

I PRIMI INTERVENTI DELLA GIURISPRUDENZA SULLA RIFORMA DELLA GUIDA IN STATO DI EBBREZZA E PROBLEMI DI DIRITTO TRANSITORIO

I

Cass. pen., 26 ottobre 2010, n. 41564 – Sez. IV – Pres. MARZANO – Rel. BIANCHI

Circolazione stradale - Art. 186, comma 2 lett. a) cod. str. – Guida in stato di ebbrezza con tasso alcolemico inferiore alla soglia di 0,8 g/l – art. 33 legge nr. 120 del 2010 – Depenalizzazione – Trasformazione in illecito amministrativo – Conseguenze – Fatti commessi prima della novella - Proscioglimento – Applicazione della sanzione amministrativa – Esclusione.

La sopravvenuta depenalizzazione, limitatamente all'ipotesi prevista dall'art. 186, comma primo, lett. a), cod. strad., del reato di guida sotto l'influenza dell'alcol - ad opera della legge n. 120 del 2010 (disposizioni in materia di sicurezza stradale) -, rilevata nel giudizio di legittimità, impone l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, ma non la trasmissione degli atti all'autorità amministrativa, in virtù del principio di legalità-irretroattività operante anche per gli illeciti amministrativi, non rinvenendosi nella citata legge previsione in senso contrario che induca a far ritenere una deroga a tale principio.

II

Cass. pen., 14 ottobre 2010, n. 41091 – Sez. IV – Pres. MARZANO – Rel. MONTAGNA

Circolazione stradale - Art. 187 cod. str. – Guida in stato di alterazione per uso di sostanze stupefacenti – art. 33 legge nr. 120 del 2010 – Confisca del veicolo – Trasformazione da sanzione penale a sanzione amministrativa – Conseguenze – Art. 2, comma 4 c.p. - Applicabilità – Art. 321, comma 2 c.p.p. – Sequestro preventivo del veicolo – Applicabilità – Esclusione – Perpetuatio iurisdictionis – Sussistenza.

A seguito della legge nr. 120 del 2010 e, in particolare, del richiamo all'art. 224-ter cod. str., introdotto nell'art. 186, comma 2 lett. c), la confisca del veicolo prevista per il più grave reato di guida in stato di ebbrezza, è stata trasformata da sanzione penale a sanzione amministrativa accessoria, ma deve essere comunque applicata dal giudice, anche ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella, pur in assenza di disciplina transitoria, in applicazione dell'art. 2, comma 4 c.p., perché la successione di leggi non ha comportato alcuna depenalizzazione del reato e la nuova sanzione amministrativa risulta omogenea e di fatto indistinguibile da quella penale, dovendosi pertanto ravvisare continuità tra le due sanzioni accessorie, mentre in relazione alle procedure incidentali pendenti in tema di sequestro preventivo deve ritenersi che il principio della perpetuatio iurisdictionis e le maggiori garanzie offerte dalla procedura penale, consentano alla S.C. adita di esaurire l'iter e quindi pronunziarsi. (massima redazionale).

III

Trib. Pisa, 15 ottobre 2010 – Rel. DEGL'INNOCENTI

Circolazione stradale - Art. 186, comma 2 lett. c) cod. str. – Guida in stato di ebbrezza con tasso alcolemico superiore alla soglia di 1,5 g/l – art. 33 legge nr. 120 del 2010 – Confisca del veicolo – Trasformazione da sanzione penale a sanzione amministrativa — Conseguenze – Competenza del Prefetto - Revoca del Sequestro preventivo del veicolo a norma dell'art. 321, comma 2 c.p.p.

A seguito della legge nr. 120 del 2010 e, in particolare, del richiamo all'art. 224-ter cod. str., introdotto nell'art. 186, comma 2 lett. c), la confisca del veicolo prevista per il più grave reato di guida in stato di ebbrezza, è stata trasformata da sanzione penale accessoria a sanzione amministrativa accessoria, con la conseguenza che può essere disposta solo dal Prefetto, al quale la sentenza di condanna deve essere comunicata, e che deve essere revocato il sequestro preventivo del veicolo, in precedenza disposto a norma

dell'art. 321, comma 2 c.p.p., salva la possibilità per l'autorità amministrativa competente di disporre un sequestro amministrativo, in base alle nuove norme (massima redazionale).

IV

Trib. Brescia, 21 settembre 2010 (ord.) – Sez. riesame – Pres. MOCCIOLA – Rel. VELO

Circolazione stradale - Art. 186, comma 2 lett. c) cod. str. – Guida in stato di ebbrezza con tasso alcolemico superiore alla soglia di 1,5 g/l – art. 33 legge nr. 120 del 2010 – Confisca del veicolo – Trasformazione da sanzione penale a sanzione amministrativa – Esclusione – Conseguenze - Sequestro preventivo del veicolo a norma dell'art. 321, comma 2 c.p.p. – Ammissibilità.

Anche a seguito della legge nr. 210 del 2010 la confisca del veicolo, prevista per il più grave reato di guida in stato di ebbrezza, conserva la natura di sanzione penale e non acquista la diversa natura di sanzione amministrativa, perché deve ancora essere disposta con la sentenza penale di condanna e non dall'autorità amministrativa, mentre il richiamo all'art. 224-ter cod. str., introdotto nell'art. 186, comma 2 lett. c) dalla legge nr. 210 del 2010, deve ritenersi limitato alle sole modalità del sequestro amministrativo, con la conseguenza che nulla viene innovato in ordine ai presupposti del sequestro preventivo penale, disciplinato dall'art. 321 c.p.p., anche tenendo presente che sequestro penale e sequestro amministrativo possono sovrapporsi (massima redazionale).

La riforma del reato di guida in stato di ebbrezza e successione di leggi (penali e non) nel tempo: i primi arresti della giurisprudenza di legittimità e di merito.

SOMMARIO **1.** Premessa: non c'è pace per la guida in stato di ebbrezza. – **2.** La depenalizzazione del meno grave reato di guida in stato di ebbrezza. – **3.** L'aumento del limite edittale minimo dell'arresto e la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per i reati di cui agli artt. 186, comma 2 lett. c), e 187 cod. str. **4.** La nuova disciplina del sequestro e della confisca del veicolo.

1. Premessa: non c'è pace per la guida in stato di ebbrezza.

Con l'ennesimo intervento in tema di sicurezza stradale, il legislatore è nuovamente intervenuto a modificare la disciplina dei reati di guida in stato di ebbrezza (art. 186 cod. str.) e sotto l'effetto di sostanze stupefacenti (art. 187 cod. str.).

L'art. 33 della legge 29 luglio 2010, nr. 120 (*Disposizioni in materia di sicurezza stradale*) ha modificato in modo significativo, con tagli, aggiunte, sostituzioni e rinvii gli artt. 186 e 187 cod. str., pur mantenendo l'impianto di base risultante dalla fondamentale riforma del 2007¹ ed ha aggiunto un ulteriore articolo, l'art. 186-*bis* cod. str., con previsione di un inedito illecito amministrativo in caso di guida con un tasso alcolemico anche inferiore alla soglia di 0,5 g/l, per determinate categorie di conducenti (minori di anni 21, neopatentati, autotrasportatori professionali e conducenti di veicoli con massa complessiva a 3,5 tonnellate, autobus o autoarticolati).

¹ Decreto legge 3 agosto 2007, nr. 117 (*Disposizioni urgenti del codice della strada per incrementare i livelli di sicurezza nella circolazione stradale*) entrato in vigore il 04.08.2007 convertito, con modificazioni, in legge 2 ottobre 2007, nr. 160, entrata in vigore il 4 ottobre 2010. La novella, come è noto, ha in sintesi: suddiviso il reato in tre autonome fattispecie di gravità crescente, in funzione del superamento di tre soglie di tasso alcolemico accertato (0,5; 0,8 e 1,5 g/l), con previsione della sola pena pecuniaria per il primo reato e della pena congiunta per gli altri due, con limiti edittali fortemente aumentati rispetto al passato; introduzione dell'aggravante del sinistro stradale provocato; trasformazione in mero illecito amministrativo del reato di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti strumentali; modifiche del reato di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti di cui all'art. 187 cod. str., in modo corrispondente rispetto all'art. 186 cod. str., quanto all'aggravante dell'incidente stradale provocato e al rifiuto degli accertamenti strumentali, ma con mantenimento di una sua autonomia, quanto ai limiti edittali di pena.

Si tratta del quarto intervento riformatore messo in campo dal legislatore in questa materia negli ultimi quattro anni², quasi fosse indispensabile rincorrere pretese urgenze per scongiurare le stragi che ogni giorno si consumano sulle nostre strade imputabili ad ubriachi e drogati al volante. Naturalmente non è così, perché i gravi rischi connessi al fenomeno della guida in stato di ebbrezza non si cancellano con un tratto di penna e le continue riforme, pur se improntate quasi sempre alla logica della “tolleranza zero” e, pertanto, ad un forte irrigidimento della risposta sanzionatoria, determinano assuefazione anche tra gli automobilisti più attenti e rispettosi, mentre è noto che non è tanto la severità della pena ma la sua certezza a garantire l’efficacia preventiva della minaccia. La certezza della pena in questa materia è a sua volta direttamente condizionata dalla frequenza dei controlli in strada, largamente insufficienti nel nostro Paese a confronto con i Paesi a noi più vicini³.

² Oltre all’intervento del 2007, citato alla nota precedente, cfr. il decreto legge 23 maggio 2008, nr. 92 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*), entrato in vigore il 27.05.2008, convertito con legge 24 luglio 2008, nr. 125, e la legge 15 luglio 2009, nr. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*), entrata in vigore l’08.08.2009.

La novella del 2008 ha previsto: un ulteriore aumento dei limiti edittali della pena detentiva prevista per le due fattispecie più gravi di guida in stato di ebbrezza, previste dall’art. 186, comma 2 *lett. b) e c)* cod. str. (con la conseguenza che viene ulteriormente rimarcata la distanza con l’ipotesi più lieve, punita sempre con la sola pena pecuniaria); la confisca obbligatoria del veicolo per il più grave reato di guida in stato di ebbrezza, salvo solo il caso in cui il veicolo appartenga a terzi estranei al reato; la reintroduzione del reato di rifiuto degli accertamenti strumentali, depenalizzato appena l’anno precedente; la modifica del reato di guida sotto l’effetto di sostanze stupefacenti di cui all’art. 187 cod. str., parificato anche con riferimento ai limiti edittali di pena e alla confisca del veicolo alla più grave guida in stato di ebbrezza. L’intervento legislativo reca importanti modifiche anche al codice penale, tra le quali vanno citate, per affinità della materia, quelle in tema di delitti di omicidio e di lesioni colposi aggravati per essere stati commessi con violazione delle norme sulla circolazione stradale, di cui agli artt. 589 cpv. e 590, comma 3 c.p., con significativi aumenti dei limiti edittali di pena e della previsione dell’aggravante per chi commetta il fatto in stato di ebbrezza ai sensi dell’art. 186, comma 2 *lett. c)* cod. str. e sotto l’effetto di sostanze stupefacenti.

