



Università di Foggia

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea in Giurisprudenza

Tesi di Laurea in Diritto Penale II

**L'illecito penale - amministrativo tra
disciplina interna e influenze
convenzionali**

Relatrice: Prof.ssa Ombretta Di Giovine

Laureando: Daniele Labianca

Anno Accademico 2014/2015

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE

I

PARTE PRIMA LA FISIONOMIA DEL “PRIMO ILLECITO AMMINISTRATIVO”

CAPITOLO I DEFINIZIONE DI SANZIONE AMMINISTRATIVA E RAPPORTI CON LA SANZIONE PENALE

1.1. Premessa metodologica.....	2
1.2. L’illecito amministrativo. La definizione di sanzione in generale e le specificità della nozione di sanzione amministrativa.....	3
2.1. Definizione di sanzione amministrativa.....	6
2.2. La nozione di sanzione amministrativa nella riflessione dottrinale.....	7
3.1. Sanzione penale e sanzione amministrativa.....	13
3.1.1. L’elaborazione dottrinale.....	14
3.1.2. I criteri materiali (o sostanziali o intrinseci).....	15
3.1.3. I criteri formali o estrinseci.....	17

CAPITOLO II
**RICOGNIZIONE DELL'EVOLUZIONE DELLA DEPENALIZZAZIONE
IN ITALIA FINO ALLA LEGGE N. 689 DEL 1981**

SEZIONE I
IPERTROFIA PENALISTICA, CRISI DEL DIRITTO PENALE E
FUNZIONAMENTO DEI MECCANISMI DI DEFLAZIONE

1. Premessa. Il nesso tra depenalizzazione e sanzione amministrativa all'origine della figura dell'illecito amministrativo	
1.1. Definizioni e terminologia.....	22
1.2. Problemi classificatori all'interno della categoria della depenalizzazione.....	25
1.3. Depenalizzazione in astratto e depenalizzazione in concreto.....	26
1.4. Depenalizzazione <i>de iure</i> e depenalizzazione <i>de facto</i>	26
1.5. Depenalizzazione e decriminalizzazione. Una prima conclusione terminologica.....	27
1.6. Illeciti depenalizzati e illeciti <i>ab origine</i> amministrativi.....	29
2. Le ragioni della depenalizzazione	
2.1. Genesi storica dell'ipertrofia penalistica. Dalla nascita dello Stato liberale alla diffusa criminalizzazione delle cd. <i>bagatelle</i> nel XX secolo.....	31
2.2. La tendenza all'incriminazione diffusa delle cd. <i>bagatelle</i> e la crescita della legislazione speciale come causa dei fenomeni di depenalizzazione.....	38
3. Gli effetti dell'ipertrofia penalistica sul piano sostanziale e sul piano processuale	
3.1. Il piano sostanziale.....	42
3.2. Il piano processuale.....	45
4. Modelli e tendenze della deflazione penalistica	

4.1. Premessa.....	47
4.2. La decarcerizzazione.....	48
4.3. La deprocessualizzazione.....	49
4.4. La depenalizzazione.....	51
5. Le manifestazioni concrete della politica di depenalizzazione	
5.1. La fiscalizzazione.....	52
5.2. La medicalizzazione.....	55
5.3. La secolarizzazione.....	57
5.4. La privatizzazione.....	58
5.5. Conclusioni sulle concrete modalità d'intervento della depenalizzazione.....	61

SEZIONE II

LA DEPENALIZZAZIONE AMMINISTRATIVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Premessa. Gli interventi di depenalizzazione del 1969 e del 1975. La mancanza di razionalità legislativa e gli (insoddisfacenti) obiettivi raggiunti.....	63
1.1. La legge 3 maggio 1967, n. 317.....	65
1.2. La legge 9 ottobre 1967, n. 950.....	67
1.3. La legge 24 dicembre 1975, n. 706.....	67
1.4. Incongruenze e ridotto ambito applicativo delle prime leggi di depenalizzazione.....	70
1.5. Conclusioni sugli interventi depenalizzativi precedenti la legge n. 689 del 1981.	71

2. La legge 24 novembre 1981 n. 689: prima codificazione in Italia del cd. diritto <i>penale-amministrativo</i>	
2.1. La necessità di un intervento codificatore della cd. parte generale dell'illecito amministrativo. La natura dell'illecito amministrativo prima della legge n. 689 del 1981.....	76
2.2. L'illecito amministrativo come realizzazione dei principi di sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale.....	77
2.3. Gli obiettivi della legge di riforma.....	80
2.4. L' <i>iter</i> di approvazione del testo legislativo.....	81
2.5. Le fattispecie depenalizzate. Estensioni ed esclusioni dall'ambito della depenalizzazione.....	83
2.6. La disciplina organica dell'illecito amministrativo depenalizzato e della sanzione amministrativa.....	84
2.7. Le finalità dell'illecito amministrativo nella legge n. 689 del 1981, tra modello civilistico-risarcitorio e modello penalistico-punitivo.....	85
3. Commento ai “Principi generali” dell'illecito amministrativo (articoli 1 - 12, l. 24 novembre 1981, n. 689).	
3.1. Premessa.....	89
3.2. Il principio di legalità.....	90
3.2.1. La riserva di legge.....	90
3.2.2. Il principio d'irretroattività.....	91
3.2.3. Il divieto di analogia e il principio di determinatezza.....	93
3.3. La disciplina dell'imputabilità.....	94
3.4. L'elemento soggettivo nell'illecito amministrativo.....	96
3.4.1. L'accertamento della responsabilità.....	97
3.4.2. La disciplina dell'errore.....	99
3.5. Le cause di esclusione della responsabilità.....	101
3.6. Il concorso di persone nell'illecito amministrativo.....	103
3.7. Le ipotesi di responsabilità solidale.....	105
3.7.1. Le fattispecie previste dal primo comma.....	107
3.7.2. Le fattispecie previste dal secondo comma.....	108

