

Le sanzioni amministrative pecuniarie e i rapporti contrattuali delle pubbliche amministrazioni

Simona Terracciano

SOMMARIO: 1. Introduzione e prospettiva di indagine. – 2. Il dibattito sulle sanzioni amministrative: ricostruzioni teoriche e confini della sanzione amministrativa nell'ordinamento interno. – 3. *Segue*: gli approdi giurisprudenziali e l'influenza sovranazionale. – 4. La sanzione amministrativa quale strumento di perseguimento dell'interesse pubblico. – 5. Le sanzioni amministrative pecuniarie dell'ANAC in materia di contratti pubblici a garanzia del corretto svolgimento del potere amministrativo. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione e prospettiva di indagine*

La definizione, la natura, la funzione e, più in generale, la ricostruzione dogmatica della sanzione amministrativa nell'ordinamento giuridico sono state oggetto di molteplici riflessioni e approfonditi studi teorici già a partire dai primi decenni del secolo scorso¹.

¹ Tra i contributi necessari ai fini dello studio e dell'approfondimento della tematica, si richiamano gli scritti fondamentali di: A. Rocco, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 1, 385 ss.; G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; G. Battaglini, *La pena in rapporto alle sanzioni civili e amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, 1, 394 ss.; A. Tesaurò, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925; S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 299 ss.; U. Arduzzone, *Sanzioni amministrative*, Nss. D.L., XI, Torino, 1939, 1084 ss.; F. Benvenuti, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 ss.; N. Bobbio, *Sanzione*, in Nss. D.L., XVI, Torino, 1969, 530 ss.; E. Cannada Bartoli, *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 112 ss.; M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1970, 1291-1316; E. Casetta, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980), Milano, 1982, 45-57; E. Capaccioli, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, Id., 88-123; F. Benvenuti, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, Id., 33-44; M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; G. Pagliari, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988; C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988; C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 345 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, XV ed., Napoli,

Negli ultimi anni, le tematiche delle sanzioni amministrative, dei procedimenti sanzionatori amministrativi e delle connesse garanzie giurisdizionali sono sottoposte al vaglio delle corti nazionali e sovranazionali, in ragione delle criticità di una serie di procedimenti amministrativi a fronte di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, in quanto riconducibili – secondo la CEDU e i criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo² – alla «materia penale» di cui all'art. 6 CEDU³.

In tale contesto, sono state svolte riflessioni dottrinali nel tentativo di indagare l'impatto della giurisprudenza sovranazionale sui fondamenti del potere sanzionatorio delle pubbliche amministrazioni e di verificare la sussistenza di una sistemica nazionale che, pur rispettando la CEDU e gli orientamenti del suo giudice, possa conservare le proprie peculiarità⁴.

Il dibattito contemporaneo sulle sanzioni amministrative appare, come pure si vedrà, fortemente influenzato dalla giurisprudenza sovranazionale, ma rimane utile indagare, in particolare, il ruolo e la funzione della sanzione amministrativa pecuniaria, la compatibilità di tale strumento con il perseguimento dell'interesse pubblico e l'utilizzo della stessa per il corretto esercizio del potere amministrativo, senza tralasciare l'evoluzione storica e il dibattito teorico sulla nozione di sanzione amministrativa e sui suoi confini rispetto alla sanzione penale, attraverso la molteplicità di tesi e di criteri proposti in dottrina.

In questa prospettiva, sin d'ora, può rilevarsi come sembrino rilevanti quelle tesi che hanno valorizzato l'autonomia della sanzione amministrativa rispetto a quella penale e il collegamento della stessa con gli interessi pubblici attribuiti alla cura dell'azione amministrativa.

1989; E. Casetta, *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 598 ss.; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999.

² Punto di partenza è il *leading case* della C. eur. dir. uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, in tema di sanzioni disciplinari militari (non considerate sanzioni penali dall'ordinamento interno), nel quale la Corte di Strasburgo ha elaborato i cd. *Engel criteria* al fine di qualificare un provvedimento di un pubblico potere alla stregua di una sanzione penale e sottoporlo alle conseguenti garanzie, evitando la cd. «truffa delle etichette». In particolare, il giudice deve verificare a) la qualificazione dell'illecito in base al diritto interno; b) la natura del provvedimento e, in particolare, lo scopo affittivo-deterrente e la generalità (intesa come riferibilità astratta a tutti i cittadini); c) il grado di severità della sanzione che l'interessato rischia di subire. Il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non necessariamente cumulativi e, tuttavia, non è esclusa la possibilità di un approccio cumulativo quando i criteri analizzati singolarmente non consentano di raggiungere una chiara conclusione sull'esistenza di un'accusa penale.

³ Si vedano, C. eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia* e C. eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, caso n. 18640/2010, *Grande Stevens e altri c. Italia*, rispettivamente sui procedimenti sanzionatori della AGCM e della CONSOB.

⁴ Tra i lavori monografici più recenti sul tema: F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, III, Torino, 2018; G. Martini, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli 2018; S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017; E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, Torino, 2017.

L'applicazione di tale approccio teorico nel diritto positivo, con specifico riferimento al potere sanzionatorio legislativamente attribuito all'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, può consentire interessanti speculazioni, sebbene il novero delle sanzioni strumentali sia molto più ampio e presente anche in ambiti di disciplina differenti⁵.

Si può, sin da ora, anticipare anche che accanto alla funzione di vigilanza e regolazione del settore dei contratti pubblici, l'ANAC è titolare di un potere sanzionatorio strumentale al corretto ed effettivo svolgimento della propria attività.

Tale potere è esercitato dall'Autorità in una pluralità di fattispecie illecite attraverso l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti di operatori del mercato, di stazioni appaltanti e delle SOA al fine di assicurare il buon andamento, la trasparenza dell'azione amministrativa, il corretto svolgimento delle procedure di gara e, più in generale, il corretto svolgimento del potere legislativamente attribuito.

La sanzione amministrativa pecuniaria si caratterizza, dunque, in questi casi, per la sua connessione strumentale all'esercizio del potere amministrativo e ciò ne condiziona le modalità di applicazione e i principi cui è sottoposta al fine di garantire l'effettività dell'esercizio di tale potere.

⁵ In via esemplificativa, si vedano, in materia di tutela della concorrenza e del mercato, l'art. 14, comma 5 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria a tutela dello svolgimento dell'attività istruttoria dell'AGCM nel caso in cui i soggetti ai quali viene effettuata la richiesta omettano, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti ovvero forniscano informazioni e documenti non veritieri; l'art. 15, comma 2 della l. n. 287/1990 che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria, in caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1 dello stesso articolo, fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1 dello stesso articolo, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. In dottrina, A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 216-219 secondo il quale «[...] le sanzioni di cui si discorre in questo paragrafo sono riconducibili al più tipico modello affittivo-punitivo, tendente appunto a sanzionare il mancato rispetto di un obbligo imposto dall'Autorità ed in questo modo assicurarne strumentalmente l'effettività. [...] L'insieme di queste sanzioni, in sostanza, contribuisce ad assicurare piena effettività agli obblighi procedurali previsti dalla legge ed ai provvedimenti d'ordine dell'Autorità ed a far sì che la regolazione pubblica della concorrenza venga "presa sul serio"». Si legga anche, M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 486, secondo la quale «Mentre le misure sanzionatorie previste dall'art. 15 per la violazione diretta dei divieti di intese restrittive e di abusi di posizione dominante hanno una funzione preventiva e repressiva, diretta a scoraggiare e ad ottenere la desistenza dei comportamenti vietati, le sanzioni previste per la violazione delle misure inibitorie e degli obblighi di informazione hanno carattere strumentale, essendo preordinate a garantire l'effettivo esercizio dei poteri di controllo dell'Autorità».

2. *Il dibattito sulle sanzioni amministrative: ricostruzioni teoriche e confini della sanzione amministrativa nell'ordinamento interno*

Il dibattito sul tema nell'ordinamento nazionale ha assunto degli sviluppi in parte divergenti rispetto all'approccio sostanzialistico adottato già a partire dagli anni settanta del secolo scorso a livello sovranazionale, al fine di individuare criteri per distinguere la sanzione penale da quella amministrativa e per qualificare quest'ultima rispetto ad altre forme di reazione della amministrazione agli illeciti.

Ebbene, nei primi studi del '900 si affrontava il «problema della pena amministrativa»⁶ al fine di individuare le sanzioni proprie del diritto amministrativo e distinguerle dalla sanzione tipica, ossia quella di diritto penale⁷.

In particolare, nonostante una autorevole parte della dottrina contestasse in radice la distinzione tra diritto penale comune e diritto penale amministrativo⁸ e altra riconoscesse la specialità dei precetti del diritto penale amministrativo, pur senza separarlo da quello penale⁹, alcuni autori mostravano come, sin dall'epoca del diritto romano, poi in quelli germanico e feudale, il diritto positivo conoscesse delle pene aventi carattere di diritto amministrativo e non penale¹⁰.

⁶ G. Zanobini, *op. cit.*, 10.

⁷ Id., 7-8, secondo l'A. «Sanzioni specifiche, tipiche potremmo dire, dei rapporti di diritto pubblico sono soltanto le cosiddette *pene*. La pena s'incontra soltanto nei rapporti di diritto pubblico, nei rapporti cioè basati sopra l'elemento della supremazia e della subordinazione. [...] Nella dottrina e nella pratica di diritto pubblico, si parla di *pene* si può dire a proposito di tutti i possibili doveri dei cittadini verso la pubblica amministrazione: a proposito dei doveri di polizia (pene di polizia); a proposito dei doveri di finanza (pene fiscali), dei doveri di nascenti dai vari rapporti speciali, come il rapporto d'ufficio, di concessione, ecc. (pene disciplinari). Il problema che ci proponiamo, rispetto a ciascuna categoria di queste sanzioni, è quello di decidere se, non ostante lo scopo punitivo che loro è proprio, possano essere considerate di natura amministrativa o in genere di diritto pubblico non penale: se e quando, cioè, esse conservino la loro autonomia di fronte alle sanzioni del diritto penale».

⁸ O. Mayer, *Le dr. administratif allemand*, II, Paris, 1904, 82-108; *Id.*, *Deut. Verrwaltungsrecht*, II ed., I, München-Leipzig, 1914, 268-282, 376-388; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1908, 79-103.

⁹ A. Rocco, *op. cit.*, 10. Tale impostazione è criticata da C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 353-354, secondo i quali «è anzitutto indispensabile sfuggire alla tentazione di appiattare la sanzione amministrativa – in quanto strumento 'punitivo' – sulla falsariga della pena criminale [...]. Si tratta invero di impostazioni venute di concettualismo ed improntate a una visione 'panpenalistica' del controllo sociale: oltre a rendere poco maneggiabile – se coerentemente applicate – lo strumento sanzionatorio amministrativo in prospettiva di politica del diritto, queste impostazioni troverebbero smentita nello stesso diritto positivo, dopo gli ultimi sviluppi legislativi».

¹⁰ G. Zanobini, *op. cit.*, 27, secondo il quale «Nel diritto romano le penalità per l'inosservanza di doveri di polizia furono sempre tenute distinte dalle pene per i reati. Dei reati si rispondeva davanti al giudice penale e al popolo; delle trasgressioni di polizia soltanto verso i singoli magistrati che imponevano coi loro editti i relativi doveri di polizia». Nelle pagine successive, l'Autore effettua un'analisi storica, evidenziando che, all'epoca della Rivoluzione francese, una corposa serie di contravvenzioni era passata dall'ambito delle sanzioni amministrative a quello della repressione penale attraverso la codificazione e afferma che ciò, secondo i sostenitori del diritto penale amministrativo, aveva solo l'effetto di estendere il principio *nulla poena sine lege ac iudicio* a un sistema contravvenzionale appartenente comunque ad un diritto penale a sé stante, ossia al diritto penale amministrativo. Tuttavia, l'A. considera la distinzione fra le due categorie di sanzioni come un *dovere della scienza giuridica*

Gli studi dottrinali fino alla prima metà del secolo scorso, infatti, si sono concentrati su particolari tipologie di sanzioni, come le cd. pene di polizia¹¹, le sanzioni disciplinari e la pena pecuniaria in materia finanziaria¹², evidenziandone sia i tratti caratteristici propri, sia i tratti differenziali rispetto alle sanzioni penali¹³.

da effettuarsi attraverso un criterio unico che mostri la natura della sanzione e ne faccia discendere tutte le conseguenze anche in considerazione del fatto che il processo, per così dire, di penalizzazione non aveva interessato tutte le sanzioni amministrative. Secondo l'A., le sanzioni amministrative sono «pene in senso tecnico, la cui applicazione costituisce, per l'amministrazione verso la quale corrono i doveri cui esse accedono, un diritto soggettivo» (cit., 38) e la linea di confine con la sanzione penale è individuabile nell'elemento estrinseco della competenza e del procedimento che, per le sanzioni amministrative, spetta all'autorità amministrativa a mezzo dei propri provvedimenti. Dal momento che lo Stato ha il dovere di punire (e non il diritto di punire) e che la funzione punitiva è una funzione giurisdizionale e di giustizia quando affidata a organi di giustizia, allora, secondo l'Illustre Autore, le sanzioni amministrative presenti in leggi amministrative applicabili dall'autorità amministrativa con proprio provvedimento amministrativo, anche se chiamate multe o contravvenzioni, non rientrano nel diritto penale comune, ma sono sanzioni di diritto amministrativo, sanzioni *ex delicto* amministrativo. Ricorda, inoltre, U. Ardigzone, *Sanzioni amministrative*, cit., 1093, che «A prescindere dal diritto romano, in cui era chiara la differenza fra la *coercitio* e la *poenitio* e per venire ad epoche più vicine alla nostra, nel diritto barbarico era largamente usato il *banno*, che stava a sanzionare precetti dell'autorità e si distingueva dalla sanzione penale. *Bannitio* era chiamato il potere di cui era investita l'autorità la quale aveva la potestà di *banno*».

¹¹ In tema, U. Ardigzone, *Sanzioni amministrative*, cit., 1094, che, dopo aver descritto alcune fattispecie della legge di pubblica sicurezza (come la revoca della licenza, l'ammonizione e il confino) afferma che «Questi sono gli esempi più caratteristici, i quali stanno a dimostrare come l'assorbimento delle sanzioni di polizia nell'ambito del diritto penale non sia stato totale, ma che esistono tuttora nel nostro diritto positivo degli esempi di pene di polizia che hanno la caratteristica di essere delle vere e proprie pene di diritto amministrativo, alle quali sono applicabili tutti i canoni propri di quel diritto».

¹² Cfr. l. 7 gennaio 1929, n. 4 recante le «Norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie» e, in dottrina, L. Rastello, *La pena pecuniaria nel diritto tributario*, Roma, 1959; *Id.*, *Pena pecuniaria (Diritto tributario)*, in *Nss. D.I.*, XII, 1965, 856 ss.

¹³ Si veda la tesi dello Zanobini che, nell'individuare sulla base dei criteri «formali» le sanzioni amministrative rispetto a quelle penali, separava le pene amministrative in sanzioni dei doveri generali (tra le quali, le pene di polizia e quelle di finanza) – ossia da doveri derivanti immediatamente dall'ordinamento giuridico – e le sanzioni dei doveri particolari (come la categoria delle pene disciplinari) – ossia da doveri derivanti dall'ordinamento giuridico attraverso un negozio speciale tra il privato e la pubblica amministrazione. Si legge in G. Zanobini, *op. cit.*, 56 che «Le sanzioni dei doveri della seconda categoria [le sanzioni dei doveri particolari n.d.r.] hanno tutte i medesimi caratteri fondamentali: per questo potremo farne una trattazione unica. Quelle, invece, riguardanti i doveri generali presentano una considerevole varietà legislativa sia di forma sia di contenuto: di qui la necessità di considerare separatamente le sanzioni concernenti i diversi gruppi di tali doveri dei cittadini». Cfr., anche, A. Tesaurò, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., 84, secondo il quale «sono tutte sanzioni di diritto penale le pene, che hanno la stessa funzione: sanzionare precetti di legge, e la stessa natura non riparatrice, non compensatrice, non eliminatrice, ma esclusivamente afflittiva. Esistono, però, senza alcun dubbio, altre pene non criminali, che non sanzionano precetti di legge, bensì disposizioni di negozi giuridici, ovvero ordini dell'autorità amministrativa, oppure assicurano, in genere, lo svolgimento dell'attività amministrativa». Secondo A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 54, «Le tesi sostanzialistiche [...] esprimono un'esigenza verso una qualificazione in termini positivi della sanzione amministrativa e della potestà sanzionatoria dell'amministrazione rispetto alla sanzione penale o alla potestà sanzionatoria penale. Il ricorso ad argomenti di ordine sostanziale sottintende anche un rifiuto a certe teorizzazioni accentuatamente formalistiche che si sono incentrate sui contenuti e sugli effetti della sanzione e che nella difficoltà di individuare su questo piano elementi comuni di qualificazione della sanzione amministrativa hanno proposto una distinzione fra sanzione amministrativa e sanzione penale in termini prevalentemente negativi (e cioè definendo la sanzione amministrativa rispetto alla sanzione penale «per esclusione»)».

Solo a partire dalla seconda metà del secolo scorso, attraverso l'avvio di processi di depenalizzazione¹⁴, il legislatore ha dettato una disciplina generale e sistematica della sanzione amministrativa nella l. 24 novembre 1981, n. 689 («Modifiche al sistema penale») che, come è stato rilevato, è ispirata alla concezione di sanzione amministrativa intesa quale pena, secondo il prototipo della pena pecuniaria¹⁵ e, per via della sua generalità, si presta a disciplinare anche sanzioni amministrative non derivanti da processi di depenalizzazione¹⁶.

Il dibattito dottrinale interno antecedente alla normativa sistematica in materia di sanzioni si è sviluppato attraverso la ricerca di criteri in grado di distinguere tra sanzione penale e amministrativa e di enucleare diverse categorie all'interno della nozione di sanzione amministrativa.

Sotto il versante, per così dire, «esterno» (ossia relativo alla distinzione con la sanzione penale), sono state proposte una serie di teorie riconducibili a due

¹⁴ In argomento, G. Pagliari, *Principi generali delle depenalizzazioni dei delitti e contravvenzioni*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, 703-708. In una prospettiva normativa, con la l. 3 maggio 1967, n. 317 è stata avviata la depenalizzazione con riferimento alle violazioni delle norme sulla circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali. Successivamente, la l. 9 ottobre 1967, n. 950 ha interessato le sanzioni per i trasgressori delle norme di polizia forestale e la l. 24 dicembre 1975, n. 706 ha riguardato il sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda e, in seguito, si è giunti alla l. 24 novembre 1981, n. 689, che, oltre ad operare una più razionale depenalizzazione, ha costituito la disciplina fondamentale per la sanzione amministrativa. Per un approfondimento sulla depenalizzazione in Italia, si leggano P. Pittaro, *Depenalizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Agg., Roma, 2007, 1 ss.; A. Bernardi, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. Pen.*, 2001, 727 ss.; T. Di Nino, *Gli itinerari della depenalizzazione dalla legge n. 689/1981 alla legge n. 205/1999*, in *Ind. pen.*, 2000, 749 ss.; per un approfondimento storico-comparatistico, C.E. Paliero, *Il «diritto penale-amministrativo»: profili comparatistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1980, 4, 1254-1290.

¹⁵ C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 351 secondo i quali «Punto di riferimento essenziale per questo diverso orientamento è stata, in passato, la tesi di Zanobini, secondo cui la sanzione amministrativa è innanzitutto una «pena in senso tecnico» e quindi, per il suo carattere di pena, non può essere assimilata a strumenti principalmente diretti a conservare o a ripristinare interessi sostanziali lesi dall'infrazione. Questa concezione trova oggi una conferma (val la pena di segnalarlo sin d'ora) nella l. n. 689 del 1981 che in tema di sanzioni amministrative individua al capo I alcuni principi – probabilmente di portata non assoluta, ma molto generali – chiaramente modellati sulla nozione di «sanzione amministrativa» intesa come «pena». Non a caso, del resto, dalla l. n. 689, cit. il prototipo delle diverse species di sanzione amministrativa è individuato nella «pena pecuniaria».

¹⁶ Da ultimo, S.L. Vitale, *op.cit.*, 6, secondo il quale «Tale normativa, per i suoi caratteri di organicità e sistematicità, ha una vocazione a disciplinare in via generale – pur con rilevanti elementi di flessibilità – non solo le sanzioni amministrative depenalizzate ma anche quelle originariamente amministrative. Si è così delineata una categoria di illecito (e di conseguente sanzione) di diritto pubblico distinta da quella penale, retta da propri principi sostanziali e procedurali seppure in parte omogenei a quelli del diritto penale». In tema, si legga anche il contributo di M. Andreis, *Le altre tipologie di sanzioni*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, cit., 454, trattando della l. n. 689/1981 e, in particolare, del processo di elaborazione dell'art. 12 della stessa, afferma che «Nel complesso si tratta dunque di un'occasione mancata – a causa di una particolare prudenza osservata nel percorso di formazione del testo normativo – per l'adozione di disciplina unitaria quanto meno su principi di una più ampia categoria di sanzioni rispetto a quelle pecuniarie. La lacuna normativa espressamente avvertita in sede di lavori preparatori è rimasta inesorabilmente attuale».

orientamenti principali¹⁷: gli orientamenti materiali o sostanziali, facenti leva sul precetto della disposizione sanzionatoria e, in particolare, sulla sua natura, sull'oggetto e sulle finalità della tutela apprestata dalla stessa¹⁸; e gli orientamenti

¹⁷ Per la distinzione delle sanzioni attraverso i criteri formali e sostanziali si veda A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., 9 e ss.; C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 7, secondo i quali «Nella varietà delle interpretazioni proposte, si possono comunque individuare due orientamenti principali: all'interno della previsione sanzionatoria (che, secondo la rappresentazione più comune, è costituita da un precetto-protasi e da una sanzione-apodosi) l'attenzione andrebbe concentrata, per la prima corrente, sul precetto, per la seconda corrente, sulla sanzione. Delle differenti definizioni che corrispondono a tale dicotomia, quelle espresse dal primo orientamento possono senz'altro definirsi sempre 'materiali' (o 'sostanziali'); quelle espresse dal secondo, di regola – ma come vedremo non sempre – 'formali': incentrandosi, le une, esclusivamente sul contenuto sostanziale e sull'oggettività giuridica della norma che configura l'illecito (cioè sull'interesse o sul bene giuridico tutelato); tendendo le altre, invece, a basarsi esclusivamente sul tipo della sanzione e sul procedimento per la sua applicazione».