Meno significative ma assai anomale sono le modifiche introdotte nel 2009: l’introduzione dell’aggravante “temporale”, per i casi in cui il fatto sia commesso dopo le ore 22.00 e prima delle ore 07.00 (con aumento della sola pena pecuniaria e sottrazione al normale giudizio di bilanciamento con circostanze di opposto segno); la previsione per i reati di cui all’art. 186, comma 2 *lett. c)* e 187 cod. str che quando il veicolo sia di proprietà di terzi e, pertanto, non possa essere confiscato, la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente è raddoppiata (raggiungendo i limiti edittali da 2 a 4 anni, davvero ragguardevoli).

³ Ancora nel 2001 la Commissione europea raccomandava di istituire un sistema di test dell’aria espirata ai conducenti dei veicoli su base casuale, in modo che ogni conducente abbia un’effettiva possibilità di essere controllato almeno una volta ogni 3 anni. Durante i lavori preparatori della riforma del 2007 sono stati forniti dati sconcertanti al riguardo: in Italia nel periodo 2002-2004 solo il 3% dei patentati è stato controllato con l’etilometro, rispetto al 16% della media europea e al 38% dei Paesi più severi; in termini assoluti ciò significa che i controlli sono stati circa 200 mila all’anno, contro i 7-8 milioni della Francia, i 5 milioni della Germania e i 3-4 milioni della Spagna.

Inoltre, la frequente scarsa qualità tecnica delle novellazioni legislative, il loro continuo succedersi nel corso del tempo, a volte secondo direttrici di politica criminale tra loro contraddittorie, hanno inevitabilmente determinato un'opacità della disciplina legale persino per i giuristi di professione, con buona pace del principio di tassatività e di determinatezza del diritto penale.

La logica emergenziale emerge anche stavolta dal comma 4 dell'art. 33 della legge nr. 120/2010 che, purtroppo, è l'unica norma destinata a disciplinare la novella nel tempo. La norma dispone che le nuove disposizioni di cui agli art. 186, 186-*bis* e 187 cod. str. entrano in vigore il giorno successivo dalla pubblicazione della legge sulla Gazzetta Ufficiale, ossia il 30.07.2010, quasi a voler far intendere che si tratta di disposizioni tanto urgenti da non poter tollerare neppure l'attesa di 15 giorni della normale *vacatio legis*.

Ma, a fronte di un vantaggio del tutto immaginario, sul piano tecnico la norma ci consegna una grave incertezza di una legge che entra in vigore a tappe temporali, con alcune disposizioni il giorno successivo alla pubblicazione ed altre, la maggioranza, dopo l'usuale termine di 15 giorni e pertanto il 13 agosto 2010, senza peraltro definire con precisione il concreto ambito oggettivo delle due categorie. In effetti, quando l'art. 33, comma 4 legge nr. 120/2010 dispone che *“le disposizioni degli articoli 186, 186-bis e 187 del decreto legislativo nr. 285 del 1992, rispettivamente modificate e introdotte dal presente articolo, entrano in vigore il giorno successivo a quello della pubblicazione della presente legge nella Gazzetta Ufficiale”*, resta del tutto misterioso se l'anticipata entrata in vigore vale anche per le numerose norme richiamate dagli artt. 186, 186-*bis* e 187 cod. str.

Solo per fare un esempio relativo ad un tema che, come si vedrà, ha sin da subito affaticato gli interpreti, la disciplina della confisca del veicolo, prevista per il più grave reato di guida in stato di ebbrezza, è stata modificata per lo più col richiamo – contenuto nel nuovo art. 186-*bis*, comma 2 lett. c) cod. str. - all'art. 224-*ter* cod. str., introdotto *ex novo* dall'art. 44 della legge. Ma allora la nuova disciplina della confisca del veicolo è entrata in vigore il 30.07.2010 o il 13.08.2010 ?

La seconda alternativa, preferibile sul piano letterale, appare però difficilmente giustificabile se si considera che la misura della confisca, a prescindere dalla sua qualificazione tecnica, costituisce ormai un elemento qualificante sul piano politico-criminale alla lotta al fenomeno della guida in stato di ebbrezza. Alla luce della

considerazione che precede e alla stregua di una interpretazione maggiormente attenta alle correlazioni sistematiche, capace di cogliere la sostanziale unitarietà funzionale del complessivo apparato sanzionatorio configurato dal legislatore, pur a fronte della eterogeneità delle singole sanzioni previste, appare allora preferibile la prima alternativa, in modo da assicurare che la nuova disciplina della confisca entri in vigore in contemporanea col deciso aumento – da tre a sei mesi – del limite edittale minimo della pena detentiva.

Ma al di là della soluzione al dubbio interpretativo prospettato, in fin dei conti non troppo significativo, ciò che preme sottolineare è che neppure sulla precisa individuazione dell'entrata in vigore della legge vi sono certezze e questo solo perché il legislatore ha al riguardo compiuto una scelta del tutto irragionevole, non sussistendo alcun plausibile motivo di distinguere tra disposizioni più o meno urgenti ed avendo, in ogni caso, tradotto la scelta compiuta in una norma tecnicamente mal formulata, che non tiene nel dovuto conto le numerose correlazioni sistematiche contenute negli articoli del codice della strada considerati come meritevoli di immediata entrata in vigore.

2. La depenalizzazione del meno grave reato di guida in stato di ebbrezza.

La prima novità introdotta dalla novella che occorre prendere in considerazione, solo in apparenza di semplice interpretazione, consiste nella depenalizzazione del reato di guida in stato di ebbrezza meno grave, previsto dall'art. 186, comma 2 lett. a) cod. str., per chi guidi un veicolo con tasso alcolemico accertato entro la soglia di 0,8 g/l ma con superamento della soglia di 0,5 g/l, trasformato in illecito amministrativo e punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, in tutto corrispondente alla precedente ammenda (da € 500,00 ad € 2.000,00), oltre che con la medesima sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente da 3 a 6 mesi.

Si tratta, a ben vedere, di una scelta quasi obbligata, una volta confermata l'esclusione della pena detentiva per quest'ipotesi e ritenuto che invece le ipotesi più gravi meritassero la previsione di una pena, anche detentiva, sempre più severa. Invero, non aveva molto senso mantenere reati tanto simili sul piano strutturale e dell'offensività, con previsione di pene tanto diverse. Una volta rinunciato del tutto alla pena detentiva per l'ipotesi più lieve, tanto valeva trasformarla in illecito amministrativo, a maggior ragione considerando che già

molti procedimenti penali si concludevano con l'oblazione (cfr. art. 162 c.p.), ossia col pagamento di una somma di denaro in via amministrativa.

In tal modo il legislatore ha riportato la soglia di rilevanza penale al tasso alcolemico di 0,8 g/l, come era prima del 2002⁴, mentre la soglia di 0,5 g/l segna il confine tra fatto pienamente lecito e fatto illecito solo sul piano amministrativo, salvo che per le categorie di conducenti indicate nel nuovo art. 186-*bis* cod. str., per le quali quest'ultima soglia di rilevanza è pari a zero. Insomma il legislatore ha configurato un sistema che dal fatto totalmente lecito passa attraverso il fatto illecito solo sul piano amministrativo per poi arrivare al fatto penalmente rilevante, non privo di una sua logica se l'offensività della condotta fosse totalmente o prevalentemente riconducibile al valore del tasso alcolemico accertato.

Senonché è proprio la premessa indicata che appare discutibile, perché l'esperienza dimostra come gli incidenti più gravi, soprattutto se commessi da giovani, sono spesso correlati a tassi alcolemici non particolarmente elevati, anche inferiori alla soglia di 0,8 g/l, ossia a stati di ebbrezza che compromettono in misura ridotta i riflessi del conducente ma abbassano fortemente i freni inibitori con ciò inducendo, specie in ben determinati contesti (ad es. all'uscita da feste o discoteche), ad abbandonare le minime regole di prudenza. Viceversa, quando lo stato di ebbrezza è grave e sconfinava verso la vera e propria ubriachezza, è proprio la ridotta capacità di reazione ed il grave stato di sonnolenza ad indurre spesso il conducente ad assumere condotte di guida più prudenti, almeno sul piano della velocità⁵.

⁴ La soglia di rilevanza penale è stata abbassata a 0,5 g/l dall'art. 3 d.l. nr. 121/2002, convertito con legge nr. 18/2002, solo parzialmente aderendo alla Raccomandazione della Commissione europea 17.06.2001 che invitava gli Stati membri ad imporre un tasso massimo di alcolemia pari o inferiore a 0,5 g/l per tutti i conducenti di veicoli a motore e di 0,2 g/l per particolari categorie di conducenti. La nuova disciplina non può ritenersi in violazione alla suddetta Raccomandazione, che anzi è stata adempiuta in modo più completo, perché gli Stati membri rimangono liberi di collegare alla soglia di illiceità prescelta meri illeciti amministrativi ovvero reati, mentre per le particolari categorie di conducenti indicate nell'art. 186-*bis* cod. str. (che sono più ampie di quelle per le quali la Raccomandazione consigliava la soglia di 0,2g/l) la soglia di rilevanza è pari addirittura a zero.

⁵ Sono proprio le considerazioni che precedono che consigliano ad assegnare un ruolo prevalente nella determinazione concreta della pena entro i limiti edittali, in applicazione dei criteri di cui all'art. 133 c.p., alla condotta di guida in concreto tenuta prima del controllo delle forze dell'ordine (condotta regolare o, per converso, velocità eccessiva, andatura a zig-zag, mancata tenuta della mano destra e così via) e solo sussidiario al tasso alcolemico in concreto accertato.

Ad ogni modo, per effetto dell'indicata depenalizzazione, mentre è certo che la nuova disciplina, con le relative sanzioni amministrative, si applicherà a tutte le condotte commesse a partire dal 30 luglio 2010, resta incerta la disciplina applicabile ai fatti pregressi, ossia ai fatti commessi sino a tutto il 29.07.2010.

Nessun dubbio che la vecchia disciplina di stampo "penalistico" non possa trovare applicazione, ai sensi dell'art. 2, comma 2 c.p., ed anzi i giudicati di condanna già intervenuti potranno essere revocati, a norma dell'art. 673 c.p.p., trattandosi certamente di un'ipotesi di *abolitio criminis*.

Ma il dubbio interpretativo attiene al fatto se sia possibile irrogare ai fatti pregressi e pertanto in via retroattiva, la nuova sanzione amministrativa.

Al riguardo va ricordato che proprio con riferimento ad un caso di depenalizzazione di un reato "stradale", le Sezioni Unite penali, con una sentenza del 1994⁶, hanno affermato che, in assenza di una disciplina transitoria analoga a quella dettata dagli artt. 40 e 41 legge nr. 689/1981, i fatti pregressi alla depenalizzazione vanno esenti da qualsiasi sanzione, non quella penale perché abrogata, non quella amministrativa per il principio di legalità ed il divieto di applicazione retroattiva di cui all'art. 1 legge appena citata, che costituisce norma fondamentale per la disciplina degli illeciti amministrativi.