3.7.3. Il terzo comma. La responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato.....	109
3.8. L'intrasmissibilità dell'obbligazione.....	111
3.9. Il concorso formale d'illeciti amministrativi.....	113
3.9.1. Il primo comma.....	113
3.9.2. Il concorso materiale d'illeciti amministrativi.....	114
3.9.3. L'illecito amministrativo continuato.....	114
3.10. La cd. "recidiva amministrativa".....	116
3.11. Il principio di specialità.....	120
3.11.1. La scelta del principio di specialità quale criterio di regolamentazione dei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo.....	122
3.11.2. Il concorso apparente di norme: presupposti per la sua configurabilità.....	123
3.11.3. Le acquisizioni di dottrina e giurisprudenza sull'articolo 9. In particolare, gli orientamenti della Cassazione sul concorso d'illeciti penale e illeciti amministrativi.....	124
3.11.4. Il secondo comma. Il concorso tra norme penali e norme amministrative regionali.	128
3.11.5. Le deroghe al principio di specialità. La disciplina degli alimenti e, in particolare, il settore degli abusi di mercato.....	131
3.11.6. Conclusioni sul principio di specialità.....	133
3.12. La commisurazione della sanzione amministrativa pecuniaria.....	135
3.13. L'ambito di applicazione della legge 24 novembre 1981, n. 689.....	138
3.13.1. Le varie tipologie di sanzioni amministrative.....	139
3.13.2. Esclusioni dall'ambito di applicazione della legge.....	140
4. I principi procedurali - processuali	
4.1. La Sezione II del Capo I della legge n. 689 del 1981.....	142
5. Profili di diritto intertemporale	
5.1. La disciplina delle violazioni commesse anteriormente	

all'entrata in vigore della legge 24 novembre 1989, n. 681.....	144
6. Profili comparatistici. Cenni al sistema tedesco delle <i>Ordnungswidrigkeiten</i>	
6.1. Nozione di <i>Ordnungswidrigkeiten</i>	147
6.2. Evoluzione storica.....	148
6.3. Il sistema delle fonti.....	150
6.4. Cenni sulla struttura dell' <i>Ordnungswidrigkeit</i>	150
6.5. Il modello delle <i>Ordnungswidrigkeiten</i> come riferimento per i legislatori europei continentali.....	152

PARTE SECONDA

IL “NUOVO” ILLECITO AMMINISTRATIVO

CAPITOLO III

GLI INTERVENTI LEGISLATIVI SUCCESSIVI ALLA LEGGE N. 689 DEL 1981

1. La scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa dopo la legge n. 689 del 1981.....	155
1.1. I criteri generali della depenalizzazione di delitti e contravvenzioni. Un'importante Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri.....	156
2. Gli sviluppi legislativi della depenalizzazione dopo la legge 24 novembre 1981, n. 689, di “Modifiche al sistema penale”	
2.1. Premessa.....	163
2.2. La legge 28 dicembre 1993, n. 561.....	164
2.3. La legge-delega 28 dicembre 1993, n. 562 e il D.Lgs. 13 luglio 1994, n. 480.....	165

2.4. La legge-delega 6 dicembre 1993, n. 499 e i successivi decreti legislativi delegati.....	165
2.5. La depenalizzazione degli illeciti in materia tributaria.....	167
2.6. La depenalizzazione del 1999.....	169
2.6.1. Profili strutturali della legge n. 205 del 1999. Meccanismi di depenalizzazione, ambito della riforma, criteri orientativi della deflazione penale.....	170
2.6.2. Gli interventi riguardanti le fattispecie codicistiche.....	173
2.6.3. Le modifiche alla legge n. 689 del 1981.....	174
2.6.4. La riforma degli illeciti penali tributari.....	174
2.6.5. Le problematiche connesse all'intervento depenalizzativo del 1999. La particolare afflittività delle sanzioni amministrative ivi previste.....	176
2.6.6. Conclusioni sulla depenalizzazione degli anni 1999-2000.....	179
2.7. La depenalizzazione del 2014. Tra illecito amministrativo e illecito civile	
2.7.1. L'articolo 1 della legge - delega e la riforma delle pene detentive non carcerarie.....	183
2.7.2. L'articolo 2 della legge - delega. La riforma del sistema sanzionatorio e la depenalizzazione.....	185
2.7.3. La previsione di sanzioni civili pecuniarie a seguito dell'abrogazione di alcune fattispecie codicistiche.....	189
2.7.4. Considerazioni conclusive sull'introduzione delle nuove sanzioni civili pecuniarie nell'ordinamento italiano.....	194
2.8. Un'ipotesi di depenalizzazione in concreto: la non punibilità per particolare tenuità del fatto	
2.8.1. Le ragioni alla base dell'intervento e i precedenti normativi.....	195
2.8.2. Presupposti sostanziali e ambito applicativo dell'istituto.....	198
2.8.3. Profili processuali della non punibilità per particolare tenuità del fatto.....	199
2.9. Un altro caso di depenalizzazione in concreto: la sospensione del procedimento con messa alla prova.....	203