¹⁸ Tra le tesi inquadabili nell'orientamento materiale-sostanziale, si vedano quella di A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., 84 e ss., secondo cui «sono tutte sanzioni di diritto penale le pene che hanno la stessa funzione: sanzionare precetti di legge, e la stessa natura non riparatrice, non compensatrice, non eliminatrice, ma esclusivamente afflittiva. Esistono, però, senza alcun dubbio, altre pene non criminali, che non sanzionano precetti di legge, bensì negozi giuridici, ovvero ordini dell'autorità amministrativa, oppure assicurano, in genere, lo svolgimento dell'attività amministrativa»; si veda anche la tesi (qualificata da Paliero e Travi come «pseudoformale», in quanto basata su connotati formali che si caratterizzano solo se collegati a quelli materiali) di F. Benvenuti, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, cit., 40 e ss. (che riprende considerazioni già espresse in Id., *Sul concetto di sanzione*, cit., 223 ss.) secondo il quale «L'attività giurisdizionale è attuazione, non applicazione, di sanzioni [...] il rapporto tra sanzione e precetto è un rapporto di tipo predicativo, nel senso che la sanzione, come accertamento della giuridicità del precetto e della antigjuridicità di un comportamento singolo, è attribuzione di valore. Di modo che anche la sanzione concreta, quando sia comminata in sede giurisdizionale, ha la natura fondamentale di restaurazione dell'ordine violato e non anche, se non secondariamente, di soddisfazione compensativa. [...] Se, ora, consideriamo, invece, la sanzione amministrativa [...] si vedrà subito che essa non presuppone l'accertamento della giuridicità del precetto, ma soltanto l'affermazione della sua violazione. [...] Vi è, dunque, una profonda diversità di natura tra la sanzione giurisdizionale e la sanzione amministrativa: la prima, si potrebbe dire, è attuazione primaria della norma che essa infatti dichiara, la seconda è invece attuazione secondaria del precetto che essa non dichiara ma afferma. [...] Dunque, le sanzioni amministrative sono mezzi per il raggiungimento della attuazione pratica dei precetti amministrativi; le sanzioni giurisdizionali sono momenti della posizione dell'ordinamento come ordinamento giuridico indipendentemente dai valori pratici che vi possono essere connessi». Criticano gli orientamenti materiali-sostanziali, C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 10-11, secondo i quali «Interpretazioni di questo genere incontrano oggi difficoltà sempre maggiori. Esse si caratterizzano per un ampio ricorso ad argomenti di carattere materiale che però sottendono, in ultima analisi, prese di posizione di carattere ideologico. Infatti, la qualificazione di un fatto come illecito amministrativo piuttosto che come reato finisce così col dipendere da una valutazione pregiuridica della sua contrarietà a doveri amministrativi o ad obblighi nei confronti dell'Amministrazione, ovvero, rispettivamente, della sua lesività di interessi primari, di beni essenziali, e così via: che poi la norma positiva sia ad imporre in realtà una determinata qualificazione del fatto in tale prospettiva passa assolutamente in secondo piano. Ma proprio la più recente evoluzione del diritto positivo crea oggi le maggiori difficoltà a questa linea interpretativa, rivelando incontestabilmente il carattere contingente e l'effettiva variabilità nel tempo delle conseguenze sanzionatorie, in modo del tutto indipendente dai contenuti del precetto. I processi ricorrenti (in passato con cadenze secolari, oggi assai ravvicinati nel tempo) di depenalizzazione e di ripenalizzazione dimostrano l'impossibilità di qualificare un fatto (come reato o come illecito amministrativo) alla luce del solo precetto; a un processo rimasto invariato possono infatti corrispondere radicali modificazioni nella tipologia della sanzione. L'interesse tutelato, desumibile dal precetto, non è pertanto sufficiente per identificare, una volta per tutte, la natura della sanzione e quindi, *per relationem*, neppure la natura dell'illecito».

formali, facenti leva sulla sanzione e, in particolare, sul procedimento di applicazione, sulla natura e struttura della stessa e sull'autorità competente ad irrogarla¹⁹.

È bene rilevare che le teorie sostanzialiste e formaliste sono state sviluppate in periodi storici nei quali il processo di tipizzazione delle sanzioni penali non era ancora stato portato a compimento e, dunque, era forte la necessità di individuare criteri che consentissero la distinzione tra le sanzioni penali e amministrative. In effetti, come precisato, «questa impostazione non è più attuale, perché in seguito alla promulgazione nel 1930 del nuovo codice penale, la sanzione penale è sempre immediatamente identificabile, attraverso il *nomen iuris*, sulla base del diritto positivo»²⁰.

L'utilizzazione delle sanzioni amministrative, anche in luogo di quelle penali, si è accentuata in ragione di vari fattori²¹ tra i quali possono senz'altro annove-

¹⁹ Tra le tesi inquadabili nell'orientamento formale, si veda anzitutto G. Zanobini, *op. cit.*, 40 secondo il quale «Sono pene amministrative e non sanzioni penali quelle la cui applicazione è dalla legge riservata all'autorità amministrativa [...] vediamo la linea di confine nell'elemento estrinseco della competenza e del procedimento». Tuttavia, come si legge in C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 15, «Il dato meramente soggettivo, del resto, apparve presto insufficiente allo stesso Zanobini, che rettificò la propria tesi affermando che il carattere essenziale della sanzione amministrativa andava individuato in base a un criterio *funzionale*, cioè nel fatto che la sua applicazione costituisse esercizio di una funzione amministrativa, ovvero esplicazione di un potere amministrativo». Si veda, inoltre, la tesi di M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, cit., 3 ss., la quale – dopo aver affermato la intrinseca unitarietà funzionale del fenomeno sanzionatorio e, dunque, la inattendibilità delle tesi che invocano un differente sostrato teleologico della potestà sanzionatoria amministrativa rispetto a quella penale – afferma che «il discrimine tra sanzioni amministrative e sanzioni penali – quali specifiche articolazioni di una medesima categoria funzionale, per ciò stesso intrinsecamente omogenee sotto il profilo teleologico – appare piuttosto individuabile in base al diverso carattere delle conseguenze che da tali misure rispettivamente derivano, le quali trovano il loro esclusivo fondamento nella valutazione (giuspositiva) che storicamente il legislatore compia della trasgressione. [...] Il fattore decisivo di qualificazione è dato perciò esclusivamente dalla specifica disciplina che l'ordinamento di volta in volta predisponga in conseguenza della trasgressione [...] La qualificazione giuridico-funzionale di un illecito rispettivamente come amministrativo o penale (e lo stesso vale per i rapporti tra illecito penale e illecito civile) si fonda, secondo l'opinione qui accolta, essenzialmente sulle conseguenze che la legge fa nascere dalla consumazione dell'illecito [...]». Cfr. anche le tesi di R. Alessi, *Responsabilità amministrativa*, in *Nss. D.I.*, XV, Torino, 1968, 618 ss.

²⁰ C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 23, secondo i quali «Ci sembra ormai assodato che i criteri tradizionali non hanno un valore generale ed assoluto: hanno significato invece come indici tendenziali, da utilizzarsi in modo combinato. Sfuggendo *de lege lata* alla tentazione di qualsiasi definizione di tipo materiale, una caratterizzazione sul piano formale della sanzione amministrativa rispetto alla sanzione penale si profila come possibile, più che sulla base dei singoli criteri o principi generali, alla luce del regime specifico della sanzione amministrativa stessa. Questa impostazione in passato è stata trascurata perché il quadro normativo in tema di sanzioni amministrative era troppo carente e frammentario: oggi, invece, sembra praticabile, tenuto conto degli elementi di continuità e di omogeneizzazione del settore introdotti dalla legge 24 novembre 1981, n. 689».

²¹ Si legga, U. Pototschnig, *Presentazione del tema del convegno*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980), cit., 25, che, nell'introdurre il tema del convegno, affermava «Le sanzioni amministrative sono un fenomeno che in questi ultimi anni è in fase di grande espansione. Se leggiamo le leggi, vediamo che le fattispecie provviste di sanzioni si sono infatti moltiplicate; e ciò non solo perché si è ampliato e si amplia sempre più l'ambito degli interventi dell'autorità amministrativa, ma anche perché si sono moltiplicate le fonti stesse del potere sanzionatorio. Accanto alla legge dello Stato sono venute le leggi regionali, che hanno previsto sanzioni senza lesinare, anche là

rarsi l'ampliamento degli interventi dell'autorità amministrativa e l'attribuzione alle Autorità amministrative indipendenti di poteri sanzionatori, anche profondamente afflittivi, in settori del mercato strategici per la rilevanza degli interessi tutelati, nonché l'aumento delle fonti del potere sanzionatorio attraverso le leggi regionali²² e i regolamenti sanzionatori delle Autorità amministrative e, inoltre, i continui interventi di depenalizzazione in ragione dell'emersione di nuovi interessi da garantire attraverso la tutela penale²³.

Così, malgrado i criteri elaborati nel dibattito interno più risalente non sembrano più dirimenti per definire la controversa qualificazione di talune pene pecuniarie, gli stessi paiono nondimeno utili a identificare il *proprium* di quelle sanzioni che, pur formalmente definite amministrative, devono essere considerate sostanzialmente penali (a prescindere, dunque, dal *nomen iuris* attribuito), alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali sovranazionali, con conseguente applicazione delle garanzie sostanziali e procedurali previste per la materia penale²⁴.

Non si può mancare di evidenziare che le categorie e i criteri tradizionalmente sviluppati dalla dottrina per distinguere tra sanzioni penali e amministrative devono oggi confrontarsi con l'approccio sostanzialistico seguito dalla giuri-

dove in passato non c'erano, come per cercare di ottenere anche per questa via la medesima autorità della legge dello Stato. Contemporaneamente si è allargato il ventaglio di applicazione delle sanzioni. Oggi esse non sono poste soltanto a tutelare l'osservanza di un precetto di legge, come avveniva un tempo, ma sono previste sovente a garanzia di un provvedimento dell'Amministrazione».

²² Cfr. G. Corso, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, cit., 59-86; M. Colucci, A. Travi, *Tendenza della legislazione regionale in materia di sanzioni amministrative*, Id., 229 ss.; L. Giampaolino, *La potestà legislativa delle Regioni in tema di sanzioni amministrative dopo la L. 24 novembre 1981, n. 689, contenente modifiche al sistema penale*, in *Enti pubbl.*, 1984, 341 ss.; C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 347-348; L. Antonini, *Le sanzioni amministrative regionali: profili ricostruttivi e aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 1997, 1, 31-84.

²³ Sul punto, S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., 5, secondo cui «In primo luogo si è intrapreso un percorso di depenalizzazione che ha coinvolto un rilevante numero di illeciti, così *transitati* dall'area penale a quella amministrativa. Tale percorso è stato avviato a partire dalla fine degli anni '60 ed è stato dettato dalla necessità di far fronte all'ipertrofia raggiunta dal diritto penale foriera di conseguenze negative per l'ordinamento, ampiamente note alla dottrina».

²⁴ Come affermato da F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, cit., 271-272: «Riconoscere natura 'sostanzialmente penale' a un dato illecito, a una data sanzione o a un dato procedimento significa soltanto affermare che a quell'illecito, sanzione o procedimento devono applicarsi le garanzie che la Costituzione e la Convenzione riservano alla materia penale – e dunque, segnatamente, gli artt. 25 co. 2, 27, 111 co. 3-5, 112 Cost., nonché gli artt. 6 CEDU nel suo *volet pénal*, 7 CEDU e 2 e 4 prot. 7 CEDU –, senza che ciò comporti in alcun modo una riqualificazione *a ogni altro fine* dell'illecito in questione come 'reato', della sanzione amministrativa come 'pena', o del procedimento applicativo come 'processo penale'. L'illecito, la sanzione e il procedimento resteranno – a ogni altro fine – *amministrativi*, e come tali *non soggetti* alle regole che, a livello di legislazione ordinaria, vigono nella materia penale, sul versante sostanziale (ad es., l'applicazione delle regole e dei principi del libro I del codice penale) e processuale (l'applicazione del codice di procedura penale). La strada di una generosa depenalizzazione e di progressiva espansione dell'illecito amministrativo, in una logica di *ultima ratio* della tutela penale, resterà dunque più che mai aperta per il legislatore, con il solo limite della necessità di garantire all'individuo – anche in quel settore – il nucleo dei diritti e dei principi costituzionali e convenzionali appena menzionati».

sprudenza sovranazionale, finalizzato ad estendere numerose garanzie sulle base di categorie concettuali differenti e solo in parte sovrapponibili a quelle interne. Basti considerare che, ai fini CEDU, la natura della sanzione e, in particolare, il suo scopo affittivo-deterrente ovvero, anche in assenza del primo, la severità della sanzione sono indici sufficienti a qualificare una sanzione come “sostanzialmente” penale²⁵.

Anche alla luce di ciò, non risulta affatto agevole stabilire quale criterio, tra la molteplicità delle ricostruzioni proposte, appaia dirimente per distinguere in modo chiaro e definitivo la sanzione amministrativa da quella penale²⁶.

Per quanto attiene, invece, ai confini «interni» del concetto di sanzione amministrativa, sono state tradizionalmente individuate due nozioni di sanzione che si differenziano in ragione della possibilità di perseguire finalità eterogenee con lo strumento sanzionatorio.

Secondo una certa impostazione, infatti, nella nozione di sanzione amministrativa dovrebbero essere ricompresi tutti quei provvedimenti ablatori con finalità sanzionatorie, risarcitorie e ripristinatorie utilizzati allo scopo di curare l'interesse pubblico perseguito dalla Amministrazione.

Si accoglie, così, una nozione di sanzione amministrativa in senso lato che consente alla Amministrazione di conservare e prevenire le lesioni agli interessi pubblici, curare e ripristinare gli interessi lesi e, inoltre, sanzionare le condotte illecite. In altri termini, secondo una prima tesi, le sanzioni amministrative sarebbero costituite da «qualsiasi forma di reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto [...]ora reazioni, ora prevenzioni; reazioni quando sono minacciate e comminate per la trasgressione di ordini amministrativi; prevenzioni, quando stanno ad assicurare lo svolgimento della funzione preventiva dell'amministrazione indipendentemente dall'emanazione di precetti generali o di ordini particolari»²⁷.

²⁵ Sostiene F. Goisis, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 1, che «Seppur con ritardo [...] è stato finalmente compreso da gran parte della cultura giuridica nazionale come le sanzioni amministrative (specie se pecuniarie) siano da ricomprendere nella nozione CEDU di materia penale. Questo perché (ove di carattere non meramente risarcitorio) con finalità essenzialmente punitiva-affittiva, e, con ciò, dotate di una sostanza che, a prescindere dal criterio (alternativo) della gravità, già di per sé basta, ai sensi dei criteri Engel, per una riconduzione al penale».

²⁶ Si veda, sul punto, il pensiero di S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 42, secondo cui «La dottrina tradizionale si è sforzata di trovare delle diversità tra queste due tipologie di sanzioni individuandole: negli effetti giuridici e di disvalore propri della condanna penale; negli interessi protetti (di maggiore rilevanza quelli tutelati dalla sanzione penale, di interesse minore quelle protetti dalla sanzione amministrativa); nel fatto che le sanzioni penali sono applicate da un giudice mentre quelle amministrative sono irrogate da un organo della Amministrazione. Tali criteri distintivi, però, a dire il vero, non sono tutti condivisibili».

²⁷ A. Tesaurò, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., 90 ss.; U. Ardigzone, *Sanzioni amministrative*, cit., 1084 ss.; A. De Roberto, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980), cit., 126.

Tale ampia concezione della sanzione amministrativa, tuttavia, non è stata condivisa da altra dottrina che, invece, preferisce una nozione di sanzione amministrativa in senso stretto comprensiva delle sole misure aventi in prevalenza un contenuto affittivo-punitivo e distinta dalle altre forme di reazione della Amministrazione alla violazione di un precetto²⁸. Pertanto, costituirebbe sanzione amministrativa solo la pena in senso tecnico avente un carattere esclusivamente affittivo-punitivo nei confronti del trasgressore, la cui applicazione sarebbe riservata dalla legge alla autorità amministrativa, a mezzo di provvedimenti amministrativi, e che costituirebbe, a seconda delle diverse opinioni dottrinali, un diritto soggettivo dell'amministrazione²⁹ ovvero un potere della stessa³⁰.

Occorre rilevare, anche in questo caso, che, alla luce degli orientamenti sovranazionali, la tradizionale categoria delle sanzioni amministrative in senso stretto potrebbe dover essere rimeditata. Se, infatti, nell'ottica della giurisprudenza di Strasburgo, non si ritiene necessario un approccio cumulativo dei criteri *Engel* per qualificare una sanzione come penale – potendo, dunque, essere sufficiente il solo criterio della gravità della misura inflitta ai fini della estensione delle garanzie penali³¹ – potrebbe sostenersi che anche le misure ripristinatorie o risarcitorie, escluse dalla tradizionale nozione di sanzione in senso stretto in quanto non aventi finalità punitive-affittive, possano essere incluse nel concetto di sanzione enucleato a livello convenzionale a seguito di una valutazione della significativa gravità della misura inflitta³². L'accoglimento di tale prospettiva consenti-

²⁸ G. Zanobini, *op. cit.*, 2 ss.; C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 351; A. Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1939, 248; G. Berliri, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980), cit., 285 ss.; M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, cit., 2 ss.

²⁹ G. Zanobini, *op. cit.*, 38.

³⁰ S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 316 e ss., secondo il quale «Le azioni che sono da considerarsi illecite nel campo del diritto amministrativo, possono dar luogo a responsabilità di vario genere, che si dicono amministrative, in quanto l'applicazione delle sanzioni che ne derivano costituisce un potere dell'autorità amministrativa come tale».

³¹ Sul punto, C. eur. dir. uomo., 11 giugno 2009, ric. n. 5242/04, *Dubus S.A. c. Francia*, par. 36 secondo cui «*Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'existence ou non d'une «accusation en matière pénale» doit s'apprécier sur la base de trois critères, que l'on désigne couramment sous le nom de «critères Engel» (Engel et autres c. PaysBas, 8 juin 1976, série A no 22). Le premier est la qualification juridique de l'infraction en droit interne, le second la nature même de l'infraction et le troisième le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé. Les deuxième et troisième critères sont alternatifs et pas nécessairement cumulatifs. Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale (voir, en dernier lieu, Sergueï Zolotoukhine c. Russie [GC], no 14939/03 § 53, 10 février 2009)*».

³² Pare chiara la posizione sul punto di F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 7, secondo il quale «una conclusione sembra insomma sicura: nella sanzione penale come intesa dalla CEDU il carattere punitivo in realtà può mancare, essendo di per sé sufficiente l'elemento della gravità delle conseguenze pregiudizievoli ricollegate alla commissione di un illecito. Detto altrimenti, un provvedimento dei pubblici poteri è sanzione penale ai sensi CEDU pur ove anche privo di tut-

rebbe senza dubbio un progressivo rafforzamento dell'autonomia del concetto di sanzione a livello CEDU, rendendo in parte cedevoli le tradizionali distinzioni elaborate a livello interno. Pare necessario rilevare, tuttavia, che l'approccio casistico utilizzato dalla CEDU, attraverso l'utilizzo cumulativo o singolo dei criteri e dei sotto-criteri sviluppati in seguito al caso *Engel*, non sembra consentire sempre di giungere a conclusioni prevedibili e ciò potrebbe determinare un limite alla estensione delle garanzie.

3. Segue: gli approdi giurisprudenziali e l'influenza sovranazionale

Pare evidente che la tematica in considerazione ha una sua complessità intrinseca, aggravata dall'influenza della Corte di Strasburgo e dei principi della CEDU.

Si pensi ai processi di depenalizzazione, precipuamente condizionati da scelte politiche, da esigenze di efficacia e di efficienza dei sistemi giudiziario e carcerario e alla necessità del rispetto delle garanzie CEDU sull'equo processo per le sanzioni formalmente amministrative e convenzionalmente penali, necessità che, di fatto, può collidere con la logica efficientistica della depenalizzazione.

Sotto diverso profilo, elementi di complessità ordinamentale, relativi alla vincolatività degli orientamenti giurisprudenziali sovranazionali³³, derivano dal modo in cui si intendono i rapporti tra ordinamenti di tutela multilivello dei

ti i principali caratteri sostanziali tradizionalmente attribuiti a quest'ultima (in particolare la finalità affittiva e deterrente), potendo bastare l'elemento della gravità del *malum* inflitto quale conseguenza di un'accertata perturbazione dell'ordine giuridico». Occorre rilevare che tra i criteri *Engel*, la gravità della sanzione inflitta è valutata in relazione «al grado di incidenza ed affittività della sanzione in termini di privazione o limitazione della libertà personale del destinatario e quindi del suo contenuto restrittivo-custodiale oppure meramente patrimoniale. [...] Circa la "gravità" della sanzione, comunque, in via conclusiva è possibile sostenere che la Corte attribuisce rilievo, più che alla sua incidenza sulla libertà personale e al suo contenuto patrimoniale diretto, ad un criterio di degradazione, avuto riguardo al complessivo effetto limitativo spiegato sulla sfera personale del destinatario, anche per quanto concerne le sue potenzialità relazionali, economiche e lavorative e quindi, in ultima analisi, al suo carattere "infamante" (c.d. *degree of stigma*)» (così, M. Mancini, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi.it*, 25 giugno 2018, cui si rimanda per i richiami giurisprudenziali).

³³ Pur non potendosi in questa sede approfondire il tema, occorre rilevare che il fenomeno delle sanzioni amministrative è condizionato dalla evoluzione dei rapporti tra ordinamento nazionale e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) in ragione della circostanza che, in virtù del suo art. 52, par. 3, il significato e la portata dei principi enunciati dalla stessa sono uguali a quelli conferiti dalla CEDU quale *living instrument*. Con la conseguenza che lo standard di tutela dei diritti garantito dalla CEDU e dalla interpretazione della Corte di Strasburgo sono recepiti dalla CDFUE, la quale entra nell'ordinamento interno in forza dei principi del primato e dell'effetto diretto del diritto UE. Su tali profili, si vedano Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269; *Id.*, 21 febbraio 2019, n. 20; *Id.*, 21 marzo 2019, n. 63.

diritti fondamentali anche in ragione degli orientamenti sostenuti dalla giurisprudenza costituzionale³⁴.

La tematica delle sanzioni amministrative va letta, contemporaneamente, alla luce del dibattito in corso sui rapporti tra l'ordinamento convenzionale (quale prodotto della interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo) e quello costituzionale³⁵ – che negli ultimi anni ha mostrato una tendenza della Consulta a «rivendicare il ruolo di “primo” garante dei diritti»³⁶ – e alla luce del dibattito

³⁴ E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 5, secondo i quali «La Corte costituzionale difende la sua interpretazione della Costituzione ed il suo ruolo di garante del sistema, ponendo vari limiti alla efficacia delle sentenze di Strasburgo. Le questioni relative alle sanzioni, poi, toccano profili ordinamentali complessi che la Corte cerca, con fatica, di bilanciare. Se si estendono a tutte le sanzioni amministrative le regole e le garanzie del diritto penale, si rischia di vanificare i procedimenti di depenalizzazione. Se se ne estendono solo alcune, si rischia di creare incertezze dogmatiche».

