

**SANZIONI PECUNIARIE CIVILI E SANZIONI AMMINISTRATIVE
QUALI ALTERNATIVE ALLA TUTELA PENALE: PROBLEMI E PROSPETTIVE¹**

di ALBERTO GARGANI

(Professore ordinario di diritto penale, Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. La depenalizzazione ‘bipolare’. - 2. La “privatizzazione” della tutela. - 3. Profili differenziali tra le due categorie di illeciti depenalizzati. - 4. Un profilo comune: la riconducibilità di entrambe le tipologie sanzionatorie alla nozione convenzionale di “*materia penale*”. - 5. La progressiva omologazione e omogeneizzazione delle garanzie previste in ambito punitivo. - 6. I riflessi dell’omogeneizzazione delle garanzie sui processi di depenalizzazione. - 7. L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di “legalità penale” e sanzioni amministrative. - 7.1. (Segue). L’applicazione retroattiva di sanzioni amministrative e il divieto di cui all’art.25 co. 2 Cost. - 8. La dialettica tra formalismo e sostanzialismo in materia di garanzie. - 9. Obblighi di tutela penale e depenalizzazione. - 10. Considerazioni conclusive.

1. È noto come l’eccesso di incriminazioni in astratto e la conseguente ipertrofia della pena abbiano determinato la necessità di ricorrere a multiformi metodi di “degradazione” dell’illecito penale, che possono fondamentalmente essere ricondotti alle tecniche di c.d. depenalizzazione “in concreto” e di c.d. depenalizzazione “in astratto”. Nel primo caso, l’obbiettivo della sussidiarietà viene perseguito sul piano della non punibilità o della *extrema ratio* della pena detentiva in riferimento ad un illecito che rimane formalmente “penale”; da non confondere con quest’ultima tipologia di depenalizzazione è la c.d. depenalizzazione di fatto, caratterizzata dal ricorso disomogeneo a criteri endo-processuali di selezione, relativi ai tempi di esercizio dell’azione penale e, più, in generale, alla gestione della prescrizione, sovente dipendenti dal tasso di difficoltà dell’accertamento probatorio.

Nel caso della depenalizzazione “in astratto”, si ricorre, invece, a tecniche di controllo sociale alternative a quella penale: la tutela di interessi della generalità dei consociati si esprime nella previsione di sanzioni punitive extra-penali, ritenute più efficaci o, comunque, parimenti idonee, in chiave general-preventiva, in rapporto alle esigenze di prevenzione e di repressione di determinati fatti illeciti.

¹ (*) Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta a Siena il 26 maggio 2017, nell’ambito del convegno organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Siena sul tema “*Le sanzioni in un ordinamento multilivello: categorie in cerca di nuove identità*”, i cui atti sono in corso di pubblicazione negli “*Studi senesi*”.

Avuto riguardo alla depenalizzazione in astratto, si può affermare che, almeno sino al 2014, l'ambito del diritto punitivo presentasse un'unica alternativa alla sanzione penale, rappresentata dalla sanzione amministrativa punitiva², la quale deteneva, di fatto, il monopolio della depenalizzazione. A partire dal 1967, alla sanzione amministrativa si è fatto ricorso periodicamente, in funzione di maggior certezza ed effettività della risposta sanzionatoria, nel tentativo di modernizzare e razionalizzare il sistema dei reati, riducendo il carico giudiziario. Sul piano pratico-operativo, un non trascurabile vantaggio offerto da tale tecnica di decriminalizzazione è dato dalla possibilità di fare riferimento all'ormai consolidata disciplina *generale* dei profili sostanziali e procedurali dell'illecito punitivo amministrativo di cui al Capo I della L. n. 689/1981³.

Com'è noto, la l. 28 aprile 2014, n. 67, aveva conferito al Governo una duplice delega in materia di depenalizzazione, avente ad oggetto sia la trasformazione di determinati reati in illeciti amministrativi, sia l'abrogazione di una serie di figure delittuose, poste a difesa d'interessi privati, con la contestuale previsione di speculari illeciti civili sottoposti a sanzione pecuniaria, aggiuntiva rispetto al risarcimento dei danni⁴. In tal modo, il legislatore ha fatto contestualmente ricorso a due distinte tecniche di depenalizzazione, in dipendenza della differente natura degli interessi protetti e delle corrispondenti esigenze politico-punitive.

La diversificazione degli strumenti sanzionatori punitivi alternativi alla sanzione penale ha trovato espressione in sede di esercizio delle deleghe in materia di "*ristrutturazione del sistema sanzionatorio*": se con il d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7, si è proceduto alla inedita "*Abrogazione di reati e contestuale introduzione di illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*", con il coevo d.lgs. 15 gennaio 2016, n.8, sono state previste "*Disposizioni in materia di depenalizzazione*", sulla base dell'ormai consolidata tecnica di degradazione di reati in illeciti *amministrativi*⁵.

Una depenalizzazione 'bipolare', tra tradizione e innovazione, che segna una significativa svolta sul piano delle strategie politico-punitive alternative all'intervento del diritto penale.

² V. C.E. Paliero, *La sanzione amministrativa tra pena criminale e garanzie processuali*, in Aa.Vv., *La 'materia penale' tra diritto nazionale e diritto europeo*, a cura di M. Donini e L. Foffani, Milano, 2018, 209 ss.

³ Cfr. P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative punitive*, in Aa.Vv., *La 'materia penale' tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., 117.

⁴ *Amplius*, v. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della L. n.67/2014)*, in *RIDPP* 2014, 1693 ss.; P. Veneziani- M. Celva, *La delega per la "ristrutturazione della disciplina sanzionatoria" nell'art.2 l. 28.4.2014 n.67*, in *LP* 2014, 461 ss.

⁵ Sul duplice intervento di depenalizzazione, v. A. Gullo, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in www.lalegislazionepenale.eu; sia, inoltre, consentito rinviare ad A. Gargani, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *DPP* 2016, 577 ss.

2. Il nuovo istituto dei c.d. illeciti civili punitivi, disciplinato sotto il profilo sostanziale e processuale dal d.lgs. 7/2016⁶, è solo in parte assimilabile ai profili funzionali e disciplinari propri delle c.d. pene private (legali), che della nuova categoria di illeciti punitivi possono essere considerate il “background” di riferimento.

La nuova tecnica di depenalizzazione germina dalla traslazione dal piano penale a quello delle relazioni private del disvalore insito in alcune fattispecie penali, oggetto di abrogazione, poste a tutela della fede pubblica (falsità in scritture private), dell’onore (ingiuria) e del patrimonio (danneggiamento semplice, sottrazione di cose comuni e appropriazioni indebite minori)⁷.

I predetti illeciti sono sottoposti a sanzioni pecuniarie civili, di carattere punitivo, i cui proventi sono devoluti a favore della Cassa delle ammende. L’azione punitiva viene innestata in seno alla decisione del giudice civile competente a decidere dell’azione risarcitoria promossa dalla persona offesa da uno degli illeciti tipizzati di cui all’art. 4, d.lgs. 7/2016: l’inflizione della sanzione punitiva è subordinata all’iniziativa di parte offesa (domanda di risarcimento del danno) e al riconoscimento giudiziale della fondatezza della domanda.