In quella occasione le Sezioni Unite, sulla scia della prevalente dottrina e sulla premessa della piena autonomia normativa dei due tipi di illecito (penale ed amministrativo)⁷, affermavano, da un lato, che il principio di applicazione retroattiva della disciplina più favorevole, posto dall'art. 2, comma 3 (ora 4) c.p. postula che il fatto sia previsto dalla legge come reato sia per la vecchia che per la nuova disciplina e, dall'altro, l'inammissibilità dell'estensione analogica di categorie generali del diritto penale

⁶ Sez. Un. pen., 16 marzo 1994, nr. 7394, rv. 197698, in *Cass. pen.* 1994, 11, 2659 e 1995, 7, 1806, con nota contraria di ALBANO, *Nuovo codice della strada, depenalizzazione e diritto transitorio*,

⁷ Ciò non toglie che la disciplina delineata nella Sez. I del Cap. I della legge nr. 689/1981, dedicata ai "Principi generali" appare nettamente orientata sul modello del diritto penale, in particolare con riferimento al principio di legalità (art. 1), di colpevolezza (art. 3), alla disciplina del concorso di persone (art. 5), del concorso tra norme penali e norme sanzionatorie amministrative (art. 9) ed ai criteri di determinazione della sanzione (art. 11). Ciò induce a ritenere che la legge nr. 689/1981 abbia delineato "un sistema di sanzioni punitive, omogenee nei fini rispetto alle sanzioni criminali", ossia di prevenzione generale e speciale, "in vista cioè della tutela preventiva di interessi generali ovvero – nel linguaggio del penalista – di beni giuridici". Così DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in MARINUCCI – DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 375 ss.

all'illecito amministrativo, con specifico riferimento al principio appena sopra indicato, che pertanto non trova applicazione non solo con riferimento alla successione tra sanzioni penali ed amministrative (depenalizzazione), ma anche tra diverse sanzioni tutte amministrative⁸.

Conferma a questa conclusione viene tratta anche dai lavori preparatori della legge nr. 689 del 1981, perché nella prima stesura dell'art. 1, che pone il principio di legalità ed apre la Sezione I della legge intitolata "*Principi generali*", era stata inserita la deroga al principio di retroattività che si decise però poi di trasferire nell'art. 40, inserito nella sezione IV intitolata "*Disposizioni transitorie e finali*", a dimostrazione che lo stesso legislatore ha voluto sottolinearne il carattere non generale, ma eccezionale e transitorio. Sulla base di questa precisa scelta le Sezioni Unite hanno buon gioco nell'affermare che, mentre nel caso in cui la deroga al principio di irretroattività fosse rimasta inserita nell'art. 1, si sarebbe potuto concludere per una sua portata generale e, pertanto, per la sua applicazione a tutte le leggi di depenalizzazione successive, salvo espressa deroga, la soluzione alla fine accolta esclude questa possibilità, con la conseguenza che ogni successiva legge di depenalizzazione necessita di specifica norma transitoria, onde consentire l'applicazione

⁸ Analogamente PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 173 ss. Queste conclusioni riposano, anzitutto, sulla negazione che il principio di legalità (ed il suo corollario dell'irretroattività) delle sanzioni amministrative possa trovare copertura costituzionale nell'art. 25, comma 2 Cost., per ragioni di carattere storico, sistematico (si sottolinea, in particolare l'importanza, per la materia penale, del collegamento tra artt. 13 e 25 Cost.) e di politica del diritto (*op. cit.*, 135 ss), dovendosi piuttosto ricercare nell'art. 23 Cost., che però ha contenuti diversi (si pensi solo alla natura relativa della riserva di legge). Riposano, inoltre, sulla negazione che il principio dell'applicazione della disciplina penale più favorevole, possa ritenersi imposto sul piano costituzionale ancora dall'art. 25, comma 2 Cost. Da ciò deriva che "*la sovrapponibilità delle formule utilizzate rispettivamente nell'art. 25, comma 2 Cost. e nell'art. 1 legge nr. 689 del 1981 porta ad escludere dunque che nella sfera degli illeciti amministrativi trovi spazio un principio di retroattività della legge più favorevole*" (*op. cit.*, 176), inciso questo testualmente riportato nella motivazione delle Sezioni Unite. I medesimi autori proseguono negando, con specifico riferimento a quest'ultimo principio, il presupposto giuridico di un'applicazione analogica alle sanzioni amministrative, per l'assenza di una lacuna legislativa, per le ragioni riprodotte di seguito nel testo. Poco prima non avevano mancato di negare la sussistenza dell'ulteriore presupposto dell'analogia, ossia la *eadem ratio*, osservando che mentre il principio di irretroattività risponde ad una esigenza di certezza, l'applicazione retroattiva della legge più favorevole risponde ad una *ratio* di garanzia "*per il cittadino di ricevere il trattamento più favorevole nella sfera per definizione più restrittiva delle libertà fondamentali (principio del favor libertatis)*", normalmente non pregiudicata dalle sanzioni amministrative. Va infine ricordato come queste tesi siano state successivamente accolte dalla Corte Costituzionale che ha riconosciuto la legittimità del trattamento differenziato del canone di retroattività nella materia penale e punitiva amministrativa negando, in particolare, che in quest'ultima sia applicabile il principio della applicazione della disciplina più favorevole (cfr. Corte cost., ord. 17 luglio 1995, nr. 330 e, più di recente, ord. 24 aprile 2002, nr. 140, ord. 28 novembre 2002 nr. 501).

delle nuove sanzioni amministrative anche ai fatti pregressi depenalizzati ed in mancanza l'esito che si impone è nel senso che a quei fatti non può applicarsi alcuna sanzione⁹.

Si osserva infine che si tratta di disposizione non certo favorevole all'incolpato, perché in sua assenza la contemporanea applicazione della regola propria dell'*abolitio criminis*, di cui all'art. 2, comma 2 c.p., e di irretroattività della sanzione amministrativa avrebbe comportato l'esclusione di qualsiasi sanzione all'illecito depenalizzato¹⁰. Si tratta pertanto di norma con tipica funzione "punitiva" di fatti che, altrimenti, andrebbero esenti da qualsiasi sanzione, con la conseguenza che la sua estensione analogica, a fatti in essa non espressamente previsti, si risolverebbe inevitabilmente in una vietata analogia in *malam partem*¹¹.

Conferma viene del resto dallo stesso comportamento successivo del legislatore che nelle varie leggi di depenalizzazione intervenute nel corso del tempo ha quasi sempre provveduto ad inserire specifiche discipline transitorie, invero per lo più inutili se davvero gli artt. 40 e 41 legge nr. 689 del 1981 dettassero davvero una disciplina generale¹².

La successiva giurisprudenza della Cassazione penale si è uniformata, in assoluta prevalenza, all'insegnamento delle Sezioni Unite¹³.

⁹ La medesima conclusione appare del resto imposta dallo stesso tenore letterale dell'art. 40 legge nr. 689 del 1981, laddove fa riferimento "*alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate*".

¹⁰ Analogamente DOLCINI, *Commentario delle modifiche al sistema penale (legge 24 novembre 1981, nr. 689)*, 1982, sub art. 1, pg. 18, il quale sottolinea come dal dibattito parlamentare emerga la motivazione dello spostamento della norma dall'art. 1 all'art. 40, anche col rilievo che la deroga al principio di irretroattività consente in astratto di attribuire efficacia retroattiva ad una sanzione amministrativa non necessariamente più favorevole a quella penale abrogata.

¹¹ Può tornare utile notare che il corollario del principio di legalità, costituito dal divieto di analogia in *malam partem*, che per il diritto penale è tratto in via interpretativa dall'art. 25, comma 2 Cost., per l'illecito amministrativo è posto espressamente dall'art. 1, comma 2 legge nr. 689 del 1981, secondo il quale "*le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati*".

¹² Per richiamare solo i casi più importanti, cfr. l'art. 4 legge nr. 561 del 1993 e gli artt. 100 ss. d.lg. nr. 507 del 1999.

¹³ Cfr. Cass. pen. 20 novembre 1995, nr. 3425, CED 204327, in riferimento alla depenalizzazione dell'inosservanza dell'ordine di presentarsi ad un organo di polizia per l'esibizione di documenti attinenti alla circolazione dei veicoli, conseguente all'entrata in vigore del nuovo codice della strada; Cass. pen., 16 dicembre 1997, nr. 2640, CED 209905, in riferimento alle depenalizzazioni conseguenti all'entrata in vigore della legge nr. 172 del 1995 in tema di inquinamento delle acque; Cass. pen., 3 maggio 1996, nr. 5617, CED 205786, *Cass. pen.*, 1998, 813, con nota di GARGIULO, *Sulla successione di leggi sanzionatorie in caso di depenalizzazione*; Cass. pen., 5 marzo 2004, nr. 21064, CED 229236 in tema di depenalizzazione di reati societari.

I primi autorevoli commenti della novella, provenienti dall'Ufficio del massimario della Cassazione, che spesso condiziona in modo decisivo la futura giurisprudenza della Suprema Corte, hanno affermato che, pertanto, il giudice penale, nel disporre l'archiviazione o nel pronunciare la sentenza di proscioglimento per intervenuta *abolitio criminis*, non dovrà disporre l'invio degli atti all'autorità amministrativa competente per l'irrogazione delle sanzioni amministrative previste dalla nuova legge¹⁴.

E' proprio a questo orientamento garantista, attento all'osservanza, anche dal punto di vista formale, dei principi fondamentali, che si è giustamente uniformata la prima sentenza della Cassazione in commento¹⁵.

Senonché, a dispetto dell'autorità del precedente richiamato, non può proprio dirsi che si tratti di una soluzione pacifica, considerando almeno il c.d. diritto vivente.

Infatti, sia pure in un passaggio meramente incidentale, le stesse Sezioni Unite penali, in una sentenza del 2004¹⁶, hanno affermato l'opposto principio della generale applicazione, salvo espressa deroga, della disciplina transitoria di cui agli artt. 40 e 41 legge nr. 689 del 1981, che comporta l'applicazione della sanzione amministrativa in via retroattiva.

Ma ciò che più conta è che decisamente propensa al superamento dell'interpretazione delle Sezioni Unite penali del 1994 appare orientata la prevalente giurisprudenza della Cassazione civile, che è l'autorità giurisdizionale competente in merito agli illeciti amministrativi, ancora sulla base della pretesa portata generale della disciplina transitoria dettata dalla legge fondamentale di depenalizzazione ovvero della pretesa possibilità di applicazione anche all'illecito amministrativo del principio di applicazione retroattiva della

¹⁴ Cfr., Relazione III/8/10 del 3 agosto 2010 dell'ufficio del Massimario della Cassazione, in www.cortedicassazione.it, sezione novità; analogamente BRICHETTI – PISTORELLI, *Massima severità per chi rifiuta il test spirometrico*, in *Guida dir.*, inserto 4 - 35 del 4 settembre 2010, 19 ss.

¹⁵ Per un primo commento favorevole cfr. ROMEO, *Nessun obbligo di trasmissione degli atti all'Autorità amministrativa per i fatti depenalizzati di guida in stato di ebbrezza*, in www.penalecontemporaneo.it. Cfr. anche Cass. pen., 28 settembre 2010, nr. 38692, CED 248407.