2.9.1. Le finalità dell'istituto.....	203
2.9.2. Gli elementi essenziali della sospensione con messa alla prova.....	204

PARTE TERZA

IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE E CONVENZIONALE DELL'ILLECITO PENALE - AMMINISTRATIVO

CAPITOLO IV

I PROBLEMI DEL NUOVO ILLECITO AMMINISTRATIVO: OVVERO IL VOLTO COSTITUZIONALE DELLA POTESTA' SANZIONATORIA AMMINISTRATIVA

1. Premessa.....	209
2. Il principio di legalità sostanziale (e il corollario della riserva di legge).....	210
3. Il principio di legalità procedimentale.....	215
4. I criteri d'imputazione della responsabilità.....	222

CAPITOLO V

IL LIVELLO SUPERPRIMARIO: L'INFLUENZA DEL "SISTEMA" CEDU SULLA FISIONOMIA DELL'ILLECITO PENALE- AMMINISTRATIVO INTERNO

1. Premessa.....	227
2. La nozione "autonoma" di materia penale nella Convenzione	

Europea dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali.....	228
3. Le conseguenze della qualificazione come penale, ai sensi della CEDU, dell’illecito penale-amministrativo	
3.1. Le garanzie dell’equo processo.....	235
3.2. Il principio di legalità sostanziale.....	239
4. Conclusioni. La necessità di un nuovo “aggancio” costituzionale per la potestà sanzionatoria amministrativa alla luce della CEDU, tra esigenze di tutela e approccio sostanzialistico.....	242

CAPITOLO VI

LA VIOLAZIONE “SISTEMICA” DEL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* CONVENZIONALE AD OPERA DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA IN MATERIA DI *MARKET ABUSE*: LA SENTENZA DELLA CORTE EDU *GRANDE STEVENS C. ITALIA*

1. Premessa. I termini del dibattito attuale.	248
1.1. Il problema del “doppio binario” sanzionatorio e la violazione del <i>ne bis in idem</i>	251
2. Il nuovo sistema delle fonti del diritto	
2.1. L’impatto delle fonti “europee” sull’ordinamento giuridico nazionale.	255
2.1.1. Le fonti eurounitarie.....	255
2.1.2. Le fonti convenzionali.....	257
3. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sul doppio binario sanzionatorio previsto dall’ordinamento italiano	
3.1. Il settore degli abusi di mercato: la sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014, <i>Grande Stevens e altri c. Italia</i>	259
3.1.1. La vicenda processuale.....	259
3.1.2. Le eccezioni sollevate dalle difese degli imputati nel	

procedimento amministrativo e nel processo penale davanti ai giudici nazionali.....	262
3.1.3. Le censure sollevate dinanzi alla Corte EDU dai ricorrenti.....	264
3.1.4. La legislazione italiana in materia di abusi di mercato: le condotte di manipolazione del mercato e di abuso d'informazioni privilegiate.....	265
3.1.5. Il concetto di materia penale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (rinvio).....	269
3.1.6. La violazione dell'articolo 6, par. 1, CEDU sul diritto a un equo processo.....	271
3.1.7. La violazione del principio del <i>ne bis in idem</i> di cui all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU.....	272
3.1.8. Le prime risposte della giurisprudenza ai dettami provenienti dalla Corte EDU.....	276
3.1.8.1. La giurisprudenza di legittimità.....	276
4. Conclusioni	
4.1. Prospettive <i>de lege lata</i> . Il (possibile) ricorso al principio di specialità.....	279
4.2. Prospettive <i>de lege ferenda</i>	283
 CONCLUSIONI.....	 286
 BIBLIOGRAFIA	 289

INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha l'obiettivo di analizzare la fisionomia dell'illecito penale - amministrativo così come attualmente configurata nell'ordinamento italiano. Nel fare ciò, si è ritenuto opportuno iniziare dalla definizione del "primo" illecito amministrativo compiuto, a partire dai primi anni del Novecento, dalla dottrina penalistica e amministrativistica, la quale ha tentato di distinguere nettamente l'illecito penale da quello amministrativo (Capitolo I). Vengono affrontate, nel primo capitolo, le tematiche relative alla classificazione e alla definizione della sanzione amministrativa in generale, dando conto dell'elaborazione dottrinale sviluppatasi sul punto a partire dai primi anni del Novecento. In seguito si affronta la questione dei criteri discretivi per differenziare l'illecito amministrativo da quello penale, individuati dalla dottrina in quelli sostanziali (detti anche materiali o intrinseci) e in quelli formali (o estrinseci).

L'illecito amministrativo, come noto, è strettamente connesso ai meccanismi di depenalizzazione, costituendo lo strumento principale cui il legislatore si rivolge nel tentativo di ridurre l'area del penalmente rilevante. L'incremento nell'utilizzo della sanzione penale avviene, infatti, sotto la spinta di diversi fattori, sia di tipo fisiologico (quali, ad esempio, la necessità di apprestare tutela a nuovi beni giuridici, oppure il bisogno di protezione reclamato dagli interessi tradizionali esposti a nuove forme di aggressione) che di tipo patologico (ravvisabile nell'uso cd. simbolico della sanzione penale, strumentalizzata dal legislatore per placare il bisogno di repressione ciclicamente emergente nella coscienza collettiva).