I criteri di commisurazione della sanzione punitiva di nuovo conio riflettono teleologismi punitivi, suggerendo «una significativa assonanza con i parametri di determinazione della sanzione penale, confermando la profonda analogia di contenuto tra la nuova figura punitiva e il reato, nonostante l’attribuzione del *nomen* di ‘illecito civile’ (art.4)»⁸.

Come è stato autorevolmente rilevato, la sanzione, ultra-compensativa, è «‘civile’ soltanto in rapporto al giudizio, ma è in realtà concepita in termini strettamente punitivi»⁹, con funzioni general-preventive e repressive analoghe a quelle sottese alle originarie sanzioni penali comminate per l’inosservanza dei precetti. La disciplina degli illeciti civili punitivi rispecchia, in effetti, il tentativo di coniugare connotati privatistici (l’inflizione della sanzione pecuniaria è subordinata alla condanna al risarcimento del danno) e penalistici (tecnica di tipizzazione degli illeciti; necessità del dolo; regolamentazione del concorso di persone) e al contempo l’ispirazione personalistica della responsabilità (applicazione cumulativa della sanzione a tutti i

⁶ Per ulteriori approfondimenti, v. M. Riverditi, *L’illecito civile punitivo ex d.legisl. n.7 del 2016: una prima ricostruzione*, in *SJ* 2016, 667 ss., e, volendo, A. Gargani, voce *Illecito civile punitivo*, in *ED, Annali*, X, Milano 2017, 487 ss.

⁷ Sugli illeciti civili punitivi e sulla natura delle corrispondenti sanzioni, v. R. Guerrini, *Il d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7, I nuovi illeciti civili tipizzati e le relative sanzioni*, in *Aa.Vv., Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G. M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina e E.M. Mancuso, Padova 2017, 1 e ss.; 31 ss.

⁸ T. Padovani, *Diritto penale*, XI ed., Milano, 2017, 180.

⁹ T. Padovani, *Ridurre l’area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in *GD* 1/2016, 12.

concorrenti; intrasmissibilità agli eredi dell'obbligo di pagamento; devoluzione all'Erario dei proventi della sanzione). La valorizzazione di sanzioni civili in funzione di tutela preventiva di interessi privati¹⁰, quale alternativa ai tradizionali strumenti punitivi di natura penale e amministrativa, si collega al processo di crescente "eticizzazione" (e correlativa "de-patrimonializzazione") della responsabilità civile e alla polifunzionalità che a quest'ultima è stata, di recente, riconosciuta da una (lungamente attesa e importante) pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile in materia di danni punitivi¹¹.

3. Il confronto tra le due categorie di illeciti punitivi extrapenali consente di osservare che mentre sul versante amministrativo le figure oggetto di depenalizzazione sono rappresentate, nella maggior parte dei casi, da illeciti procedibili d'ufficio posti a tutela di funzioni di natura amministrativa, legate all'esigenza di un ordinato svolgimento della convivenza sociale e, cioè, ad interessi, perlopiù funzionali, attinente alla sfera pubblica, viceversa, in ambito civile, gli illeciti hanno ad oggetto la tutela di interessi attinenti a rapporti economico-patrimoniali tra privati (o, nel caso dell'ingiuria, a relazioni interpersonali di matrice privatistica), rispetto alla quale assumeva (nella forma della perseguibilità a querela) e continua ad assumere (nella forma della richiesta di restituzione o di risarcimento del danno) un valore decisivo la valutazione operata dalla persona offesa in ordine all'opportunità di attivare il relativo procedimento¹². Com'è evidente, il ricorso alla tecnica tradizionale di depenalizzazione si sarebbe rivelato inevitabilmente incongruo: la perseguibilità d'ufficio propria della violazione amministrativa e lo stretto collegamento di quest'ultima alla tutela d'interessi pubblicistici si sarebbero rivelati incompatibili con la natura privatistica degli interessi protetti e, di riflesso, con il ruolo decisivo assegnato dal legislatore al profilo risarcitorio (per non tacere dell'esclusione dall'ambito di tutela amministrativa dei diritti soggettivi o, comunque, di interessi di natura meramente privatistica, come comprova l'esclusione dalla depenalizzazione dei delitti procedibili a querela, *ex art. 32 l. n. 689/1981*)¹³.

È da sottolineare, inoltre, il fatto che mentre il ricorso alla tecnica tradizionale di depenalizzazione si sostanzia fundamentalmente nella sostituzione della pena con la sanzione amministrativa, nell'ambito degli illeciti civili punitivi l'intervento di

¹⁰ In chiave critica, v. C. Piergallini, *Pene "private" e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, in Aa.Vv., *La pena, ancora: tra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Milano 2018, 631 ss.

¹¹ V. Cass. civ. S.U. 5.7.2017, n.16601, in www.dejure.it; in dottrina, v. G. Ponzanelli, *Quale futuro per i danni punitivi*, in Aa. Vv., *La 'materia penale' tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit. 187 ss.

¹² Cfr. T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *GD 8/2016*, 76 s.

¹³ Sul punto, v. F. Palazzo, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *DPP 2016*, 288.

degradazione dell'illecito si rivela più articolato e complesso, implicando sia l'adattamento dell'originario precetto all'ambientazione civilistica della tutela (si pensi, ad es., alla necessità di un danno risarcibile e al difetto di rilevanza del mero pericolo per il bene protetto), sia l'adeguamento della risposta punitiva alla peculiare tecnica sanzionatoria ivi comunemente adottata (clausole generali).

Ulteriori, significative, differenze sono riscontrabili sul piano delle modalità di accertamento e di punizione dell'illecito: mentre, infatti, la tecnica di depenalizzazione tradizionale prevista dal d.lgs. 8/2016 si risolve in un intervento di "de-giurisdizionalizzazione" della tutela, viceversa, nel contesto del d.lgs. 7/2016, considerato il travaso nella giurisdizione civile e la conseguente applicabilità dei parametri di giudizio propri del processo civile (si pensi, ad es., al correlativo *quantum* di prova necessario al fine dell'irrogazione della sanzione extrapenale), di deflazione può parlarsi solo in riferimento all'alleggerimento del carico di lavoro delle Procure della Repubblica, liberate dall'originario compito di assunzione della tutela degli interessi sottesi agli illeciti depenalizzati (nel caso di presentazione della querela).

Passate in rassegna le principali differenze, si tratta di mettere a fuoco gli aspetti comuni: in questo senso, non si può fare a meno di sottolineare il fatto che entrambe le sanzioni punitive si sostituiscono alle sanzioni penali e, in caso di inadempimento per insolvibilità, non possono convertirsi in misure limitative della libertà personale.

Le due tecniche di controllo sociale promettono, inoltre, un tasso di maggior effettività della tutela rispetto alle previgenti fattispecie incriminatrici: nella misura in cui prevedono l'ineffettività dell'esecuzione delle rispettive sanzioni, le due discipline di depenalizzazione appaiono, infatti, idonee a porre rimedio all'automatismo fattuale della sospensione condizionale della pena.