¹⁶ Sez. Un pen., 27 ottobre 2004, nr. 1327, CED 22965. Come si è anticipato nel testo, nell'economia della decisione l'affermazione non costituisce altro che passaggio incidentale e, pertanto, deve essere qualificata come semplice *obiter dictum*, ma ciò nondimeno è stata trasfusa in una massima dall'Ufficio del Massimario (stigmatizza al riguardo l'eccesso di zelo, ROMEO, *op cit.*). Non può comunque ritenersi propriamente un precedente contrario. Costituisce, invece, un precedente contrario Cass. pen., 25 gennaio 2006, nr. 7180, CED 233577, che però è rimasto del tutto isolato.

disciplina più favorevole dettato dall'art 2 c.p. per la materia penale, elevato pertanto a principio proprio di tutto il diritto punitivo¹⁷.

L'orientamento risponde all'esigenza "sostanziale" di impedire vuoti di tutela, con svuotamento dell'efficacia preventiva del precetto ed indiscriminati trattamenti di favore che molto spesso il legislatore non si è neppure rappresentato e non ha certamente voluto. In effetti si può convenire che l'esclusione di una qualsiasi sanzione per le condotte meno gravi di guida in stato di ebbrezza, commesse prima del 30 luglio 2010, per effetto della mancanza di una disciplina transitoria, possa apparire un effetto del tutto indesiderabile, a maggior ragione se si riflette sulla quasi assoluta identità, sotto il profilo del concreto contenuto punitivo, delle diverse sanzioni poste in successione nel tempo. Non si può cioè negare che la "vecchia" pena dell'ammenda ha quasi lo stesso contenuto della "nuova" sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro oggi prevista, tra l'altro coi medesimi limiti edittali di pena¹⁸, a maggior ragione se si riflette che il reato poteva essere estinto, su semplice richiesta di parte, mediante il pagamento dell'oblazione (cfr. art. 162 c.p.), che davvero non si differenzia in nulla rispetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro.

Si aggiunga che l'illecito comporta, ora come in passato, anche la sospensione della patente, la cui qualificazione di sanzione amministrativa accessoria è rimasta immutata, così come il periodo previsto, con la sola differenza che ora accede ad un illecito non più penale ma amministrativo, sia pure integrato sulla base dei medesimi elementi costitutivi. Si potrebbe allora tacciare l'interpretazione offerta dalla sentenza della Cassazione in commento di vuoto formalismo, perché l'esclusione di qualsiasi sanzione ai fatti pregressi è, nella sostanza, fondata sulla sola diversa "etichetta" attribuita all'illecito dal legislatore, mentre, almeno con riferimento alla sospensione della patente, neppure si potrebbe opporre

¹⁷ Cass. civ., 19 aprile 1995, nr. 4409, CED 491896; Cass. civ., 3 febbraio 1996, nr. 929, CED 495713; Cass. civ., 21 maggio 1996, nr. 3680, CED 497723; Cass. civ., 6 agosto 1997, nr. 7238, CED 506464; Cass. civ., 2 febbraio 1999, nr. 865, CED 522845; Cass. civ., 7 marzo 2005, nr. 4924, CED579680; Cass. civ., 18 gennaio 2007, nr.1078, CED 594379; *Contra* unicamente Cass. civ., 23 novembre 1992, nr.12491, CED 479658.

¹⁸ L'unica differenza attiene al caso di mancato pagamento, perché solo il mancato pagamento dell'ammenda e non anche della sanzione amministrativa può implicare, sia pure in via solo eventuale, limitate restrizioni alla libertà personale, mediante la conversione in libertà controllata, a norma dell'art. 102 della legge nr. 689/1981 (ma la violazione delle relative prescrizioni determina la conversione in pena detentiva, a norma dell'art. 108).

l'argomento qualificante dell'irretroattività, trattandosi di una sanzione amministrativa già prevista in precedenza.

Sulla base di questi argomenti potrebbe risultare attraente la prospettiva di applicare in via retroattiva la nuova disciplina di stampo amministrativo, quale disciplina più favorevole rispetto alla previgente disciplina penalistica¹⁹.

Questa soluzione "sostanzialistica" potrebbe inoltre essere in qualche misura avvalorata anche dal significato allargato che al termine "pena" occorre attribuire alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il quale, com'è noto, è ormai quasi ormai del tutto indipendente dalle qualificazioni formali proprie dei singoli ordinamenti nazionali. Insomma, ai fini dell'art. 7 CEDU e, dunque, ai fini delle garanzie fondamentali, sia la pena pecuniaria dell'ammenda sia la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro devono ritenersi "pena" a tutti gli effetti²⁰. Se è così, se cioè ai fini delle garanzie fondamentali e, in particolare del principio di irretroattività, non è possibile tracciare una netta distinzione tra sanzioni penali in senso stretto e sanzioni amministrative, non sembrerebbe poi così peregrino applicare la disciplina della successione di leggi nel tempo prevista dall'art. 2, comma 4 c.p., che garantisce l'applicazione delle disposizioni più favorevoli, non solo al caso di successione tra pene in senso stretto ma anche al caso di successione tra pene in senso stretto e sanzioni amministrative, dall'identico contenuto sanzionatorio.

¹⁹ Riguardo alla sospensione della patente, non sembra prospettabile una soluzione intermedia, che consenta cioè l'applicazione della sola sospensione della patente, in quanto già prevista nella precedente disciplina. Infatti, se è vero che una simile soluzione non sembra preclusa dal principio di irretroattività delle sanzioni amministrative, è pur vero che la sospensione della patente è espressamente qualificata dalla legge come "sanzione amministrativa accessoria" e deve pertanto escludersi possa vivere di vita propria, in assenza della sanzione principale alla quale accede.

²⁰ Poiché ormai è certo che alle norme della Convenzione va riconosciuto il rango di norme "paracostituzionali" o interposte, attraverso il collegamento al nuovo testo dell'art. 117 Cost. (cfr. le fondamentali sentenze della Corte Costituzionale nr. 348 e 349 del 2007), deve essere rivisto il tradizionale orientamento secondo il quale il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative si colloca sul piano della sola legge ordinaria. Ciò, tuttavia, non comporta logicamente né l'automatica riconducibilità del principio di irretroattività delle sanzioni amministrative all'art. 25, comma 2 Cost. né l'estensione di tutti i principi posti dall'art. 2 c.p. agli illeciti amministrativi, perché l'art. 7 CEDU non ha un contenuto precettivo corrispondente (in particolare non pone il principio di applicazione della disciplina più favorevole in successione nel tempo). Piuttosto si deve affermare che le deroghe al principio di irretroattività delle sanzioni amministrative, non solo devono trovare una ragionevole giustificazione, ma non possono soprattutto comportare una sanzione più grave, in riferimento al concreto contenuto afflittivo, di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui l'illecito è stato commesso, perché ciò violerebbe l'art. 7 della CEDU e, per suo tramite, l'art. 117 Cost.

A ben vedere, però, si tratta di una strada impraticabile, per le ragioni già espresse dalle Sezioni Unite penali del 1994 e dalla dottrina penalistica prevalente.

Non può, infatti, sfuggire che il principio dell'applicazione anche retroattiva della disciplina più favorevole nella materia penale si articola in due distinte regole, che trovano applicazione in via alternativa e che logicamente si presuppongono a vicenda, espresse dai commi 2 e 4 dell'art. 2 c.p. In base alla prima, *“nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato (...)”*; in base alla seconda *“se la legge nel tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quelle le cui disposizioni sono più favorevoli al reo (...)”*. Ma il punto è che la seconda presuppone logicamente che non sia applicabile la prima, ossia che non sia intervenuta un'*abolitio criminis*, la quale preclude in via assoluta l'applicazione della sanzione penale abrogata e, inoltre, presuppone una valutazione non in via astratta ma in concreto, ossia con riferimento al singolo caso da decidere, di quale delle discipline penali in successione nel tempo sia la più favorevole e, in quanto tale, da applicare²¹. Presuppone cioè una valutazione del Giudice per sua natura dall'esito non predeterminato e che ben potrebbe condurre all'applicazione della disciplina previgente.

Nel caso in esame la prima regola, non essendo derogata da alcuna norma di legge, deve necessariamente trovare applicazione e pertanto la previgente disciplina di stampo penalistico deve essere in ogni caso esclusa, per effetto dell'intervenuta *abolitio criminis*. E' chiaro allora che la sanzione amministrativa viene solo contrabbandata come disciplina più favorevole sul piano delle declamazioni di principio, quando in realtà non lo è, perché l'alternativa non è affatto l'applicazione della disciplina penale previgente, in ogni caso preclusa dall'art 2, comma 2 c.p., bensì l'esclusione di qualsiasi sanzione. D'altra parte il preteso maggiore favore predicabile riguardo alla nuova disciplina amministrativa non viene mai vagliato in concreto, come invece l'art. 2, comma 4 c.p. imporrebbe, ma viene dato per scontato. In buona sostanza l'interpretazione qui criticata finisce con l'applicare non l'art. 2, comma 4 c.p., neppure in via analogica, bensì una norma del tutto inedita, che

²¹ Cfr. Sez. Un. Pen., 26 marzo 2003, nr. 25887, in *Cass. pen.*, 2003, 11, 3310 con nota di PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni Unite*, secondo la quale *“l'art. 2 c.p. (...) pone nei commi che lo costituiscono, una sequenza di regole tra loro collegate in modo che si chiariscono a vicenda: perché operi la regola del terzo comma”* (ora quarto n.d.r.) *“deve essere esclusa l'applicabilità del primo e del secondo comma”*.

ammette l'applicazione della sola nuova sanzione amministrativa, ritenuta per definizione, ossia senza alcun vaglio concreto, come disciplina più favorevole, quando in realtà potrebbe essere assai più sfavorevole rispetto alla disciplina penale²². In sostanza finisce con l'applicare una norma transitoria modulata sull'art. 40 legge nr. 689/1981, che certo potrebbe ritenersi del tutto giustificata dai rilievi appena sopra indicati in ordine alla piena omogeneità delle sanzioni in successione nel tempo²³. Ma il punto è, però, che quando questa norma non è prevista espressamente dalla legge che procede alla singola depenalizzazione, la sua applicazione in via retroattiva si risolve inevitabilmente in una violazione del principio di legalità.

²² Occorre chiedersi come si debba ragionare nel caso in cui il legislatore non si fosse limitato a depenalizzare il meno grave reato in stato di ebbrezza, ma avesse nel contempo previsto una sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro maggiore rispetto all'ammenda in precedenza prevista o una più severa sanzione accessoria della sospensione della patente ovvero ancora addirittura la revoca della patente. A qualunque soluzione si ritenga di aderire, verrebbe sconfessata l'affermata applicabilità anche ai casi di depenalizzazione dell'art. 2, comma 4 c.p. Infatti, se si ritenesse di applicare la nuova disciplina, si verrebbe a punire il comportamento illecito con sanzioni maggiori rispetto a quelle previste al momento del fatto, tradendo la *ratio* di fondo della norma appena richiamata. Se, invece, più condivisibilmente, si escludesse qualsiasi sanzione, dal momento che l'alternativa è preclusa all'art. 2, comma 2 c.p., non derogato da alcuna norma di legge, comunque si sconfesserebbe l'applicabilità dell'art. 2, comma 4 c.p. al caso in esame, perché la norma impone sempre l'applicazione di una sanzione, una volta riscontrata la successione di leggi nel tempo.

