia soggetto al regime, previsto dal diritto domestico, per i reati. Esso continua, quanto alla *lex fori*, a conservare la sua natura non penale. Inoltre, fra le garanzie previste dalla CEDU, non c'è l'obbligo di intervenire sul giudicato formatosi sulla validità di una sanzione inflitta in forza di una legge successivamente caducata. È il nostro ordinamento a prevederlo ma solo con riferimento alle sanzioni che, per esso, sono qualificate come penali.

Uno sguardo al diritto comparato potrebbe attenuare l'ingiustizia dell'esito della lite. Nel diritto statunitense, infatti, è possibile la revisione *in favor rei* a seguito della declaratoria di incostituzionalità della legge incriminatrice⁵⁶. Diversamente, con riguardo ai giudizi civili che vertano sulla corresponsione di somme di denaro, la giurisprudenza nega tale rimedio, ritenendo opponibile la *claim preclusion* dell'intervenuta formazione del giudicato⁵⁷.

La maggiore flessibilità del giudicato non dipende dai principi che governano la successione delle norme nel tempo quanto dal diverso rango dei beni giuridici incisi dalla sanzione. La scelta fatta dal legislatore con l'art. 30, co. 4, l.n. 87 del 1953 è volta a fornire il massimo presidio alla libertà personale, anche oltre la formazione della cosa giudicata⁵⁸.

In questo senso si pongono le argomentazioni seguite dalla Corte di Cassazione nell'ammettere il superamento del dogma del giudicato: «la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, co. 2, e 25, co. 2, Cost.) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, co. 3, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento»⁵⁹.

disciplinari. Così V. MANES, *Sub Art. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA e V. ZAGREBELSKY (cur.), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, cit., 267.

⁵⁶ W. S. CHURCH, *A Treatise of the Writ of Habeas Corpus*, Clark, 2008, 486-489.

⁵⁷ *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*, 308 U. S. 371 (1940); *Martin v. Ben Davis Conservancy Dist.* (Ind. 1958), in *Res Judicata. Matters Concluded. Judgment under Statute Subsequently Found Unconstitutional Is Res Judicata on Issue of Constitutionality*, in *Harvard L. Rev.*, 1959, 416-418, nonché per un'ampia casistica giurisprudenziale, vds. O. P. FIELD, *The Effect of an Unconstitutional Statute*, cit., 150-180, oltre alla già citata decisione *State v. Compress & Warehouse Co.* Sui rapporti fra cosa giudicata e leggi incostituzionali, vds. D. P. CURRIE, *Res Judicata: The Neglected Defense*, in *Univ. of Chicago L. Rev.*, 1978, 317.

⁵⁸ Sarebbe, infatti, «intollerabile mantenere in stato di detenzione chi, alla stregua dei principi costituzionali e, dunque, della coscienza sociale, non avrebbe dovuto esser privato della libertà personale, ancorché non abbia fatto valere in termini i suoi diritti». In questi termini, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 251. Sulla possibilità di superare il giudicato, in ragione della «particolare tutela» offerta, nel nostro ordinamento, alla libertà personale, v. T. MARTINES, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 488.

⁵⁹ Cass. pen., SS. UU., 29 maggio 2014, n. 42858, Ric. Gatto, cit. Quanto affermato è valido anche con riferimento alla sopravvenuta incostituzionalità di una norma incriminatrice o sanzionatoria per contrasto con il

Gli Ermellini concludono esplicitamente che «s'impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo»⁶⁰.

Nel diritto U.S.A., a conclusioni non dissimili giunge il Justice Bradley, in *Ex parte Siebold* del 1879 che, sposando la *void ab initio theory*⁶¹, afferma che «A conviction under it [con riferimento ad una legge successivamente dichiarata incostituzionale] is not merely erroneous, but is illegal and void and cannot be a legal cause of imprisonment. It is true, if no writ of error lies, the judgment may be final in the sense that there may be no means of reversing it. *But personal liberty is of so great moment in the eye of the law that the judgment of an inferior court affecting it is not deemed so conclusive but that, as we have seen, the question of the court's authority to try and imprison the party may be reviewed on habeas corpus by a superior court or judge having authority to award the writ. We are satisfied that the present is one of the cases in which this court is authorized to take such jurisdiction*»⁶².