³⁵ Di recente, A. Ruggeri, *La oscillante “forza normativa” della CEDU, vista dalla consulta*, in *Ord. internaz. e dir. umani.*, 2020, 2, 193-212, ha rilevato che «Contrariamente a ciò che comunemente si rileva alla luce della giurisprudenza, ormai copiosa, venutasi a formare a partire dalle famose sentenze “gemelle” del 2007, non è affatto sicuro quale sia il punto di vista della Consulta in ordine alla forza normativa della CEDU ed alla sua complessiva condizione in ambito interno». Come noto, con le sentenze «gemelle» (Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e 349) la Consulta ha definito i rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano, a seguito della riforma del titolo V della Costituzione nel 2001 che ha introdotto, all'art. 117, primo comma, della Costituzione, il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali quale limite all'esercizio della potestà legislativa statale e regionale ed ha ritenuto le norme CEDU, quale prodotto della interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, come norme interposte di livello sub-costituzionale che integrano il parametro costituzionale. La Consulta ha stabilito che «Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi [...]. Il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli “obblighi internazionali” che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nel caso specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato». (così, Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348). Sulle sentenze «gemelle» e per una evoluzione dei rapporti tra giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, *ex multis*, M. Cartabia, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3564 ss.; *Id.*, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007; A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale di inquadramento sistematico*, in *Dir. publ. comp. eur.*, 2008, 215 ss.; F. Sorrentino, *Apologia delle “sentenze gemelle” (brevi note a margine delle sent. nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Diritto e società*, 2009, 213 ss.; S. Bartole, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 291 ss.; M. Ramajoli, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la convenzione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 825-849; F. Viganò, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistente nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra “guerra” e “dialogo”*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, 1-32; G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2016; P. Rossi, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2018, 1-38; R. Romboli, *La influenza della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta online*, 2018, 3, 618-644 ed *ivi* ulteriori note bibliografiche.

³⁶ In questi termini, F. Biondi, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *federalismi.it*, 2019, 18, 13, secondo la quale «la Corte costituzionale, negli ultimi anni, non stia solo rivendicando il ruolo di “primo” garante dei diritti,

interno, condizionato da quello sovranazionale, relativo al riconoscimento e alla estensione alle sanzioni formalmente amministrative, e sostanzialmente penali, delle garanzie riservate alle sanzioni penali.

Tradizionalmente, infatti, la Corte costituzionale ha fondato la specificità e la autonomia dell'illecito e della sanzione amministrativa rispetto al sistema sanzionatorio penale in virtù degli «ordini diversi di parametri costituzionali» e del «regime specifico della sanzione amministrativa»³⁷. Tuttavia, negli ultimi anni,

ma, evidenziando l'esigenza che la tutela dei diritti sia prestata con effetti *erga omnes*, stia anche tentando di assumere un ruolo "ordinante" di questo sistema composito». In effetti, il consolidato indirizzo giurisprudenziale inaugurato nel 2007 con le sentenze «gemelle» (sul quale si veda in senso conforme, Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, con commenti di A. Ruggeri, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e diritto CEDU*, in *Forum dei Quad. Cost.*, 16 dicembre 2009, 1-7; O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale" (311/2009 e 317/2009)*, in *Forum dei Quad. Cost.*, 22 dicembre 2009, 1-8; R. Dickmann, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU?*, in *federalismi.it*, 2009, 24, 1-8) ha subito negli ultimi anni dei ripensamenti tendenti a modificare l'assetto dei rapporti tra ordinamento interno e sovranazionale. In particolare, si fa riferimento a Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in tema di confisca urbanistica nel caso di lottizzazione abusiva, in cui è stato affermato – con effetti limitativi dell'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno al solo diritto consolidato (escluso nel caso di specie) o alle sentenze pilota – che «[...] i rimettenti erroneamente hanno ritenuto di essere obbligati a recepire il principio di diritto che avevano ricavato dalla sentenza Varvara [*n.d.r.* C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, ric. n. 17475/09, *Varvara c. Italia*]. In tal modo essi hanno attribuito all'art. 7 della CEDU un significato non immediatamente desumibile da tale disposizione, benché la pronuncia appena citata non fosse, con ogni evidenza, espressione di un'interpretazione consolidata nell'ambito della giurisprudenza europea. Questa Corte non può che ribadire quanto affermato fin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, ovvero che alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la «parola ultima» (sentenza n. 349 del 2007) in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della CEDU. Si tratta di una «funzione interpretativa eminente» (sentenza n. 348 del 2007), con la quale si assicura che, all'esito di un confronto ermeneutico, tale da coinvolgere nel modo più ampio possibile la comunità degli interpreti, sia ricavata dalla disposizione convenzionale una norma idonea a garantire la certezza del diritto e l'uniformità presso gli Stati aderenti di un livello minimo di tutela dei diritti dell'uomo. Tuttavia, sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato. [...] Il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009). È, pertanto, solo un «diritto consolidato», generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo». In dottrina, V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, maggio 2015, 4, 1-10.

³⁷ Corte cost., 21 aprile 1994, n. 159 in cui si legge che «l'illecito amministrativo e, *per relationem*, la sanzione amministrativa sono dotati di spiccata specificità ed autonomia rispetto al sistema sanzionatorio penale e ciò emerge anzitutto dal riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali (art. 25, secondo comma e art. 27 della Costituzione che disciplinano le sanzioni penali, mentre gli artt. 23 e 97 disciplinano la potestà sanzionatoria amministrativa) nonché dal regime specifico della sanzione amministrativa, quale quello disegnato dalla legislazione ordinaria e in particolare dalla legge 24 novembre 1981, n. 689; che, pertanto, come ribadito più volte da questa Corte, il principio della personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative, concernendo esclusivamente quelle penali».

recependo il metodo di qualificazione sostanziale sviluppato dalla Corte di Strasburgo volto ad evitare la cd. «truffa delle etichette», la Corte costituzionale ha esteso progressivamente le garanzie sostanziali assicurate dalla CEDU anche alle sanzioni amministrative qualificate come penali in base ai canoni CEDU.

In particolare, con riferimento al principio di irretroattività della disciplina sfavorevole, quale corollario del principio di legalità, espressamente sancito per le sanzioni amministrative solo a livello di legislazione ordinaria dall'art. 1 della l. n. 689/1981, e al suo eventuale fondamento costituzionale ricavabile dall'art. 25, secondo comma, Cost., la giurisprudenza costituzionale nel 2010 ha sostenuto, con riferimento alla sanzione della confisca dell'autoveicolo per guida in stato di ebbrezza, che «dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava [...] il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-affittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione (“Nessuno può essere punito...”) – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio [...] è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»³⁸.

Tale indirizzo, confermato nel 2014³⁹, ha subito, tuttavia, un ridimensionamento a seguito del diverso orientamento della Consulta, inaugurato con la sent.

³⁸ Il riferimento è a Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss., con nota di A. Travi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*. La Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU, l'art. 186, co. 2, lett. c) del d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285 (Nuovo codice della strada), come modificato dell'art. 4, comma 1, lett. b) del d.l. 23 maggio 2008 n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), conv., con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 24 luglio 2008 n. 125, limitatamente alle parole «ai sensi dell'art. 240, comma 2, c.p.». La Corte, dopo aver affermato la natura sanzionatoria della confisca del veicolo utilizzato dal conducente responsabile del reato di guida in stato di ebbrezza, ha ritenuto contrastante con l'art. 7 CEDU, nell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, l'applicabilità retroattiva della misura, applicabilità derivante dal legame instaurato dalla norma censurata con la disciplina generale delle misure di sicurezza patrimoniali contenuta nel codice penale. Sulla sentenza anche, V. Manes, *La confisca "punitiva" tra corte costituzionale e cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 534 ss.; inoltre, P. Cerbo, *Il principio di irretroattività*, in A. Cagnazzo e S. Toschei (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Torino, 2012, 237, secondo cui «l'opzione interpretativa seguita ha privilegiato il dato letterale (genericamente riferito a tutte le "pene") rispetto a quello sistematico: del resto, dopo la modifica costituzionale del 2003, il fondamento della potestà legislativa in materia penale è ormai chiaramente identificabile nell'art. 117, co. II, lett. l), Cost.; non vi è più dunque necessità di sottrarre le sanzioni amministrative all'ambito di applicazione dell'art. 25, co. II, Cost. per evitare di precludere al legislatore regionale di introdurle».

³⁹ Ci si riferisce a Corte cost., 18 aprile 2014, n. 104, in *Foro Amm.*, 2014, 12, 3044, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 della l. r. Valle d'Aosta 25 febbraio 2013, n. 5 nella parte in cui prevedeva delle sanzioni amministrative pecuniarie anche per comportamenti posti in essere anteriormente alla sua entrata in vigore, violando in tal modo il principio di irretroattività sancito dall'art. 25 Cost. Offre osservazioni critiche all'orientamento della Corte costituzionale, S. Cimini, *op. cit.*, 221, secondo il quale «[...] la trasferibilità alle sanzioni amministrative dell'art. 25, c. 2, Cost. creerebbe dei seri problemi di applicazione. Segnatamen-

n. 49/2015⁴⁰, resa a seguito del caso *Varvara*⁴¹, che ha limitato l'efficacia delle

te, l'ostacolo principale che si frappone all'estensione di tale norma costituzionale anche alle sanzioni amministrative è rappresentato dal fatto che la riserva di legge ivi imposta è assoluta e non relativa». In dottrina, si leggano anche i contributi di G. Portaluri, *Il principio di irretroattività*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, cit., 135-147; P. Cerbo, *Successioni di leggi nel tempo e applicazione della disposizione più favorevole per gli autori di violazioni amministrative*, in *Foro it.*, 2003, I, 1340. L'ancoraggio del principio di irretroattività sfavorevole all'art. 25, secondo comma, Cost. anche per le misure sanzionatorie amministrative è stato confermato in Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276 che, tuttavia, ha escluso che le misure della incandidabilità, della decadenza e della sospensione, introdotte dal d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 35 (cd. legge Severino), abbiano un carattere punitivo.

⁴⁰ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *www.giurcost.org*, con nota di R. Conti, *La CEDU assediata?* (Osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015, in *www.giurcost.org*, 2015, 1; G. Guarino, *Corte costituzionale e diritto internazionale: notarelle a margine della sentenza 49/15*, in *www.giurcost.org*, 2015, 2; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2015; F. Viganò, *La Consulta e la tela di penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015; V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015; P. Mori, *Il "predominio assiologico della Corte costituzionale sulla CEDU": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *Sidiblog.org*, 15 aprile 2015; G. Civello, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialoghi fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Arch. pen.*, 2015, 1; G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto della Convenzioni (CEDU e convenzione americana sui diritti umani)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*; F.M. Palombino, *Sul monopolio interpretativo (o presunto tale) della Corte europea dei diritti umani*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1.

⁴¹ C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, ric. n. 17475/09, *Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, 4, 1392 con nota di A. Balsamo, *La corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*. Nel caso *Varvara*, la Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione dell'art. 7 CEDU e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 nel caso in cui la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili realizzati sugli stessi sia stata ordinata dal giudice penale con la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato dovuta a prescrizione. In applicazione di tale principio, è stato accolto il ricorso di Varvara Vincenzo, nei cui confronti la Corte d'appello di Bari aveva emesso in data 23 marzo 2006 sentenza di non doversi procedere in quanto il reato di lottizzazione abusiva contestatogli era estinto per prescrizione, disponendo la confisca dei terreni e delle opere costruite sugli stessi ai sensi dell'art. 19 l. n. 47 del 1985. La II sezione della Corte di Strasburgo – dopo avere richiamato i principi già affermati con la sentenza emessa il 20 gennaio 2009 dalla Grande Camera nel caso *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, secondo cui la confisca disposta nel caso di lottizzazione abusiva si traduce in una pena, e, pertanto, trova applicazione l'art. 7 CEDU – ha ricordato la propria consolidata elaborazione giurisprudenziale sul principio di legalità penale, pervenendo alla conclusione dell'accertamento della violazione della convenzione. Occorre precisare che, a differenza della causa *Sud Fondi* – in cui gli imputati erano stati assolti nel merito dal reato di abuso edilizio per mancanza dell'accertamento dell'elemento psicologico del reato in virtù dell'*error iuris* ex art. 5 c.p. – nel caso di specie il ricorrente non è stato assolto nel merito ma ha beneficiato di un non luogo a procedere per intervenuta prescrizione. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che non si può avere una condanna senza che sia legalmente accertato un illecito e non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale (spec. par. 69-70-71), collegando tale accertamento alla sola sentenza di condanna. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 49/2015, ha rilevato una divergenza interpretativa e, dunque, l'assenza di un orientamento consolidato della Corte di Strasburgo dal momento che quest'ultima non avrebbe chiarito se per disporre la confisca sia sufficiente un accertamento del fatto di reato in entrambi i suoi elementi soggettivo e oggettivo (caso *Sud Fondi*) oppure se sia necessario un accertamento formale della responsabilità, collegato ad una sentenza di condanna, mancante a fronte di una sentenza di proscioglimento per prescrizione (caso *Varvara*). Sul punto, ampiamente, E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 33 ss., secondo i quali (spec. nota 71) «Con la sent. n. 49 del 2015 la Corte costituzionale cerca quindi di "sfruttare" queste divergenze interpretative in seno alla giurisprudenza europea per fare salvo l'orientamento accolto dalla Cassazione, che permette ai giudici italiani di disporre la confisca anche a fronte di una sentenza di proscioglimento per prescrizione. E interpreta il riferimento alla

sentenze della Corte di Strasburgo per il giudice interno alle sole sentenze pilota in senso stretto⁴² o a quelle espressive di un diritto consolidato, anche in considerazione del margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato membro⁴³, nonché a seguito dell'orientamento della Consulta che ha escluso che l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale convenzionale determini una diretta estensione delle ulteriori garanzie costituzionali previste dal diritto nazionale per la sanzione penale⁴⁴.

necessità della sentenza di condanna non nel senso di una formale pronuncia del giudice (come sembra chiaramente emergere dalla sentenza Varvara), ma nel senso di necessità di un accertamento del reato in tutti i suoi elementi soggettivi ed oggettivi, al fine di disporre la sanzione della confisca anche a seguito di una sentenza di proscioglimento per prescrizione».

⁴² Sul punto, F.M. Palombino, *Sul monopolio interpretativo (o presunto tale) della Corte europea dei diritti umani*, cit., 6, «la distinzione a cui la Corte allude, ovvero quella tra sentenza pilota in senso stretto e sentenza pilota in senso largo (anche detta quasi-pilota o sostanzialmente pilota), trova oramai una sorta di fondamento positivo nella guida predisposta nel 2016 dal Consiglio d'Europa sul funzionamento del Comitato dei ministri e riposa sulla circostanza per cui mentre nella sentenza pilota in senso stretto il problema strutturale e le misure generali da adottare vengono indicate nel dispositivo della sentenza, in quelle in senso largo le stesse indicazioni si trovano nella parte motivazionale. Le ragioni che hanno portato la Corte ad operare questa distinzione sono intuibili. Viene emanata una sentenza quasi-pilota quando si ritiene plausibilmente che il fatto all'origine della violazione della Convenzione, pur derivando da un problema strutturale, non si ripeterà in futuro, e cioè non darà luogo (per usare le parole dell'art. 61 del Regolamento della Corte) alla presentazione di altri ricorsi analoghi». Sul tema dello stesso autore, v. F.M. Palombino, *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 91 ss.

⁴³ Tale orientamento è stato ribadito in Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *Giur. cost.*, 2016, 6, 2466 con nota di D. Vicoli, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*. Nella sentenza (par. 5, Considerato in diritto) si legge che «[...]il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore».

⁴⁴ In particolare, infatti, in Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43, in *Foro it.*, 2017, 11, parte I, 3251, si legge che «L'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da essa approntato, volto a garantire una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali. Detto diversamente, 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». Sul punto, M. Branca, *Un "giro di vite" sulle sanzioni amministrative "penali" nelle sentenze n. 43, n. 68 e n. 109 del 2017 della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2017, 3, 1414-1415, sostiene che da tale orientamento «emerge, in sostanza, una ricostruzione della separatezza tra i due ordinamenti ben lontana dalle originarie enunciazioni, e che sembra tradire l'obiettivo ad essi comune "di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo" (sent. n. 349/2007). [...] Ora la Corte sembra ripudiare questo insegnamento predicando l'impermeabilità dell'ordinamento interno alla giurisprudenza di Strasburgo dalla quale deriverebbe un innalzamento del livello di tutela nei confronti di misure repressive interne, ormai prive di una fonte legittima. Il richiamo al margine di apprezzamento di cui dispone il legislatore nazionale, d'altra parte, non appare convincente, posto che il concetto si riferisce in genere alla facoltà di uno Stato aderente di sottrarsi, in nome di valori costituzionali prevalenti, all'adempimento di un obbligo derivante dall'adesione alla

Il richiamato orientamento, produttivo di un duplice e separato canale di tutela costituzionale e convenzionale, sembra aver generato, paradossalmente, una riduzione delle garanzie per le sanzioni amministrative riconosciute come penali ai sensi della CEDU, rispetto alle sanzioni penali, limitandole a quelle previste dalla convenzione, nonché, come rilevato in dottrina, da un punto di vista processuale, ha condotto la Consulta a dichiarare la inammissibilità delle questioni proposte solo in relazione al parametro costituzionale e non a quello convenzionale⁴⁵.

Di ciò pare essere testimonianza l'esito di inammissibilità, di cui alla sent. n. 109/2017⁴⁶, delle questioni di legittimità costituzionale della disciplina transito-

CEDU, ma nella specie si nega che la giurisprudenza di Strasburgo abbia elaborato interpretazioni della Convenzione vincolanti per il nostro paese».

⁴⁵ Tali osservazioni sono rilevate da E. Bindi, A. Pisaneschi, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative Consob*, nota a Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, in *Giur. comm.*, 2019, 5, 1015 ss.

⁴⁶ Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109, in *Giur. cost.*, 2017, 3, 1129, secondo cui sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8, commi 1 e 3, e 9 d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, censurato per violazione degli artt. 3, 25, comma 2, e 27 Cost., nella parte in cui, nel depenalizzare il delitto di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali, laddove l'importo omesso non sia superiore a 10.000 euro per ogni annualità, stabilisce che le sanzioni amministrative si applichino anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del decreto, purché il relativo procedimento penale non sia già stato definito con sentenza o decreto irrevocabili; prevede che, in ogni caso, ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto non possa essere applicata una sanzione amministrativa pecuniaria per un importo superiore al massimo della pena originariamente inflitta per il reato, tenuto conto del criterio di ragguglio di cui all'art. 135 c.p.; dispone che l'autorità giudiziaria avanti alla quale sia pendente il giudizio penale per un illecito depenalizzato debba trasmettere gli atti all'autorità amministrativa competente per l'accertamento della violazione e l'irrogazione della sanzione. Secondo la Corte, inammissibile è, innanzitutto, la questione posta in riferimento all'asserita violazione del principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2, Cost., in ragione della contraddittorietà tra premesse ed esito del percorso motivazionale. Il giudice rimettente invoca, infatti, l'art. 25, comma 2, Cost. sulla base però dell'assunto della sua applicabilità alle sole norme penali e alle pene da esse contemplate, alle quali, in applicazione dei criteri *Engel* elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU, le nuove sanzioni pecuniarie amministrative dovrebbero assimilarsi, quali sanzioni di natura sostanzialmente penale, con conseguente illegittimità delle disposizioni transitorie impugnate sotto il profilo, appunto, della violazione del divieto di applicazione retroattiva delle "pene". In tal modo, però, il remittente non utilizza i criteri *Engel* per estendere alle sanzioni amministrative le sole garanzie che la CEDU riserva alla materia penale, bensì li utilizza per affermare che le sanzioni formalmente qualificate come amministrative dalle disposizioni impugnate hanno, in realtà, natura penale, svilendo così la scelta di depenalizzazione compiuta dal legislatore». Per dei commenti alla sentenza, F. Viganò, *Una nuova pronuncia della Consulta sulla irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 331-332 secondo cui: «Il giudice *a quo* aveva invocato un parametro – l'art. 25, comma 2, Cost. – che la stessa giurisprudenza recente della Corte considera ormai applicabile anche alle sanzioni amministrative. L'errore motivazionale dell'ordinanza di rimessione ora censurato sta, dunque, soltanto nell'aver evocato a fondamento di una tale estensione dell'ambito applicativo dell'art. 25, comma 2, Cost. i criteri *Engel*, utilizzati dalla Corte di Strasburgo per determinare l'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU (disposizione, quest'ultima, soltanto indirettamente rilevante nell'ordinamento costituzionale italiano in forza dell'art. 117, comma 1, Cost.). Un errore veniale, si direbbe: che non inficia la correttezza del presupposto della questione di costituzionalità prospettata, secondo cui il parametro di cui all'art. 25, comma 2, Cost. trova applicazione nei confronti della disciplina impugnata. La Corte avrebbe dunque potuto correggere agevolmente l'errore, precisando che – secondo la recente giurisprudenza costituzionale – l'art. 25, comma 2, Cost. si applica in ogni caso alle sanzioni amministrative, a prescindere dalla loro qualificazione come sanzioni 'sostanzialmente penali' in forza dei criteri *Engel*; I. Pellizzone, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 175 secondo la quale «Nella pronuncia infatti la Corte conferma e rafforza, sulla scia di quanto affermato nella di poco antecedente sent. n. 43 del 2017, l'autonomia tra sistema di garanzie appron-

ria del d.lgs. n. 8/2016, in tema di depenalizzazione, sollevate per contrasto con i principi di legalità e irretroattività della pena, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., con il principio di colpevolezza, di cui all'art. 27 Cost., e con il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost. In tale vicenda, infatti, il giudice costituzionale ha ritenuto intrinsecamente contraddittorio il «terzo percorso»⁴⁷ seguito dal giudice *a quo* in virtù del quale quest'ultimo, pur ritenendo l'art. 25, secondo comma, Cost. riferibile alle sole sanzioni penali, ha ritenuto applicabile tale disposizione costituzionale anche alle sanzioni amministrative in ragione della qualificazione delle stesse come sanzioni sostanzialmente penali in base ai criteri *Engel*, determinando così, secondo la Consulta, una riqualificazione sostanziale dell'illecito di valenza para-legislativa che ha l'effetto di ri-trasformare in penale una sanzione espressamente qualificata come amministrativa dal legislatore nazionale.

Sotto altro profilo, sempre nell'ottica della progressiva espansione delle garanzie penali alle sanzioni amministrative penali ai sensi della CEDU, occorre considerare gli orientamenti oscillanti della Corte costituzionale in merito alla applicazione del principio di retroattività *in mitius* alle sanzioni amministrative punitive⁴⁸, tenendo a mente contestualmente gli orientamenti sopra richiamati in merito alla lettura dei rapporti tra ordinamento interno e sovranazionale.

tate per la materia penale a livello nazionale, in forza degli artt. 25 e 27 Cost., da una parte, e convenzionale, impiegate dunque sugli artt. 117, primo comma, Cost., unitamente agli 6 e 7 CEDU, dall'altra. Ciò allo scopo evidente di non offuscare il valore politico criminale della scelta, riservata al Parlamento, di depenalizzare fattispecie originariamente sanzionate con la pena, in forza di un'improvvida deviazione del canale di collegamento tra sistema convenzionale di garanzie della materia penale e ordinamento costituzionale italiano, che conduce a sfruttare il perimetro di applicazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., per far confluire i principi degli artt. 6 e 7 CEDU all'interno del sistema di tutela posto dalla Costituzione all'esercizio dello *ius puniendi*».