²³ Insomma nulla impedirebbe al legislatore sia di disporre una disciplina generale relativa alla successione tra sanzioni penali ed amministrative, eventualmente con le opportune deroghe all'art. 2, comma 2 c.p., applicabile in tutti i casi di depenalizzazione, sia di disporre una normativa transitoria, assimilabile a quella di cui all'art. 40 legge nr. 689/1981, del pari applicabile in via generale a tutte le depenalizzazioni successivamente intervenute, salvo espressa deroga. Ciò che però è richiesto in via inderogabile per aderire a queste soluzioni è appunto la presenza di una norma generale di tal fatta che, allo stato attuale, non c'è. Il discorso appena svolto nel testo non appare pertanto contraddetto da quella autorevole dottrina, per la quale l'art. 40 legge nr. 689/1981 configura in sostanza *“una forma di successione impropria il cui retroterra logico è rappresentato (...) dalla perpetuazione di rilevanza dell'illecito anche se esso non costituisce più reato. E tale perpetuazione non discende da una (inammissibile) qualificazione retroattiva in base alla legge amministrativa posteriore, bensì dalla stessa disposizione penale originaria, il cui trattamento repressivo viene adeguato a quello della corrispondente violazione amministrativa”*. Così PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1383, il quale a conferma di questa impostazione cita la disciplina derogatoria all'art. 2, comma 2 c.p. per regolare gli effetti delle sentenze definitive di condanna (cfr. art. 41, commi 2 e 3 legge nr. 689/1981). Infatti, il discorso che precede è appunto svolto per giustificare l'applicazione di una disciplina sanzionatoria non ancora in vigore al momento in cui l'illecito è stato compiuto, in forza di una espressa norma di legge e non per patrocinare un simile esito anche in sua mancanza, che anzi viene poco prima espressamente escluso, con l'osservazione secondo la quale la continuità sostanziale dell'illecito *“non avrebbe peraltro potuto esprimersi attraverso il regime comune”*, sia per l'obbligatoria applicazione dell'art. 2, comma 2 sia perché l'art. 2, comma 3 (ora 4) *“si riferisce soltanto alla successione di leggi penali, e non anche al passaggio dell'illecito da una legge penale ad una civile o amministrativa”* (1381-1382).

Insomma la disciplina delineata dall'art. 2 c.p. configura un sistema rivolto alle sole sanzioni penali, chiuso verso l'esterno e, come tale, insuscettibile ad applicazioni a sanzioni di diversa natura, se non al prezzo di un suo sostanziale stravolgimento e di una radicale mutazione genetica²⁴.

Infine, l'argomento tratto dalla nozione allargata di "pena" desumibile dall'art. 7 della CEDU appare decisamente mal speso, perché quella nozione è specificamente rivolta ad estendere le garanzie e le libertà fondamentali a casi che ne sarebbero altrimenti esclusi e non può, pertanto, essere utilizzata al fine contrario di estendere la punibilità.

Si deve in conclusione ritenere che la soluzione accolta dalle Sezioni Unite del 1994, sopra richiamata e opportunamente ribadita dalla prima sentenza della Cassazione in commento, conserva la sua piena validità in tutti i casi in cui nella legge della singola depenalizzazione non sia presente una norma transitoria che consenta l'applicazione delle nuove sanzioni amministrative anche ai fatti pregressi, quando la legge li qualificava come reato, come del resto confermato anche dalla dottrina che più di recente si è occupata in via generale del tema della successione di leggi penali nel tempo²⁵.

3. L'aumento del limite edittale minimo dell'arresto e la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per i reati di cui agli artt. 186, comma 2 lett. c) e 187 cod. str.

La disciplina sanzionatoria delle contravvenzioni di guida in stato di grave ebbrezza e sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, previste dagli artt. 186, comma 2 *lett. c)* e 187 cod. str., è stata modificata mediante un deciso aumento della pena dell'arresto nel limite edittale minimo, che come è noto è quello che condiziona in modo più stringente le concrete pene

²⁴ D'altra parte va pure sottolineato che l'aspetto formale delle sanzioni previste non può ritenersi in alcun modo secondario o anche solo accessorio rispetto al concreto contenuto afflittivo, non fosse altro per il fatto che è la qualificazione formale della sanzione a determinare la natura stessa dell'illecito e l'individuazione della giurisdizione competente.

²⁵ GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 143 ss., il quale giustamente osserva come i fenomeni dell'*abolitio criminis* e della depenalizzazione "*coincidono sotto il profilo logico-formale: si tratta pur sempre dell'abrogazione di una norma incriminatrice*", che preclude alla radice l'applicazione di una sanzione penale, con la conseguenza che "*l'illecito amministrativo inserito ex novo non può essere una legge modificativa: qui si è verificata una vera e propria frattura ontologica, categoriale e quindi una abolitio criminis ex art. 2, comma 2 c.p.p., che impedisce qualunque rapporto di continuità tra l'illecito penale e l'illecito amministrativo*". Così anche CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, Padova, 2003, 188 ss.

irrogate, portato da 3 a 6 mesi²⁶. Se la novella si fosse arrestata a questo punto non presenterebbe alcun problema di diritto transitorio, essendo chiara l'impossibilità di applicazione retroattiva, trattandosi di disciplina più sfavorevole rispetto a quella precedente.

Senonché, tratto qualificante della riforma è la previsione, compiuta mediante l'inserimento del comma 9-*bis* nell'art. 186 cod. str. e del comma 8-*bis* nell'art. 187 cod. str., della possibilità di sostituire le pene classiche, dell'arresto e dell'ammenda, con la pena del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 54 l.gs nr. 274 del 2000, in materia di competenza penale del giudice di pace, sul duplice presupposto che non ricorra l'aggravante di cui al comma 2-*bis* (incidente stradale provocato)²⁷ e che il condannato non ne abbia già usufruito.

Al riguardo va anzitutto detto che non si tratta di un'assoluta novità perché, in primo luogo, una previsione simile era prevista dal decreto legge nr. 117/2007, anche se poi era stata eliminata in sede di conversione e, in secondo luogo, analoga pena sostitutiva è già prevista per i reati in tema di sostanze stupefacenti, in caso di integrazione della circostanza attenuante del fatto di lieve entità e di commissione da parte di soggetti tossicodipendenti o assuntori di stupefacenti, a norma dell'art. 73, comma 5-*bis* d.P.R. nr. 309/1990 (introdotto dal d.l. nr. 272/2005)²⁸.

²⁶ Questo comporterà un deciso aumento delle pene pecuniarie disposte con decreto penale di condanna, che costituisce il procedimento di definizione per elezione in questa materia, con la conseguenza che il giudice verrà indotto naturalmente ad un più generoso ricorso alla sospensione condizionale della pena, per contenere il numero di opposizioni, con ciò però rischiando di vanificare la *ratio* dell'aggravamento della pena.

²⁷ La formula utilizzata non lascia dubbi sul fatto che la sostituzione è preclusa anche fossero concesse attenuanti equivalenti o prevalenti, essendo a tal fine sufficiente l'integrazione pura e semplice dell'aggravante non anche il conseguente effetto aggravante della pena.

²⁸ E' interessante notare come ormai il lavoro di pubblica utilità sia variamente configurato nel sistema di diritto penale, potendosi ravvisare ben quattro diverse qualificazioni: 1) esiste anzitutto la pena principale irrogata, sempre in alternativa alle altre pene e "su richiesta" dell'imputato, dal giudice di pace nell'ambito della giurisdizione onoraria, a norma degli artt. 54 ss. d.lgs nr. 274/2000 che, salvo espresse deroghe, costituisce la disciplina di riferimento anche per le ulteriori ipotesi; 2) esiste, in secondo luogo, il lavoro di pubblica utilità quale condotta riparatoria cui può essere subordinata la sospensione condizionale della pena, a norma dell'art. 165, comma 1 c.p., che può essere disposto solo in caso di non opposizione dell'imputato; 3) esiste quindi il lavoro di pubblica utilità quale sanzione amministrativa accessoria che il giudice può applicare, in aggiunta alle pene classiche, in caso di condanna per un delitto colposo commesso con violazione delle norme del codice della strada, a norma dell'art. 224-*bis* cod. str. (introdotto dall'art. 6 legge nr. 102/2006); 4) esiste infine il lavoro di pubblica utilità come pena sostitutiva che viene qui in considerazione. La qualificazione del lavoro di p.u. in termini di pena sostitutiva implica che si inserisce nel contenuto dell'accordo del rito patteggiato, atteso il generico riferimento alla "sanzione sostitutiva", contenuto nell'art. 444, comma 1 c.p.p., suscettibile come tale di essere integrato a seguito delle diverse sanzioni sostitutive

Quanto alla concreta disciplina, la legge rinvia alla normativa dettata in materia di competenza penale del giudice di pace. Ma il rinvio non è integrale, sussistendo sia espresse deroghe sia incompatibilità implicite che è bene individuare con precisione.

Anzitutto, la sostituzione non è subordinata al consenso e alla richiesta del condannato, ma la sua opposizione è configurata quale condizione ostativa, secondo un meccanismo già utilizzato nell'art. 165 c.p. In caso di silenzio dell'imputato la sostituzione è pertanto astrattamente possibile, anche se appare difficile che il giudice eserciteri il relativo potere discrezionale senza aver ottenuto il consenso da parte dell'interessato, atteso che la pena sostitutiva implica una sua fattiva collaborazione. Insomma, sul piano dell'opportunità pratica, risulta difficile che il nuovo istituto possa essere utilizzato dal giudice senza prima aver acquisito l'espressa opinione del diretto interessato, anche al fine di saggiare le motivazioni e le concrete possibilità dell'interessato di svolgere positivamente il programma di lavoro proposto²⁹. Ad ogni modo la scelta si spiega con la volontà di garantire all'istituto un'applicazione ampia anche nell'ambito di quei procedimenti speciali che si svolgono in assenza di contraddittorio, quali il decreto penale di condanna, non a caso espressamente richiamato nella nuova disposizione³⁰.

In secondo luogo, come anche previsto in materia di stupefacenti, la durata della sanzione sostitutiva è commisurata alla durata delle pene sostituite, in deroga ai limiti edittali previsti dall'art. 54, comma 2 d.lvo nr. 274/2000 (da 10 giorni a 6 mesi) e a tal fine la legge prevede anche autonomi criteri di ragguglio³¹.

oggetto di successiva previsione legislativa, con l'importante conseguenza che una richiesta di patteggiamento avanzata con l'indicata sostituzione, potrà essere accolta solo in termini corrispondenti mentre se il giudice dovesse ritenere di non concedere la sostituzione potrà solo rigettare la richiesta di patteggiamento per intero.

²⁹ Da notare che la sostituzione è discrezionale e, in assenza di criteri legali predeterminati, appare ragionevole ancorarla ad un giudizio di prognosi positivo da parte del giudice in ordine al futuro positivo svolgimento, mentre andrà negata in caso di prognosi negativa.