Chiarito, dunque, che il bene giuridico influenza l'ampiezza del potere di intervenire sulla *res iudicata*, non resta che domandarsi se questo sia compatibile, rispetto all'ordinamento convenzionale, con l'art. 1, I Prot., CEDU. Questo profilo è già stato colto dai primi annotatori⁶³ e merita di essere approfondito. La formazione di un duplice diaframma protettivo, provvedimentale e giurisdizionale, sulla validità della sanzione, può giustificare la sua esecuzione, anche se ne è venuta meno la base legale? L'art. 1, Prot. I, CEDU, infatti, protegge la sfera patrimoniale individuale, a prescindere dalla qualificazione nazionale delle situazione soggettive individuali⁶⁴, nei confronti dei provvedimenti ablativi o imposti di oneri economici⁶⁵, non «conformi alla legge».

Una possibile analogia rispetto al fenomeno della espropriazione indiretta conseguente ad occupazione acquisitiva, a ben vedere, non sembra prospettabile. Infatti, nel caso della

parametro interposto convenzionale. In tale eventualità la penetrazione nel giudicato non è imposta dalla CEDU ma è concessa dal diritto interno.

⁶⁰ Cass. pen, SS. UU., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ric. Ercolano, cit.

⁶¹ Su cui vds. *supra* § 2.

⁶² *Ex parte Siebold* 100 U.S. 371 e spec. 376-377 (1879); corsivo mio.

⁶³ M. C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 21 marzo 2017, spec. § 5. L'A. afferma che «sia l'art. 7 CEDU sia l'art. 1 prot. add. forniscono infatti indicazioni univoche nel senso della necessità che la sanzione penale (o "sostanzialmente penale"), oltre che qualsiasi provvedimento limitativo della proprietà privata, debbano trovare fondamento in una legge, per tale dovendosi intendere, con tutta evidenza, un provvedimento legittimo sulla base del diritto interno».

⁶⁴ Cfr. già Corte e.d.u., 23 settembre 1982, *Sporrong and Lönnorth*; più di recente, Corte e.d.u., Grande Chambre, 26 novembre 2010, *Perdigão c. Portogallo*; Corte e.d.u., Grande Chambre, 29 marzo 2010, *Brosset-Triboulet c. Francia*.

⁶⁵ Corte e.d.u., 21 febbraio 1997, *Van Raalte c. Paesi Bassi*; Corte e.d.u., 23 ottobre 1990, *Darby*

occupazione acquisitiva, l'azione amministrativa era e restava non conforme al diritto (interno) ma, in virtù di un orientamento giurisprudenziale consolidato, si consentiva alla P.A. di trarre vantaggio dal proprio comportamento illegittimo e di raggiungere, nonostante ciò, il risultato espropriativo⁶⁶. Nel caso in esame, invece, l'Amministrazione ha adottato atti conformi ad una legge esistente, che aveva il dovere giuridico di applicare⁶⁷.

D'altronde, una recente pronuncia della Corte e.d.u., *Ceni c. Italia*, ha condannato l'Italia per violazione degli artt. 13 e 1, I Prot., CEDU perché il promissario acquirente del preliminare di compravendita immobiliare, ancora ineseguito, che abbia agito per la esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., nei confronti del promittente venditore, successivamente fallito, risulti soccombente, secondo un orientamento giurisprudenziale, rispetto al diritto di recesso ex art. 72 l. fall., esercitato dal curatore fallimentare, indipendentemente dalla trascrizione della domanda giudiziale.

La Corte di Strasburgo ha affermato che l'ordinamento nazionale non ha garantito un ricorso effettivo dal momento che l'unica azione esperibile (nella specie, prevista dall'art. 2932 cod. civ.) può essere vanificata, a prescindere dalla tempestività, dal potere di scioglimento del curatore⁶⁸.

Inoltre, per quanto riguarda l'ordinamento interno, lo spostamento patrimoniale che ne consegue, può considerarsi giustificato⁶⁹ o, a ben vedere, cagiona una lesione del diritto di

⁶⁶ La giurisprudenza e la dottrina sul punto sono sterminate, si consenta il rinvio, per quanto ai nostri fini può interessare circa il rapporto tra Convenzione e.d.u. e l'istituto dell'occupazione acquisitiva, a R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e diritti umani*, Milano, 2006.