⁴⁷ Si legge in Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109, par. 3.1. che «Il rimettente, in altre parole, non ricorre ai criteri *Engel* per estendere alla sanzione formalmente amministrativa (ma «sostanzialmente penale» per la CEDU, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo) le sole garanzie convenzionali – ed in particolare quelle enunciate dall'art. 7 della CEDU – in via interpretativa (se ciò gli fosse consentito dalla lettera della legge), ovvero sollevando una questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Neppure sostiene con franchezza, alla luce del carattere punitivo-afflittivo che accomuna le pene in senso stretto alle sanzioni amministrative – carattere pur riconosciuto, talvolta, da questa Corte (sentenze n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010) – che l'art. 25, secondo comma, Cost., in virtù della sua ampia formulazione («Nessuno può essere punito [...]»), dovrebbe applicarsi non solo alle prime, ma anche alle seconde, fungendo, in tal caso, i criteri *Engel* da mero supporto argomentativo per integrare il significato del parametro costituzionale interno, in vista dell'allargamento della sua sfera di operatività: giacché, come si è visto, egli muove dalla contraria premessa che alle sanzioni amministrative l'art. 25, secondo comma, Cost. non si applichi. Segue invece un terzo percorso, intrinsecamente contraddittorio, in quanto risultante dalla commistione tra premesse peculiari del primo itinerario interpretativo e conclusioni attese solo all'esito del secondo: la riqualificazione sostanziale dell'illecito viene a sortire l'effetto – di valenza para-legislativa – di ri-trasformare in penale una sanzione espressamente qualificata come amministrativa dal legislatore nazionale, consentendo l'invocazione dei parametri costituzionali interni, dallo stesso rimettente riferiti alla sola pena in senso stretto».

⁴⁸ In tema, P. Provenzano, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it.dir.publ.com.*, 2012, 5, 879; V. Pampanin, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successioni di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 151-164.

Ebbene, pur in presenza di autorevoli voci contrarie⁴⁹, tradizionalmente il principio di retroattività favorevole non è stato ritenuto applicabile alle sanzioni amministrative in ragione della previsione dell'art. 1, co. 2, della l. n. 689/1981 che – nel disporre che «Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati» – è stato interpretato sia nel senso di escludere l'applicazione di una norma sanzionatoria a fatti commessi prima della entrata in vigore della stessa, sia nel senso di escludere l'applicazione retroattiva di una norma sanzionatoria sopravvenuta più favorevole, in applicazione di un canone di stretta legalità⁵⁰. Piuttosto, in materia è stato ritenuto operativo il principio del *tempus regit actum* e la Corte costituzionale, in più occasioni, non ha reputato contraria alla Costituzione la scelta del legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, di introdurre solo in via eccezionale e settoriale il principio di retroattività favorevole per le sanzioni amministrative⁵¹. Tale costante orientamento interno deve essere letto, tuttavia, alla luce delle interpretazioni evolutive alle quali è approdata la Corte di Strasburgo a partire dal caso Scoppola, in cui si è affermato che l'art. 7 CEDU non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo⁵².

⁴⁹ Si veda la posizione di M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, cit., 83, secondo la quale «Una più ampia lettura dell'art. 25, 2° co. Cost., e puntualmente ripetuto dall'art. 1, 1° co. l. 689/1981, consente peraltro a nostro avviso di intendere implicitamente riconosciuto in un più lato concetto di garanzia di legalità della pena anche il suddetto ulteriore significato di garanzia di non punibilità per un fatto che, al tempo dell'esercizio della potestà sanzionatoria, non sarebbe più passibile di pena. Analogo ragionamento deve farsi per quanto attiene alla applicabilità della legge più favorevole nel caso di cui al 3° co., intendendosi in questa ipotesi che il limite temporale – che la norma fissa nella sentenza di condanna divenuta irrevocabile – sia costituito dall'inoppugnabilità della sanzione amministrativa ovvero dal passaggio in giudicato della decisione giurisdizionale che venga resa sulla medesima». Anche P. Virga, *Arriva il favor rei, ma non per tutte le sanzioni amministrative*, in *GiustAmm.*, 2001, 7, in cui l'A. si chiedeva «perché un tale principio non sia stato statuito in via generale per tutte indistintamente le sanzioni amministrative».

⁵⁰ Tali argomenti sono stati rafforzati, peraltro, dalla esistenza di discipline settoriali che hanno introdotto espressamente il principio di retroattività favorevole e, dunque, secondo la giurisprudenza costante, anche della Corte costituzionale, confermerebbero l'assenza di un principio generale in materia e la necessaria introduzione di previsioni espresse sul punto per evitare il contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 1, co. 2 della l. n. 689/1981. Per un approfondimento, P. Cerbo, *Il principio di irretroattività*, cit., 240-247.

⁵¹ Cfr. Corte cost., ord. 24 aprile 2002, n. 140 e 28 novembre 2002, n. 501, entrambe in *Foro it.*, 2003, I, 1338 ss., con nota di P. Cerbo, *Successione di leggi nel tempo e applicazione della disciplina più favorevole per gli autori di violazioni amministrative*, che riteneva «errata la convinzione che l'assoggettamento a sanzione amministrativa – in luogo di quella penale – sia sempre un «vantaggio» per il trasgressore; risulta altresì errata la convinzione che una più stringente garanzia per il trasgressore – nell'ipotesi di sopravvenienza di una norma più favorevole – sia necessaria solo nell'ambito del diritto penale. Non esiste dunque una ragione – precipuamente riferibile agli illeciti amministrativi – che renda necessaria l'applicazione della normativa vigente al momento del fatto; anzi tale ultima soluzione può rivelarsi fortemente illogica».

⁵² C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*; orientamento ribadito anche, C. eur. dir. uomo, 24 gennaio 2012, ric. n. 1051/06, *Mihai Toma c. Romania*; C. eur. dir. uomo, 12

Sulla base di tale rilevante evoluzione, consolidata peraltro anche nel diritto eurounitario⁵³, e dei principi affermati a partire dal caso *Engel*, autorevoli autori ritengono ormai necessario estendere l'operatività del principio della retroattività *in mitius* a tutte le sanzioni amministrative⁵⁴.

In un primo momento, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 689/1981 – nella parte in cui non prevede l'applicazione retroattiva della legge successiva più favorevole all'autore dell'illecito amministrativo – per contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, ha dichiarato non fondata la questione in ragione della circostanza che «nell'affermare il principio della retroattività del trattamento sanzionatorio più mite – la giurisprudenza della Corte europea non ha mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche “punitive” alla luce dell'ordinamento convenzionale»⁵⁵. Con tale pronuncia, dunque, la Corte ha valorizzato il

gennaio 2016, *Gouarré c. Andorra*.

⁵³ Corte Giust. UE, 11 marzo 2008, in causa C-420/06, *Rüdiger Jäger contro Amt für Landwirtschaft Bützow*, par. 59: «Secondo la giurisprudenza della Corte, il principio di applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, cosicché esso deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve applicare (v., in tal senso, sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C387/02, C391/02 e C403/02, Berlusconi e a., Racc. pag. I3565, punti 6769, nonché Campina, cit., punto 32)». Su tali profili, cfr. M.V. Ferroni, *I principi generali delle sanzioni nel diritto comunitario e la loro rilevanza nel diritto interno*, in A. Cagnazzo e S. Toschei (a cura di), *La sanzione amministrativa*, cit., 53-87. Sul punto S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 250, sostiene che si debba sposare la tesi della applicabilità generalizzata della retroattività *in mitius* delle sanzioni amministrative sia per evitare un sistema duale tra situazioni che hanno rilievo comunitario e situazioni interne, sia in quanto la l. 241/90 impone alla PA di rispettare i principi UE, sia, inoltre, per evitare un doppio binario interno che determina una disparità di trattamento non giustificabile rispetto alle sanzioni amministrative per le quali il principio del *favor rei* sia già stato riconosciuto dal giudice.

⁵⁴ Così, M.V. Ferroni, *op. ult. cit.*, 77; F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 28-31; P. Provenzano, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 270 ss.; V. Pampanin, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successioni di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, cit., 155; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 250 ss.

⁵⁵ Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, in *giurcost.org*, con commenti 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. Commento a Corte costituzionale, 20 luglio 2016, n. 193*, in *Osservatorio AIC*, 2016, 3, 5, secondo il quale «Si ha la sensazione, in altre parole, che la Corte, nell'escludere l'applicazione generalizzata del principio della *lex mitior* alle sanzioni amministrative, si prepari ad un puntuale lavoro di verifica delle singole ipotesi sanzionatorie, lasciando presagire, nel costante dialogo con la magistratura remittente, la sua disponibilità pro futuro ad intervenire con pronunce di accoglimento, che applichino puntualmente e preventivamente, rispetto alla Corte di Strasburgo, i criteri Engel»; P. Provenzano, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, cit., 277-278, secondo il quale «la Corte costituzionale riconosce chiaramente che in presenza dei criteri Engel (o meglio di almeno uno di essi) il principio in parola debba necessariamente essere applicato anche alle sanzioni amministrative. Ebbene, tale riconoscimento, cui nel caso di specie la Corte non ha (a torto o a ragione) fatto conseguire la declaratoria d'incostituzionalità

proprio margine di apprezzamento e adeguamento sulla giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma CEDU che le consente di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento interno, ribadendo il ruolo della Corte di Strasburgo come giudice del caso concreto⁵⁶. Pur ritenendo non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 689/1981, alcuni autori non hanno mancato di rilevare che la Corte costituzionale avrebbe comunque accolto implicitamente il principio di retroattività *in mitius* per le sanzioni amministrative convenzionalmente penali da valutarsi, tuttavia, caso per caso, non avendo la Corte di Strasburgo operato una estensione generalizzata di tale principio al sistema sanzionatorio amministrativo complessivamente considerato⁵⁷.

Ulteriori rilevanti spunti sono ricavabili dall'orientamento tenuto dalla Consulta nella sentenza n. 68/2017⁵⁸, resa nell'ambito della riforma in materia di intermediazione finanziaria operata con la l. n. 62/2005⁵⁹, originata da una serie

dell'art. 1 della l. n. 689/1981 nella parte in cui non contempla siffatto principio, deve comunque considerarsi come un monito al nostro legislatore, cui spetta ora estendere l'applicabilità del principio in parola alla generalità delle sanzioni pecuniarie».

⁵⁶ Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, par. 3.3. e 3.4.: «Spetta, peraltro, a questa Corte “valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza” (sentenza n. 317 del 2009). “A questa Corte compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311 del 2009)” (sentenza n. 236 del 2011). 3.4. L'estensione del principio, di matrice convenzionale, della retroattività della legge successiva favorevole ha già formato oggetto di valutazione da parte di questa Corte, laddove è stato ritenuto che “Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio” (sentenza n. 236 del 2011)».

⁵⁷ Secondo E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 244, spec. nota 22, secondo i quali «In definitiva, sembrerebbe voler dire la Corte, le sanzioni amministrative sostanzialmente penali godono del principio della retroattività *in mitius*, le sanzioni amministrative non sostanzialmente penali non ne godono».

⁵⁸ Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68, in *giurcost.org*, con commenti di F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Dir.pen.cont.*, 2017, 4, 269 ss.; G. Abbadessa, *La Corte costituzionale sull'applicazione retroattiva della confisca amministrativa per equivalente agli abusi di mercato. Nozione convenzionale di "pena", efficacia della CEDU, ruolo della Corte*, in *Giur. comm.*, 2018, 3, 476 ss.; G. Amarelli, *Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies t.u.f.*, in *Giur. cost.*, 2017, 2, 691 ss.

⁵⁹ I fatti della vicenda sottoposta allo scrutinio della Consulta si riferiscono ad alcuni abusi di informazioni privilegiate che, al tempo della loro commissione, era previsti come reati e come tali sanzionati dall'art. 180 co. 2 del d.lgs. n. 58/1998 (TUF) con la pena della reclusione fino a 2 anni e con la multa da 20 a 600 milioni di lire, nonché con la confisca diretta dei mezzi utilizzati per commettere il reato e dei beni che ne costituivano il profitto. Nelle more del procedimento penale, le fattispecie in questione sono state depenalizzate

di ordinanze con cui la Corte di Cassazione ha rilevato possibili profili di illegittimità costituzionale del regime di retroattività della confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate per contrasto con gli artt. 3, 25, secondo comma, 117, primo comma, Cost., in relazione al parametro interposto dell'art. 7 CEDU⁶⁰. In particolare, la Corte, dopo aver riconosciuto la natura penale, ai sensi dell'art. 7 CEDU, della confisca per equivalente⁶¹ e aver ritenuto applicabile il divieto di retroattività sulla base dell'art. 25, secondo comma, Cost., sulla scorta del precedente della sent. n. 196/2010 (espresamente richiamata)⁶², ha ribadito che tale riconoscimento non conduce a una

dall'art. 9, co. 2, lett. a) della legge n. 62/2005, che, riformulando l'art. 187-bis del d.lgs. n. 58/1998, ne ha previsto la punizione con una sanzione amministrativa pecuniaria da 20.000 a 3 milioni di euro, poi quintuplicata dall'art. 39 co. 3, della legge n. 262/2005 e quindi elevata ad un minimo di 100.000 ed un massimo di 15 milioni di euro. Nel riformulare l'art. 187-bis la legge n. 62/2005 ha inoltre introdotto l'art. 187-sexies con cui ha stabilito che, qualora non fosse possibile la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, la confisca avrebbe avuto ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente. In questo modo il legislatore ha pertanto introdotto una nuova ipotesi di confisca, la confisca per equivalente, mentre in precedenza l'art. 180 del d.lgs. n. 58/1998 prevedeva la sola confisca diretta. Inoltre, l'art. 9 co. 6 della legge n. 62/2005 ha disposto l'applicazione della confisca per equivalente anche ai reati già commessi e che tale legge aveva depenalizzato, escludendone invece l'applicazione per fatti già commessi ma che continuavano a costituire reato.

⁶⁰ In particolare, con sei ordinanze (nn. 303, 304, 305, 306, 307 e 308 del 2015) la Corte di cassazione, Sez. II, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 187-sexies del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) e 9, co. 6, della l. 62/2005 con riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, nella parte in cui prevedono che la confisca per equivalente si applica anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 62 del 2005, che le ha depenalizzate. L'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998, come introdotto dalla legge n. 62 del 2005, prevede che, in caso di condanna per un illecito amministrativo previsto dalla parte V, titolo I-bis, del medesimo testo normativo, ove non sia possibile confiscare il prodotto o il profitto dell'illecito e i beni utilizzati per commetterlo, sia disposta la confisca di somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente. L'art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 aggiunge che tale regime si applica anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore di tale legge, con cui sono state depenalizzate alcune figure di reato e sono stati introdotti corrispondenti illeciti amministrativi, salvo che il relativo procedimento penale non sia già stato definito.

⁶¹ Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68, par. 6 «La confisca per equivalente prevista dall'art. 187-sexies impugnato condivide il tratto essenziale proprio delle altre ipotesi di confisca di valore finora vagliate dalla giurisprudenza di legittimità e anche da questa Corte (ordinanze n. 301 e n. 97 del 2009), con specifico riferimento al caso regolato dall'art. 322-ter del codice penale. Essa si applica a beni che non sono collegati al reato da un nesso diretto, attuale e strumentale, cosicché la privazione imposta al reo risponde a una finalità di carattere punitivo, e non preventivo».

⁶² *Ibid.*, par. 7: «Una volta acclarata la funzione punitiva propria della confisca prevista dall'art. 187-sexies impugnato, è conseguente l'applicabilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. in punto di divieto di retroattività. Questa Corte ha ritenuto che tale garanzia costituzionale concerne non soltanto le pene qualificate come tali dall'ordinamento nazionale, ma anche quelle così qualificabili per effetto dell'art. 7 della CEDU (sentenza n. 196 del 2010), perché punire a qualsivoglia titolo la persona per un fatto privo di anti-giuridicità quando è stato commesso significa violare il cuore dell'affidamento che l'individuo è legittimato a riporre nello Stato (sentenza n. 364 del 1988) quanto all'esercizio della potestà pubblica in forme prive di arbitrarietà e irrazionalità. Nel caso di specie, pertanto, la confisca per equivalente, nonostante sia prevista dalla legge come conseguente a un illecito amministrativo, va considerata una "pena", come tale assistita da tutte le garanzie prescritte al riguardo dall'art. 7 della CEDU. Essa infatti, svolgendo con tratti di significativa affinità una funzione punitiva, risponde positivamente ai criteri enunciati a tal fine dalla consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 9 febbraio 1995, Welch contro Gran Bretagna)».

impropria estensione del diritto penale ad ogni effetto e ha ritenuto le questioni inammissibili in ragione di un erroneo presupposto interpretativo del giudice *a quo*. Secondo la Corte, infatti, il giudice *a quo* avrebbe omesso «di tenere conto del fatto che la natura penale, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, del nuovo regime punitivo previsto per l'illecito amministrativo comporta un inquadramento della fattispecie nell'ambito della successione delle leggi nel tempo e demanda al rimettente il compito di verificare in concreto se il sopraggiunto trattamento sanzionatorio, assunto nel suo complesso e dunque comprensivo della confisca per equivalente, si renda, in quanto di maggior favore, applicabile al fatto pregresso, ovvero se esso in concreto denunci un carattere maggiormente affittivo». In altri termini, la Corte ritiene dirimente inquadrare in concreto la vicenda della depenalizzazione nel fenomeno della successione di leggi nel tempo dal momento che, nel mantenere la antigiridicità del fatto, l'introduzione della confisca per equivalente per i medesimi fatti avrebbe operato solo una modifica del trattamento sanzionatorio (da reclusione e multa a sanzione amministrativa pecuniaria e confisca per equivalente in aggiunta alla preesistente confisca diretta) e non l'introduzione di una sanzione (sostanzialmente penale) prima non comminata⁶³. Ciò imporrebbe al giudice di verificare in concreto la sussistenza di un regime sopravvenuto complessivamente più favorevole al reo e, in caso di esito positivo, di applicare il principio della retroattività *in mitius* accolto dall'art. 7 CEDU⁶⁴.

⁶³ F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, cit., 274, afferma chiaramente: «Breve: la confisca per equivalente è una nuova pena, non prevista al momento del fatto, che come tale non dovrebbe poter essere applicata retroattivamente, anche laddove il legislatore disponga diversamente». Dello stesso avviso, G. Amarelli, *Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies t.u.f.*, cit., 697: «La decisione, infatti, presta il fianco prima ancora a penetranti rilievi critici sotto un altro versante, quello dell'impropria riconduzione della vicenda modificativa della disciplina del *market abuse* nel cono della successione di leggi penali nel tempo, piuttosto che in quello del *nulla poena sine lege praevia* e, quindi, più a monte, della mancata verifica del fenomeno intertemporale che si è effettivamente concretato in occasione della riforma del 2005 relativamente alla confisca per equivalente. Non pare, invero, potersi condividere l'apodittica attrazione dello stesso nell'area della *mutatio criminis* governata dal ben diverso principio della retroattività della *lex mitior* per una serie di argomenti».

⁶⁴ Secondo M. Branca, *Un "giro di vite" sulle sanzioni amministrative "penali" nelle sentenze n. 43, n. 68 e n. 109 del 2017 della Corte costituzionale?*, cit., 1421: «Appare assai dubbia la validità logica, prima che giuridica, della comparazione demandata al giudice di merito, perché dovrà svolgersi tra entità non omogenee, quali sono, da un lato, il regime sanzionatorio abolito, formalmente e sostanzialmente penale, con possibili esiti restrittivi della libertà personale, e che, peraltro, non prevedeva la confisca per equivalente, e, dall'altro, il sistema depenalizzato, ancora una volta energicamente qualificato in questa sentenza, formalmente amministrativo, che però contempla quella confisca, di sicura valenza penale». Sul punto anche F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, 273, secondo cui: «Ma, quanto meno con riferimento alla particolare ipotesi ora all'esame della Corte, chiunque abbia un minimo di esperienza della prassi dei tribunali potrà cogliere agevolmente che, dal punto di vista dell'interessato, il secondo quadro sanzionatorio è enormemente più gravoso: la previsione sulla carta della reclusione sino a due anni è destinata sistematicamente a sfociare (salvo che nella improbabile ipotesi che il colpetto bianco imputato sia un incallito plurirecidivo) in una pena condizionalmente sospesa, che ha un contenuto affittivo reale pari a zero; mentre ciò che realmente conta per il soggetto è la possibilità di essere condannato a una sanzione pecunia-

Sotto un profilo sistematico, la sentenza n. 68/2017 appare rilevante in quanto da un lato richiama espressamente l'orientamento "sostanzialista" della sent. n. 196/2010 con cui la Corte aveva ritenuto applicabile l'art. 25, secondo comma, Cost. anche alle sanzioni amministrative qualificabili come pene per effetto dell'art. 7 CEDU; dall'altro, circoscrive tale espansione ribadendo, in virtù del precedente della sentenza n. 49/2015, l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale ed escludendo che l'attribuzione di una garanzia propria della pena determini l'applicazione generalizzata dello statuto penalistico a qualsiasi altro effetto.

Inoltre, appare rilevante l'affermazione del dovere in capo ai giudici di merito di interpretare la disciplina della CEDU in base ai principi di diritto espressi dalla Corte di Strasburgo anche con riferimento a casi non espressamente decisi da quest'ultima e di limitare tale attività, sollevando la questione di legittimità costituzionale, solo quando il giudice non riesca ad offrire una interpretazione convenzionalmente orientata⁶⁵.

Nell'ambito della medesima vicenda fattuale si inserisce, poi, la sentenza n. 223/2018⁶⁶ della Consulta che, a differenza del dispositivo di inammissibilità della sent. n. 68/2017, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 9, co. 6, della l. n. 62/2005 nella parte in cui stabilisce che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998 si applica, allorché il procedimento penale non sia stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 62 del 2005, quando il com-

ria dall'ammontare spaventosamente superiore a quella che il giudice penale gli avrebbe mai potuto infliggere, con l'ulteriore possibilità che gli venga applicata una misura –la confisca per equivalente, per la quale non è oltre tutto stabilito alcun ammontare massimo –che non era proprio prevista al momento del fatto. In queste condizioni, affermare che il secondo trattamento sanzionatorio potrebbe essere considerato più favorevole, soltanto perché non contempla più la pena detentiva, apparirebbe *ictu oculi* frutto di una incomprensione radicale della reale carica di afflittività delle sanzioni dal punto di vista del loro destinatario: incomprensione nella quale mi auguro non incorra il giudice *a quo*, ora chiamato a compiere la valutazione comparativa richiesta dalla Corte».

⁶⁵ Ulteriore profilo di rilievo si rinviene nell'affermazione della Corte secondo cui: «In secondo luogo, è parimenti 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). In tale attività interpretativa, che gli compete istituzionalmente ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune incontra il solo limite costituito dalla presenza di una normativa nazionale di contenuto contrario alla CEDU. In tale caso, la disposizione interna va impugnata innanzi a questa Corte per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., ove non sia in alcun modo interpretabile in senso convenzionalmente orientato (sentenza n. 239 del 2009)».

⁶⁶ Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 223, in *Giur. cost.*, 2018, 6, 2591 ss., con nota di F. Mazzacava, *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*.

plussivo trattamento sanzionatorio generato attraverso la depenalizzazione sia in concreto più sfavorevole di quello applicabile in base alla disciplina previgente.

Dunque, attraverso una riformulazione delle questioni e una approfondita argomentazione da parte del giudice *a quo*, quest'ultimo ha ampiamente motivato sulle ragioni del carattere in concreto maggiormente afflittivo derivante del nuovo trattamento sanzionatorio per i fatti di abuso di informazioni privilegiate derivante dal processo di depenalizzazione, superando quella presunzione legislativa⁶⁷, richiamata nella sentenza n. 68/2017, di maggior favore della sanzione amministrativa rispetto a quella penale.