La tendenza alla depenalizzazione (che costituisce una *species* del più ampio fenomeno della deflazione penale) si afferma, a partire dalla metà del secolo scorso, come tentativo di arginare la dilagante ipertrofia penalistica

caratterizzante la crisi dello Stato liberale successiva al primo conflitto mondiale. L'obiettivo di rivedere le scelte legislative di politica criminale, al fine di contenere il ricorso alla sanzione penale, è alla base dei meccanismi di deflazione, alla cui analisi è dedicata la Sezione I del Capitolo II. In tale sede viene evidenziato che il nesso tra depenalizzazione e sanzione amministrativa si pone all'origine della figura dell'illecito amministrativo: per questo, il primo paragrafo della Sezione I del Capitolo II è dedicato alle problematiche definitorie relative al fenomeno della depenalizzazione (depenalizzazione in astratto/in concreto, *de iure/de facto*). Nel paragrafo successivo, sono oggetto di analisi le ragioni concrete che hanno sollecitato e reso improrogabile la nascita e lo sviluppo della politica di depenalizzazione negli ordinamenti legislativi contemporanei: ragioni individuate, in definitiva, nella tendenza (come detto, successiva alla crisi dello Stato liberale avvenuta negli anni Venti del Novecento) all'incriminazione diffusa delle cd. bagatelle e nella crescita esponenziale della legislazione penale speciale, resasi necessaria in conseguenza dell'emersione di nuovi beni giuridici sconosciuti al diritto penale classico, spesso di natura collettiva o metaindividuale, per la cui tutela le precedenti fattispecie codicistiche erano risultate inadeguate.

Tra tutti i meccanismi di deflazione, la depenalizzazione (intesa come degradazione di un reato in illecito amministrativo) riveste un'importanza fondamentale, in quanto su di essa si sono concentrati gli auspici di restituire all'illecito penale i caratteri di proporzione, sussidiarietà, frammentarietà e necessaria lesività. La depenalizzazione, infatti, consente di selezionare i comportamenti per i quali la tutela penale risulta imprescindibile, individuandoli in quelli meritevoli (principio di proporzione) e bisognosi (principio di sussidiarietà) dell'intervento sanzionatorio penale. Nel prosieguo della Sezione I del Capitolo II, l'attenzione si sofferma sull'esposizione delle tendenze e dei modelli concreti della depenalizzazione amministrativa, non prima di aver distinto la depenalizzazione stessa dai fenomeni (funzionalmente contigui ma strutturalmente differenti) della decriminalizzazione e della deprocessualizzazione. L'ultimo paragrafo della Sezione II affronta, dunque, il tema delle manifestazioni concrete della politica di depenalizzazione, sulla base delle linee di politica criminale messe in atto dai vari legislatori nazionali, e

consistenti nella fiscalizzazione (detta anche monetizzazione o amministrativizzazione), nella medicalizzazione, nella secolarizzazione e nella privatizzazione.

La Sezione II del Capitolo II si apre con l'indagine in ordine alle caratteristiche della depenalizzazione amministrativa realizzatasi nell'ordinamento italiano, a partire dalle prime leggi di depenalizzazione del 1967; viene evidenziata, in questo frangente, la scarsa ampiezza sistematica e la presenza di rilevanti incongruenze nella depenalizzazione così attuata. A partire dal paragrafo 2, si darà conto in maniera organica e compiuta della disciplina contenuta nella legge generale in materia d'illecito amministrativo punitivo, id est la legge 24 novembre 1981, n. 689 di "Modifiche al sistema penale" la quale - conformando in maniera evidente la struttura e la funzione dell'illecito amministrativo pecuniario sul modello della sanzione penale - giustifica l'appellativo di penale - amministrativo all'illecito qui esaminato (Capitolo II, Sezione II). Questa parte dell'elaborato è dedicata all'analisi specifica delle disposizioni contenute nel Capo I della legge n. 689 del 1981 (articoli 1-12), definibili quali veri e propri principi generali dell'illecito penale - amministrativo, applicabili non solo all'illecito risultante dalla depenalizzazione, bensì anche alle sanzioni aventi *ab origine* natura amministrativa. In particolare, dopo aver approfondito la genesi legislativa della legge n. 689 del 1981 e aver analizzato le sue finalità, anche attraverso l'analisi dei lavori preparatori e di alcune disposizioni che vanno considerate particolarmente decisive per valutare la natura (chiaramente vicina all'illecito penale) dell'illecito amministrativo ivi disciplinato, l'esposizione si sofferma sul commento organico ai principi generali dell'illecito amministrativo punitivo, dedicando particolare attenzione alle tematiche della legalità sostanziale (con i connessi corollari dell'irretroattività e della tassatività), della disciplina dell'intrasmissibilità dell'obbligazione risarcitoria e della disposizione regolante il concorso apparente tra norma penale e norma amministrativa. L'articolo 9 della legge in commento, risolvendo la problematica del concorso apparente tra norme penali e norme amministrative mediante il ricorso al principio di specialità, si pone nella prospettiva dell'omogeneità funzionale dei due tipi d'illecito. La scelta di un criterio

tipicamente intrasistemico (quale è il principio di specialità) per i casi in cui a una singola fattispecie risultino applicabili più norme, dimostra chiaramente che l'illecito penale e l'illecito amministrativo hanno entrambi natura afflittivo - punitiva. Diversamente opinando, il legislatore avrebbe dovuto prevedere l'applicabilità congiunta di entrambe le norme. Il paragrafo 5 si sofferma sulle norme di carattere procedimentale e processuale contenute nel Capo II della legge n. 689 e relative al procedimento applicativo delle sanzioni amministrative pecuniarie. Infine, il paragrafo 6 affronta gli spunti di carattere comparatistico, trattando della notevole influenza che sulla disciplina italiana dell'illecito penale - amministrativo ha esercitato il sistema tedesco delle *Ordnungswidrigkeiten*.