⁶⁷ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1419-1420; si vedano anche le considerazioni critiche di A. PACE, *Espropri incostituzionali: restituzioni e responsabilità civili della Pubblica Amministrazione per l'applicazione di leggi illegittime*, cit., 1229 ss.

⁶⁸ Corte e.d.u., 4 febbraio 2014, *Ceni c. Italia*. Sul punto vds. B. SIRGIOVANNI, *Il recesso del curatore dal contratto preliminare e la trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. anche alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. giur.*, 2016, 1241 ss. e in part. 1245-1247. L'orientamento di legittimità che ha originato la condanna della Corte e.d.u. è stato superato da Cass. civ., SS. UU., 16 settembre 2015, n. 18131, in *Foro it.*, 2015, 3504, con cui è stato, invece, affermato che il potere del curatore ex art. 72 l. fall. non può essere esercitato nel caso in cui il promissario acquirente *in bonis* abbia trascritto, prima della sentenza dichiarativa del fallimento del promittente venditore, la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., e la relativa sentenza di accoglimento. Sul punto, vds. A. DI MAJO, *Contratto preliminare concluso da imprenditore fallito. La tutela del promissario acquirente da soggetto fallito e la pubblicità immobiliare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1037 ss.

⁶⁹ In questa direzione si è mosso, a seguito della decisione della Corte Costituzionale n. 135 del 2014, il Ministero del Lavoro, che è intervenuto per chiarire quali effetti la declaratoria di incostituzionalità avrebbe prodotto sui procedimenti in corso. L'Amministrazione centrale ha adottato la lettera circolare 10 luglio 2014, prot. n. 37/0012552 che prescrive che «[l]a perdita di efficacia della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 213/2004 va poi ad incidere su tutte quelle situazioni giuridiche pregresse che siano ancora aperte o pendenti, mentre non investe le vicende "chiuse", in quanto regolate da sentenze definitive (passate in giudicato), da atti amministrativi definitivi, oppure nei casi di decorrenza del termine di prescrizione o dal verificarsi di decadenze».

proprietà e della libertà di impresa esorbitante rispetto alla funzione sociale cui sono destinati dagli artt. 41 e 42 Cost.?

Ancora, può essere opportuno domandarsi se le conseguenze applicative sarebbero state identiche anche nel caso in cui la sanzione amministrativa avesse avuto portata interdittiva. Una diversa soluzione si sarebbe potuta ipotizzare, in primo luogo, per la natura non istantanea ma durevole dell'atto⁷⁰, più vigorosamente confliggente con la sopravvenuta eliminazione della sua base legale⁷¹. In secondo luogo, il provvedimento interdittivo è in grado di colpire anche posizioni non meramente patrimoniali, attraverso le quali si esprime, *ex art. 2 Cost.*, la persona umana⁷².

Un'ultima considerazione critica merita di essere riservata al profilo processuale della vicenda. La questione di legittimità costituzionale deve essere sollevata di ufficio⁷³ ed i giudici, innanzi ai quali pende un giudizio nel quale la norma denunciata deve trovare applicazione,

Pertanto, soltanto nei procedimenti ancora pendenti, le competenti Direzioni del Lavoro periferiche dovranno provvedere a rideterminare gli importi delle sanzioni. La circolare è reperibile in *Boll. ADAPT*, 14 luglio 2014, n. 28 con breve nota adesiva di G. CAROSIELLI e C. SANTORO.

⁷⁰ Sul punto vds. G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento del provvedimento amministrativo nel tempo*, cit., 1, nonché S. J. SCHØNBERG, *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford, 2000, 65 ss., il quale afferma, benché non con riferimento ai provvedimenti sanzionatori, che «it is important to distinguish between decisions which have a continuous temporal dimension (such as a licence or a pension) and temporally complete decisions the effects of which are exhausted at the time of the decision itself (such as an award of compensation)». Più in generale, «[l]a retroattività della decisione di accoglimento deve misurarsi con la natura del rapporto su cui incide, assumendo rilievo diverso, a questi fini, i rapporti istantanei e durevoli». Distingue, in questo senso, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 250-251, giungendo a conclusioni differenti.