Ebbene, sotto il profilo sistematico, la sentenza è da apprezzare in quanto ribadisce chiaramente che «l'inderogabile applicazione retroattiva della nuova disciplina sanzionatoria ai fatti pregressi si pone in contrasto con gli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, nella parte in cui impone di applicare la nuova disciplina anche qualora essa risulti in concreto più sfavorevole di quella precedentemente in vigore», fondando, dunque, il divieto di retroattività sfavorevole per le sanzioni amministrative sia nel parametro costituzionale dell'art. 25, secondo comma Cost., sia in quello convenzionale⁶⁸.

Nel filone giurisprudenziale in merito alle modifiche normative che si sono susseguite sul tema dell'abuso di informazioni privilegiate e sul suo regime sanzionatorio si inserisce, inoltre, la sentenza n. 63/2019⁶⁹ con la quale la Consulta ha ritenuto costituzionalmente illegittima la deroga della retroattività *in mitius*, stabilita dal censurato art. 6, co. 2, del d.lgs. n. 72/2015, nella parte in cui escludeva l'applicazione retroattiva delle modifiche *in mitius* apportate alle sanzioni amministrative previste per gli illeciti di abuso di informazioni privilegiate di

⁶⁷ Sulla presunzione di maggior favore della sanzione amministrativa a seguito della depenalizzazione, si richiamano le considerazioni di P. Cerbo, *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 63, secondo il quale «l'evidente sacrificio delle garanzie connesso a quest'impostazione ha potuto passare indenne per oltre trentacinque anni di intenso contenzioso [...] perché si accompagnava all'idea molto "rassicurante" di una sorta di compensazione con la degradazione del trattamento sanzionatorio: infatti, quest'impostazione assumeva che il trattamento sanzionatorio amministrativo fosse per definizione meno grave di quello penale, tenuto conto per un verso del mancato coinvolgimento della libertà personale e per altro verso della "capacità stigmatizzante assai superiore" del processo penale».

⁶⁸ Secondo, F. Mazzacuva, *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, cit., 2591, «Con la sentenza in commento, come detto, la Corte costituzionale ha invece riaffermato con decisione l'operatività dell'art. 25 Cost. rispetto all'applicazione delle sanzioni amministrative, con una scelta che deve essere certamente apprezzata. Il corollario del principio di legalità rappresentato dal divieto di retroattività *in peius*, infatti, è preordinato alla fondamentale esigenza di prevedibilità della legge che, per quanto avvertita anche in altri rami dell'ordinamento (quale espressione dell'istanza generale di certezza del diritto), assume una dimensione qualitativamente diversa, per via della fondamentale relazione con il principio di colpevolezza, al cospetto di qualsiasi forma di esercizio della potestà punitiva».

⁶⁹ Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, in *Giur. comm.*, 2019, 5, 1015 ss., con nota di E. Bindi e A. Pisaneschi, *La retroattività mitius delle sanzioni amministrative Consob*.

cui all'art. 187-*bis*⁷⁰ e, in via consequenziale, di manipolazione del mercato di cui all'art. 187-*ter* del d.lgs. n. 58/1998⁷¹.

La Corte, dapprima, ripercorre gli approdi giurisprudenziali interni e sovranazionali in merito alla retroattività *in mitius*, rilevando che tale principio trova un ancoraggio nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, nell'art. 117 Cost. attraverso la norma interposta di cui all'art. 7 CEDU, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo a partire dal sopra richiamato caso Scoppola, nonché nell'art. 11 Cost. come clausola di immissione dell'art. 49 della CDFUE; afferma poi che, pur non essendo un principio assoluto e inderogabile, lo stesso può subire limitazioni solo in virtù di valide giustificazioni attraverso un vaglio positivo di ragionevolezza per la tutela di interessi di rango parimenti costituzionale⁷². Alla luce di questa ricostruzione, la Corte ricava un duplice e concorrente fon-

⁷⁰ Sostituito in forza dell'art. 4, co. 9, lett. b) del d. lgs. 10 agosto 2018, n. 107 e rubricato «Abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate».

⁷¹ Si riporta lo sviluppo normativo per comprendere lo sfondo della questione sottoposta al vaglio della Consulta. Il delitto di abuso di informazioni privilegiate (cd. *insider trading*) era inizialmente disciplinato all'art. 180 del d.lgs. n. 58/1988 (TUF). In seguito, la l. n. 62/2005, attuativa della direttiva 2003/6/CE del 28 gennaio 2003 relativa agli abusi di mercato, ha modificato il TUF e previsto due disposizioni per gli abusi di mercato: l'art. 184, configurato come delitto, e l'art. 187-*bis*, qualificato, in virtù della depenalizzazione operata con la l. 62/2005, come illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, punito con sanzioni amministrative pecuniarie da ventimila a tre milioni di euro, aumentabili, ai sensi del comma 5 della disposizione, fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito, quando esse apparissero inadeguate anche se applicate nel medesimo, avuto riguardo alle qualità personali del colpevole ovvero all'entità del prodotto o del profitto conseguito. Con il successivo art. 39 della l. 28 dicembre 2005, n. 262 è stato previsto il raddoppio delle pene previste per i reati del TUB e del TUF e, al comma 5 richiamato, è stata prevista la quintuplicazione di tutte le sanzioni amministrative pecuniarie previste in tali normative. Così, la sanzione amministrativa pecuniaria prevista per l'illecito amministrativo di cui al 187-*bis* TUF è stata innalzata a centomila euro nel minimo e a quindici milioni di euro nel massimo. Successivamente, la l. n. 154/2014 ha delegato al Governo la revisione delle cornici edittali delle sanzioni pecuniarie previste dal TUB e dal TUF con il compito di «valutare l'estensione del principio del *favor rei* ai casi di modifica della disciplina vigente al momento in cui è stata commessa la violazione» (art. 3, comma 1, lettera m, numero 1). In sede di attuazione della delega, l'art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 72 del 2015 ha disposto che «[a]lle sanzioni amministrative previste dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, non si applica l'articolo 39, comma 3, della legge 28 dicembre 2005, n. 262»: con un effetto, dunque, di ripristino della cornice edittale originariamente stabilita dalla legge n. 62/2005 per gli illeciti amministrativi da essa previsti, al netto della quintuplicazione introdotta, appunto, dalla legge n. 262/2005. Per effetto dunque dell'art. 6, co. 3, del d.lgs. n. 72 del 2015, l'illecito amministrativo previsto dall'art. 187-*bis* TUF tornava a essere punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a tre milioni di euro, salva la possibilità di procedere agli aumenti di cui al comma 5 dello stesso art. 6. L'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015 – censurato dinanzi alla Corte costituzionale – ha stabilito, tuttavia, che «[l]e 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 [...]. 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».

⁷² Cfr. Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63, par. 6.1. (Considerato in diritto): «la Corte osservò che la retroattività *in mitius* della legge penale è ormai affermata non solo, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2 cod. pen., ma trova ampi riconoscimenti nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea. La retroattività della *lex mitior* in materia penale è in particolare enunciata tanto dall'art. 15, comma 1, terzo periodo, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e

damento (e limite) di tutela del principio di retroattività della *lex mitior* in materia penale: uno di matrice domestica e l'altro di origine internazionale che condividono la comune *ratio* di garanzia «del diritto dell'autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione»⁷³. In seguito, la Consulta valuta l'applicabilità di tale principio alle sanzioni amministrative e, dopo aver richiamato la sentenza n. 193/2016⁷⁴ – che escludeva che la Corte di Strasburgo avesse ritenuto applicabile il principio della *lex mitior* in via generale per tutte le sanzioni amministrative – stabilisce che la retroattività favorevole si estende anche alle sanzioni amministrative che abbiano finalità e natura punitiva⁷⁵.

Sotto un profilo sistematico, l'affermazione è di estremo interesse in quanto appare superare quel doppio e separato binario di tutele (costituzionali e convenzionali) cui la Corte aveva fatto riferimento limitando l'estensione alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sole garanzie CEDU⁷⁶. Attraverso, infatti, una ricostruzione unitaria della retroattività favorevole in materia penale, fondata su canoni nazionali e sovranazionali, il riconoscimento di una sanzione amministrativa come sostanzialmente penale consente alla Corte di estendere un fascio complessivo di garanzie tutte fondate su una medesima *ratio*, facendo veni-

reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; quanto dall'art. 49, paragrafo 1, terzo periodo, CDFUE. Ciò ha indotto questa Corte a concludere che il valore tutelato dal principio in parola “può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo [...]. Con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole” (sentenza n. 393 del 2006)».

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Su cui v. *supra* nota 56.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, par. 6.2. (Considerato in diritto): «L'estensione del principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione “punitiva” è, del resto, conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali. Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura “punitiva”, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo “vaglio positivo di ragionevolezza”, al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius* nella materia penale».

⁷⁶ Sul punto, E. Bindi e A. Pisaneschi, *La retroattività mitius delle sanzioni amministrative Consob*, in *Giur. comm.*, 2019, 5, 1015 ss. secondo i quali «emerge un certo cambio di rotta rispetto al sistema delle garanzie di cui godono le sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Mentre, come si è ricordato, in passato la Corte aveva distinto nettamente le garanzie penali costituzionali dalle garanzie convenzionali, sostenendo quasi che si trattasse di due sistemi di garanzie differenti, ognuno operante nella propria sfera, nella sentenza in questione questa differenza non solo non è rilevata, ma appare implicitamente negata. Il sistema delle garanzie penali è infatti ricostruito come un tutt'uno, conseguenza dell'intersecazione di norme e interpretazioni sovranazionali con norme e interpretazioni costituzionali».

re meno il principio (ribadito tradizionalmente dalla Corte di Cassazione)⁷⁷ del *tempus regit actum*. Peraltro, una volta superata quella concezione di «stretta legalità» che deriverebbe dall'art. 1 della l. n. 689/1981 e che escluderebbe la retroattività favorevole per le sanzioni amministrative, si potrebbe ragionare in termini di estensione di tale principio a tutte le sanzioni amministrative (ossia anche a quelle non considerate sostanzialmente penali) al fine di consentire una valutazione del trattamento sanzionatorio più favorevole eventualmente già da parte della P.A. nel corso del procedimento sanzionatorio⁷⁸.

Dalla disamina dei richiamati indirizzi interpretativi della Corte costituzionale si evince che il sistema di tutele delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali deve ormai essere necessariamente vagliato alla luce degli orientamenti sovranazionali nell'ottica di un sistema integrato di tutele, con la conseguenza che si continueranno porre senz'altro questioni relative alla estendibilità alle sanzioni amministrative di garanzie tradizionalmente riservate alle sanzioni penali⁷⁹.

⁷⁷ Sul punto, E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, cit. 178 ss., ritengono ormai «insostenibile» la posizione della Corte di Cassazione in merito alla applicazione delle sole garanzie dell'art. 6 CEDU per le sanzioni «penali» a fronte della giurisprudenza costituzionale.

⁷⁸ Su tali prospettive, si vedano V. Pampanin, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successioni di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, cit. 160 ss.; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 250-251, il quale sottolinea che il principio della retroattività della *lex mitior* trova applicazione ormai a livello comunitario e, dunque, per evitare un sistema duale tra le situazioni comunitarie e interne, dovrebbe essere accolto in via generalizzata per tutte le sanzioni amministrative. Peraltro, tale obbligo, secondo l'A., potrebbe farsi discendere anche dall'art. 1, co. 1 della l. n. 241/90 in virtù dell'obbligo di osservanza dei principi del diritto UE, tra cui la *lex mitior* che rappresenta un principio generale dell'UE nella giurisprudenza della CGUE.

⁷⁹ A titolo esemplificativo, si veda la recente Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, in *Foro it.*, 2019, I, 3421, con cui la Corte costituzionale – a seguito dell'ordinanza con cui la Corte di Cassazione, sez. II, 16 febbraio 2018, n. 3831 ha sollevato una questione di legittimità costituzionale – ha chiesto, in via pregiudiziale, alla CGUE di stabilire se per il diritto comunitario chi è sospettato di *market abuse* abbia il diritto di non rispondere alle domande della CONSOB nell'ambito della sua attività di vigilanza sui mercati finanziari in ragione della garanzia accordata dal principio *nemo tenetur se detegere*. Per dei commenti si leggano, G.L. Gatta, «Nemo tenetur se detegere» e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F., in *Dir. pen. con.*, 2018, 4, 156-162; L.R. Corrado, *Legittimo sanzionare la mancata ottemperanza alle richieste della CONSOB?*, in *Dir. giust.*, 2019, 85, 8; M. Allena, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali-europee*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 3, 374-383, secondo la quale, anche alla luce delle garanzie della Carta di Nizza «[...] vi è da chiedersi se non sia forse sterile e controproducente, per l'ordinamento nazionale, esprimere prevalentemente, con la sola eccezione dell'art. 25 Cost., un atteggiamento di diffidenza, se non di chiusura verso le categorie sostanzialistiche CEDU. Invero, specie nella prospettiva dell'operatore pratico (P.A. sanzionatrice, giudici, avvocati), la coesistenza di categorie tra loro palesemente incompatibili (etichetta formale vs. natura sostanziale; continuità tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale vs. separazione dei poteri e quindi, distinzione netta e quasi ontologica tra le due funzioni pubbliche di applicazione delle norme) genera confusioni e fraintendimenti; in ultima analisi, non favorisce l'applicazione doverosa delle garanzie CEDU ove esse risultino, come in genere accade, superiori e ulteriori rispetto a quelle predisposte dall'ordinamento nazionale».

4. *La sanzione amministrativa quale strumento di perseguimento dell'interesse pubblico*

I processi di depenalizzazione hanno avvalorato a livello interno una concezione della sanzione amministrativa come uno strumento «meno grave» della sanzione penale che ha condizionato l'interpretazione e la costruzione della categoria negli anni. Così, a titolo esemplificativo, la funzione sanzionatoria è stata intesa da taluni autori solo formalmente come funzione amministrativa, ma sostanzialmente come funzione giurisdizionale, in ragione della circostanza che la sanzione amministrativa non perseguirebbe un interesse pubblico determinato, ma avrebbe esclusivamente una finalità affittiva a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge e alla punizione dei trasgressori⁸⁰.

Seguendo l'impostazione richiamata della sanzione amministrativa in senso stretto, è possibile rilevare che l'affittività della misura è considerata l'elemento fondamentale per distinguere le misure qualificabili come sanzioni amministrative dai provvedimenti amministrativi sfavorevoli non rientranti in tale categoria⁸¹.

Di conseguenza, quando un provvedimento sfavorevole della amministrazione (ossia limitativo della sfera economico-giuridica del trasgressore o non ampliativo della stessa) non ha carattere affittivo-punitivo nei confronti del trasgressore della norma, ma è finalizzato solo alla cura, alla prevenzione o al ripristino dell'interesse pubblico leso, allora non dovrebbe essere propriamente incluso nel *genus* delle sanzioni amministrative e non dovrebbe essere estesa la disciplina prevista dalla l. n. 689/81.

Se può dirsi condivisibile la considerazione che un carattere della sanzione amministrativa è rappresentato dal suo contenuto affittivo, nei confronti del

⁸⁰ Si vedano le posizioni di R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013, 7 ss., secondo il quale sarebbe questa, inoltre, la ragione della attribuzione della competenza in materia di sanzioni amministrative al giudice ordinario ai sensi della l. n. 689/1981; G. Severini, *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, 2002, 1006 ss.; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, II ed., Milano, 2003, 590-591. Secondo l'A., dunque, «Il ruolo dell'amministrazione nel caso delle sanzioni non è dunque *funzione*, cioè cura concreta di un certo interesse pubblico tramite l'esercizio di un potere: come si è già detto, essa è reazione alla violazione di un precetto con finalità di prevenzione, vale a dire una potestà punitiva con finalità non dissimili da quella penale». Inoltre, i «provvedimenti» sanzionatori, sono stati definiti provvedimenti «inautentici», atti cioè che non sono provvedimenti sul piano logico ma sono trattati, sul piano del diritto positivo, come se lo fossero» in ragione della circostanza che non perseguono una finalità di cura immediata e diretta di interessi pubblici e, dunque, divergono sul piano funzionale dal provvedimento (in questi termini, F.G. Scoca, *Il provvedimento*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, V ed., Torino, 2017, 290).

⁸¹ Sul punto è condivisibile, da ultimo, il pensiero di S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 71, secondo il quale «se manca lo scopo affittivo e di prevenzione generale, che si manifesta attraverso l'irrogazione di una pena amministrativa nei confronti del responsabile del fatto illecito (che può essere anche una persona giuridica), non si ha una sanzione amministrativa, ma una mera misura sfavorevole che persegue unicamente un interesse pubblico, che non si differenzia dai comuni poteri amministrativi ablatori che incidono negativamente sulla sfera giuridica del destinatario».

trasgressore del precetto⁸², ciò non esclude che attraverso una sanzione afflittiva si possano perseguire anche interessi pubblici, senza che tale sanzione sia esclusa dalla categoria delle sanzioni amministrative, per essere inquadrata tra i più tradizionali poteri ablatori della pubblica amministrazione.

Si ritiene, infatti, che gli elementi della afflittività e della strumentalità alla cura dell'interesse pubblico non siano astrattamente tra loro incompatibili e che, anzi, qualora compresenti, mostrino alcuni aspetti della sanzione amministrativa e del potere sanzionatorio della pubblica amministrazione, idonei a distinguere il potere riservato alla amministrazione rispetto a quello giudiziale per l'applicazione delle sanzioni penali.

Secondo autorevole ricostruzione, esisterebbe «un'ampia fascia di infrazioni (o inosservanze) a provvedimenti amministrativi nella quale ciò che interessa l'autorità non è l'infrazione in sé, ma invece la lesione o il pericolo di una lesione di un interesse pubblico»⁸³. Alla luce del quadro normativo di riferimento, tale orientamento classifica le sanzioni amministrative secondo tre evenienze fondamentali: nella prima ipotesi la sanzione amministrativa è la conseguenza della violazione del precetto, intesa come una reazione ad un ordine giuridico violato, in cui viene esaltata la circostanza della infrazione formale del precetto e che costituisce esclusiva manifestazione della potestà punitiva della amministrazione⁸⁴; in una seconda evenienza, invece, sono presenti sia l'elemento formale di infrazione, sia quello sostanziale della turbativa degli interessi pubblici, ma nessuno dei due è dominante. In tale ipotesi, l'infrazione non sarebbe un illecito ma, piuttosto, sarebbe da considerare come un abuso e la sanzione, pur mantenendo la funzione afflittiva, sarebbe insieme potestà punitiva e rimedio alla turbativa di interessi pubblici⁸⁵. Infine, secondo una terza ipotesi, l'elemento dell'infrazione, ossia

⁸² S. Cimini, *op. ult. cit.*, 73, «Le misure ripristinatorie, di conseguenza, non possono considerarsi vere e proprie sanzioni amministrative, e ciò non tanto perché perseguono un interesse pubblico [...] quanto perché in esse manca l'elemento qualificante dei provvedimenti sanzionatori amministrativi, vale a dire il perseguimento di finalità afflittive e di prevenzione, che si estrinseca attraverso l'irrogazione della sanzione nei confronti del trasgressore del precetto».

⁸³ M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1970, 1304.

⁸⁴ Id., 1306, «La prima è quella in cui l'infrazione è configurata come illecito amministrativo nel preciso senso della costruzione tradizionale: la norma esalta l'infrazione formale del precetto, all'accertamento della quale si rivolge tutto il procedimento; la decisione ha per oggetto la commisurazione della sanzione all'infrazione accertata, e la sanzione è esclusiva manifestazione della potestà punitiva. Si applicano gli ordini concettuali del diritto penale, con adattamenti che, in sostanza, derivano tutti dalla minor gravità dell'infrazione rispetto a quella che è qualificata come illecito penale, e che si compendiano in un minor rigore formale delle discipline procedurali e in una maggior discrezionalità del decidente (che, fra l'altro, essendo autorità amministrativa, non ha la posizione di indipendenza del giudice)».

⁸⁵ *Ibid.*, secondo cui «Nella seconda l'elemento formale dell'infrazione e l'elemento sostanziale della turbativa degli interessi sono ambedue presenti e nessuno di essi è dominante; ma l'infrazione non è illecito: è violazione del precetto della legge o del provvedimento; è abuso, secondo il linguaggio della pratica, che nel caso è espressivo. Se il procedimento conserva il carattere di accertamento dell'abuso, e la decisione ha per oggetto la sanzione, questa, pur rimanendo afflittiva, come ogni sanzione, non è tuttavia esercizio d'una mera potestà

della violazione del precetto, perderebbe valore e il legislatore si preoccuperebbe solo di rimediare alla turbativa degli interessi. In tale ipotesi, il procedimento non sarebbe più affittivo e sanzionatorio, ma solo esecutivo⁸⁶.

In virtù di tale classificazione, il fenomeno sanzionatorio non è considerato unitario e, in dipendenza della circostanza che la sanzione propenda verso la punizione per l'infrazione del precetto ovvero verso la cura e il ripristino dell'interesse pubblico, ne risulteranno influenzati la struttura e lo scopo del procedimento amministrativo, con la conseguente possibilità di individuare procedimenti finalizzati non tanto (o non solo) a punire, quanto a curare l'interesse pubblico turbato dall'infrazione⁸⁷.

In altri termini, qualora la funzione della sanzione sia esclusivamente la cura o il ripristino dell'interesse pubblico leso, mancherebbe l'elemento dell'affittività necessario per considerare la misura come una sanzione amministrativa volta anche a punire il trasgressore⁸⁸. È il caso dei provvedimenti ripristinatori previsti

punitiva, ma si rivolge essenzialmente a porre rimedio alla turbativa degli interessi: è la revoca della concessione, il ritiro dell'autorizzazione, lo scioglimento del consiglio d'amministrazione e così via. Sono procedimenti che ancora sono sanzionatori, ma insieme sono anche esecutivi».

⁸⁶ *Ibid.*, secondo cui «Nella terza evenienza l'elemento formale perde rilievo, il legislatore non se ne preoccupa; si preoccupa invece di porre rimedio alla turbativa degli interessi; ma con questa il procedimento diviene solo esecutivo».