³⁰ La circostanza impone una precisazione, essendo chiaro che il decreto penale di condanna potrà essere utilizzato solo se il giudice abbia già concesso la sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria dell'ammenda, a norma dell'art. 53 legge nr. 689/1981. In tal caso il lavoro di p.u. si configura come una sorta di pena sostitutiva di secondo grado e poiché l'art. 57, comma 2 legge cit. dispone che "*la pena pecuniaria si considera sempre come tale, anche se sostitutiva della pena detentiva*", si deve concludere che l'eventuale revoca della sostituzione in lavoro di p.u. comporterà la messa in esecuzione della pena pecuniaria riportata nel decreto penale.

³¹ In particolare, un giorno di arresto corrisponde ad un giorno di lavoro di p.u. (mentre a norma dell'art. 58 d.lgs nr. 274/2000 corrisponde a tre giorni di lavoro di p.u.), mentre un giorno di lavoro di p.u. viene raggugliato con € 250,00 di pena pecuniaria (e non 12, come previsto dall'art. 55, comma 2 d.lgs cit.). Non essendo previste ulteriori deroghe alla disciplina di riferimento, si deve ritenere che rimane fermo il limite

Ma ciò che più conta, ai fini che qui interessano, è la previsione secondo la quale con la sentenza penale di condanna o col decreto penale il giudice incarica l'ufficio locale di esecuzione ovvero l'ufficio di P.S. territorialmente competente (ovvero, in mancanza, i Carabinieri) di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di p.u. e, in caso di svolgimento positivo, il giudice, all'esito di un procedimento di esecuzione, con fissazione di apposita udienza e con decisione ricorribile unicamente in Cassazione, dichiara il reato estinto, revoca la confisca del veicolo eventualmente disposta e riduce della metà la sospensione della patente di guida³².

Viceversa, in caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di p.u., il giudice, ancora con le forme del procedimento di esecuzione di cui all'art. 666 c.p.p., *“tenuto conto dei motivi, della entità e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena sostitutiva con ripristino di quella sostituita e della sanzione amministrativa della sospensione della patente e della confisca”*. La formula linguistica utilizzata dal legislatore sembra imporre una distinzione tra tipologie di violazioni, dovendosi pertanto ritenere che non tutte le violazioni danno luogo alle conseguenze indicate, ma solo quelle ritenute più gravi all'esito di un giudizio discrezionale compiuto dal giudice. Il ripristino delle pene sostituite avviene per intero, senza alcuna detrazione in considerazione del periodo di lavoro di p.u. già prestato, diversamente da quanto è invece previsto in caso di revoca delle pene sostitutive per così dire “classiche” (cfr. art. 66 legge nr. 689/1981)³³.

delle 6 ore settimanali, salvo diversa richiesta del condannato, nonché il criterio di computo per il quale un giorno di lavoro di p.u. corrisponde a 2 ore di attività lavorativa, anche non continuative (cfr. art. 54, commi 3 e 4 d.lgs cit.). Invece, nonostante la mancanza di espresse deroghe, deve escludersi che in caso di violazione degli obblighi possa ritenersi integrato il delitto previsto dall'art. 56 d.lgs cit. e ciò perché la violazione degli obblighi è già autonomamente sanzionata col ripristino delle pene originarie, secondo un meccanismo già applicabile al lavoro di p.u. previsto dall'art. 73, comma 5-bis d.P.R. nr. 309/1990 (analogo il meccanismo previsto per il lavoro di p.u. di cui all'art. 165 c.p., perché la violazione degli obblighi comporta la revoca della sospensione condizionale della pena, a norma dell'art. 168, comma 1 nr. 1 c.p.), mentre quando il legislatore ha voluto sanzionare le violazioni col reato lo ha affermato espressamente (cfr. art. 224-bis u.c. cod. str.). Andare di diverso avviso significherebbe punire due volte lo stesso fatto.

³² Tra le sanzioni che vanno revocate o ridotte non è fatta menzione della revoca della patente che, pertanto, deve ritenersi rimanga ferma, nonostante l'intervenuta estinzione del reato.

³³ Piuttosto oscuro è il riferimento al ripristino della sospensione della patente e della confisca dal momento che la riduzione della sospensione della patente e la revoca della confisca, come si è visto, conseguono all'accertamento del positivo svolgimento del lavoro di p.u. e sono disposte unitamente alla pronuncia che accerta l'estinzione del reato, essendo pertanto escluso che la violazione degli obblighi possa far sorgere la necessità di ripristinare le misure originarie. Piuttosto si deve ritenere, più propriamente, che la revoca della

Venendo alla successione di leggi penali nel tempo, è evidente che la nuova possibilità di sostituzione della pena col lavoro di p.u. potrà senz'altro risultare decisiva, nel caso il giudice ritenesse di dovervi in concreto far ricorso, per far ritenere la nuova disciplina più favorevole riguardo al reato di guida in stato di ebbrezza di cui all'art.186, comma 2 *lett. b)* cod. str., perché i limiti edittali delle pene di questo reato non sono stati modificati dalla novella.

Decisamente più problematica è l'impostazione del problema con riferimento ai reati di guida in stato di ubriachezza e sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, previsti dagli artt. 186, comma 2 *lett. c)* e 187 cod. str., perché questi reati hanno subito, come si è visto, un deciso aumento del limite edittale minimo dell'arresto. Pertanto le due discipline in successione presentano entrambe effetti più o meno favorevoli, con due ulteriori complicazioni che rendono decisamente complesso il raffronto. La prima è che si tratta di effetti non omogenei e pertanto difficilmente paragonabili: ad un aumento della pena detentiva corrisponde la possibilità di una sostituzione con una pena dal contenuto afflittivo minore. La seconda è che i maggiori effetti favorevoli della nuova disciplina, legati all'estinzione del reato e alla revoca o riduzione delle sanzioni accessorie, non sono sicuri ma rimessi ad un evento futuro ed incerto, ossia il positivo svolgimento del lavoro di p.u. che potrebbe anche non verificarsi.

La corretta impostazione del problema passa dalla doverosa presa d'atto che il raffronto deve essere eseguito non in via astratta ma in concreto, in stretta aderenza al caso da decidere e, pertanto, ponendo a confronto non tanto le discipline in successione del tempo quanto i risultati che deriverebbero dall'effettiva applicazione di ciascuna di esse alla fattispecie sottoposta all'esame del giudice³⁴. Così, è evidente che l'aumento del limite minimo di pena detentiva ben potrebbe risultare del tutto irrilevante se il giudice ritenesse di dover determinare, anche in applicazione della vecchia disciplina, la pena dell'arresto in misura pari o superiore ai 6 mesi. Correlativamente la sostituzione col lavoro di p.u. può essere presa in considerazione solo se il giudice ritenga di doverla concedere in

pena sostitutiva implichi il definitivo consolidarsi anche della confisca e della sospensione della patente per il tempo originariamente previsto.

³⁴ Cfr., tra le tante, Cass. pen., 2 ottobre 2010, nr. 40915, CED 226475.

applicazione della nuova disciplina, perché in caso contrario dovrebbe ritenersi ancora circostanza del tutto irrilevante³⁵.

Ma come dovrà regolarsi il giudice nel caso in cui ritenga di determinare la pena in prossimità del limite edittale minimo e, nel contempo, di dover concedere la sostituzione prevista dalla nuova disciplina ?

La circostanza che la precedente disciplina garantisce una pena detentiva certamente meno gravosa porta alla conclusione secondo la quale, in via di principio, sarà proprio questa la disciplina più favorevole in successione nel tempo e che quindi dovrà essere applicata, a norma dell'art. 2, comma 4 c.p., a maggior ragione se il giudice dovesse ritenere applicabili ulteriori benefici, come la sostituzione in pena pecuniaria ovvero la sospensione condizionale della pena³⁶.

Non pare tuttavia che la soluzione indicata possa ritenersi obbligata, quasi fosse conseguente ad un criterio formale da applicare in via automatica, non potendosi escludere concreti casi in cui, invece, sia la nuova disciplina a dover essere ritenuta più favorevole, nonostante la maggior pena detentiva imposta. In particolare, questa eventualità sembra potersi ravvisare nel caso in cui sia la stessa difesa a formalizzare una richiesta espressa di sostituzione delle pene classiche col lavoro di p.u., al fine di conseguire gli effetti favorevoli conseguenti al suo positivo svolgimento. Invero, la circostanza, da un lato, che la pena sostitutiva del lavoro di p.u. sia, per espressa disposizione di legge, condizionata alla volontà dell'imputato (sia pure in via negativa) e, dall'altro, che la volontà del condannato sia configurata dalla legge come criterio privilegiato per stabilire quale sia la pena meno grave da eseguire tra le diverse pene irrogate per il medesimo fatto da più condanne (cfr. art. 669 c.p.p.), porta a ritenere che un'espressa richiesta difensiva di voler usufruire della sostituzione col lavoro di p.u. sia in grado di determinare l'applicazione della nuova normativa, quale disciplina più favorevole in successione nel tempo. E', infatti, solo l'espressa volontà del diretto interessato che consente di ritenere che gli effetti

³⁵ Questa evenienza può risultare imposta dalla ricorrenza dell'aggravante dell'incidente stradale provocato che, come si è visto, è configurata come causa ostativa della sostituzione, ma può derivare anche da una decisione discrezionale del giudice che ritenga non meritevole l'imputato del beneficio, trattandosi di una sostituzione discrezionale.

³⁶ Vale la pena di osservare come la sostituzione col lavoro di p.u. sembra configurarsi quale beneficio alternativo alla sospensione condizionale della pena, perché presuppone l'effettivo svolgimento per poter esplicitare gli ulteriori effetti favorevoli.

favorevoli legati alla sostituzione, sia quelli relativi al minor contenuto afflittivo della pena sia quelli ulteriori legati al positivo svolgimento del lavoro di p.u., siano comparativamente superiori rispetto all'effetto sfavorevole dell'applicazione di una pena detentiva più severa³⁷.

Né per confutare questa conclusione può ritenersi dirimente il rilievo che gli effetti favorevoli legati all'estinzione del reato non sono sicuri, perché presuppongono il positivo svolgimento del lavoro di p.u., mentre gravi violazioni dei relativi obblighi potrebbe determinare la revoca della sostituzione, con esecuzione delle pene originariamente previste. Infatti, tutto ciò è vero, ma da un lato, si tratta di evenienze future che non possono essere date per scontate al momento dell'irrogazione della pena, che è l'unico momento rilevante ai fini del giudizio su quale sia la disciplina più favorevole e, dall'altro, a ben guardare, l'effetto indicato costituisce una reazione ad un ulteriore comportamento dell'interessato sfavorevolmente considerato dall'ordinamento³⁸.

Ciò che però resta sicuramente vietato è combinare gli aspetti favorevoli delle due discipline, applicando ad es. il minimo edittale di tre mesi di arresto, previsto dalla normativa precedente, con la sostituzione col lavoro di p.u., previsto dalla nuova. Infatti, in tal modo, non si farebbe applicazione della disciplina più favorevole, in osservanza dell'art. 2, comma 4 c.p., ma si finirebbe col creare in via interpretativa una terza disciplina, in realtà mai prevista dal legislatore³⁹.