4. Non vi è dubbio, peraltro, che il profilo comune che assume maggiore risalto nell'economia della presente indagine sia rappresentato dall'esigenza – sottesa ai d.lgs. 7 e 8/2016 – di conciliare la riduzione del novero dei reati con istanze di mantenimento di un adeguato standard di tutela, nel quadro di norme di disciplina sostanziali e processuali funzionali e, al contempo, rispettose dei principi di garanzia previsti – a livello interno e sovra-nazionale – nell'ambito del diritto punitivo. Si intende fare riferimento alla riconducibilità di entrambe le tipologie di illeciti depenalizzati alla nozione sostanziale e trasversale di "*materia penale*", elaborata dalla Corte di Strasburgo in riferimento alla necessaria osservanza delle garanzie previste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 6 e 7, CEDU)¹⁴.

¹⁴ Sulla nozione di "materia penale", *ex multis*, v. V. Manes. *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in Aa. Vv., *Introduzione al sistema penale*, V ed., Torino 2012, 203 ss.; F. Mazzacupa, *La materia penale e il La legislazione penale*
ISSN: 2421-552X

Si tratta, per l'appunto, di considerare le due tecniche legislative di depenalizzazione nella prospettiva del c.d. ordinamento multilivello¹⁵, al fine di verificare quali possano essere i riflessi e le conseguenze della necessità di estendere agli illeciti depenalizzati i principi di garanzia contemplati dalla CEDU in riferimento alla c.d. "materia penale"¹⁶.

Se l'assimilazione degli illeciti amministrativi punitivi al concetto convenzionale di "materia penale" costituisce un dato pressoché acquisito (v. *infra*, sub § 5 e ss.), in considerazione della sua innovatività, è opportuno soffermarsi sui profili di qualificazione del paradigma di depenalizzazione di recente conio. A ben vedere, il carattere intrinsecamente "penale" della sanzione civile punitiva discende dalla considerazione di innumerevoli indici: *ex multis*, il fatto che la medesima debba essere applicata dall'autorità giudiziaria, sulla base di poteri conferiti dalla legge; i caratteri di omogeneità funzionale e contenutistica intercorrenti tra le fattispecie penali oggetto di abrogazione e i correlativi illeciti civili tipizzati; la necessità che la sanzione sia adeguata anche alla personalità dell'agente; la previsione dell'applicazione cumulativa a tutti i concorrenti, dell'intrasmissibilità agli eredi e dell'istituzione di un registro informatizzato delle condanne al pagamento della sanzione in esame¹⁷. A nulla, d'altra parte, varrebbe obiettare che l'entità massima delle sanzioni civili punitive (art. 4 d.lgs. 7/2016) sia tale da escludere la possibilità di qualificare le medesime come sostanzialmente "penali": come è stato affermato di recente dalla Corte EDU, anche sanzioni di limitata entità debbono essere considerate "penali" nel caso in cui siano chiamate a svolgere funzioni proprie della pena e non siano, dunque, finalizzate ad obiettivi compensativo-riparatori¹⁸.

La qualificazione degli illeciti civili in esame quali illeciti sostanzialmente penali comporta significativi effetti sia sul piano sostanziale, sia in ambito processuale¹⁹. Dal primo punto di vista, la necessità di predeterminazione legislativa del precetto e della sanzione, in nome della certezza del diritto, ha trovato espressione nella rinnovata sensibilità "garantistica" adottata in sede di disciplina della sanzione civile punitiva: tenuto conto del "numero chiuso" di fattispecie ricomprese nel raggio di

"doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze, in RIDPP 2013, 1899 ss.

¹⁵ Sui rapporti tra fonti europee e depenalizzazione, *ex multis*, v. A. Bernardi, *Il costo 'di sistema' delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in Aa.Vv., *La 'materia penale' tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., 105 ss.

¹⁶ Sul punto, v. V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in Aa. Vv., *La 'materia penale' tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 175 ss.; F. Mazzacuva, *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della legge delega n. 67/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ss.

¹⁷ Cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 182.

¹⁸ Corte EDU, sez. IV, 20.5.2014, Nykanen c. Finlandia.

¹⁹ *Amplius*, v. F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 139 ss.

depenalizzazione, dall'intrinseca natura "penale" degli illeciti civili punitivi discende il divieto di estensione analogica. Sotto il profilo del processo, l'estensione dello statuto convenzionale implica la necessità di adattamento alle garanzie "penalistiche" previste dalla CEDU, tra cui il diritto del convenuto di essere informato dell'addebito e della responsabilità punitiva che gli potrebbe essere ascritta, nonché il diritto alla partecipazione effettiva al procedimento²⁰. Di quest'ultimo aspetto ha tenuto conto il legislatore delegato: si prevede, infatti, una causa d'inapplicabilità della sanzione pecuniaria civile, dipendente dalla peculiare modalità di notificazione di cui all'art. 143 Cpc. L'art. 8 co. 3 d.lgs. n. 7/2016, stabilisce, infatti, che, qualora l'atto introduttivo sia stato notificato nella forma stabilita dalla predetta disposizione del codice di rito in caso di persona irreperibile, il giudice non possa applicare la sanzione pecuniaria civile. Tenuto conto dell'analogia funzionale intercorrente tra sanzioni penali e sanzioni pecuniarie civili, il legislatore delegato estende all'ambito in esame il principio di garanzia — sotteso alla disciplina processual-penalistica di cui al capo III della l. n. 67/2014 (*Sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili*), secondo cui la sentenza di condanna può essere pronunciata nei soli casi in cui l'imputato abbia avuto conoscenza certa del procedimento a suo carico.

Nello stabilire che, ai fini dell'applicazione della sanzione pecuniaria civile, si osservano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili con le norme di cui al d.lgs. 7/2016 (ad es., per quel che concerne il regime probatorio applicabile), la norma di chiusura di cui all'articolo 8 co. 4 d. lgs. 7/2016 mira anche ad assicurare il rispetto delle garanzie processuali minime richieste ai fini dell'osservanza degli standard propri del c.d. "equo processo civile".

5. Alla luce della progressiva equiparazione – da parte della Corte EDU – delle garanzie estensibili all'illecito penale e all'illecito amministrativo, in punto di legalità, colpevolezza e regole processuali, si pone la necessità di verificare se e in che misura la tendenza all'omogeneizzazione dei principi e delle regole applicabili nei due ambiti punitivi sia stata recepita nell'ordinamento italiano²¹. L'evoluzione interna registra il passaggio dall'originaria tesi della spiccata autonomia e specificità del sistema sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale – fondata sul riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali (artt. 25 co. 2 e 27 Cost., in un caso; artt. 23 e 97, nell'altro) e sulla specificità del regime della sanzione amministrativa previsto dalla l.689/1981 (v., ad es., Corte cost. ord. n.159/1994) – al graduale recepimento della giurisprudenza costituzionale del paradigma di assimilazione delle garanzie

²⁰ Sui profili processuali della disciplina di cui al d.lgs. 7/2016, v. B. Lavarini, *I profili processuali dei recenti provvedimenti di depenalizzazione*, in www.archiviopenale.it, 1 e ss.