Il varo della legge n. 689 del 1981, unitamente all'indicazione - per il legislatore - di criteri chiari e intellegibili nella scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa (il riferimento è alla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983), ha spianato la strada all'utilizzo dell'illecito amministrativo punitivo come alternativa all'illecito penale. All'analisi degli interventi di depenalizzazione successivi alla legge del 1981 è dedicato il Capitolo III, posizionato all'interno della Parte seconda relativa alla fisionomia del "nuovo" illecito amministrativo, indicando con tale espressione la sistemazione complessiva e l'utilizzo che il legislatore ha compiuto dell'illecito risultante dalla legge di depenalizzazione del 1981. Negli ultimi trent'anni, infatti, si è assistito ad una moltiplicazione dei settori ordinamentali interessati dalla politica di depenalizzazione, con l'ingresso di nuove tipologie di sanzioni amministrative (non più solo pecuniarie, bensì anche) interdittive e ripristinatorie, che hanno progressivamente mutato la funzione dell'illecito amministrativo stesso. Quest'ultimo, infatti, non risulta più essere limitato alla sola repressione delle mere bagatelle (come avrebbe dovuto essere nelle intenzioni dei fautori delle prime leggi di depenalizzazione), ma acquista un grado di afflittività pari (se non superiore) a quello dell'illecito penale, a seguito della previsione illeciti puniti con sanzioni amministrative pecuniarie di straordinaria gravità. Il capitolo si apre con l'esposizione del contenuto della già citata Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983, relativa ai criteri di scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: tale documento, pur non essendo

giuridicamente vincolante, riveste notevole importanza per l'attività del legislatore, indicando chiaramente i criteri cui questi deve attenersi nel preferire la sanzione amministrativa a quella penale. In particolare, due sono gli indici la cui (sola) presenza congiunta deve orientare per l'opzione sanzionatoria penale: la proporzione (l'illecito penale va impiegato per reprimere comportamenti notevolmente gravi in relazione alle modalità di aggressione e al rango del bene giuridico tutelato) e la sussidiarietà (l'utilizzo della sanzione penale si giustifica solo se e in quanto tutte le altre sanzioni risultino avere un'efficacia inferiore). I paragrafi successivi analizzano tutte le tappe della depenalizzazione *post* legge 689 del 1981: a cominciare dagli interventi del 1993, passando per l'importante intervento realizzato con la legge delega n. 205 del 1999 e il successivo decreto legislativo delegato n. 507 del 1999, fino ad arrivare alle recentissime novità legislative in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto e di sospensione del procedimento con messa alla prova (legge-delega n. 67 del 2014 e decreto legislativo n. 28 del 2015), della cui natura ed effetti si sta discutendo in questi ultimi mesi. In particolare, notevole attenzione è riservata nell'analisi degli aspetti maggiormente innovativi e "di rottura" che gli interventi legislativi degli anni 1999-2000 presentano rispetto alle precedenti leggi di depenalizzazione. Tali considerazioni sono svolte non solo riguardo all'ampiezza della depenalizzazione intervenuta negli ultimi anni del secolo scorso, ma anche relativamente al nuovo compito che il legislatore pare aver assegnato all'illecito amministrativo punitivo, da questi utilizzato in funzione evidentemente repressiva (funzione che pure gli è propria) per punire comportamenti dotati di un elevato livello di disvalore sociale e con sanzioni spesso estremamente gravose, la cui applicazione reclamerebbe le (maggiori) garanzie connesse all'illecito penale. Gli esiti di questa truffa delle etichette propugnata dal legislatore (che affida alla tutela solo nominalmente amministrativa la repressione di comportamenti che ben rientrerebbero nell'area del penalmente rilevante) sono concretamente ravvisabili, inoltre, nell'introduzione (avvenuta con il D. Lgs. n. 231 del 2001) della responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato; una responsabilità, in realtà, molto più vicina ai meccanismi del diritto penale che a quelli del diritto sanzionatorio amministrativo. Basta guardare all'autorità competente a irrogare le sanzioni

amministrative agli enti (giudice penale), alla sede processuale (procedimento penale) e alla gravosità delle sanzioni comminate; tutti elementi che fanno propendere gli interpreti (e anche la giurisprudenza di legittimità) per la qualificazione come penale di tale responsabilità.