³⁷ In concreto l'interessato potrà "decidere" che la nuova disciplina sia per lui più favorevole, in relazione ad una infinità di circostanze proprie del singolo caso da decidere, non suscettibili di valutazione da parte del giudice (ad es., l'importanza per l'imputato di ottenere l'estinzione del reato, il particolare valore del veicolo sequestrato, la necessità di ottenere la riduzione della sospensione della patente utilizzata per motivi di lavoro e così via). Sul piano tecnico, infatti, il giudice può valorizzare unicamente la circostanza che il lavoro di p.u. ha un contenuto afflittivo minore delle pene sostituite e, in particolare, della pena detentiva.

³⁸ I principi indicati nel testo sono stati trasfusi in. GIP Rovereto, 2 dicembre 2010, in www.giuffrè.it/riviste/resp.

³⁹ Si tratta di un principio del tutto consolidato nella giurisprudenza della Cassazione. Cfr. tra le tante Cass. pen., 4 giugno 2004, nr. 36757, CED 229687 e Cass. pen., 28 ottobre 2005, nr. 47339, CED 233176. Con specifico riferimento agli analoghi problemi di diritto transitorio posti dall'art. 73, comma 5-bis d.P.R. nr. 309/1990 cfr. AMATO, *La sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità alla prova della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 1, 334, nota Cass. pen., 27 giugno 2008, nr. 34620. Il precedente normativo indicato è assai significativo perché presenta l'analoga problematicità della contemporanea elevazione del limite edittale minimo, sia pure limitatamente alle c.d. droghe leggere. La Cassazione ha più volte affermato la rilevanza della possibilità di sostituzione ai fini dell'art. 2, comma 4 c.p. (cfr. Cass., 4 febbraio 2009, nr. 10809, CED 243871 e Cass. pen., 15 aprile 2009, nr. 21556, CED 243840), ma solo in casi in cui non assumeva rilievo anche l'aspetto più sfavorevole (coinvolgendo reati relativi a droghe c.d. pesanti).

4. La nuova disciplina del sequestro e della confisca del veicolo.

Ultimo profilo che occorre considerare è quello relativo alla modifica della disciplina del sequestro e della confisca del veicolo in proprietà di chi commette i reati previsti dagli artt. 186, comma 2 e 187 cod. str., che costituisce oggetto delle ultime tre sentenze in commento.

La novella prevede tre novità fondamentali: a) l'eliminazione del riferimento all'art. 240, comma 2 c.p.⁴⁰; b) l'eliminazione della possibilità di affidare in custodia il veicolo al trasgressore; c) l'inserimento dell'inciso "*ai fini del sequestro si applicano le disposizioni di cui all'art. 224-ter cod. str.*", a sua volta introdotto dall'art. 44 della legge nr. 120/2010. Il cit. art. 224-ter detta poi un'articolata disciplina del "*procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative accessorie della confisca amministrativa e del fermo amministrativo in conseguenza di ipotesi di reato*", come recita la rubrica della norma.

Al riguardo qualche mese or sono, chi scrive era stato facile profeta nel prevedere gravi incertezze interpretative delle nuove disposizioni, che le pronunce in commento puntualmente confermano. Infatti, mentre la Cassazione ed il Tribunale di Pisa aderiscono alla tesi, ormai largamente prevalente non solo in giurisprudenza ma anche in dottrina⁴¹, secondo la quale la confisca del veicolo in parola sarebbe stata trasformata da sanzione penale in sanzione amministrativa, sostanzialmente per effetto del richiamo all'art. 224-ter cod. str., l'ordinanza del Tribunale del riesame di Brescia argomenta la perdurante natura di sanzione penale accessoria dalla circostanza che le norme incriminatrici continuano a

⁴⁰ In realtà già espunto dalla sentenza della Corte Cost. 4 giugno 2010, nr. 196, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2017.

⁴¹ Nella giurisprudenza della Cassazione l'interpretazione in parola può dirsi del tutto consolidata. Cfr. Cass. pen., 21 settembre 2010, nr. 38561; Cass. pen., 22 settembre 2010, nr. 38569; Cass. pen., 22 settembre 2010, nr. 38570; Cass. pen. 23 settembre 2010, nr. 38590; Cass. pen. 23 settembre 2010, nr. 38591; Cass. pen., 6 ottobre 2010, nr. 41080; Cass. pen. 20 ottobre 2010, nr. 40508; Cass. pen., 27 ottobre 2010, nr. 41624; Cass. pen. 2 novembre 2010, nr. 38569; Cass. pen., 4 novembre 2010, nr. 40523. Per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Roma, sez. riesame, 16 settembre 2010, in www.giuffrè.it/riviste/resp. Va aggiunto che questa tesi si è imposta anche grazie alla Circolare del Ministero dell'Interno 30 luglio 2010 prot. 3000/A/10777/10/101/3/3/9 che ha inevitabilmente condizionato le condotte delle forze dell'ordine operanti in strada. Per la dottrina, oltre a quella citata alla nota 14, cfr. D'AURIA, *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1274; PICCIALI, *La confisca del veicolo in caso di rifiuto*, in *Corr. mer.*, 2010, 973; GATTA-VIGANÒ, *natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'influenza di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, in www.penalecontemporaneo.it.

prevedere che sia disposta dal giudice con la sentenza penale di condanna, che costituisce indubbiamente il fondamento dell'opposta interpretazione, che si è cercato altrove di sostenere⁴².

In questa sede non interessa tanto ripercorrere gli argomenti a favore o contro la tesi prevalente, sia perché si tratta ormai di interpretazione in via di definitivo consolidamento sia perché ciò porterebbe inevitabilmente a ripetersi⁴³, quanto evidenziare quali sono le conseguenze operative maggiormente rilevanti dell'indicata alternativa.

In particolare, i problemi che si pongono in concreto attengono: a) all'individuazione dell'autorità competente a disporre la misura; b) alla misura cautelare anticipatoria applicabile, ossia se sia ancora possibile disporre il sequestro preventivo del veicolo delle "cose di cui è consentita la confisca", previsto dall'art. 321, comma 2 c.p.p. e alla sorte dei sequestri preventivi già disposti prima dell'entrata in vigore della nuova legge; c) all'applicabilità della confisca anche ai fatti precedenti all'entrata in vigore della nuova legge (sino a tutto il 29 luglio 2010).

Quanto al primo problema, l'inequivoca lettera della legge nella parte in cui afferma che "con la sentenza di condanna (...) è sempre disposta la confisca del veicolo (...)" (cfr. artt. 186, comma 2 lett. c) e 187 cod. str.), non può lasciare dubbi di sorta sul fatto che la competenza è rimasta al giudice penale, qualunque sia la soluzione che si intenda accogliere sulla natura della confisca. In particolare, non può desumersi dalla

⁴² Sia consentito il richiamo, anche per ulteriori approfondimenti e per un tentativo di sistemazione della materia alla stregua della precedente disciplina, a DIES, *La confisca del veicolo prevista dall'art. 186, commi 2 e 7 cod. str., tra disorientamenti interpretativi e caos normativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 10, 2034, lavoro nato come commento alle sentenze della Corte Costituzionale, 4 giugno 2010, nr. 196 e delle Sezioni Unite penali, 25 febbraio 2010, nr. 23428, ma che non ha potuto non confrontarsi con l'ennesimo stravolgimento legislativo della materia nel frattempo intervenuto.

⁴³ Comunque in via di estrema sintesi gli argomenti contrari all'interpretazione dominante sono: a) la permanenza della competenza in capo al giudice penale che deve disporre la misura con la sentenza di condanna (mentre per tutti gli altri casi di confisca amministrativa quale sanzione amministrativa accessoria previsti nel codice della strada la competenza è dell'autorità amministrativa); b) la negazione che il rinvio all'art. 224-ter cod. str. costituisca un'espressa qualificazione legale della confisca in termini di sanzione amministrativa accessoria, mentre deve ritenersi limitato alle modalità esecutive del sequestro del veicolo; c) la permanenza della norma secondo la quale la confisca si applica anche in caso di sospensione condizionale della pena, previsione invero del tutto inutile se si trattasse di sanzione amministrativa ed invece derogatoria dell'art. 166 c.p. se qualificata come pena accessoria; d) la revoca disposta dal giudice in caso di estinzione del reato per effetto del positivo svolgimento del lavoro di p.u.; e) gli effetti che l'opposta interpretazione comporta sui fatti pregressi, come si avrà modo di chiarire nel testo. Questi argomenti sono stati trasfusi in GIP Rovereto, 2 dicembre 2010, cit.

qualificazione in termini di sanzione amministrativa accessoria della confisca, la conseguenza che l'autorità competente a disporla sia il Prefetto, come pretende la sentenza del Tribunale di Pisa in commento⁴⁴. Infatti è bensì vero che le norme che dettano la disciplina generale della confisca amministrativa individuano l'autorità amministrativa competente nel Prefetto (cfr. art. 213, comma 3 cod. str. e lo stesso "nuovo" art. 224-ter, comma 2 cod. str.), ma ciò non toglie che questa disciplina generale sia derogata dall'espressa indicazione, sopra richiamata, contenuta negli artt. 186 e 187 cod. str., che si configura pertanto come norma speciale derogatoria, come tutte le sentenze della Cassazione intervenute sul tema ammettono.

Conferma viene dalla espressa previsione che individua nel giudice penale l'autorità competente a disporre la revoca della confisca in caso di estinzione del reato, conseguente al positivo svolgimento del lavoro di p.u. disposto in sostituzione delle pene principali classiche.

Tutto ciò, piuttosto, conferma come il richiamo all'art. 224-ter cod. str., contenuto negli artt. 186 e 187 cod. str., non possa ritenersi integrale e sia sostanzialmente svuotato di contenuto proprio dalla prevista competenza del giudice ad applicare la misura, come del resto confermato dall'inciso contenuto nella norma di rinvio "*ai fini del sequestro*"⁴⁵.

Anche il secondo problema sembra di semplice soluzione, almeno nella sua prima parte, perché non appare revocabile in dubbio che il sequestro preventivo previsto dall'art. 321, comma 2 c.p.p. possa essere disposto solo su cose di cui sia consentita la confisca penale, mentre non possa essere disposto a cautela di una confisca di natura solo amministrativa. Ciò non toglie la perdurante possibilità di disporre un sequestro preventivo di natura penale, a norma dell'art. 321, comma 1 c.p.p., ma solo argomentando i relativi (diversi) presupposti. Occorre cioè dimostrare che la libera disponibilità del veicolo possa in concreto agevolare la commissione di ulteriori reati, ad es. sulla scorta dei precedenti specifici risultanti dal certificato penale o della condizione di alcolismo cronico in cui versa l'imputato⁴⁶.

⁴⁴ Analogamente però D'AURIA, op cit. e la Circolare ministeriale citata alla nota nr. 41.

⁴⁵ Lo riconoscono espressamente, pur aderendo alla tesi della natura amministrativa della confisca, GATTA-VIGANÒ, *op. cit.*

⁴⁶ Così Trib. Roma cit. Analogamente cfr. Cass. pen., 22 settembre, nr. 38570 e Cass. pen., 2 novembre 2010, nr. 38588 cit.

Più complesso è il problema della sorta dei sequestri preventivi disposti prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, a norma dell'art.321, comma 2 c.p.p., nel caso si ritenga che sequestro e confisca abbiano assunto natura di misure amministrative. La soluzione più piana è quella individuata dal Tribunale di Pisa nella sentenza in commento, che passa attraverso la revoca del provvedimento cautelare. Infatti, a seguito dell'entrata in vigore della legge, il presupposto legittimante del provvedimento cautelare, ossia la possibilità di disporre la confisca penale, è venuto meno e non si può che prenderne atto.