²¹ Sul punto, v. V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in Aa. Vv., *la 'materia penale' tra diritto nazionale ed europeo*, cit, 176 ss.

elaborato dalla Corte di Strasburgo²². Una volta che le norme convenzionali sono state considerate criteri di legittimità costituzionale nella veste di norme interposte²³, la Consulta ha avuto modo di estendere al diritto punitivo amministrativo alcune garanzie di matrice penalistica: emblematica, in questo senso, la sent. n.196/2010, con la quale è stata dichiarata illegittima una disposizione del codice della strada (l'art. 186 co. 2 lett. c)) che, prevedendo l'applicazione retroattiva della confisca di autoveicoli, si poneva in contrasto con l'art. 7 CEDU (e, di riflesso, con l'art.117 co. 1 Cost.), nella parte in cui la norma convenzionale stabilisce che «non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato».

Come vedremo tra breve, il quadro attuale è caratterizzato dalla graduale estensione all'ambito punitivo amministrativo di alcuni principi di garanzia previsti in "materia penale": si tratta di valutare le conseguenze che la predetta assimilazione di principi comporta sui percorsi di depenalizzazione, nonché i riflessi che la nozione 'materiale' di "illecito penale" è suscettibile di produrre sulle alternative (punitive) alla sanzione penale, sotto il profilo funzionale. *Prima facie*, si potrebbe essere indotti a ritenere che l'unitario statuto garantistico applicabile in modo 'generalizzato' in ambito punitivo finisca per mettere in discussione e ridimensionare i tradizionali confini e profili differenziali intercorrenti tra reato e illecito amministrativo (ovvero civile punitivo). Basti pensare ai problematici riflessi che l'indirizzo ermeneutico elaborato dalla Corte EDU comporta sui criteri di qualificazione dell'illecito penale e dell'illecito amministrativo: al rassicurante criterio "nominalistico" adottato nel 1930 per designare il concetto "formale" di reato e al successivo modello "sostanziale" di reato fondato, in chiave costituzionale, sull'*argumentum libertatis*, sembra sostituirsi un paradigma trasversale di "illecito penale", che pone l'interprete di fronte alla necessità di determinare le reali differenze tuttora intercorrenti tra i diversi rami del settore punitivo. In fondo, ad essere messa in discussione è la stessa *identità* della sanzione penale. Per certi versi, la ricerca di nuovi criteri di delimitazione e di qualificazione costituisce un "ritorno al passato": com'è stato osservato in dottrina, una simile esigenza era già stata percepita dalla dottrina amministrativistica in epoca antecedente all'entrata in vigore del codice penale del 1930, allorquando, in mancanza di norme – quali quelle previste agli art.17 e ss. Cp e nelle disposizioni di coordinamento di cui al r.d. 601/1931 – che rendessero immediatamente ed univocamente individuabile la sanzione (e l'illecito) penale attraverso il semplice *nomen juris*, la ricerca di criteri distintivi risultava essenziale per qualificare come

²² Sui profili di autonomia dell'illecito amministrativo, v., ad es., C. Piergallini, *Argomenti per l'"autonomia" dell'illecito amministrativo: il nodo della "lex mitior"*, in *RIDPP* 1994, 1551 ss.

²³ V. sentt. Corte cost. n. 348/2007 e n. 349/2007, in www.giurcost.org.

penale o amministrativa la “pena pecuniaria”, così genericamente indicata talora nelle leggi speciali, specie in materia tributaria”²⁴.

Nell’ambito della ricerca di nuovi criteri materiali o teleologici di differenziazione, di particolare interesse si rivela la tesi secondo cui l’indubbia omogeneità funzionale tra le diverse tipologie di sanzioni punitive non significa ancora piena identificazione funzionale²⁵: in considerazione della “complessiva mitezza della fisionomia del diritto punitivo amministrativo”, la sanzione amministrativa (a differenza della pena) non sarebbe, infatti, idonea «ad evocare le impegnative componenti *positive* della prevenzione generale e speciale, in termini rispettivamente di *orientamento culturale ai valori* e di *risocializzazione-rieducazione*»²⁶.

6. Considerato il fatto che l’illecito punitivo extra-penale viene gradualmente attratto nell’orbita penalistica e, cioè, tendenzialmente sottoposto ai medesimi standard di garanzia previsti per la sanzione penale, ci si chiede se abbia ancora senso (e se sussista ancora un reale interesse a) promuovere processi di depenalizzazione.

Sul punto, si registra una duplicità di orientamenti. Secondo una prima e più risalente impostazione, tendenzialmente critica nei confronti dell’indirizzo ‘pan-penalistico’ affermatosi a livello sovra-nazionale e sensibile alle istanze di diversificazione delle strategie punitive²⁷, l’estensione generalizzata delle garanzie penalistiche si rivelerebbe disfunzionale sul piano dell’efficienza e della effettività dei sistemi punitivi extra-penali²⁸. L’irrigidimento e il livellamento verso l’alto delle garanzie si porrebbe, cioè, in contrasto con istanze di rapidità e di efficacia di irrogazione delle sanzioni extra-penali, vanificando le esigenze di diversificazione dei

²⁴ V. G. De Vero, *Corso di diritto penale*, I, 2.ed., Torino 2012, 46.

²⁵ Secondo G. De Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 53, “la piena identificazione funzionale tra le due tipologie di sanzioni punitive finirebbe paradossalmente per rinnegare la stessa articolazione in due branche (non antitetiche ma certo) distinte della superiore categoria del diritto punitivo”.

²⁶ G. De Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 52.

²⁷ Sui significativi riflessi che “l’ampliamento del novero e della tipologia delle sanzioni” è destinato a produrre sul diritto penale, v. G.A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 13 ss.

²⁸ V. ad es., G. Vassalli, *I principii generali del diritto nell’esperienza penalistica*, in *RIDPP* 1991, 724, secondo il quale “se si vuole veramente realizzare un proficuo largo ricorso a sanzioni amministrative in luogo di quelle penali, occorre anche una certa cautela prima di asserire l’estensione di tutte le garanzie proprie del diritto penale al diritto punitivo amministrativo. Non esiste solo il rischio tante volte sottolineato della “truffa delle etichette”; bisogna anche considerare quello attinente ad una totale perdita di funzionamento del sistema nel suo complesso”; nel senso che la maggior efficienza della sanzione amministrativa dipenderebbe dal discostamento della relativa disciplina sostanziale e processuale dai fondamentali principi penalistici, v. F. Palazzo, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e amministrative*, in *IP* 1986, 54 ss., il quale ritiene inopportuno estendere *tout court* lo statuto penalistico alla disciplina dell’illecito amministrativo.

sistemi sanzionatori e di semplificazione e celerità dell'accertamento della responsabilità. Da qui la tendenziale resistenza ad ammettere che, nonostante il loro carattere sostanzialmente penale, i canoni di legalità e di colpevolezza previsti in ambito amministrativo possano assumere rango costituzionale²⁹.