L'A. osserva che, nel caso in cui la pronuncia incida su atto ad effetti istantanei (ad es. un pagamento) si pone un problema effettivo di retroazione. Invece, con riguardo ai rapporti ad effetti durevoli (e gli effetti ad esso conseguenti; si pensi, per es., al rapporto coniugale che consegue al matrimonio), il problema della retroattività è solo apparente. Pertanto, l'eventuale giudicato sull'atto preclude l'efficacia della sentenza di accoglimento, esaurendo il rapporto, solo nel primo caso e non nel secondo.

⁷¹ Con riguardo alle sanzioni formalmente penali, osserva la Cassazione: «l'istanza di legalità della pena, per il vero, è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita", che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale» (Cass. pen., SS. UU., 24 ottobre 2013, Ric. Ercolano, cit.).

⁷² Senza dimenticare, inoltre, che spesso il mancato rispetto delle sanzioni amministrative interdittive può avere rilevanza penale. A riguardo, con esclusivo riferimento al diritto penale dell'ambiente, svolge comunque considerazioni di carattere generale sui rapporti, molto stretti, tra sanzioni amministrative e penali, M. CATENACCI, *I reati in materia di ambiente*, in A. FIORELLA (cur.), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, 468-472

⁷³ Secondo quanto previsto dall'art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e purché ne ricorrano i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza, R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 80-81.

devono sospenderlo⁷⁴. La promozione di un ulteriore incidente di costituzionalità non sarebbe stata necessaria e l'esito della contestazione delle sanzioni sarebbe potuto essere differente⁷⁵ se la *quaestio* fosse stata sollevata dal giudice dell'opposizione all'ordinanza-ingiunzione⁷⁶. Dunque, l'esito del trattamento sanzionatorio dipenderà, nel caso che ci occupa, non da una scelta (legittima) del legislatore ma dall'eventualità che la pregiudiziale sia stata rilevata solo in fase esecutiva e non anche al tempo dell'opposizione ex art. 6 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

Riproponendo le considerazioni svolte in merito alla decisione *Ceni*, potrebbe domandarsi se, nel caso in esame, siano stati predisposti, a tutela del destinatario del provvedimento sanzionatorio, *effective remedies*, rispettosi dell'art. 13 CEDU⁷⁷. In

⁷⁴ La questione non è incontrovertita in dottrina. Alcuni autori affermano che il giudice chiamato ad applicare la norma, successivamente alla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione, si troverebbero nella alternativa fra rimettere a loro volta la questione alla Consulta, ovvero sospendere il processo in attesa della definizione della pregiudiziale. In questo senso, cfr. T. MARTINES, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 487; P. CALAMANDREI, *Corte Costituzionale e Autorità Giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 41. In senso contrario, invece, la dottrina maggioritaria, ritiene che l'art. 23 l. n. 87 del 1953 imponga soltanto la promozione dell'incidente di costituzionalità, laddove ne ricorrano i presupposti della rilevanza e non manifesta infondatezza, mentre l'art. 295 cod. proc. civ. non autorizza tale ipotesi di sospensione.

La pubblicazione in G.U. dell'ordinanza di rimessione avrebbe, infatti, soltanto valore di pubblicità legale e nessun effetto processuale negli altri giudizi, salvo la possibilità di esaminare la medesima questione. Sul punto vds. M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, 95; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *In tema di sospensione del processo nel caso di rimessione alla Corte Costituzionale delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 1957, 699; M. D'AMICO, *Sospensione del processo e questione di costituzionalità pendente*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 75, con ampi riferimenti giurisprudenziali in nota. Per una giurisprudenza più recente, cfr. Trib. min. Roma, 1° dicembre 2000, in *T. Rom.*, 2001, 79 e C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2016, 373 che riporta, criticandola, una «prassi alquanto diffusa» in questo senso.

Quanto alla giurisprudenza amministrativa, è prevalente l'orientamento che autorizza la sospensione, affermando che essa non sarebbe esplicitamente vietata da nessuna norma e, inoltre, non si produrrebbe alcuna lesione del contraddittorio, atteso che le parti del giudizio sospeso potrebbero intervenire innanzi alla Corte Costituzionale: si veda Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 15 ottobre 2014, n. 28, in *Foro it.*, 2014, 11, 630, con nota di A. TRAVI, e in senso adesivo, ancora v. A. TRAVI, in *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 274.

⁷⁵ La possibilità che la sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità determini, nel giudizio di Cassazione, la disapplicazione della norma illegittima, anche nel caso in cui non sia stata previamente sollevata la questione una censura sul punto, non è scontata. Sul punto vds. C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. Il processo ordinario di cognizione*, cit., 373, nt. n. 88.