⁸⁷ *Id.*, 1308 e ss., secondo la tripartizione nella ricostruzione di Giannini, vi sono tre principali procedimenti sanzionatori: a) i procedimenti disciplinari; b) i procedimenti contravvenzionali amministrativi, ossia quelli che attengono ad illeciti amministrativi conformati secondo il modello dei reati contravvenzionali puniti con l'ammenda; c) i procedimenti che hanno il carattere contravvenzionale come i precedenti, ma nei quali la sanzione pecuniaria contiene un elemento risarcitorio di un danno che subisce la collettività. L'Autore prosegue trattando dei procedimenti che attengono alla seconda tipologia di sanzioni e afferma che «i procedimenti che possono dirsi sanzionatori esecutivi attengono ad infrazioni consistenti anch'esse nell'inosservanza di obblighi o di doveri nascenti da norme o da provvedimenti amministrativi, le quali non sono tuttavia qualificate come illecito [...]. La sanzione dell'infrazione in queste fattispecie esiste, ma è una sanzione indiretta, cioè che non comporta appositi procedimenti di applicazione di sanzioni, bensì consiste nella perdita di un possibile beneficio (p. es. non si può esercitare un diritto), nella costituzione di una situazione di soggezione specifica a speciali poteri inquisitori dell'autorità, e così via [...]. Altre volte invece è previsto un apposito procedimento che [...] è destinato non tanto a punire, quanto a curare l'interesse pubblico turbato dall'infrazione [...] ne indichiamo alcuni, i quali più che tipici (in materia non sono mai state tentate delle tipizzazioni), possono solo dirsi più diffusi. a) ritiro di provvedimenti autorizzatori e concessori [...]. b) ordini repressivi [...]. c) gestioni coattive repressive [...]». Di recente, G. Martini, *op. cit.*, 92, secondo il quale «Sulla scia della tripartizione gianniniana è possibile senz'altro affermare che non si può discutere del fenomeno sanzionatorio come di un fenomeno unitario. Se ci si allontana nell'indagine dall'unico dato imprescindibile, costituito dalla violazione di un precetto dell'ordinamento, ci si rende conto che le certezze sono davvero poche. L'indagine sin qui condotta ha, infatti, ben messo in luce come nell'ambito della fattispecie sanzionatoria il ruolo dell'interesse pubblico, e quindi la protezione di un interesse settoriale della P.A., può essere più o meno rilevante, potendosi anche rinvenire ipotesi in cui la sanzione appare unicamente funzionalizzata alla garanzia dell'effettività dell'ordinamento od alla protezione di un bene giuridico rilevante per l'ordinamento generale».

⁸⁸ Secondo S. Licciardello, *Le sanzioni ripristinatorie*, in A. Cagnazzo, S. Toschei (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, cit., 336-337: «Il provvedimento ripristinatorio-sanzionatorio, si caratterizza per il fatto che l'accertamento di responsabilità riguarda profili di ordine puramente oggettivo: ai fini dell'adozione delle misure ripristinatorie non rilevano, cioè, situazioni giuridiche del trasgressore, né è richiesta un'indagine sull'intenzionalità della condotta o sulla colpevolezza di chi ha realizzato la sanzione. Tale distinzione risie-

in ambito edilizio, paesaggistico e ambientale⁸⁹, i quali mirano alla reintegrazione dell'interesse pubblico leso attraverso interventi diretti sulla *res* (come la riduzione in pristino e la demolizione)⁹⁰ al fine di ripristinare la legalità materiale violata e non (anche) al fine di sanzionare la condotta del trasgressore⁹¹.

La ricostruzione dottrinale da ultimo richiamata consente di attribuire rilevanza alla cura dell'interesse pubblico leso tra le funzioni perseguibili attraverso la sanzione amministrativa pecuniaria.

La potestà sanzionatoria si può, dunque, manifestare in modalità diverse, attraverso una connessione indiretta ed ausiliaria con le funzioni di amministrazione attiva, o talvolta attraverso la cura diretta degli interessi pubblici.

In tale logica, è stato autorevolmente rilevato che «il rapporto fra autorità amministrativa e funzione sanzionatoria non può trovare riscontro nell'ambito penale, perché attraverso la funzione sanzionatoria l'amministrazione tutela un interesse proprio. La sanzione amministrativa non è più solo sanzione per l'infrazione di un precetto, ma è anche sanzione per la lesione di un interesse di cui è

de nel fatto che nei procedimenti ripristinatori è prioritario l'interesse alla restaurazione diretta del bene leso: la tutela dell'interesse pubblico specifico è particolarmente stringente e prevalente sull'interesse privato, tant'è che il destinatario della misura può essere anche un soggetto diverso dall'autore dell'infrazione [...]».

⁸⁹ Sulle sanzioni amministrative in materia paesaggistica, si segnalano A. Massone, *La vigilanza e le sanzioni in materia paesaggistica*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, Milano, 2014, 607-637, e bibliografia *ivi* citata.

⁹⁰ Si fa riferimento, ad esempio, alle disposizioni del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 agli artt. 27, 31 e ss. In giurisprudenza, di recente, Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2018, n. 6983, in *Riv. Giur. Ed.*, 2019, 2, I, 418, in cui si legge: «Il presupposto per l'adozione di un'ordinanza di ripristino non è l'accertamento di responsabilità nella commissione dell'illecito, bensì l'esistenza di una situazione dei luoghi contrastante con quella prevista nella strumentazione urbanistico-edilizia»; Cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3534, secondo cui «Il provvedimento con cui viene ingiunta, anche a distanza di tempo, la demolizione di un immobile abusivo perché privo di titolo edilizio è un provvedimento vincolato e doveroso sol che ne sussistono i presupposti di fatto e di diritto; non richiede quindi motivazioni in ordine a particolari ragioni di pubblico interesse, diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata, che impongono di adottarlo, neanche se ciò avvenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso e il trasferimento del bene stesso sia avvenuto senza intenti elusivi dell'onere di ripristino».

⁹¹ In dottrina, si veda A. De Roberto, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, cit., 130-131, secondo il quale «L'ordinamento sembra, infatti, assumere a condizione necessaria e sufficiente per l'adozione delle misure (riparatorie) previste il solo fatto della oggettiva presenza della *res* divergente dalla normativa negando, così, ogni rilevanza sia al fatto che la violazione sia imputabile ad una condotta soggettivamente significativa (la reazione troverà luogo, ad esempio, pur se la *res* illegittima risulti posta in essere da un soggetto incapace di intendere e di volere) sia che la misura venga ad incidere sul soggetto che ha realizzato (o contribuito a realizzare) la trasgressione. [...] l'ordinamento reagisce, infatti, all'oggettiva presenza, nella realtà esterna, della *res* e non alla condotta». Cfr. anche, E. Casetta, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, cit., 48 secondo il quale «Ma non è neppure sanzione in senso proprio [...] la reintegrazione – in qualsiasi forma avvenga – dello stato delle cose esistente prima della trasgressione, la *restitutio in pristinum*: ove semplicemente si rimuove uno stato di cose che si era creato in violazione della legge, e da cui esula qualunque funzione affittiva». Si vedano anche, C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 88; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, cit., 4 ss.; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 72; S. Licciardello, *Le sanzioni ripristinatorie*, in A. Cagnazzo, S. Toschi (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, cit., 333-343.

titolare l'amministrazione; nella medesima logica l'illecito amministrativo costituisce spesso anche lesione di una funzione amministrativa»⁹².

In conformità a tale linea di pensiero, di recente è stato sostenuto che «il carattere punitivo e la funzione di tutela di un fine pubblico possono convivere dunque nelle sanzioni amministrative: non sussiste un contrasto ontologico tra punire ed amministrare, ossia tra l'infliggere una sanzione a seguito della violazione del precetto e la cura in concreto dell'interesse pubblico»⁹³ e ciò pare, oggi, trovare conferma nel dato positivo soprattutto in ragione della evoluzione e delle peculiarità del potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche in particolari settori del mercato.

Inquadrata la sanzione pecuniaria come strumento non solo punitivo ma anche idoneo a tutelare interessi pubblici concreti, occorre analizzare le particolarità di alcune sanzioni amministrative pecuniarie per effettuare delle considerazioni sulla funzione e sul ruolo delle stesse nel sistema e tentare di mostrare come le stesse, pur costituendo strutturalmente il prototipo della pena pecuniaria tipicamente punitiva, paiono finalizzate in realtà non tanto a punire il trasgressore quanto a tutelare interessi pubblici strumentali al corretto esercizio del potere, quali il buon andamento, la trasparenza e la celerità ed efficienza dell'azione amministrativa e a garantire l'effettività dell'attività di vigilanza o di regolazione perseguite dalla amministrazione titolare del potere sanzionatorio.

⁹² A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 240, secondo l'A., inoltre, «La funzione sanzionatoria, in genere si è qualificata proprio per la sua connessione sostanziale con funzioni di amministrazione attiva, e per il fatto di svolgere una finalità di garanzia degli interessi che sono imputati a quella stessa amministrazione e in relazione ai quali sono esplicate le funzioni di amministrazione attiva [...] Alla luce di queste considerazioni della normativa, e forse generalizzandone la portata, è stata talvolta proposta dalla dottrina una rappresentazione della funzione sanzionatoria come funzione ausiliaria a funzioni principali o come funzione che garantisce anch'essa (in termini «indiretti») gli interessi di cui è titolare l'amministrazione. In questa logica il rapporto fra autorità amministrativa e funzione sanzionatoria non può trovare riscontro nell'ambito penale, perché attraverso la funzione sanzionatoria l'amministrazione tutela un interesse proprio. La sanzione amministrativa non è più solo sanzione per l'infrazione di un precetto, ma è anche sanzione per la lesione di un interesse di cui è titolare l'amministrazione; nella medesima logica l'illecito amministrativo costituisce spesso anche lesione di una funzione amministrativa».

⁹³ S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 67-68 secondo il quale «nelle innumerevoli ipotesi di fattispecie sanzionatorie amministrative, il carattere affittivo e la funzione di tutela di un fine pubblico sono presenti in misura che può essere assai diversa. Così, vi sono sanzioni amministrative che perseguono in modo spiccato un interesse pubblico (tale profilo è particolarmente evidente nelle sanzioni di competenza delle Autorità indipendenti) e ve ne sono altre che invece tutelano siffatto interesse in modo indiretto, svolgendo una funzione prevalentemente affittiva e di prevenzione (si pensi, in particolare, alle sanzioni amministrative cd. depenalizzate). In entrambi i casi, tuttavia, è sempre rinvenibile la cura di un interesse pubblico [...] la vera differenza tra le sanzioni amministrative e quelle penali risiede nella circostanza che le prime possono essere anche discrezionali, le seconde no».

5. *Le sanzioni amministrative pecuniarie dell'ANAC in materia di contratti pubblici a garanzia del corretto svolgimento del potere amministrativo*

La connessione strumentale tra funzioni di amministrazione attiva, così come la funzione di regolazione e quella di vigilanza, e la funzione sanzionatoria, quale garanzia di effettività delle prime, è evidente nella disciplina delle Autorità amministrative indipendenti⁹⁴.

Ciò è riscontrabile nella disciplina dettata in materia di contratti pubblici e, in particolare, nel potere dell'Autorità nazionale anticorruzione di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie in virtù dell'art. 213, comma 13, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel rispetto dei principi stabiliti dalla l. n. 689/81⁹⁵.

Pur non volendo prendere in considerazione il complesso dei poteri sanzionatori dell'ANAC, già solo l'analisi di queste specifiche sanzioni amministrative pecuniarie può far emergere quella loro funzione di strumentalità al corretto esercizio del potere pubblico.

Occorre considerare che già nel vigore del precedente codice dei contratti pubblici⁹⁶, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture era titolare del potere sanzionatorio, il cui esercizio era disciplinato dal Regolamento dell'AVCP del 26 febbraio 2014, relativo alle sanzioni amministrative, pecuniarie e interdittive, per una serie tassativa di illeciti contenuti nell'abrogato codice dei contratti pubblici e nel Regolamento di esecuzione e attuazione dello stesso⁹⁷. In generale, tali sanzioni si riferivano alla mancata ostensione di documenti ed elementi, senza giustificato motivo, ovvero alla presentazione di falsi documenti o alla comunicazione di informazioni non veritiere da parte di una serie di soggetti a seguito delle richieste dell'Autorità effettuate nel corso di

⁹⁴ Osserva E. Bani, *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000, 40, che «Nel settore economico si sviluppa pertanto, in alternativa alla repressione penale, un sistema di sanzioni amministrative, che risulta più efficace in quanto assicura una più adeguata struttura per l'applicazione, dato che tali sanzioni vengono comminate dalle stesse amministrazioni che in via primaria sono chiamate a curare gli interessi connessi al corretto svolgimento delle attività economiche». Sul tema per un approfondimento del potere sanzionatorio di numerose Autorità, si veda il volume di M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in questa Rivista, *Contenuti extra*, *Approfondimenti*, 26, n. 82 (3-2013), in www.mucchieditore.it (anche in www.giustamm.it, 2013).

⁹⁵ Da ultimo su tale potere, M. Corradino, G.F. Licata, *Autorità nazionale anticorruzione*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, 1, Milano, 2019, 501-505.

⁹⁶ Cfr. Art. 8, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

⁹⁷ Cfr. art. 2 del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'art. 8, comma 4 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rubricato «Ambito di applicazione» che dispone: «Il Regolamento disciplina il procedimento per l'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità per l'irrogazione delle sanzioni amministrative, pecuniarie e interdittive, ai sensi dell'art. 6, comma 11, articolo 7, comma 8, articolo 38, comma 1-ter, articolo 40, comma 9-quater, articolo 48, commi 1 e 2 del Codice, nonché ai sensi dell'art. 73 e 74 del Regolamento di esecuzione ed attuazione».

ispezioni, verifiche e analisi di procedure di lavori, servizi e forniture in corso o da iniziare. Inoltre, le stesse sanzioni si applicavano anche agli operatori economici che non ottemperavano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che fornivano dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione⁹⁸.

Tale potere sanzionatorio era concepito come uno «strumento di *enforcement* dell'ampio potere di controllo dell'AVCP, anche di tipo ispettivo, nonché degli altri obblighi informativi posti dal codice e dal regolamento di attuazione a carico dei soggetti vigilati» e se ne rilevava una ingiustificata differenza rispetto ai poteri sanzionatori riconosciuti alle altre Autorità a garanzia delle funzioni di vigilanza e regolazione⁹⁹.

Attualmente, l'art. 213, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 attribuisce all'ANAC il potere di disciplinare con propri atti i procedimenti sanzionatori di sua competenza e l'Autorità – dopo aver più volte adeguato e continuato ad applicare il Regolamento unico del 26 febbraio 2014¹⁰⁰ – ha adottato negli ultimi mesi del 2019 il Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio ai sensi del d.lgs. n. 50/2016¹⁰¹, superando alcune incertezze applicative che derivavano dal mancato coordinamento e adeguamento al nuovo codice dei contratti e tentando di semplificare la disciplina attraverso la adozione di un unico regolamento composto da ventitré articoli.

⁹⁸ Sul tema, M.L. Chimenti, *Le sanzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 1053-1098; C. Celone, *I procedimenti sanzionatori dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP)*, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 289-304.

⁹⁹ In questi termini, C. Celone, *op. cit.*, 297.

¹⁰⁰ Per completezza si rileva che nelle more dell'adozione del nuovo regolamento, l'ANAC aveva stabilito di adeguare il Regolamento unico del 26 febbraio 2014 con la Delibera n. 949 del 13 settembre 2017. Inoltre, aveva avviato una consultazione online il 21 marzo 2017 relativa allo Schema di Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio della stessa di cui all'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 in materia di contratti pubblici. Lo scopo della consultazione era quello di acquisire osservazioni ed elementi utili per la definizione del documento, al fine di superare il Regolamento unico di cui all'art. 8, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006. Inoltre, con la Delibera del Consiglio dell'Autorità nazionale anticorruzione n. 164 del 27 febbraio 2019 – recante «Modifica del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità, ora disciplinato dall'art. 213, c. 13, del d.lgs. 50/2016, con integrazione dell'art. 7 e 8 del citato Regolamento», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 72 del 26 marzo 2019 – l'ANAC aveva modificato il Regolamento unico di cui all'art. 8, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006 integrando gli articoli 7 e 8 dello stesso relativi alla audizione delle parti nella fase istruttoria e alla conclusione della fase istruttoria nei procedimenti volti a sanzionare l'omissione dell'obbligo informativo verso l'Autorità posto in essere da Responsabili delle stazioni appaltanti.

¹⁰¹ Si tratta del «Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50», approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 920 nell'adunanza del 16 ottobre 2019 e pubblicato nella G.U., Serie Generale, n. 262 dell'8 novembre 2019.

Ciò premesso, dall'analisi dell'art. 213, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 si ricava che l'ANAC è titolare della attività di vigilanza e di controllo sui contratti pubblici e dell'attività di regolazione degli stessi, anche al fine di prevenire e contrastare l'illegalità e la corruzione.

Inoltre, dalla lettura dell'art. 213, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 si evince che l'ANAC, nel rispetto dei principi di cui alla l. 689/81, può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie di un valore compreso tra un minimo edittale di 250 euro e un massimo di 25.000 euro nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono ingiustificatamente di fornire informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento.

Le ulteriori ipotesi – indicate nel secondo periodo del medesimo comma e connotate da maggiore gravità – riguardano sanzioni amministrative pecuniarie di un valore compreso tra un minimo edittale di 500 euro e un massimo di 50.000 euro nei confronti dei soggetti che, a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, fatta salva l'eventuale sanzione penale.

Il codice dei contratti pubblici, inoltre, prevede una serie di fattispecie nelle quali si fa espresso rinvio all'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 213, comma 13, suddetto per la violazione dei precetti ivi contenuti.

Considerate unitariamente tali fattispecie, occorre sinteticamente rilevare che le sanzioni pecuniarie sono rivolte agli operatori economici (nel caso di presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione alle stazioni appaltanti nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto)¹⁰², alle stazioni appaltanti (ad esempio, per le mancate o tardive comunicazioni all'ANAC delle modifiche o delle sospensioni dei contratti in corso di efficacia e per l'inadempimento

¹⁰² L'art. 80, comma 12 del d.lgs. n. 50/2016, disciplina le conseguenze derivanti dalla presentazione da parte degli operatori economici alle stazioni appaltanti di false dichiarazioni o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto. Le stazioni appaltanti segnalano tali violazioni all'Autorità, la quale, se ritiene che siano state commesse con dolo o colpa grave, in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione al casellario informatico dell'operatore, ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto fino a due anni, decorsi i quali l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia. Nonostante la disposizione non faccia espresso rinvio alle sanzioni pecuniarie ex art. 213, comma 13, si potrebbe, comunque, affermare positivamente, fermo restando le altre sanzioni previste, il potere sanzionatorio dell'ANAC previsto nei casi di presentazione di dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione.

degli obblighi di comunicazione delle varianti in corso d'opera)¹⁰³, al responsabile unico del procedimento (nel caso di indicazione, nel certificato di esecuzione dei lavori, di categorie di qualificazione diverse da quelle previste dagli atti di gara)¹⁰⁴ e alle SOA (per violazioni di obblighi informativi o di doveri in ordine alla attività di qualificazione)¹⁰⁵.

¹⁰³ Si veda l'art. 106, commi 8 e 14, del d.lgs. n. 50/2016 che prevede sanzioni pecuniarie nei confronti della stazione appaltante per le mancate o tardive comunicazioni delle modifiche dei contratti nei periodi di efficacia e per l'inadempimento degli obblighi di comunicazione delle varianti in corso d'opera. In particolare, il comma 8 dispone che «La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) e al comma 2, entro trenta giorni dal loro perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatario, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica»; il comma 14 dispone, all'ultimo periodo, che «In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 213, comma 13». Cfr., inoltre, l'art. 107, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 relativo alle comunicazioni di sospensione dei lavori. In particolare, la disposizione prevede che «Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale. Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilità. Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento dà avviso all'ANAC. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo».

¹⁰⁴ Cfr. art. 86, comma 5-bis, del d.lgs. n. 50/2016 che disciplina i mezzi di prova che le stazioni appaltanti possono chiedere agli operatori economici al fine di ottenere la prova dell'assenza di motivi di esclusione ex art. 80 e del rispetto dei criteri di selezione di cui all'art. 83 del codice. La disposizione suddetta dispone che «L'esecuzione dei lavori è documentata dal certificato di esecuzione dei lavori redatto secondo lo schema predisposto con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies. L'attribuzione, nel certificato di esecuzione dei lavori, delle categorie di qualificazione, relative ai lavori eseguiti, viene effettuata con riferimento alle categorie richieste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito. Qualora il responsabile unico del procedimento riporti nel certificato di esecuzione dei lavori categorie di qualificazione diverse da quelle previste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito, si applicano le sanzioni previste dall'articolo 213, comma 13, nel caso di comunicazioni non veritiere».

¹⁰⁵ Il regime ad oggi applicabile alle sanzioni dell'ANAC nei confronti delle SOA è quello previsto dalla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, ultrattivo nel periodo transitorio in virtù dell'art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016 nell'attesa dell'adozione del regolamento di attuazione di cui all'art. 216, comma 27-octies del codice degli appalti (e non più, dunque, del decreto di cui all'art. 83, comma 2 del codice in tema di sistemi di qualificazione). Il d.p.r. n. 207/2010 prevede una serie di sanzioni pecuniarie e interdittive, non interpretabili alla luce di criteri estensivi o analogici, in considerazione del principio di tipicità dell'illecito amministrativo e delle misure affittive che seguono al loro accertamento. Tali sanzioni attengono, in via esemplificativa, alle violazioni di obblighi informativi, alla trasmissione all'Autorità di dati o informazioni non veritieri, compresi i documenti forniti dalle imprese in sede di attestazione, alla violazione delle disposizioni regolamentari che indicano i doveri delle SOA in ordine all'attività di qualificazione. Si precisa che l'art. 84, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che la violazione delle disposizioni del regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies è punita con le sanzioni previste dall'art. 213, comma 13 e, in tale ipotesi, non è ammesso il pagamento in misura ridotta. L'importo della sanzione è determinato dall'ANAC con ordinanza-ingiunzione sulla base dei criteri generali della l. n. 689/1981, con partico-

Nonostante la frammentarietà della disciplina del potere sanzionatorio dell'ANAC – dovuta alla pluralità dei soggetti destinatari delle sanzioni, alla diversità delle singole fattispecie, alla molteplicità delle fasi delle procedure in cui le sanzioni possono essere irrogate – si ritiene che un tratto unificante di tali fattispecie sia ravvisabile nella funzionalizzazione delle stesse alla garanzia del corretto espletamento della funzione di vigilanza e di controllo svolta dall'Autorità nel settore dei contratti pubblici.

A ben vedere, infatti, le fattispecie sinteticamente descritte sono volte a rafforzare la collaborazione tra i soggetti coinvolti a vario titolo nelle procedure di gara e nelle fasi esecutive, a garantire la trasparenza e il buon andamento delle procedure e, più in generale, il corretto svolgimento delle stesse e l'effettività dei precetti legislativi.

In effetti, gli interessi pubblici sottesi al corretto svolgimento delle procedure, alla corretta esecuzione dei contratti, alla tutela della concorrenza e alla scelta del miglior contraente per la pubblica amministrazione possono essere perseguiti a condizione che le informazioni, i dati e la documentazione presentati dagli operatori economici in fase di partecipazione o in sede di controllo e dagli altri soggetti coinvolti siano veritieri, tempestivi e completi e che i diversi soggetti coinvolti collaborino tra loro e con l'Autorità.

L'ordinamento prevede, dunque, le sanzioni pecuniarie come meccanismi di reazione per tutelare tali interessi strumentali e, pertanto, l'ANAC, attraverso l'esercizio della potestà sanzionatoria, cura e persegue interessi pubblici sanzionando in maniera più o meno gravosa i trasgressori delle specifiche disposizioni o del più generale dovere di informativa in capo ai soggetti interessati¹⁰⁶.

In tal senso, sembrerebbe coerente considerare le sanzioni amministrative come mezzi per la realizzazione dell'azione amministrativa o come mezzi per il raggiungimento della attuazione pratica dei precetti amministrativi¹⁰⁷.