Di diverso parere sono, invece, coloro i quali ritengono che il mantenimento di statuti normativi differenziati incrementi i rischi di elusione e di aggiramento delle garanzie correlate alla “materia penale”, ovvero la creazione, attraverso mirati interventi di depenalizzazione, di aree impermeabili ai principi di garanzia di fonte convenzionale³⁰. Secondo l'impostazione in esame, l'operatività dei principi di legalità/riconoscibilità e di colpevolezza non sarebbe “negoziabile” «con l'esigenza di diversificazione (e mitigazione) dei sistemi sanzionatori – la quale non può che essere orientata dai canoni di *razionalità*, di *proporzione* e di *umanizzazione* del sistema penale –, anche perché altrimenti si accetterebbe un inaccettabile rischio di proliferazione di discipline punitive dettata da esigenze di “fuga” dalle garanzie, quasi a delineare una “zona franca” per un nuovo *diritto di polizia*»³¹. La necessità di piattaforme disciplinari comuni non farebbe venir meno l'interesse alla depenalizzazione, in quanto l'equiparazione dei livelli di garanzia non osterebbe alla differenziazione dei criteri di accertamento della responsabilità, finalizzata ad assicurare una maggiore efficacia e celerità nell'applicazione delle sanzioni amministrative.

Se il processo di omogeneizzazione degli standard di garanzia non equivale ancora alla totale assimilazione dei settori punitivi, si tratta allora di individuare il margine di scostamento, il limite all'interno del quale sono tuttora ammissibili differenziazioni di disciplina sotto il profilo sostanziale e processuale. Secondo una condivisibile opinione dottrinale, alla tendenziale omogeneità di principi di garanzia e di disciplina dovrebbe corrispondere una certa divaricazione, per rendere ragione della creazione di un sistema punitivo amministrativo «autonomo, anche se parallelo rispetto a quello penale classico»: in caso contrario, «la compresenza di due sistemi punitivi distinti ma identici quanto a principi e a disciplina si risolverebbe esclusivamente in una ripartizione di competenze tra organi giurisdizionali e organi amministrativi di una materia sostanzialmente unitaria»³².

7. Per comprendere quale sia il limite di legittimo “scostamento”, non si può prescindere dalle significative prese di posizione della Corte costituzionale in ordine

²⁹ Cfr. C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano 1988, 135 ss. e 149 ss.,

³⁰ F. Mazzacuva, *L'incidenza della definizione “convenzionale” di pena*, cit., 13 ss.

³¹ F. Mazzacuva, *L'incidenza della definizione “Convenzionale” di pena*, cit., 14.

³² F. Palazzo, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino 2016, 49 s.

al peso che deve essere attribuito in ambito interno al regime garantistico di fonte convenzionale fondato sulla nozione sostanziale di “materia penale”. Uno sguardo ad alcune recenti pronunzie della Consulta sui rapporti tra legalità penale e sanzioni amministrative consente, in effetti, di rilevare il fatto che, nel fronteggiare i rischi della c.d. “pan-penalizzazione” del diritto punitivo, si tende ad evitare di riconoscere l’automatica estensibilità alle sanzioni amministrative dei tradizionali principi di garanzia di matrice penalistica³³.

Rimanendo alle pronunzie più recenti, di particolare interesse si rivela la nota sent. n. 49/2015 (c.d. caso Varvara)³⁴, in tema di “confisca senza condanna” (confisca di terreni abusivamente lottizzati): sottolineata l’autonomia che caratterizza il settore penale rispetto a quello amministrativo, la Corte cost. tende a porre un freno alla dilatazione dell’accezione sostanziale di “materia penale”. Al fine di preservare l’integrità e l’identità della nozione formale di pena, vengono ribadite e puntualizzate le differenze e le distanze che intercorrono tra i due modelli punitivi (ad es., per quel che concerne il *quantum* di afflittività e le modalità di applicazione), escludendo indebite forme di livellamento o appiattimento delle due tipologie sanzionatorie³⁵.

Di tenore non dissimile si rivela la sent. n.193/2016, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell’art.1 l.689/1981, per contrasto con gli artt. 117 co. 1 Cost., in relazione agli artt. 7 CEDU e 3 Cost., nella parte in cui la disposizione citata non prevede l’applicazione della legge successiva più favorevole all’autore di illeciti amministrativi³⁶. Prendendo posizione sull’applicabilità retroattiva della legge amministrativa più favorevole, viene affermata l’insussistenza di un vincolo convenzionale che imponga l’applicazione retrospettiva e in via generalizzata della *lex mitior* in ambito amministrativo: ciò che alla Corte cost. preme sottolineare è soprattutto l’impossibilità di adottare soluzioni generalizzate e indistinte, applicabili in forma sistematica, senza tenere conto della peculiarità delle singole previsioni

³³ Sulle garanzie dell’illecito para-penale nell’ordinamento italiano, v. F. Mazzacava, *Le pene nascoste*, cit., 106 ss.

³⁴ Corte cost. sent. n.49/2015, in www.giurcost.org; sui riflessi di tale fondamentale pronunzia, v. le osservazioni di G.A. De Francesco, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell’integrazione europea*, in www.la legislazione penale.eu, 14 ss.

³⁵ Per ulteriori approfondimenti, v. Manes, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *CP 2015*, 2204 ss.; D. Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; per una sintesi del dibattito dottrinale, v. M. Colacurci, *La nozione di “materia penale” nella sentenza n. 49/2015 della corte costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, in *CP 2015*, 794 ss.

³⁶ Corte cost. sent. n. 193/2016, in www.giurcost.org; in dottrina, v. A. Chibelli, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in *DPenCont 3/2016*, 247 ss.; P. Provenzano, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *DPenCont 3/2016*, 270 ss.

sanzionatorie. È in questo contesto che deve essere considerata l'apertura della Consulta alla possibilità, da valutare caso per caso, che singole disposizioni sanzionatorie, più favorevoli all'autore dell'illecito, siano applicate retroattivamente qualora, in virtù dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo, le medesime siano riconducibili all'ambito della "materia penale".

In tal modo, se il principio della retroattività della *lex mitior* assume nel settore formalmente penale il valore di principio di rango costituzionale, a conclusioni diverse e più flessibili sembrerebbe doversi giungere per quanto riguarda l'ambito amministrativo: qui il predetto principio dovrebbe essere di volta in volta temperato e bilanciato con contrapposte esigenze, secondo una valutazione discrezionale rimessa al legislatore interno.