⁷⁶ L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Brescia, con cui è stata denunciata la legittimità costituzionale dell'art. 18 d.lgs. cit., è stata pubblicata, il 12 settembre 2012, in *Gazzetta Ufficiale* e, dunque, prima del 23 maggio 2014, quando la Corte di Cassazione ha respinto il ricorso dell'imprenditore contro le sanzioni amministrative. Va, tuttavia, segnalato che la questione di legittimità costituzionale non era stata censurata dalla parte ricorrente nel giudizio di Cassazione.

⁷⁷ Infatti, anche nel caso che ci occupa, il destinatario della sanzione, obiettivamente priva di base legale, non aveva altro rimedio che proporre opposizione all'esecuzione, eccependo la incostituzionalità della limitazione del potere di intervenire sul giudicato anteriormente formatosi, secondo quanto previsto dalla l. n. 87 del 1953. Sulla garanzia dell'art. 13 CEDU, vds. A. DI STEFANO, *Sub Art. 13*, S. BARTOLE, P. DE SENA e V. ZAGREBELSKY

conclusione, tuttavia, la decisione in commento, pure se criticabile sul piano assiologico, ha il merito di avere fornito una interpretazione dei rapporti fra i diversi livelli di tutela, costituzionale e convenzionale, coerente con il diritto vivente e rispettosa della discrezionalità legislativa e della certezza del diritto⁷⁸.

Quandanche si volesse aderire a tesi, per così dire, estreme, per cui l'atto giurisdizionale è «posizione, creazione, produzione del diritto al pari dell'atto legislativo ed entrambi sono soltanto due gradi del processo di produzione del diritto»⁷⁹, e la differenza fra l'attività di creazione e di applicazione del diritto è meramente *quantitativa*, in quanto il legislatore ha maggiori margini di libertà, rispetto al giudice⁸⁰, il materiale, su cui quest'ultimo lavora, resta il testo della disposizione da interpretare e non può aversi, in particolare nel diritto pubblico, la creazione di regole *ex nihilo*.

L'art. 30 l. n. 87 del 1953 opera solo con riguardo alle sanzioni penali e l'art. 12 prel., come osserva il giudice remittente, osta ad una interpretazione differente⁸¹. L'intervento

(cur.), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, cit., 474 ss. e F. CASSIBBA, *Sub Art. 13. Diritto a un ricorso effettivo*, in F. VIGANÒ e G. UBERTIS (cur.), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., 316.

⁷⁸ I commentatori dell'ordinanza di rimessione avevano, per un verso, ritenuto probabile l'accoglimento della richiesta di declaratoria di incostituzionalità e, per altro, avevano sollevato alcune perplessità sulle possibili conseguenze. In particolare, la riqualificazione delle sanzioni amministrative, da parte del giudice nazionale, al fine di accedere al rimedio, in quanto convenzionalmente penali, previsto dalla l. n. 53 del 1987, avrebbe potuto dare luogo ad esiti applicativi notevolmente differenti, con una possibile lesione della certezza del diritto e del principio di uguaglianza. Così A. GOLIA e F. ELIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni "sostanzialmente" penali dichiarate incostituzionali*, cit., 19-22; A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, cit., 17-18.

Infatti, l'obiettivo che la Consulta intende perseguire è quello di evitare che il giudice nazionale possa procedere arbitrariamente ad una «commistione tra regole elaborate a livello domestico e regole forgiate dal – diverso ed esterno – sistema giuridico sovranazionale», finendo così per «creare una sorta di *patchwork* tra concetti derivanti da ordinamenti differenti». Così A. CHIBELLI, *op. cit.*, 16-17.

⁷⁹ H. KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in *ID.*, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, 88; Sulla differenza fra funzione legislativa e di giustizia costituzionale, si veda R. GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, cit., 137.

⁸⁰ E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, Milano, 2007, 127.