In altri termini, il corretto esercizio del potere amministrativo sarebbe garantito anche dall'esercizio della potestà sanzionatoria, attraverso l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie indirizzate ai soggetti che, tramite compor-

lare riferimento ai criteri di proporzionalità e adeguatezza in relazione alla gravità della fattispecie. È previsto, altresì, che nei casi più gravi, in aggiunta alla sola sanzione amministrativa pecuniaria, si applichi la sanzione accessoria della sospensione della attività di impresa per un periodo da un mese a due anni, ovvero della decadenza dell'autorizzazione.

¹⁰⁶ M.L. Chimenti, *Le sanzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 1058, secondo cui «Più specificamente, viene sancito l'obbligo da parte dei soggetti pubblici e privati di fornire ogni informazione e documento che l'Autorità richieda per lo svolgimento delle attività che la legge ha attribuito alla stessa, ponendo a carico dei soggetti inadempienti sanzioni pecuniarie, diversamente graduate in funzione dell'aver, o meno, reso false dichiarazioni».

¹⁰⁷ F. Benvenuti, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, cit., 42-43.

tamenti antigiusdici, commissivi od omissivi, ostacolano o impediscono il corretto svolgimento dell'attività amministrativa.

La circostanza che la sanzione amministrativa pecuniaria possa essere considerata quale conseguenza della violazione di un precetto e strumento di garanzia del corretto svolgimento del potere amministrativo consente di effettuare alcuni ulteriori approfondimenti.

In particolare, occorre verificare se lo stretto collegamento tra la funzione sanzionatoria e la tutela strumentale degli interessi pubblici richiamati possa consentire di non ritenere prevalente il carattere afflittivo-punitivo della sanzione pecuniaria, anche nelle ipotesi considerate in materia di contratti pubblici, se non addirittura a ritenerlo residuale, in favore di una funzione più direttamente rientrante nell'ambito dell'amministrazione attiva¹⁰⁸.

A tal fine rileva, anzitutto, il dettato normativo che subordina il potere sanzionatorio dell'ANAC al rispetto dei principi della l. n. 689/1981.

Si noti, infatti, che l'art. 213, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 è stato modificato in sede di intervento correttivo al codice dal d.lgs. n. 56/2017, a seguito delle osservazioni della Commissione Speciale del Consiglio di Stato¹⁰⁹, con l'aggiunta, in apertura della disposizione, dell'inciso «nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689».

Il Consiglio di Stato già in sede di parere sullo schema di codice (parere dell'1 aprile 2016, n. 855), nonché in sede di parere n. 2777 del 2016 sullo schema di regolamento in materia di vigilanza dell'ANAC, segnalava l'opportunità di «tracciare i principi del procedimento sanzionatorio, se del caso con richiamo ai principi della l. 689/1981» e ribadiva «l'esigenza di definire meglio la cornice di principi e regole entro cui deve muoversi il potere sanzionatorio dell'Autorità di settore e ricondurre lo stesso nell'ambito della legge generale in materia».

Ebbene, la scelta di subordinare il potere sanzionatorio dell'ANAC al rispetto dei principi della l. n. 689/1981 può costituire un indizio della volontà del legislatore di riaffermare il carattere afflittivo-punitivo delle sanzioni pecuniarie in materia di contratti pubblici e, comunque, impone il rispetto dei principi stabiliti dalla legge stessa – tra i quali, i principi di legalità, irretroattività, imputabi-

¹⁰⁸ Sul punto, M. Trimarchi, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 92, secondo il quale «[...] l'interesse al corretto svolgimento delle attività regolare e al rispetto dei principi di funzionamento dei settori di intervento corre parallelo nel corso del procedimento all'interesse a identificare e punire i trasgressori, ed in alcuni casi prevale su quest'ultimo. [...] Ciò, tuttavia, non sembra sufficiente a dimostrare l'esattezza della tesi secondo cui le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti si discostano radicalmente dal modello delineato dalla l. n. 689/1981, connotandosi sul piano funzionale per la strumentalità della funzione di regolazione».

¹⁰⁹ Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 22 marzo 2017, n. 782 avente ad oggetto «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

lità, colpevolezza, solidarietà, intrasmissibilità – nonché il rispetto dei criteri per l'applicazione delle sanzioni.

A titolo esemplificativo, l'art. 11 della l. n. 689/1981 stabilisce, tra i criteri da utilizzare per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, la gravità della violazione, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, la personalità dell'agente e le sue condizioni economiche.

Tuttavia, il Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio, pur richiamando espressamente i criteri di cui all'art. 11 della l. n. 689/81 al fine della quantificazione dell'importo delle sanzioni pecuniarie, dispone che la rilevanza e la gravità dell'infrazione – oltre ad essere valutate con riferimento all'elemento psicologico dell'agente – devono essere valutate «con riferimento all'effetto pregiudizievole dell'omissione ai fini dell'attività dell'Autorità ed alle motivazioni addotte per giustificare il ritardo»¹¹⁰ o, in altra ipotesi, con riferimento al «valore del contratto pubblico cui le violazioni si riferiscono, qualora sia ragionevole prendere in considerazione tale elemento»¹¹¹.

Dalla lettura integrata delle richiamate disposizioni della l. n. 689/81 e del Regolamento si evince, dunque, che l'ANAC – per individuare il *quantum* della sanzione da irrogare tra il minimo e il massimo edittale – sarà tenuta a valutare una serie di indici di carattere soggettivo (*i.e.* elemento psicologico dell'agente, condizioni economiche dello stesso, eventuale reiterazione delle condotte) e di carattere oggettivo (*i.e.* effetti pregiudizievoli dell'omissione sull'attività della Autorità e valore del contratto pubblico cui la violazione si riferisce).

Tale opera di bilanciamento degli interessi coinvolti mostra, a ben vedere, pur nell'ambito della cornice dei principi della l. n. 689/1981, una propensione plurifunzionale della sanzione, dal momento che, se la stessa avesse una finalità principalmente afflittiva, non sarebbe necessario indagare anche gli effetti pregiudizievoli della violazione sull'attività della Autorità, ma sarebbe sufficiente limitarsi alla verifica degli indici, per così dire, soggettivi.

L'attività di bilanciamento di tali interessi soggettivi ed oggettivi ai fini della quantificazione della sanzione pecuniaria potrebbe far propendere, dunque, per la condivisione di quelle tesi dottrinali¹¹², più raramente condivise anche in giu-

¹¹⁰ Cfr. art. 21, co. 2, del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹¹¹ Cfr. art. 21, co. 1, lett. c) del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹¹² Si fa riferimento alla tesi sostenuta da F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 79 ss.; Id., *Le sanzioni amministrative pecuniarie delle Autorità indipendenti come provvedimenti discrezionali ed autoritativi: conseguenze di sistema e in punto di tutela giurisdizionale*, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 448-460. L'A. svolge la

risprudenza¹¹³, che ravvisano nella quantificazione della sanzione pecuniaria una discrezionalità amministrativa, espressione di un potere autoritativo della amministrazione, piuttosto che un mero atto di accertamento e adeguamento del valore della sanzione alla violazione commessa, in virtù dei criteri stabiliti dalla legge,

sua critica alla tesi tradizionale della non autoritatività della scelta amministrativa di commisurazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 11 della l. n. 689/1981 analizzando una serie di profili sostanziali e processuali. In particolare, ritiene che tale posizione tradizionale sia utilizzata dalla giurisprudenza spesso per giustificare sistematicamente *ex post* le scelte normative di riparto della giurisdizione sulle sanzioni amministrative; che contrasti con la visione della sanzione amministrativa in sede sovranazionale europea con riferimento ai poteri pacificamente discrezionali della Commissione europea; che trovi la sua origine in argomenti dottrinali criticabili; che sia priva di utilità garantistica qualora si dia corretta attuazione alle garanzie del diritto convenzionale europeo, facendo riferimento in particolare alla giurisdizione estesa al merito del giudice amministrativo per le sanzioni amministrative pecuniarie che potrebbe consentire la realizzazione della *full jurisdiction* anche in caso di poteri discrezionali. Condivide la tesi della discrezionalità amministrativa del potere sanzionatorio anche S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., spec. cap. II, che ravvisa profili di discrezionalità sia nella fase dell'*an*, sia nella fase della determinazione del *quantum* e che, non considerando il fenomeno sanzionatorio come un fenomeno unitario, sostiene che (spec. 450 ss.) «vi sono sanzioni amministrative marcatamente afflittive e punitive, nelle quali il profilo discrezionale è assente o molto limitato (si pensi alle sanzioni amministrative che sono la conseguenza di processo di depenalizzazione), e sanzioni amministrative che sono poste a completamento di un sistema di strumenti attribuiti ad una Autorità per la cura di un dato interesse pubblico, dove la sanzione, ancorché a carattere afflittivo, diviene strumento dell'azione dell'Amministrazione per la cura di specifici interessi (è il caso, in particolare, delle sanzioni di competenza delle Autorità indipendenti). Nondimeno anche nelle sanzioni del primo tipo [...] è possibile rinvenire un margine di discrezionalità (oltretutto spesso molto ampio) nella fase che precede l'accertamento e l'applicazione della sanzione, vale a dire in sede di pianificazione e programmazione dei controlli». P. De Lise, *Le Autorità amministrative indipendenti*, Audizione presso la Commissione Affare Costituzionali della Camera nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti, in www.giustizia-amministrativa.it, che ravvisa una discrezionalità amministrativa nella determinazione del *quantum* della sanzione a seguito dell'accertamento dell'infrazione o nel caso di misure strutturali o comportamentali imposte a seguito dell'autorizzazione di un'operazione. In merito alle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia, W. Troise Mangoni, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 45, ritiene non fondata nella sua assolutezza l'affermazione secondo cui le autorità di vigilanza sui settori creditizio e bancario non facciano mai uso di discrezionalità amministrativa e critica le sentenze della Corte cost., 162/2012 (in relazione alle sanzioni della Consob) e 94/2014 (in relazione a sanzioni della Banca d'Italia) con cui, come noto, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime per eccesso di delega le disposizioni legislative che attribuivano alla giurisdizione esclusiva del g.a. la cognizione delle sanzioni irrogate da Consob e Banca d'Italia.

¹¹³ Cass., ss.uu., 24 febbraio 1978, 926; Id., 29 novembre 2007, n. 24816, 24817 e 24818 con riferimento a sanzioni ministeriali comminate su proposta dell'ISVAP nel settore assicurativo (in cui, come notato da F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit. 83, al cui contributo si rimanda per la giurisprudenza citata, «La discrezionalità giudiziale ex art. 133 c.p., sembra, nella motivazione di questa pronuncia della Cassazione, così trasformarsi [...] in una ordinaria discrezionalità amministrativa; anzi, in una discrezionalità amministrativa caratterizzata, in tesi, per speciale ampiezza»; Cass., ss.uu., 5 gennaio 1994, n. 52 in cui l'atto di irrogazione della sanzione antitrust si ritiene avere un contenuto complesso; Id., 9 novembre 2009, n. 23667; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542 in cui si afferma che i provvedimenti sanzionatori sono dotati di un «tasso di discrezionalità coesistente alla loro natura, si in ordine all'accertamento dei fatti ed alla loro qualificazione giuridica (per i quali esiste una accentuata discrezionalità tecnica), sia in ordine alla quantificazione della sanzione»; Id., 20 ottobre 2010, n. 9575; Id., 3 maggio 2010, n. 2507.

senza alcun giudizio di valore sugli interessi perseguiti dalla norma sanzionatoria, similmente all'esercizio della discrezionalità giudiziale di cui all'art. 133 c.p.¹¹⁴.

Se, infatti, come emerge dalla analisi dalla disciplina sanzionatoria dell'A-NAC in materia di contratti pubblici, gli interessi tutelati attraverso la vigilanza e la connessa potestà sanzionatoria sono riferibili al corretto esercizio del potere

¹¹⁴ Sul punto occorre rilevare che la sussistenza di discrezionalità amministrativa nell'esercizio del potere sanzionatorio è esclusa da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria. In giurisprudenza, si vedano Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5498; Cass., sez. I, 14 novembre 1992, n. 12240; Cass. sez. I, 15 dicembre 1992, n. 12240; Cass., sez. lav., 11 aprile 2001, n. 5443, in cui si legge che «Con specifico riguardo, poi, alla determinazione della misura della sanzione, da una parte, costituisce anch'essa mera applicazione del dettato normativo di cui all'art. 11 l. 689/1981, e, quindi, un momento solo tecnico, diretto alla liquidazione del credito, e non discrezionale dell'attività dell'amministrazione; dall'altra la regolamentazione legislativa del giudizio di opposizione è nel senso dell'irrelevanza della mancata giustificazione da parte dell'autorità ingiungente della misura della pena in concreto inflitta, posto che al giudice è conferito espressamente il potere di modificarne l'entità, così che il difetto di motivazione sul punto non può costituire vizio formale invalidante l'ordinanza, preclusivo della decisione sul merito»; Cass., ss.uu., 18 marzo 2004, n. 5535; Cass., 23 gennaio 2004, n. 1235; Id., 24 gennaio 2005, n. 1362; Cass., sez. II, 31 luglio 2012, n. 13727; sulla assenza di discrezionalità delle sanzioni applicate dalla Banca d'Italia, Cass., ss.uu., 22 luglio 2004, n. 13709; Id., 21 maggio 2004, n. 9730; Id., 15 febbraio 2015, n. 2980; Id., 15 luglio 2010, n. 16577; sulla assenza di discrezionalità delle sanzioni applicate dalla Consob, Cass., ss.uu., 11 luglio 2001, n. 9389; Id., 11 febbraio 2003, n. 1992; Id., 22 luglio 2004, n. 13703; Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2007, n. 6474; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 16 settembre 2019, n. 1985, sulle sanzioni irrogate dalla ARERA. In dottrina, escludono la discrezionalità nell'esercizio del potere sanzionatorio, E. Capaccioli, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980), cit., 118, secondo il quale «quando, come in tutti i casi di sanzione pecuniaria, la legge stabilisce le condizioni perché la sanzione sia applicabile, fissa il tipo di sanzione, ne determina la misura, sia pure fra minimo e massimo e con riguardo ad una base di riferimento da stimare, non c'è spazio per la discrezionalità amministrativa. Semmai c'è spazio per valutazioni tecnico-empiriche, che nulla hanno a che vedere con la discrezionalità amministrativa; difettando questa discrezionalità, non c'è nemmeno un potere in senso proprio. C'è una competenza esclusiva. Lo stesso deve confermarsi anche con riguardo al criterio per cui la sanzione non fissa deve essere adeguata alla gravità della violazione commessa (e, se del caso, alla personalità e alla situazione del trasgressore). Questo capita sovente al giudice [...] la discrezionalità del giudice è criterio di giudizio, per l'adeguamento della decisione alle caratteristiche specifiche del caso, non per tutelare un qualche interesse [...]. In nulla differisce, da tale "discrezionalità" del giudice, lo spazio di libertà rilasciato dalla legge alle autorità amministrative nell'applicazione delle sanzioni [...]. La mancanza di potere discrezionale apre la via per la sostituzione: in specie, il giudice competente per l'impugnativa, se dotato di giurisdizione nel merito (in senso civilprocessuale), può decidere sostituendosi all'amministrazione»; anche E. Casetta, *Sanzione amministrativa*, cit., 604, spec. nota 23, in cui si afferma che i criteri di cui all'art. 11 della l. 689/1981 parrebbero ostare al riconoscimento di uno spazio di scelta in capo alla P.A.; A. Vigneri, *Profili generali della sanzione amministrativa*, in Aa.Vv., *Legge 24 novembre 1981, n. 689: modifiche al sistema penale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 1119 ss.; A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 114; C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 398 secondo i quali «una così marcata 'personalizzazione' degli indici commisurativi tende perciò a caratterizzare l'illecito amministrativo in termini di 'riprovevolezza' e di 'meritevolezza di sanzione' con assoluto parallelismo rispetto all'illecito penale [...] Gli interessi devoluti alla cura dell'amministrazione (i cosiddetti interessi "sussidiati" dalla funzione sanzionatoria possono incidere sulla commisurazione della sanzione. Essi quindi non possono dirsi estranei all'esercizio della funzione sanzionatoria, tant'è vero che la loro rappresentazione da parte dell'autorità amministrativa può costituire un elemento significativo per la determinazione del quantum. Ma, in primo luogo, il rilievo riconosciuto a questi interessi va rigorosamente circoscritto alla valutazione della "gravità" della violazione; in secondo luogo, l'incidenza di questi interessi si risolve solo nella determinazione dell'entità della lesione o della messa in pericolo, con esclusione di qualsiasi apprezzamento "libero", finalizzato alla migliore realizzazione degli stessi interessi».

e, in particolare, sono posti a tutela del buon andamento, della tempestività, della correttezza ed efficienza della attività amministrativa, allora la valutazione sugli «effetti pregiudizievoli dell'omissione sull'attività» e «sul valore del contratto pubblico» per determinare il *quantum* irrogabile è effettuata dalla Autorità per verificare se e in che misura il comportamento illecito abbia influito su tali interessi pubblici, pregiudicandoli. Tale valutazione, ad opera di una amministrazione che istituzionalmente vigila e persegue l'interesse al corretto svolgimento delle procedure nel mercato delle commesse pubbliche, sarà svolta attraverso una valutazione ponderata degli interessi pubblici e privati coinvolti, che non sembra possa ritenersi confinata al perimetro della mera discrezionalità valutativo-tecnica. Ciò, peraltro, pare confermato dalla circostanza che uno degli indici per valutare la gravità dell'infrazione è rappresentato dal valore del contratto pubblico cui le violazioni si riferiscono «qualora sia ragionevole prendere in considerazione tale elemento», lasciando così alla amministrazione la scelta, nel complessivo bilanciamento degli interessi in gioco, di stabilire in quali casi sia ragionevole tenere in considerazione il valore del contratto. Come è stato condivisibilmente rilevato, dunque, «il grado di violazione dell'interesse pubblico protetto si riflette [...] sul potere di determinazione del *quantum* della sanzione»¹¹⁵.

Del resto, qualora il legislatore fissi dei criteri per l'applicazione della sanzione tanto generali ed astratti da lasciare ampi margini di valutazione (e quindi di funzionalizzazione della sanzione) all'autorità amministrativa, non pare dubbio che il bilanciamento degli interessi non sia esaurito all'atto della regolazione, ma rimanga affidato anche alla stessa autorità amministrativa.

Sotto altro profilo, la circostanza che il legislatore abbia, anche per ragioni di sinteticità, richiamato l'applicazione dei principi della legge n. 689/1981, pare consentire l'utilizzo dei principi ivi disciplinati solo in quanto compatibili con la disciplina in materia di contratti pubblici e, comunque, non consente di desumere un carattere di necessaria afflittività delle sanzioni strumentali.

In effetti, il legislatore ben avrebbe potuto dettare i principi regolatori dell'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità nel codice dei contratti pubblici senza effettuare un rinvio alla l. n. 689/1981 come, tra l'altro, già previsto nel codice previgente¹¹⁶.

¹¹⁵ S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 100.

¹¹⁶ Cfr. art. 8, comma 4 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che dispone: «Il regolamento dell'Autorità disciplina l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti».

Peraltro, è l'art. 12 della legge n. 689/1981 che consente l'applicazione dei principi della stessa solo «in quanto applicabili» e «salvo che non sia diversamente stabilito». Con la clausola di compatibilità («in quanto applicabili») il legislatore avrebbe fatto riferimento a ipotesi di incompatibilità intrinseca tra un particolare tipo di sanzione pecuniaria e la disciplina contenuta nel primo capo della legge; mentre, con la clausola di sussidiarietà («salvo che non sia diversamente stabilito») il legislatore avrebbe preso in considerazione quelle deroghe espressamente disposte da altre norme contenute nella stessa o in diverse leggi¹¹⁷.

In altri termini, dalla indagine delle disposizioni del codice dei contratti pubblici che stabiliscono i comportamenti illeciti alla cui violazione può far seguito una sanzione pecuniaria, si potrebbe ricavare quale precipua funzione delle sanzioni pecuniarie la tutela di interessi strumentali della amministrazione, ossia del corretto svolgimento del potere amministrativo e, pertanto, il richiamo ai principi della l. n. 689/1981 sarebbe da intendersi consentito nel rispetto della clausola di compatibilità intrinseca con la diversa funzione che le sanzioni svolgono.

La peculiarità degli interessi protetti potrebbe giustificare una particolare conformazione del potere sanzionatorio e rafforzare quell'idea, avvalorata anche dallo sviluppo del peculiare potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti e dalla diversa costruzione teorica sovranazionale, che la sanzione amministrativa non è uno strumento monolitico ed unitario, ma è uno strumento diversamente configurabile in dipendenza dalla conformazione del potere, condizionata anche dalla funzione per la quale il potere è attribuito.

Nelle ipotesi esaminate, il carattere di afflittività/punizione nei confronti del trasgressore non pare essere una finalità della sanzione pecuniaria, ma piuttosto sembra costituirne un effetto o una conseguenza, che comporta una diminuzione della sfera patrimoniale del trasgressore per aver adottato (o omesso ingiustificatamente) una determinata condotta a scapito del tempestivo, efficace e, più in generale, corretto svolgimento dell'attività amministrativa.

Tale considerazione si ritiene possa esse avvalorata dalla disposizione relativa alla archiviazione della segnalazione di illecito prevista dal Regolamento per l'esercizio del potere sanzionatorio. In particolare, l'art. 12, co. 3, lett. c), dispone che il dirigente procede alla archiviazione quando «pervenga l'informazione o il documento richiesto prima dell'avvio o durante la fase istruttoria del procedimento». Pertanto, l'archiviazione è disposta – senza possibilità di una valutazione alternativa da parte del dirigente stante la formulazione della disposizione – quando l'Autorità vede soddisfatto, prima o nelle more del procedimento, il proprio interesse attraverso la ostensione del documento richiesto. Se la finalità della sanzione fosse realmente afflittiva o punitiva, la stessa dovrebbe poter essere irro-

¹¹⁷ Così, R. Galli, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, VI ed., tomo II, Padova, 2016, 1128.

gata, previa valutazione della sussistenza dei presupposti, a prescindere dalla eventuale soddisfazione dell'interesse dell'amministrazione.

La circostanza che l'affittività sia un effetto (e non lo scopo) della sanzione strumentale non esclude, ovviamente, che debbano essere fissati degli indici per graduare la sanzione pecuniaria nei confronti del trasgressore. Al contrario, la previsione di indici prestabiliti per definire la misura della sanzione da irrogare appare necessaria a garantire la parità di trattamento e il rispetto del principio di proporzionalità nell'applicazione della sanzione stessa, il cui fondamento può ricavarsi, a livello costituzionale, negli articoli 3 e 97 della Costituzione.

Occorre considerare un altro aspetto rilevante della potestà sanzionatoria strumentale dell'Autorità nazionale anticorruzione derivante dalla formulazione utilizzata dal codice dei contratti pubblici nell'individuare i presupposti del potere.

La disposizione attributiva del potere sanzionatorio non indica una specifica fase della procedura nella quale l'Autorità può esercitare il potere ovvero degli specifici documenti o informazioni la cui mancata ostensione o falsificazione determina l'esercizio dello stesso. Piuttosto, il legislatore, formulando una disposizione in bianco, legittima l'esercizio del potere sanzionatorio in ogni momento della procedura per qualsiasi documento, informazione o dato utile al corretto esercizio dell'attività amministrativa.