La tesi dell'autonomia dell'illecito amministrativo e della diversità e separazione tra ordinamento convenzionale e ordinamento nazionale, è stata in seguito ribadita dalla sent. n. 43/2017. La Corte cost. era stata chiamata a valutare la conformità costituzionale dell'art.30 co. 4 l.87/1953 (secondo cui quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali), nella parte in cui trova applicazione alle sentenze irrevocabili con cui è stata applicata una sanzione formalmente amministrativa, ma qualificabile come "penale" ai sensi del diritto convenzionale. La Corte cost. ha ritenuto infondata la predetta questione – sollevata in riferimento all'art. 117 co. 1 Cost. (in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, 25 co. 2 e 3 Cost.) – sul presupposto secondo cui la riconducibilità di una sanzione amministrativa alla nozione convenzionale di "materia penale" assumerebbe rilievo soltanto in rapporto all'estensibilità delle garanzie contemplate nella Convenzione stessa, senza incidere sul principio di intangibilità del giudicato, nel caso di sanzioni amministrative applicate sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime. Nel sottolineare il fatto che l'attrazione di una sanzione amministrativa nella nozione di "materia penale" «trascina con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione», la Consulta precisa che «rimane nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale»³⁷. Alla base di tale impostazione – discrezionalità del legislatore in

³⁷ Corte cost. sent. n. 43/2017, in www.giurcost.org; in dottrina, in riferimento alla nozione 'sostanziale' di sanzione penale, v. L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 8 ss.; v., altresì, A. Chibelli, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, e di M.C. Ubiali, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte Costituzionale resta fermo il giudicato*, entrambi in www.penalecontemporaneo.it; D. Di Girolamo, *La Corte Costituzionale si pronuncia su sanzioni amministrative e principio di retroattività della lex mitior*, in www.giurisprudenzapenale.com.

ordine alla qualificazione delle violazioni e alla determinazione dell'ambito applicativo di garanzie extra-convenzionali – si pone la distinzione di fondo tra due declinazioni – quella europea e quella nazionale – di “illecito penale”: «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura “penale”, deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la “materia penale”; mentre ciò che è “penale” per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna»³⁸.

7.1. Di particolare interesse, nell'ottica della relazione tra sanzioni amministrative e principio di legalità di cui all'art.25 co. 2 Cost., si rivelano, altresì, alcune recenti decisioni della Corte cost. aventi ad oggetto questioni di legittimità costituzionale della disciplina transitoria che preveda la retroattività di sanzioni amministrative, che si sostituiscano funzionalmente a precedenti sanzioni formalmente penali. Al centro dell'attenzione si pone la nota tendenza legislativa a introdurre nelle leggi di depenalizzazione specifiche norme transitorie che – onde evitare che i fatti commessi in epoca antecedente alla degradazione del reato ad illecito amministrativo (e non ancora giudicati con sentenza definitiva) rimangano privi di sanzione³⁹ – stabiliscono, per l'appunto, l'applicazione retroattiva delle nuove sanzioni amministrative⁴⁰.

In tale prospettiva, assume, in primo luogo, rilievo la sent. n.68/2017, con cui la Corte cost. si confronta con il profilo della comparazione di afflittività tra sanzione penale e sanzione amministrativa (suscettibile di rientrare nella nozione convenzionale di “materia penale”) operata dal legislatore sul piano del diritto intertemporale⁴¹. Nel valutare la questione di legittimità costituzionale dell'art.9 co. 6 l.62/2005 – norma transitoria che prevede l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente di cui all'art.187-sexies TuIntFin ai fatti commessi prima del 2005 e da allora depenalizzati – la Corte cost. si confronta con la presunzione di maggior favore della nuova disciplina sanzionatoria di carattere amministrativo rispetto alla precedente pena: secondo la Consulta, l'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa della confisca, non prevista al momento del fatto, non sarebbe in contraddizione con l'art. 25 co. 2 Cost. e con l'art. 7 CEDU, qualora la predetta misura non risulti più afflittiva rispetto al regime vigente al momento del fatto.

³⁸ Corte cost. sent. n.43/2017, *cit.*

³⁹ Nel senso che, in assenza di disposizioni transitorie, l'infrazione commessa non sia più sanzionabile, nemmeno a livello amministrativo, se successivamente depenalizzato, v. Cass. S.U. 29.3.2012, n.25457, in www.dejure.it.

⁴⁰ Sulla previsione della retroattività *in mitius* della legge punitiva amministrativa, v., ad es., gli artt. 100 e ss. d.lgs. n. 507/1999.

⁴¹ Corte cost. sent. n.68/2017, in www.giurcost.org; in dottrina, v. F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in www.penalecontemporaneo.it.

Della legittimità costituzionale della disciplina transitoria – introdotta dal legislatore in sede di depenalizzazione che preveda l'applicazione retroattiva delle nuove sanzioni amministrative agli illeciti depenalizzati (e non ancora giudicati con sentenza irrevocabile) – si occupa, altresì, la sent. n.109/2017⁴². Nel caso di specie, il reato oggetto di depenalizzazione era quello previsto all'art.2 co.1-*bis* d.l. 463/1983, conv. in l. 638/1983 (omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali): sul presupposto secondo cui il nuovo illecito amministrativo assumerebbe natura sostanzialmente “penale”, il giudice *a quo* riteneva che la previsione – ad opera dell'art.8 d.lgs. 8/2016 – dell'applicazione retroattiva della disciplina sanzionatoria amministrativa, si ponesse in contrasto con l'art. 25 co. 2 Cost. Dopo aver stabilito che le sanzioni amministrative sostitutive delle originarie sanzioni penali si applichino «anche alle violazioni anteriormente commesse alla data di entrata in vigore del decreto» (art.8 co. 1 d.lgs. 8/2016), il legislatore delegato prevede che «ai fatti commessi prima della data di entrata in vigore del presente decreto non può essere applicata una sanzione amministrativa pecuniaria per un importo superiore al massimo della pena originariamente inflitta per il reato, tenuto conto del criterio di ragguaglio di cui all'art.135 del codice penale» (art. 8 co. 3 d.lgs. 8/2016)⁴³. Tenuto conto dell'omogeneità funzionale e dell'assimilazione sostanziale – sotto il profilo delle garanzie in tema di legalità – dell'illecito amministrativo all'illecito penale, nel comune alveo della c.d. “*materia penale*”⁴⁴, si è, dunque, ritenuto che l'intervento di depenalizzazione di cui al d.lgs. 8/2016 dia sostanzialmente luogo ad una sostanziale *successione di leggi*, qualificata dalla retroattività di una disciplina (amministrativa) più favorevole rispetto a quella (di natura penale) prevista al momento del fatto, in linea con i principi costituzionali e convenzionali in materia di legalità. Al fine di garantire il principio del *favor rei* si esclude, però, l'applicazione retroattiva della nuova sanzione pecuniaria amministrativa nel caso in cui quest'ultima risulti irrogata in un ammontare superiore al massimo di quella originaria.

Nel giudicare inammissibile la questione sollevata, la Corte cost. censura il metodo seguito dal giudice remittente il quale utilizza i parametri elaborati dalla Corte EDU «sia per sottolineare la “vera” natura della sanzione, sia per dimostrare l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 25 co.2 Cost., della disposizione che sancisce l'applicazione retroattiva della sanzione stessa». Secondo la Consulta, i

⁴² Corte cost. sent. n. 109/2017, in www.giurcost.org; in dottrina, v. F. Viganò, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.