Probabilmente, il legislatore ha deciso di sottrarre alcuni illeciti (e le conseguenti sanzioni) al recinto del sistema penale per rendere inapplicabili le garanzie notoriamente collegate a quest'ultimo, dimostrando di prediligere i valori della certezza e della celerità nell'applicazione delle sanzioni, a discapito del livello di garanzie riconosciuto al soggetto destinatario della reazione punitiva statale. La Parte III si sofferma, quindi, sulla ricerca di un eventuale fondamento normativo della potestà sanzionatoria amministrativa, sottolineando come l'elaborazione dottrinale e la giurisprudenza della Corte costituzionale siano ferme nell'agganciare l'illecito amministrativo punitivo a parametri costituzionali differenti da quelli tradizionalmente riferibili all'illecito penale. In particolare, il Capitolo IV tenta di delineare il "volto costituzionale" dell'illecito penale - amministrativo, mediante la ricerca di eventuali referenti costituzionali del principio di legalità sostanziale, del principio di obbligatorietà procedimentale e dei criteri d'imputazione della responsabilità relativi al diritto amministrativo punitivo. La conclusione che se ne trae, come accennato, è che i classici referenti costituzionali dell'illecito penale non sono validi anche per il settore dell'illecito sanzionatorio amministrativo, il cui fondamento costituzionale è da ricercarsi in altri (e meno garantistici) principi costituzionali. V'è da segnalare, tuttavia (e lo si farà specialmente nel capitolo V), che recenti pronunce della Corte costituzionale inducono a una riflessione ulteriore sulla questione dei parametri costituzionali validi per le sanzioni amministrative punitive, in particolare per quanto riguarda il principio di legalità. Infatti, come acutamente osservato da parte della dottrina, a seguito delle influenze provenienti dalla giurisprudenza convenzionale ed eurounitaria, la Consulta sembra aver rivalutato la collocazione sistematica dell'illecito amministrativo punitivo, rendendo a quest'ultimo applicabili le medesime garanzie di legalità sostanziale previste per l'illecito penale (articolo 25, II comma, Cost.).

Il Capitolo V è dedicato allo studio delle conseguenze derivanti dall'impatto del sistema CEDU sulla fisionomia dell'illecito penale - amministrativo interno. Come noto, la CEDU e suoi Protocolli (così come interpretati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo) costituiscono norma interposta tra la Costituzione e le leggi di rango ordinario, come tale prevalente - *ex art. 117, I comma Cost.* - nei confronti di queste ultime (salvo il rispetto, da parte delle stesse disposizioni CEDU di tutte le disposizioni costituzionali). Si darà conto, in sostanza, dell'incompatibilità di numerose sanzioni amministrative predisposte dal legislatore italiano con diversi principi espressi nella CEDU e nei suoi Protocolli. Incompatibilità derivante dalla considerazione che, in base alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa all'elaborazione autonoma del concetto di *matière pénale*, tali illeciti sono solo formalmente qualificati come amministrativi dal legislatore italiano, mentre in realtà devono ritenersi (sulla base dei criteri di cui si darà conto) di natura sostanzialmente penale. Tutto ciò ha come conseguenza l'assoggettamento degli illeciti così qualificati al complesso delle garanzie stabilite dalla CEDU per l'illecito penale, concretantesi nel principio del *due process of law* (art. 6 CEDU), della legalità sostanziale (art. 7 CEDU) e del *ne bis in idem* processuale (art. 4 Prot. n. 7 CEDU). Il capitolo analizza la giurisprudenza della Corte EDU sul concetto di materia penale, sviluppatasi a partire dalla nota sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976 (e proseguita con numerose altre pronunce, tra cui si segnala la sentenza *Ozturk c. Germania* del 1984), secondo cui per decidere della natura (penale o amministrativa) di un illecito previsto dal diritto nazionale, vanno tenuti presenti tre distinti criteri: la qualificazione dell'infrazione nel diritto interno, la natura dell'infrazione e dell'illecito, la natura e il grado di severità della sanzione. Il primo indice è scarsamente utilizzato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che preferisce indagare la reale natura dell'illecito considerato alla luce degli altri due criteri di tipo sostanzialistico. Emerge nella giurisprudenza della Corte EDU - ai fini della riconducibilità di una sanzione all'ambito della *matière pénale* - la decisiva rilevanza che assume la finalità repressiva della sanzione: se quest'ultima è orientata a reprimere il comportamento illecito mediante la predisposizione di misure particolarmente afflittive nei confronti del

soggetto destinatario, pur in presenza di finalità ripristinatorie e risarcitorie, ecco che ci si trova dinanzi a una sanzione da ricondurre nell'ambito della *matière pénale*. Con tutte le conseguenze in tema di garanzie, sostanziali e processuali, da riconoscere all'illecito così riqualificato. In conclusione, si evidenzia la necessità di ritrovare un nuovo aggancio costituzionale per la potestà sanzionatoria amministrativa, alla luce delle pressanti esigenze garantistiche emergenti in ambito CEDU, la cui soddisfazione costituisce un obbligo per il giudice e - *ça va sans dire* - per il legislatore nazionale.

Il Capitolo VI, infine, è incentrato sull'analisi di un caso "esemplare": la sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014 *Grande Stevens e altri c. Italia*, in cui i giudici di Strasburgo evidenziano le numerose criticità presenti nel sistema italiano di repressione degli abusi di mercato, in relazione alla possibilità che un soggetto venga nuovamente sottoposto a procedimento penale per i medesimi fatti già oggetto di un precedente procedimento (da qualificarsi come) amministrativo secondo il diritto interno, ma sostanzialmente penale sulla scorta dei criteri elaborati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a partire dalla sentenza *Engel* del 1976. La vicenda processuale trae origine da alcuni fatti di manipolazione del mercato, ascritti agli imputati nel procedimento penale, e già oggetto di una delibera CONSOB d'irrogazione delle pesantissime sanzioni amministrative previste dal T.U.I.F. I ricorrenti a Strasburgo lamentavano - oltre alla ritenuta violazione dei principi del giusto processo nel procedimento CONSOB d'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie - la violazione dell'articolo 4 Protocollo n. 7 CEDU, che sancisce il principio del *ne bis in idem processuale*, in base al quale "nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato". La censura dei ricorrenti si basava sulla considerazione per cui gli stessi erano già stati processati penalmente in relazione ai medesimi fatti attualmente all'esame della giurisdizione penale. Il carattere *penale* delle sanzioni nominalmente amministrative loro inflitte era ricavato dalla giurisprudenza della Corte EDU sul concetto di *matière pénale*, di cui si è ampiamente detto nel capitolo V. I giudici di Strasburgo ritengono fondate le