Altra questione è se l'autorità amministrativa possa disporre un nuovo sequestro di natura amministrativa in base alla nuova disciplina, come espressamente affermato dal Tribunale di Pisa, che andrà necessariamente risolta alla luce della soluzione dell'ultimo problema applicativo indicato, ossia se sia possibile applicare le nuove misure ai fatti pregressi.

Se, invece, si ritiene che la riforma abbia inciso solo sulle “*modalità del sequestro preventivo*”, come ritenuto dall'ordinanza del Tribunale del riesame di Brescia in commento, è evidente che la soluzione cambia, perché non vi è ragione di disporre la revoca di un sequestro per il quale permanga il presupposto giustificativo.

Va, peraltro, osservato come la giurisprudenza della Cassazione, pur aderendo in modo compatto alla tesi del mutamento di natura di sequestro e confisca del veicolo, non abbia aderito alle conclusioni sopra esposte, sempre negando la necessità di disporre la revoca del sequestro preventivo sulla base di due diversi, ma complementari, orientamenti. Secondo il primo orientamento, per effetto dell'entrata in vigore della nuova normativa, il sequestro subirebbe *ex lege* una sorta di mutazione genetica, trasformandosi automaticamente da misura cautelare di natura penale in misura cautelare di natura amministrativa. Tuttavia, poiché la tutela giurisdizionale non appartiene più al giudice penale ma al giudice civile (cfr. l'art. 224-ter, comma 5 cod. str. che rinvia espressamente all'art. 205 cod. str.), si verificherebbe un sopravvenuto difetto di giurisdizione del giudice penale che la Cassazione dovrebbe limitarsi a dichiarare, senza revocare il provvedimento di sequestro, mentre il termine per proporre opposizione andrebbe fatto decorrere dalla notifica della sentenza della stessa Cassazione⁴⁷.

⁴⁷ In tal senso cfr. Cfr. Cass. pen., 21 settembre 2010, nr. 38561; Cass. pen., 22 settembre 2010, nr. 38569; 22 settembre 2010, nr. 38570; Cass. pen. 23 settembre 2010, nr. 38590; Cass. pen. 23 settembre 2010, nr. 38591.

Secondo, invece, un più recente orientamento, accolto dalle ultime pronunzie, andrebbe affermato il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, in forza del quale “*per i procedimenti già iniziati sotto il vigore della pregressa legge, è tutt’ora dato al giudice penale (senza investire l’autorità amministrativa) deliberare a tali fini la fattispecie, tenuto conto, peraltro, del generale principio della competenza del giudice penale ad infliggere anche le sanzioni amministrative conseguenti alla commissione di un reato, come pacificamente avviene per la sospensione o la revoca della patente di guida*”⁴⁸.

Ma al di là degli aspetti processuali relativi alla giurisdizione, sul piano sostanziale i due orientamenti non divergono, perché anche il secondo ha cura di precisare che il giudice penale deve “*valutare ora se l’atto compiuto sia conforme anche ai requisiti sostanziali, di natura amministrativa, allo stato richiesti*”⁴⁹. Anche per questo orientamento, pertanto, il sequestro del veicolo muterebbe in corsa la sua natura ed i suoi presupposti giustificativi, senza alcuna necessità di disporre la revoca del sequestro penale preventivo in precedenza disposto e procedere ad un nuovo sequestro amministrativo.

Entrambi gli orientamenti descritti rispondono in tutta evidenza all’esigenza di mantenere in essere la misura cautelare in vista dell’applicazione del provvedimento definitivo rappresentato dalla confisca, pur configurata quale sanzione amministrativa accessoria, che introduce l’ultimo dei temi in premessa indicati. Al riguardo tutte le sentenze della Cassazione richiamano l’art. 2, comma 4 c.p. ritenuto pienamente applicabile alla successione tra confisca penale e confisca amministrativa sulla base delle considerazioni che “*la trasformazione da penale ad amministrativo non riguarda l’illecito in sé considerato (l’art. 187 cod. str.) ma unicamente la sanzione accessoria (...)*”, e che “*la nuova sanzione amministrativa risulta omogenea e di fatto indistinguibile da quella penale*”, tanto da determinare una “*continuità tra le due sanzioni accessorie, con la conseguenza che l’omogenea nuova sanzione può trovare applicazione anche per i fatti anteriori all’entrata in vigore della novella*” (cfr., motivazione della seconda sentenza della Cassazione in commento). Tutto ciò consentirebbe di ritenere estraneo il caso esaminato dalle fattispecie di depenalizzazione, oggetto del giudizio della sentenza delle

⁴⁸ Così testualmente Cass. pen., 27 ottobre 2010, nr. 41104; Cass., pen. 4 novembre 2010, nr. 40523; 16 novembre 2010, nr. 40523, oltre alla seconda sentenza in commento, la quale sottolinea altresì “*le maggiori garanzie offerte dalla procedura penale*”.

⁴⁹ Cfr. ancora Cass., pen. 4 novembre 2010, nr. 40523, ma anche tutte le altre citate alla nota precedente.

Sezioni Unite del 1994, sopra analizzata, mentre la soluzione proposta sarebbe *“corroborata da esigenze di razionalità e di uguaglianza ed è comunque conforme al principio del favor rei per il trattamento (quello amministrativo) più favorevole* (cfr. ancora seconda sentenza della Cassazione in commento).

Non sembra proprio che simili argomenti siano in grado di condurre alla conclusione accolta. Infatti, nessuno può dubitare della continuità dell'illecito, che è rimasto immutato sia nella sua natura di reato sia nei suoi elementi costitutivi e neppure dell'assoluta omogeneità di contenuto tra le sanzioni accessorie della confisca, prevista tra le due discipline. Ma tutto ciò non toglie che, secondo la prospettazione della Cassazione, ad una sanzione di natura penale sia succeduta una sanzione di natura amministrativa, esattamente come accade nel caso della depenalizzazione, e ciò è quanto basta per porre fuori gioco l'art. 2, comma 4 c.p., come già sopra ampiamente argomentato.

Gli argomenti evidenziati dalla Cassazione potrebbero valere a giustificare una norma transitoria che disponesse l'applicazione retroattiva della confisca amministrativa (mentre ciò non dovrebbe essere consentito qualora le varie sanzioni accessorie fossero disomogenee sul piano del concreto contenuto afflittivo), ma questo risultato non può essere in alcun modo conseguito in assenza di una norma di tal fatta, ancora per lo sbarramento rappresentato dal principio di legalità e di irretroattività delle sanzioni amministrative (cfr. art. 1 legge nr. 689/1981)⁵⁰.

Del resto, come per il caso della depenalizzazione, è facilmente smascherabile il fatto che, in realtà, non si fa affatto applicazione dell'art. 2, comma 4 c.p., limitandosi ad applicare in via retroattiva la nuova confisca amministrativa, in assenza di una norma che lo consenta. Se si trattasse di pura e semplice applicazione dell'art. 2, comma 4 c.p., il cambiamento della natura amministrativa della confisca sarebbe solo uno degli elementi da valutare per verificare quale sia la disciplina più favorevole in successione nel tempo, dal momento che, come si è visto sono state modificate anche le pene principali del reato, con un deciso aumento del limite minimo della pena detentiva. La nuova confisca di stampo amministrativo allora potrebbe essere applicata ai fatti pregressi solo sul presupposto che la nuova disciplina, nel suo complesso, conducesse a risultati più favorevoli, grazie in

⁵⁰ Così, coerentemente, GATTA-VIGANÒ, op. cit.

particolare alla sostituzione delle pene principali col lavoro di p.u. In caso diverso, invece, poiché la nuova disciplina impone normalmente di applicare una pena detentiva più severa, la sua applicazione andrebbe esclusa per intero, con applicazione della vecchia disciplina nel suo complesso e, quindi, anche della vecchia confisca di natura penale.

Questa eventualità invece è esclusa o comunque neppure presa in considerazione dalla Cassazione e a ragion veduta, perché il preteso mutamento di natura della confisca necessariamente configura l'abrogazione della vecchia confisca di natura penale e una nuova previsione della confisca di natura amministrativa, secondo uno schema in nulla diverso dai casi di depenalizzazione in precedenza analizzato. D'altra parte, il modo di operare della Cassazione comporta inevitabilmente un sostanziale stravolgimento dell'art. 2, comma 4 c.p., così come è stato sino ad ora applicato, perché affermare che la nuova confisca di natura amministrativa debba sempre trovare applicazione in quanto, per definizione, più favorevole rispetto alla vecchia confisca di natura penale⁵¹, imporrà di applicarla anche quando – e sarà la maggioranza dei casi – la disciplina precedente sia quella più favorevole, con riguardo alle pene principali. In concreto si applicherà il minimo edittale della pena di arresto di 3 mesi, previsto dalla precedente disciplina, unitamente alla confisca amministrativa, prevista dalla nuova disciplina, finendo col combinare tra loro le due discipline in successione nel tempo, creando in realtà una terza disciplina mai prevista dal legislatore, pervenendo ad un risultato da sempre escluso dalla stessa giurisprudenza della Cassazione⁵². Insomma, ancora una volta, si deve ribadire che l'applicazione dell'art. 2, comma 4 c.p. imporrebbe, anche in questo caso, almeno la possibilità di applicare la vecchia confisca di stampo penalistico, tutte le volte in cui la precedente disciplina fosse ritenuta, nel suo complesso, più favorevole.

Il rigoroso rispetto dei principi fondamentali conduce allora alla conclusione secondo la quale, se si ritiene che la confisca del veicolo sia stata trasformata da sanzione penale accessoria a sanzione amministrativa accessoria, non può necessariamente essere applicata

⁵¹ Sul piano puramente sostanziale, del resto, non si comprende davvero perché mai la confisca amministrativa dovrebbe essere più favorevole alla confisca penale, visto che la sanzione non è cambiata in nulla: non nel nome, non nel concreto contenuto afflittivo, non nella funzione. Sul piano concreto cambia solo la tutela giurisdizionale che non sembra, tuttavia, elemento rilevante al fine di individuare la disciplina più favorevole e, se lo fosse, si dovrebbe concludere per il maggior favore della confisca penale, posto che assicura un controllo costante da parte del giudice, a confronto col controllo solo eventuale garantito dall'art. 205 cod. str.

⁵² Cfr. giurisprudenza citata alla nota nr. 39.

ai fatti commessi sotto il vigore della precedente disciplina, a nulla rilevando la pretesa irragionevolezza della conclusione raggiunta⁵³.

Viceversa, la tesi per la quale la confisca ha mantenuto la medesima natura di sanzione penale accessoria non pone alcun problema di natura transitoria, potendo trovare applicazione in ogni caso, qualunque sia la disciplina ritenuta più favorevole⁵⁴.

⁵³ Così, correttamente, GATTA-VIGANÒ, op. cit.

⁵⁴ Così GIP Rovereto, 2 dicembre 2010 cit. che ha applicato la confisca del veicolo ad un fatto precedente proprio sulla base del presupposto della sua perdurante natura penale.