Così, l'Autorità nazionale anticorruzione può individuare l'oggetto della sua richiesta, il soggetto cui è rivolta e il momento o la fase in cui effettuarla.

La scelta, comunque, dovrebbe essere guidata dai principi generali dell'attività amministrativa e, tra questi, dal richiamato principio di proporzionalità.

Se, infatti, si accoglie l'orientamento, sostenuto da una parte della dottrina¹¹⁸, ma minoritario in giurisprudenza¹¹⁹, che ritiene applicabile la l. n. 241/90

¹¹⁸ A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 222, secondo cui «Nonostante le caratteristiche di specialità della legge *antitrust* e del Regolamento in materia di procedure istruttorie, la l. n. 241/1990, in quanto legge che contiene i "principi generali dell'ordinamento" trova applicazione secondo i normali criteri di applicazione della legge di cui alle Disposizioni (sulla legge in generale) preliminari al Codice civile, ed in particolare dell'art. 14. Le norme generali sul procedimento amministrativo trovano quindi applicazione nei limiti in cui non sono derogate e quindi non risultino incompatibili con la disciplina speciale contenuta nella l. n. 287/1990 [...]». Anche, S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., 295, sostiene la funzione integratrice e complementare fondandola sia sul disposto della l. n. 241/90, soprattutto per alcuni gli istituti procedurali che l'art. 29, co. 2 *bis* della l. 241/90 ha ricondotto ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117 Cost., sia sulla l. n. 262/2005 da cui ricava un catalogo di principi che devono essere rispettati per i procedimenti sanzionatori delle AAI menzionate dalla norma ma estendibili anche ad altre Autorità.

¹¹⁹ Occorre rilevare che non sussiste un orientamento univoco sull'applicabilità delle disposizioni della l. 241/90 alle procedure amministrative sanzionatorie e la giurisprudenza maggioritaria ne esclude l'applicazione. In tal senso, Cass., ss.uu., 27 aprile 2006, n. 9591, in *Nuovo dir.*, 2006, 6, 651 in cui la Corte ha affermato chiaramente che «le disposizioni della L. 24 novembre 1981, n. 689 costituiscono un sistema organico e compiuto, nel quale non occorrono inserimenti dall'esterno: necessità che infatti è stata costantemente esclusa, con riferimento ad altre norme della legge generale sul procedimento amministrativo, come quelle relative alla "partecipazione dell'interessato" (v., tra le altre, Cass., 27 novembre 2003 n. 18114) e al diritto di accesso ai documenti (v., per tutte, Cass. 15 dicembre 2005 n. 27681)»; conforme anche, Cass., 15 maggio 2007, n. 1115, in *Fin.*

anche ai procedimenti sanzionatori amministrativi, il principio di proporzionalità potrebbe essere esteso al procedimento sanzionatorio, nonostante non espressamente previsto dalla l. n. 689/1981¹²⁰, in forza dell'art. 1, co. 1, della l. n. 241/90 che, come noto, impone a tutti i procedimenti amministrativi il rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali appunto quello di proporzionalità.

Inoltre, il codice dei contratti pubblici, all'art. 84, comma 10, fa espresso riferimento all'utilizzo del principio di proporzionalità e di adeguatezza per valutare la gravità della fattispecie nel procedimento di applicazione della sanzione.

Ebbene, il principio di proporzionalità, quando applicato al potere sanzionatorio strumentale, dovrebbe operare sia come criterio guida dell'attività, sia come canone da rispettare nella applicazione della sanzione.

Sotto il primo profilo, la richiesta di dati, informazioni e documenti da parte della Autorità nazionale anticorruzione nei confronti degli operatori economici e degli altri soggetti destinatari delle richieste dovrebbe essere ispirata al principio di proporzionalità e, in particolare, ai tre elementi della idoneità, necessità e adeguatezza della richiesta, in un'ottica di bilanciamento tra le esigenze ispettive, gli interessi dei privati (es. la riservatezza) e il principio di non aggravamento del procedimento.

Sotto il secondo profilo, il principio di proporzionalità dovrebbe guidare l'Autorità nella determinazione del *quantum* sanzionatorio da irrogare tra il minimo e il massimo edittale stabilito dalla legge e variabile a seconda dell'ipotesi di mancata (ingiustificata) ostensione della documentazione richiesta o di falsificazione della stessa.

Pertanto, se la finalità della sanzione pecuniaria strumentale è quella di garantire gli interessi procedurali della amministrazione con conseguenze sfa-

loc., 2008, 1-2, 170, in cui si afferma che «In tema di sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada non trova applicazione l'art. 7 l. n. 241 del 1990, secondo cui l'avviso del procedimento amministrativo deve essere comunicato ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre i suoi effetti. La l. n. 689 del 1981, infatti, è legge speciale che prevale su quella generale e assicura garanzie non inferiori al "minimum" prescritto dalla legge generale stessa, in quanto prevede non solo che il trasgressore sia immediatamente informato dell'inizio del procedimento con la contestazione o la notificazione, ma anche che possa esercitare nel modo più ampio il proprio diritto di difesa, prima dell'emanazione dell'eventuale ordinanza-ingiunzione da parte dell'autorità competente». Anche di recente nella giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 38, in cui si è affermato che «l'applicazione della previsione in tema di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza trova applicazione (per espressa previsione di legge) solo "nei procedimenti ad istanza di parte" e che non si rinvengono ragioni per predicarne l'applicazione anche nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, i quali restano assoggettati a una disciplina di specie anche per ciò che concerne il (pur necessario) rispetto delle garanzie procedurali e partecipative dell'incolpato».

¹²⁰ Secondo S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 267, «Il principio in questione [di proporzionalità] si ricava inoltre dalla l. 689 del 1981, che impone all'Autorità sanzionatrice di considerare attentamente la gravità dell'illecito e la condotta del trasgressore (si pensi, in particolare, all'art. 11 di detta legge che ha riguardo alla gravità della violazione e all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, oltre che alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche».

vorevoli in termini economici per i trasgressori, il valore eccessivamente elevato della sanzione pecuniaria potrà essere un indizio della illegittimità della stessa sotto il profilo della violazione del principio di proporzionalità, ma non potrà mutare la sua natura da sanzione amministrativa in sanzione sostanzialmente penale.

Da ciò potrebbe forse ricavarsi, in termini più generali, l'opportunità di recuperare uno spazio autonomo della sanzione amministrativa pecuniaria, anche economicamente molto elevata in ragione della circostanza che l'interesse perseguito non è la punizione del trasgressore, bensì è il regolare svolgimento dell'attività amministrativa. In altri termini, ciò che connota la sanzione strumentale è la sua finalità di tutela dello svolgimento dell'attività amministrativa e, pertanto, alla stessa potrebbero dirsi estranee le finalità di punizione dei soggetti che pongono in essere comportamenti antigiuridici, pur essendo previste, nei confronti degli stessi, conseguenze economiche aventi una finalità dissuasiva.

Ebbene, da questa considerazione si potrebbe far discendere che la finalità della sanzione pecuniaria dell'ANAC, nelle ipotesi descritte, è rappresentata dalla tutela dell'interesse pubblico al corretto svolgimento del potere, che si manifesta nel buon andamento, nell'efficienza e nella efficacia dell'azione amministrativa.

Tuttavia, come già rilevato, non è richiesta la esclusività dello scopo punitivo ai fini della qualificazione di una sanzione come penale ai sensi CEDU, bensì tale qualificazione è parimenti ricavabile nel caso di una pluralità di scopi¹²¹. Quando si ritiene che la funzione unica o prevalente della sanzione amministrativa sia la tutela dell'interesse pubblico, si dovrebbe comunque analizzare l'ulteriore criterio *Engel*, relativo alla gravità della sanzione al fine di verificare se esso, anche in via autonoma, sia sufficiente per estendere le garanzie previste in materia penale.

Occorre rilevare, infatti, come sopra già accennato, che la Corte di Strasburgo considera sufficiente, anche in via autonoma, il carattere di gravità della sanzione inflitta per includere una misura nell'ambito della materia penale ed estendere le garanzie previste per le sanzioni penali¹²².

In base all'approccio casistico e concreto seguito dalla Corte di Strasburgo, la gravità della sanzione pecuniaria inflitta, considerata nel massimo edittale amminabile, è ricavata da una serie di elementi¹²³ riferibili all'ammontare della san-

¹²¹ A partire da C. eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, ric n. 17440/1990, *Welch c. Regno Unito*, par. 35.

¹²² Come osserva P. Provenzano, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 1, 1089, «La Corte di Strasburgo non ritiene che il *proprium* della sanzione penale sia da individuarsi nella capacità della stessa di incidere (direttamente o indirettamente) sulla libertà personale del soggetto cui viene irrogata [...] La Corte EDU – e qui la differenza con le nostre tradizionali categorie risulta palese – ha infatti a più riprese riconosciuto che non sia dirimente, ai fini dell'esclusione della natura penale di un determinato illecito, «il fatto che l'autore dell'infrazione non incorra [...] in una limitazione della libertà personale». Ciò che rileva, è viceversa, che la misura punitiva incida (*rectius* che sia potenzialmente idonea ad incidere) in modo rilevante sulla sfera giuridica del suo destinatario».

¹²³ Questi i sotto-criteri che indica M. Mancini, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, cit., 6-7.

zione, alla eventuale menzione della stessa nel casellario giudiziale, alla sua convertibilità in pena detentiva nel caso di mancato pagamento¹²⁴.

Per quanto concerne le sanzioni pecuniarie irrogabili dall'ANAC nelle ipotesi descritte, si può rilevare che l'ammontare pecuniario massimo comminabile è di 25.000 euro o di 50.000 euro in dipendenza, rispettivamente, che vi siano un rifiuto o una omissione ingiustificata di ostensione delle informazioni e dei documenti, ovvero che vi sia una ostensione di documenti e informazioni non veritiere nelle diverse ipotesi; la sanzione pecuniaria non è convertibile in pena detentiva nel caso di mancato pagamento, ma potrebbe essere accompagnata da una sanzione interdittiva, nonché dalla iscrizione nel Casellario informatico gestito dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, co. 10 del d.lgs. n. 50/2016.

Pur non essendoci alcuna pronuncia giurisprudenziale sulla natura delle sanzioni pecuniarie irrogabili dall'ANAC, si può rilevare, in base a quanto sopra richiamato, che, sebbene a livello interno tali sanzioni paiono poste esclusivamente o prevalentemente a tutela di interessi procedurali pubblici al corretto svolgimento del potere amministrativo, d'altra parte, ai sensi della CEDU, anche tali sanzioni potrebbero essere ricondotte a quelle sostanzialmente penali, qualora si enfatizzasse il profilo della gravità delle conseguenze patrimoniali in capo ai trasgressori. Tale valutazione, tuttavia, non può essere effettuata a priori e in astratto in ragione della circostanza che la Corte di Strasburgo utilizza un approccio

¹²⁴ In C. eur. dir. uomo, 24 settembre 1997, *Garyfallou Aebe c. Grecia*, par. 34, la Corte afferma la gravità della sanzione pecuniaria, quale criterio sufficiente anche in assenza degli altri criteri *Engel*, valorizzando, sia il massimo edittale astrattamente comminabile, sia le possibili conseguenze derivanti dall'inadempimento al pagamento della sanzione, ossia la confisca dei beni della società e – come indice più significativo per l'indagine della Corte – la reclusione degli amministratori della società per un massimo di un anno. Si legge, infatti, «*The Court observes that the applicant company was fined 500,000 drachmas [...]. It risked however a maximum fine equal to the value of the imported goods [...], that is 15,050 German marks, nearly three times the amount actually fined. In the event of non-payment, national law provided for the seizure of the applicant company's assets and, more importantly for the purposes of the Court's examination, the detention of its directors for up to one year*». In C. eur. dir. uomo, 1° febbraio 2005, *Zilibeger c. Moldavia*, par. 34, la gravità della sanzione pecuniaria, in via cumulativa con la natura della sanzione, è positivamente riscontrata in rapporto alle condizioni economiche del trasgressore affermando che: «*In the present case, however, the severity of the actual and potential penalty could in principle be considered as another argument in favour of the applicability of Article 6. In this respect it is to be noted that the applicant was fined MDL 36 (the equivalent of EUR 3.17 at the time), which constituted over 60% of his monthly income and that he faced a maximum penalty of MDL 90 (the equivalent of EUR 7.94 at the time). Moreover, if he failed to pay the fine in the circumstances provided for in Article 26/4 of the CAO he was liable to be imprisoned for twenty days [...]. It is important to note in this respect that under the Code of Civil Procedure in force at the material time, the failure to comply with civil judgments could not lead to imprisonment. Given the state of the Moldovan legislation and the practice which transpires from the judgments presented by the parties, the Court is unable to conclude whether in the particular circumstances of his case the applicant ran the risk of being imprisoned in accordance with Article 26/4 of the CAO. However, even if the fine could not have been converted into imprisonment in his case, that would not have been decisive for the classification of an offence as "criminal" under Article 6 (see, *Janosevic v. Sweden*, cited above, § 69)*». In C. eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, caso n. 18640/2010, *Grande Stevens e altri c. Italia*, parr. 97-98, la Corte sottolinea la severità della sanzione pecuniaria per l'importo massimo comminabile ritenendole «visto il loro ammontare, di una innegabile severità che comportava per gli interessati conseguenze patrimoniali importanti».

concreto, legato al caso sottoposto al suo esame, sulla base del quale verifica se e in che modo una sanzione possa ritenersi grave in considerazione delle condizioni del caso. Così, se è vero che la Corte di Strasburgo ha in alcuni casi ricondotto sanzioni pecuniarie di entità minima nel concetto di sanzione penale, è altresì vero che il giudizio è stato fondato prendendo in considerazione il *degree of stigma* o il carattere infamante delle misure inflitte con specifico riferimento alle situazioni economiche e patrimoniali dei destinatari, nonché alle conseguenze che le misure avrebbero avuto sugli stessi. L'approccio sostanziale seguito dalla Corte di Strasburgo rifugge da una generalizzazione della estensione delle garanzie della CEDU sganciata dalla situazione concreta e fondata su un approccio formalistico e tipologico della sanzione e ciò, a ben vedere, consente alla Corte di effettuare una applicazione flessibile dei criteri e sotto-criteri elaborati nel corso degli anni, giungendo a riconoscere la significativa gravità di alcune sanzioni nonostante, ad una prima considerazione, l'importo irrogato o astrattamente comminabile sia economicamente esiguo.

6. *Considerazioni conclusive*

L'analisi svolta in merito ad alcuni profili del potere sanzionatorio della Autorità nazionale anticorruzione nella materia dei contratti pubblici consente di valorizzare il collegamento strumentale tra la sanzione amministrativa pecuniaria e la garanzia del corretto ed effettivo svolgimento del potere.

Come rilevato dall'analisi dell'evoluzione storica, l'approfondimento teorico della sanzione amministrativa è stato profondamente influenzato da una serie di fattori, tra i quali l'assenza di una univoca definizione del concetto di sanzione¹²⁵, i processi di depenalizzazione, l'assenza di una disciplina generale in materia prima della l. n. 689/1981, l'attribuzione di poteri sanzionatori alle Autorità amministrative indipendenti e la più recente influenza delle fonti sovranazionali.

A livello interno gli studi dottrinali più risalenti sono stati concentrati sulla individuazione degli elementi distintivi della sanzione amministrativa da quella penale e civile e sulla analisi delle peculiarità della sanzione amministrativa rispetto ad altri atti sfavorevoli adottabili dalla pubblica amministrazione a fronte della violazione di norme o provvedimenti amministrativi. Più di recente, invece, il potere sanzionatorio amministrativo è stato oggetto di approfondite riflessioni legate alla sovrapposizione della disciplina CEDU con quella nazionale in tema di garanzie sostanziali e procedurali da rispettare per le sanzioni amministrative considerate di natura sostanzialmente penale alla stregua del diritto sovranazionale.

¹²⁵ N. Bobbio, *Sanzione*, cit., 530 ss.; F. Benvenuti, *Sul concetto di sanzione*, cit., 223 ss.

Tali orientamenti sono stati analizzati anche in virtù delle posizioni assunte nel corso degli anni da parte della Corte costituzionale, sia con riferimento a profili più generali in merito ai rapporti tra ordinamenti multilivello, sia in relazione al tema della estensione alle sanzioni amministrative di alcuni principi costituzionali tradizionalmente riservati alle sanzioni penali.

In particolare, la sanzione amministrativa, lungi dal poter essere considerata esclusivamente uno strumento di attuazione dei precetti di legge con finalità affittiva e general preventiva, viene altresì in rilievo quale mezzo di attuazione della attività amministrativa volto al perseguire l'interesse pubblico, a garantire il corretto svolgimento del potere e, talvolta, a regolare particolari settori del mercato.

Una conferma in tal senso si rinviene nella disciplina dei contratti pubblici e, in particolare, nel potere attribuito all'Autorità nazionale anticorruzione di irrogare sanzioni pecuniarie in caso di omissioni o di ritardi ingiustificati nella ostensione della documentazione richiesta ovvero in caso di presentazione di falsa documentazione.

Si ritiene che tale potere non sia attribuito con finalità principalmente affittive-punitiva nei confronti dei trasgressori, bensì per assicurare il regolare, rapido, corretto, effettivo svolgimento del procedimento amministrativo al fine di garantire il buon andamento, la trasparenza dell'azione amministrativa e la scelta del miglior contraente per la pubblica amministrazione¹²⁶. Tramite l'esercizio del potere sanzionatorio, l'Autorità cura l'interesse pubblico alla conoscenza di informazioni rilevanti nella scelta dei futuri contraenti anche attraverso la sanzione amministrativa¹²⁷.

Lo stretto collegamento tra sanzione e interesse pubblico strumentale e la formulazione in bianco della norma attributiva del potere sanzionatorio connotano la finalità del potere sanzionatorio e la possibilità di un bilanciamento tra gli interessi pubblici vigilati e tutelati dall'Autorità e gli interessi privati farebbe propendere per la condivisione di quelle tesi che riconoscono un potere discrezionale nella irrogazione della sanzione pecuniaria pur sempre nel rispetto dei canoni dell'azione amministrativa.

¹²⁶ Appare interessante notare che un simile profilo è stato evidenziato con riferimento alla sanzione disciplinaria da G. Martini, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, cit., 98, secondo il quale «In altri termini, mediante la sanzione disciplinare l'amministrazione mira a prevenire il verificarsi di condotte che, cagionando una disfunzione organizzativa, sono, almeno potenzialmente, in grado di ritardare o impedire all'amministrazione l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico, come pure di influire sulla percezione che i terzi, ed in particolare i destinatari dell'azione, hanno circa il *modus agendi* dell'amministrazione, finendo con l'influire anche in quest'ultima ipotesi, sull'efficacia dell'azione amministrativa».

¹²⁷ M.L. Chimenti, *Le sanzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 1058 secondo la quale «[...] il potere di sanzionare con provvedimento amministrativo l'omessa o non veritiera trasmissione di dati richiesti, già riconosciuto ad altre autorità indipendenti, è connesso al rispetto dell'obbligo di comunicare gli elementi di informazione necessaria per l'esercizio delle primarie funzioni di vigilanza della Autorità stessa».

In altri termini, se lo scopo della sanzione amministrativa pecuniaria è la tutela dell'interesse strumentale al corretto svolgimento del potere, l'Autorità titolare del potere dovrebbe poter valutare discrezionalmente l'opportunità dell'utilizzo di tale strumento per il perseguimento dell'interesse procedimentale, oltre a poter graduare l'entità della sanzione in ragione della turbativa degli interessi pubblici¹²⁸.

In conclusione, la peculiare finalità che connota la sanzione amministrativa strumentale si riflette sulla natura del potere sanzionatorio attribuito alla amministrazione, espressione dello svolgimento di attività amministrativa strumentale alla tutela di interessi pubblici. Ciò, comunque, non consente di escludere a priori la natura penale ai sensi CEDU delle sanzioni pecuniarie irrogabili dall'Autorità, in ragione della circostanza che, anche volendo escludere lo scopo affittivo della sanzione pecuniaria in queste ipotesi in ragione della stretta connessione con la tutela di un interesse strumentale della amministrazione, la giurisprudenza convenzionale, come visto, considera sufficiente la gravità della sanzione per estendere le garanzie penali ai sensi della CEDU. Tuttavia, allo stesso tempo, occorre tenere in considerazione l'approccio sostanzialistico e casistico utilizzato dalla Corte per la giustizia del caso concreto.

¹²⁸ Sulla possibilità di perseguire interesse pubblici tramite l'esercizio del potere sanzionatorio dell'ANAC, M. Corradino, G.F. Licata, *Autorità nazionale anticorruzione*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 504-505, secondo i quali «La constatazione di un'attività comunque valutativa all'interno delle dinamiche sanzionatorie dell'ANAC pone un rapporto di distinzione tra tali sanzioni e gli altri mezzi di coercizione diretta della pubblica amministrazione al cospetto dell'accertamento degli illeciti. Qui, infatti, non vi è potestà meramente punitiva in quanto (anche) attraverso l'esercizio e la modulazione della potestà sanzionatoria l'ANAC può tutelare pubblici interessi, precisamente mediante un'attività che è (insieme o alternativamente) pedagogica, dissuasiva e correttiva».

Le sanzioni amministrative pecuniarie e i rapporti contrattuali delle pubbliche amministrazioni

Il contributo approfondisce la tematica del potere sanzionatorio della pubblica amministrazione quale espressione non solo di una potestà punitivo-affittiva, ma anche di una funzione di amministrazione attiva finalizzata alla cura di interessi pubblici.

L'analisi verte su quelle sanzioni amministrative pecuniarie che si atteggianno come sanzioni strumentali alla tutela di interessi procedurali della pubblica amministrazione e, in particolare, alla tutela del buon andamento, della trasparenza e della effettività dell'azione amministrativa.

In particolare, si fa riferimento alle sanzioni pecuniarie irrogabili dalla Autorità Nazionale Anticorruzione nel settore dei contratti pubblici nei confronti degli operatori economici che rifiutano od omettono ingiustificatamente l'ostensione dei documenti all'Autorità ovvero che presentano dichiarazioni non veritiere. Attraverso lo studio della casistica, ci si propone di verificare la compatibilità tra la funzione affittivo-punitiva della sanzione amministrativa e il perseguimento dell'interesse pubblico concreto e di tratteggiare i caratteri propri della sanzione amministrativa pecuniaria strumentale al corretto svolgimento del potere, tenendo in considerazione le problematiche derivanti dall'approccio sostanzialistico utilizzato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Pecuniary administrative sanctions and the contractual relationships of public administrations

The paper investigates the topic of the public administration's sanctioning power as an expression not only of a punitive power but also as an instrument by which public interests are pursued. The analysis covers some pecuniary administrative sanctions which act in order to enhance the public administration's procedural interests, such as the principle of good administration, transparency and effectiveness of the administrative action.

Particularly, the paper refers to the pecuniary sanctions that the National Anti-Corruption Authority may impose under public procurement law onto economic operators who unduly refuse or fail to produce documents and information upon request of the Authority or who produce untrue or misleading documents.

Through the analysis of the law, the aim is to check the compatibility between the punitive function of the administrative sanction and the pursuit of the public interest, and to outline the features of the pecuniary administrative sanction instrumental to the correct exercise of public power, taking into account the substantial approach of the European Court of Human Rights in this field.