lamentale dei ricorrenti in relazione alla violazione del principio del *ne bis in idem* processuale, condannando lo Stato italiano a chiudere nel più breve tempo possibile il procedimento penale ancora pendente (in realtà, la Cassazione penale aveva dichiarato estinto il reato per prescrizione nel dicembre 2013, rendendo così possibile un adempimento indiretto alla sentenza *Grande Stevens* da parte dell'autorità giurisdizionale italiana). Per ciò che concerne la pretesa violazione dell'articolo 6 in materia di equo processo nel giudizio svoltosi dinanzi all'autorità amministrativa (CONSOB), la Corte EDU rigetta le doglianze degli appellanti, tranne che per l'assenza di una pubblica udienza nel procedimento di opposizione alla delibera CONSOB tenutosi dinanzi alla Corte d'Appello civile. Fondamentale, nella condanna dello Stato italiano per violazione del *ne bis in idem* in relazione all'illecito di manipolazione del mercato (ma le considerazioni sono estendibili, *mutatis mutandis*, anche al contiguo illecito di *insider trading*), è il concetto di *idem factum* accolto dalla Corte EDU. Quest'ultima, infatti, giunge alla conclusione che, affinché sussista la violazione del divieto di un secondo giudizio, i due illeciti (penale e amministrativo) devono punire il medesimo fatto *concreto*, nel senso che il comportamento posto in essere dal soggetto incolpato deve essere riconducibile ad entrambe le norme, non importa se queste siano astrattamente in rapporto di specialità tra loro. Privilegiando una visione concreta del rapporto di specialità tra norme e richiamando il precedente costituito dalla sentenza *Zolotoukhine c. Russia* del febbraio 2009, la Corte EDU si distacca nettamente dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui il rapporto di specialità va interpretato alla stregua di un confronto logico-strutturale tra fattispecie astratte; secondo la giurisprudenza di legittimità italiana, solo in quest'ultimo caso potrà trovare applicazione l'articolo 9 della legge n.689 del 1981 - regolante appunto la convergenza di due norme (penale e amministrativa) sul medesimo fatto - per evitare l'applicazione congiunta delle due sanzioni. In realtà, come si avrà modo di affermare nell'ultimo capitolo, tutto il sistema italiano in materia di repressione degli abusi di mercato (ma non solo quello: si veda il settore degli illeciti amministrativi tributari e degli illeciti disciplinari) si caratterizza per l'espressa previsione del cd. doppio binario sanzionatorio. Espressione, quest'ultima, con cui ci si riferisce all'esplicita opzione legislativa in

favore dell'applicazione congiunta di sanzioni penali e sanzioni (solo formalmente) amministrative per il medesimo fatto concreto; disciplina che non può non portare - alla luce dell'elaborazione della Corte EDU sul concetto di materia penale e sul principio di specialità in concreto - alla violazione "sistemica" del *ne bis in idem* processuale sancito nell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU.

Sulla scorta delle considerazioni svolte dai giudici convenzionali nel caso di specie, si avrà modo di esplicitare le conseguenze e le possibili modalità di adattamento dell'ordinamento interno ai richiami provenienti dalla Corte di Strasburgo.

PARTE PRIMA

LA FISIONOMIA DEL “PRIMO” ILLECITO AMMINISTRATIVO

CAPITOLO I

DEFINIZIONE DI SANZIONE AMMINISTRATIVA E RAPPORTI CON LA SANZIONE PENALE

1.1. Premessa metodologica.

Per delineare l'attuale fisionomia dell'illecito penale - amministrativo e affrontare, in seguito, il problema della natura sostanzialmente penale di alcuni tipi di sanzioni amministrative previste nel nostro ordinamento, è necessario esporre - senza pretesa di completezza - le caratteristiche portanti che l'illecito amministrativo e le conseguenti sanzioni assumono nel nostro ordinamento. Per questo, si procederà a un'indagine sui rapporti intercorrenti tra l'illecito e la sanzione amministrativa, per poi soffermare l'attenzione sui criteri discretivi tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, principalmente dando conto dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale intervenuta prima che la visione sostanzialistica della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo entrasse "a gamba tesa" nell'ordinamento interno. Tutto ciò non prima di aver fornito una possibile definizione generale della sanzione amministrativa.