⁸¹ «[R]itiene il giudicante che l'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme trovi un limite nel tenore letterale della disposizione di legge da interpretare. Se l'interpretazione adeguatrice deve svolgersi secondo i canoni ermeneutici di cui all'art. 12 delle Preleggi, quando l'attribuzione di un significato al testo, che rispetti il senso letterale della legge, produca una norma non oscura o non assurda, è preclusa un'interpretazione diversa da quella letterale, non essendo ammissibile l'interpretazione integrativa o correttiva. A fronte di tale, chiaro dato letterale, non pare possibile estendere, in via di interpretazione conforme, l'ambito applicativo dell'art. 30, co. 4, l. 87/1953 alle sanzioni formalmente non qualificate come penali nell'ordinamento interno, anche se da qualificarsi come tali secondo i parametri della CEDU», così Trib. Como ord. 4 febbraio 2015, cit.

additivo sulla norma sarebbe stato giustificato in presenza di un orientamento (consolidato⁸²) della giurisprudenza e.d.u. ovvero qualora si fossero rinvenute nella Costituzione le tracce di un principio di diritto incompatibile⁸³.

Entrambe le ipotesi non ricorrono ed è, quindi, legittima la configurazione, da parte del legislatore, nell'ambito dell'illecito di diritto pubblico⁸⁴, di figure sanzionatorie a garanzie variabili: disciplinate differentemente nell'ambito dell'ordinamento nazionale ed in parte accomunate, nel dualismo *remedial/punitive*, dal diritto convenzionale.

ABSTRACT: Con la recente decisione n. 43/2017, la Corte Costituzionale ha affermato che non è possibile revocare il giudicato formatosi sulla legittimità della irrogazione di sanzioni amministrative, considerate sostanzialmente penali ai sensi degli artt. 6 e 7 CEDU, in base ad una norma successivamente dichiarata incostituzionale. Questo saggio pone il problema del rapporto fra la rilevanza giuridica della legge incostituzionale e l'applicazione di sanzioni amministrative. In particolare, si intende valutare eventuali rotture rispetto al principio di legalità e la possibilità di individuare rimedi per la ripetizione della sanzione.

Abstract: In the recent decision n. 43/2017, the Constitutional Court established that the judgment on sanctions, qualified as administrative but criminal in nature, for the purpose

⁸² Secondo la più recente giurisprudenza costituzionale, infatti, il giudice nazionale è tenuto ad uniformarsi soltanto alla giurisprudenza convenzionale consolidata. Tale requisito non ricorre in caso di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla Convenzione del 1950 su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano, emesse con riferimento alla enunciazione di principi di diritto assolutamente creativi o nel caso in cui si presentino numerose opinioni dissenzienti. In questi termini, v. Corte Cost. 26 marzo 2015, n. 49, in *Riv. AIC*, Maggio 2015, con nota di V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*; nonché, in *Forum di Quad. Cost.*, 7 dicembre 2015, con nota di G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*.

Con riguardo al caso in esame, è interessante la critica alla piana applicazione delle coordinate ermeneutiche della decisione n. 49/2015 svolta da A. CHIBELLI, *op. cit.*, 12: l'A. osserva che, *a contrario*, si potrebbe sostenere che il giudice nazionale, quale autonomo interprete del diritto convenzionale, ben sarebbe potuto giungere a conclusioni più favorevoli per il ricorrente, anche in mancanza di una esplicita affermazione della Corte di Strasburgo.

⁸³ Peraltro, la giurisprudenza costituzionale nega la possibilità di adottare una pronuncia additiva, nel caso in cui la soluzione della questione rimessa richiederebbe un intervento sulla norma denunciata, avente natura discrezionale. Infatti, soltanto nel caso in cui non si profilino una pluralità di possibili soluzioni ma non residui alcuna discrezionalità, la strada della decisione additiva potrebbe essere intrapresa. Si è parlato, a riguardo, di cd. teoria delle "rime obbligate". Sul punto, vds. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 408, nonché A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 170-177.

⁸⁴ Sulla valenza di questa superiore categoria dogmatica, in grado di ricomprendere l'illecito penale, c.d. de penalizzato ed amministrativo, si veda M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 150.

WORKING PAPERS

of the Articles 6 e 7 ECHR, can not be overturned if the authorizing statute is subsequently found unconstitutional. This paper aims at addressing the problem of the relationship between the effects of the unconstitutional statute and the power to impose administrative sanctions. Moreover, it intends to verify if the nullum crimen sine lege principle is respected and if there are legal remedies to recover the penalty.

KEYWORDS: unconstitutional statute, administrative sanctions, res judicata, rule of law, Engel criteria