⁴³ La seconda parte dell'art.8 co. 3 d.lgs. 8/2016 prevede che a tali fatti non si applichino le sanzioni amministrative accessorie introdotte dal decreto, salvo che le stesse sostituiscano corrispondenti pene accessorie.

⁴⁴ V. Corte cost., sent. n.104/2014, in www.giurcost.org, in riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

criteri “sostanziali” utilizzati dalla Corte di Strasburgo per evitare “truffe delle etichette” (ossia la sottrazione – mediante interventi strumentali di depenalizzazione – di determinati illeciti alle garanzie previste dalla CEDU), finirebbero per essere impropriamente impiegati dal giudice rimettente per svilire «l’ ‘autoqualificazione’ legislativa della sanzione come puramente nominale», trascurando «un preciso dato testuale, parte di una complessiva e discrezionale scelta legislativa di depenalizzazione». In definitiva, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sarebbe utilizzata dal giudice *a quo* «per ricondurre nuovamente l’illecito amministrativo nel campo “sostanzialmente penale”, allo scopo di ottenere l’applicazione, ad esso, dei presidi che la Costituzione italiana assicura alle sanzioni (formalmente) penali: l’art. 25 co. 2 Cost. (nel suo complessivo significato) ed anche l’art. 27 Cost.», non tenendo conto del costante orientamento della Corte volto ad affermare la pertinenza esclusiva di tali principi di garanzia alle sole sanzioni formalmente penali⁴⁵.

Secondo la Consulta, «“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». In tal modo viene riproposto il *Leitmotiv* delle sentenze sinora sinteticamente passate in rassegna: l’illecito amministrativo è distinto dal reato con ampia discrezionalità e la sua qualificazione come sostanzialmente “penale” ai fini dell’applicazione delle garanzie di cui alla CEDU non comporta l’attrazione del diritto penale dello Stato aderente, né la saldatura tra il concetto “nazionale” e il concetto “europeo” di penalità.

I due piani non devono e non possono essere confusi o sovrapposti, se non si vuole correre il rischio di incorrere in una grave e indebita distorsione teleologica: l’impiego dei parametri sostanziali di qualificazione “penale” della sanzione al fine di applicare non le sole garanzie convenzionali, bensì le «ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé vevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l’ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri»⁴⁶.

8. L’illecito punitivo si presta, dunque, ad essere considerato e definito secondo due distinte prospettive di qualificazione, evidenziate in dottrina: dal punto di vista *formale*, in base al *nomen iuris* della tipologia di sanzione prevista a livello legislativo,

⁴⁵ Corte cost. sent. n.109/2017, *cit.*, secondo cui “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”.

⁴⁶ Sui rischi della c.d. depenalizzazione apparente, v. P. Nuvoletto, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *RIDPP* 1968, 63.

al fine della determinazione della disciplina applicabile sul piano sostanziale e processuale; dal punto di vista *sostanziale*, in riferimento alla nozione di “materia penale”, avuto riguardo alle minime garanzie di carattere costituzionale e convenzionale estensibili all’illecito punitivo in sé⁴⁷. Pur presentando reciproche interferenze e interconnessioni, i due criteri di qualificazione mantengono, in linea di principio, un proprio autonomo raggio teleologico-funzionale, tale da scongiurare il rischio che l’illecito depenalizzato possa essere indebitamente “ri-qualificato”, di fatto riconvertito, in “illecito penale” in senso formale, con il conseguente automatico “trascinamento” in ambito extra-penale dei principi e delle regole proprie del diritto penale in senso stretto. D’altro canto, come è stato rilevato in dottrina, la stessa Corte europea ha «ancora recentemente ammesso una certa ‘graduazione’ del livello di garanzie fondamentali all’interno della materia penale, per cui al diritto penale ‘in senso stretto’ dovrebbe essere riservato uno *standard* garantistico più elevato rispetto al diritto punitivo ‘non penale’», con la conseguente possibilità di distinguere tra uno *standard* garantistico più elevato e approfondito da riservare al diritto penale in senso stretto e un approccio meno rigoroso e stringente allorquando si tratti di sanzioni punitive non formalmente qualificabili come ‘penali’⁴⁸.

Chi teme che l’irrigidimento e il livellamento delle garanzie in ambito punitivo possa determinare la sostanziale neutralizzazione delle scelte di depenalizzazione operate dal legislatore, nel quadro di una complessiva “pan-penalizzazione” del diritto punitivo, non tiene conto del fatto che, ferma la necessità di osservare e far rispettare una piattaforma di principi di garanzia comune agli illeciti punitivi comunque formalmente qualificati, il legislatore interno rimane tendenzialmente libero di ricorrere ad alternative amministrative o civili di tutela, funzionali ad esigenze di semplificazione dell’accertamento e di razionalizzazione procedurale⁴⁹.

È, infatti, sul versante processuale o procedimentale che i profili differenziali tra diritto penale e le ulteriori tecniche di controllo sociale assumono la maggiore

⁴⁷ F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: Legalità ‘costituzionale’ vs. Legalità ‘convenzionale’?*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.

⁴⁸ V. M. Scoletta, *Materia penale e retroattività favorevole: il ‘caso’ delle sanzioni amministrative*, in G COST 2016, 1401 ss., in riferimento a Corte EDU, 15.11.2016, A e B c. Norvegia, §133 e, ancor prima, Corte EDU 23.11.2006, Jussila v. Finlandia, § 43; secondo F. Viganò, *Il nullum crimen conteso, cit.*, 21, si viene a delineare un regime di tutela a cerchi concentrici: 1) un nucleo minimo rappresentato dall’*hard core* del diritto penale – corrispondente ai *mala in se* e comunque ai reati di maggiore gravità, per i quali si profila sempre all’orizzonte la pena detentiva –, rispetto ai quali dovrebbero essere sempre assicurate nella loro massima estensione le garanzie processuali riconosciute dalla CEDU e dai suoi protocolli; 2) un insieme esterno invece costituito dai *mala quia prohibita*, comprendenti sia i reati meno gravi (sanzionati con pene diverse da quella privativa della libertà personale), sia gli illeciti solo ‘sostanzialmente’, ma non ‘formalmente’ penali, in cui quelle stesse garanzie dovrebbero essere assicurate in modo meno stringente.

⁴⁹ F. Viganò, *Il nullum crimen conteso, cit.*, 22.

evidenza e problematicità: se le differenze in punto di afflittività tendono ad assumere sempre più carattere relativo e contingente, quelle relative al regime processuale individuano il profilo di maggiore distanza tra i diversi comparti punitivi. Che il piano delle tutele processuali rappresenti il momento cruciale è confermato dal fatto che le riserve e le preoccupazioni manifestate nei confronti della anzidetta tendenza alla pan-penalizzazione del diritto punitivo hanno ad oggetto, soprattutto, la sfera processuale e, in particolare, l'esigenza di salvaguardare istanze di deflazione e semplificazione dei moduli di accertamento dell'illecito punitivo. Se il più rilevante profilo differenziale tra disciplina degli illeciti penali e degli illeciti amministrativi punitivi deve essere individuato nelle procedure di accertamento e di irrogazione delle sanzioni, è, dunque, in quest'ambito che la tensione tra esigenze di funzionalità e garanzie individuali assume la maggiore criticità ed attualità.

Un'eventuale omogeneizzazione – in nome e a garanzia del “giusto processo” – dei giudizi penale, civile ed amministrativo, sotto il profilo dei metodi di accertamento e delle regole di giudizio, ridurrebbe le discrasie e le persistenti differenze, accentuando il carattere di complessiva fungibilità tra i diversi binari sanzionatori, quali comparti equi-ordinati di un sistema unitario, strutturato in senso orizzontale.

A questo proposito, occorre rilevare come il livello di “mobilità” delle garanzie assuma caratteri diversi a seconda che si tratti di discipline sostanziali o di statuti processuali: se nel primo caso, l'estensione dei principi minimi di garanzia non fa venir meno l'identità e l'essenza della sanzione, viceversa l'omogeneizzazione e la parificazione delle cautele processuali (si pensi, ad es., al dibattuto profilo in ordine all'applicabilità delle garanzie del giusto processo all'intero procedimento amministrativo oppure alla sola fase giurisdizionale di opposizione) rischiano di snaturare la fisionomia dei procedimenti extrapenalici, in chiara antitesi con le pressanti esigenze di deflazione e di recupero dell'*extrema ratio* che assillano il settore penale. In definitiva, la tendenza alla “penalizzazione” delle cautele processuali si risolve nella riduzione delle alternative alla tutela penale e, di riflesso, nella disincentivazione fattuale delle politiche di depenalizzazione.

Per queste ragioni, si reputa preferibile che, assicurate cautele minime di carattere “nucleare”, tra le forme procedurali permangano varianti e dislivelli in punto di garanzie: dall'ammissibilità di margini di scostamento dell'equo processo civile e dell'equo processo amministrativo rispetto al “giusto processo” penale, sembrano dipendere, infatti, gli spazi e le prospettive di nuovi interventi di depenalizzazione.

9. La valutazione dei processi di depenalizzazione nel quadro del c.d. ordinamento multilivello non può essere limitata alla considerazione dei complessi e articolati condizionamenti esercitati dagli strumenti sovra-nazionali di tutela dei diritti fondamentali. I margini di discrezionalità del legislatore in sede di depenalizzazione in astratto possono, infatti, subire un'ulteriore restrizione (o, comunque, un ridimensionamento) per effetto di obblighi internazionali o sovra-nazionali di tutela penale che vincolino il legislatore interno a ricorrere all'intervento penale. Volgendo, ad es., l'attenzione al diritto U.E., è possibile apprezzare l'ambivalenza dei relativi *input* normativi: da un lato, si valorizza il principio dell'*extrema ratio*, dall'altro, ci si richiama ai principi di proporzionalità e di effettività della tutela, in chiave prettamente retributiva e funzionalistica. Da quest'ultimo punto di vista, gli obblighi coattivi di criminalizzazione di fonte europea si rivelano idonei ad erodere il tradizionale monopolio del legislatore interno in ordine alla scelta delle tecniche di tutela, riducendone la discrezionalità⁵⁰. Come è stato rilevato in dottrina, la forza espansiva della politica criminale europea è tale da mettere in discussione i fondamentali parametri sui quali il diritto penale di matrice liberal-garantistica fonda la regolazione dei modi e delle condizioni di intervento del diritto penale: i principi di proporzionalità e di sussidiarietà⁵¹. Gli impulsi di criminalizzazione di fonte europea rischiano, cioè, di fomentare il ricorso al diritto penale quale prima ed unica *ratio*, a prescindere dalla verifica della necessità e dell'utilità di tale opzione politico-criminale, con automatismi repressivi ispirati a presunzioni di efficacia, proporzionalità e dissuasività, che trovano espressione, in definitiva, nella primazia delle fonti sovra-nazionali e internazionali e, di riflesso, negli artt. 11 e 117 Cost.⁵². In questo senso, l'obbligo di conformarsi ai vincoli di tutela penale può rappresentare un'ulteriore disincentivazione o, comunque, una limitazione all'implementazione di processi di depenalizzazione in astratto, favorendo il ricorso a tecniche di degradazione dell'illecito penale che non "intacchino" il profilo formale di "illecito penale" e che, al contempo, si rivelino funzionali ad obiettivi di selezione e di deflazione.

10. Se, alla luce delle dinamiche e degli sviluppi poc'anzi delineati, si tornassero a considerare i fecondi canoni di politica criminale che la circolare della Presidenza del

⁵⁰ Sul punto, v. C. E. Paliero, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Crim* 2012, 110; sui nessi tra deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte U.E., v. A. Gullo, *Deflazione e obblighi di depenalizzazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.

⁵¹ V. S. Manacorda, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in Aa. Vv., *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli 2015, 151 ss.

⁵² A. Gullo, *Deflazione e obblighi di depenalizzazione*, cit., 19 ss.; 22 ss.

Consiglio dei Ministri del 19.12.1983 aveva posto alla base della scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, ci accorgeremmo che, dal punto di vista metodologico, i criteri orientativi ivi contemplati in chiave assiologica mantengono tuttora intatto il loro valore euristico, sia pur in un quadro di maggiore complessità e discrezionalità valutativa. Nell'applicazione dei principi di proporzione e di sussidiarietà, oggi si dovrebbe, infatti, tenere conto sia della diversificazione delle alternative punitive, con la significativa aggiunta del 'terzo' binario sanzionatorio di cui al d.lgs. 7/2016, sia dei crescenti vincoli di tutela penale di fonte sovra-nazionale, sia – e soprattutto – dei delicati e cangianti riflessi del problematico confronto tra dimensione formale e dimensione sostanziale-convenzionale dell'illecito penale, avuto riguardo, in particolare, all'ambito delle garanzie processuali. *At last but not least*, si pone l'ulteriore e delicato profilo rappresentato dal crescente rilievo assunto dal *ne bis in idem* in ambito sostanziale e processuale: un aspetto problematico, in varia guisa connaturato alle tematiche in esame, che appare sempre più proiettato verso criteri di risoluzione orientati alla valutazione della proporzionalità della risposta punitiva⁵³.

La tendenza del sistema penale ad irradiare in altri quadranti di tutela le proprie tecniche di imputazione della responsabilità ovvero le proprie forme processuali finisce per incidere riduttivamente sulla complessiva specificità ed identità della penalità, con la conseguente necessità di elaborare nuovi criteri di qualificazione, in grado di rivitalizzare e di aggiornare il metodo politico-criminale fondato sul binomio proporzione-sussidiarietà e di garantire adeguati spazi ed effettivi margini di depenalizzazione. Spazi e margini che il legislatore potrebbe essere indotto a ricercare in altre direzioni, sperimentando inedite tecniche punitive, così come è avvenuto nel caso degli illeciti civili punitivi.

⁵³ *Ex multis*, v. G.A. De Francesco, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, cit., 1 ss.; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., 287 ss.