L'attività sanzionatoria amministrativa ha chiaramente assunto, a partire dalla legge generale di depenalizzazione del 1981, un carattere peculiare rispetto al resto dell'attività amministrativa; ciò ha determinato la necessità di studiare approfonditamente questa "nuova" branca del diritto amministrativo, che si pone al confine con il diritto penale - ma che successivamente ha sempre più spesso cercato di esulare dai suoi (invero malcelati) confini per entrare nel "recinto" penalistico - al fine di ricostruirne analogie e differenze sia con gli altri istituti del diritto amministrativo, sia con le sanzioni penali¹. Nell'affrontare *ex professo* tale tematica, non si può non riconoscere un ruolo centrale all'opera svolta dalla

¹ CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*², I, Milano, 2003, p. 579.

giurisprudenza la quale, in presenza di un quadro normativo dai tratti estremamente generici, ha svolto un'opera di definizione e di chiarificazione degli istituti in questione.

1.2. L'illecito amministrativo. La definizione di sanzione in generale e le specificità della nozione di sanzione amministrativa.

Tentare di riempire di contenuto la nozione d'illecito amministrativo è opera assai ardua, non solo perché la definizione d'illecito, in generale, si pone come problema che coinvolge tutta la *scientia juris*, ma anche per il collegamento inscindibile dello stesso concetto d'illecito con quello di sanzione (in particolare, ai fini che qui interessano, di sanzione amministrativa). È evidente la relazione intercorrente tra le nozioni di sanzione, d'illecito e di responsabilità: nozioni che, seppur concettualmente distinguibili fra loro, non potrebbero essere studiate disgiuntamente, in quanto strettamente connesse fra loro da un punto di vista funzionale². Illecito, sanzione e responsabilità sono nozioni tra loro connesse, in quanto la responsabilità è la soggezione alla sanzione dell'autore dell'illecito³.

L'illecito è genericamente definibile come violazione di un precetto compiuta da un soggetto⁴.

Nel linguaggio del *quisque de populo*, il termine “sanzione” indica la minaccia di un male conseguente a un comportamento scorretto; sono enucleabili, perciò, diverse tipologie di sanzioni (giuridica, morale, sociale, ecc.) al cui interno si

² PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, p.156, il quale sottolinea “l'interconnessione marcatissima tra illecito, responsabilità e sanzione, la quale comporta che (...) uno studio riguardante uno di essi è - sempre e necessariamente - anche uno studio sugli altri due”. Lo stesso A., poche righe prima, evidenzia il fatto che “la sanzione non è (sul piano logico-giuridico) un concetto autonomo da quello di illecito e da quello di responsabilità, posto che essa presuppone e l'uno e l'altro, [la] responsabilità non è un istituto giuridico concepito come a sé stante ovverosia non collegato così all'illecito, suo presupposto, così come alla sanzione, sua conseguenza, [e inoltre] l'illecito non è sottraibile all'interrelazione con la responsabilità, sua conseguenza, e nello stesso tempo sua *condicio iuris*, e con la sanzione, che in tanto è comminabile in quanto si configurino così il fatto illecito come la responsabilità di un soggetto di diritto”.

³ CASSETTA, voce *Illecito amministrativo*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1993, p. 90.

⁴ CASSETTA, voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, 1997, p. 598.

distinguono sanzioni punitive da altre sanzioni, di tipo ripristinatorio o restitutorio (che è preferibile chiamare “misure”)⁵.

Come noto, nelle trattazioni di teoria generale del diritto la sanzione si compone della norma, unitamente al precetto⁶. Peraltro, si può condividere l’affermazione di parte della dottrina⁷ che ravvisa nella sanzione lo strumento previsto per garantire l’attuazione del diritto⁸.

Il concetto giuridico di sanzione è, dunque, quello di “freno all’attività degli uomini”⁹, rivolta al trasgressore e finalizzata ad assolvere alle funzioni di prevenzione generale e di prevenzione speciale. La sanzione è, cioè, la reazione dell’ordinamento alla violazione di un precetto (illecito), che presuppone la responsabilità del trasgressore, ed è tesa a scoraggiare sia il singolo (prevenzione speciale), sia la collettività (prevenzione generale), dal tenere quel determinato comportamento. La sanzione incide in via immediata e diretta nei confronti del trasgressore: ha dunque natura e funzione eminentemente afflittiva¹⁰.

Nel distinguere le sanzioni punitive dalle altre misure aventi carattere prettamente restitutorio o risarcitorio, è opportuno sottolineare che, mentre la sanzione è indirizzata a punire il soggetto, la misura ripristinatoria ha ad oggetto la *res*, mira a riportare la situazione allo *status quo ante* fattuale: la misura ripristinatoria presuppone non solo la violazione del precetto, ma anche la sussistenza del danno materiale. Per comprendere al meglio la disomogeneità funzionale intercorrente tra la sanzione amministrativa “in senso stretto” e le misure ripristinatorie¹¹, anticipando alcune nozioni che verranno riprese in seguito, è sufficiente porre mente al fatto che la sanzione amministrativa di carattere afflittivo è tesa alla restaurazione dell’ordine giuridico violato, non necessitando di un’alterazione

⁵ CERBO, *Le sanzioni amministrative*, p. 580.

⁶ KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1963, p. 612, il quale distingue, a tal proposito, tra norma primaria e norma secondaria.

⁷ PAGLIARI, *Profili teorici*, cit., p. 29.

⁸ PAGLIARI, *Profili teorici*, cit., p. 30. L’A. definisce la sanzione, in virtù del suo rapporto con il diritto, “strumento dello strumento”. Lo stesso A. elenca, con riferimento al concetto di sanzione nell’ordinamento giuridico, tre teoriche dottrinali fondamentali: la prima (sostenuta da Casetta, P. Corso, Paleologo) che ne evidenzia la finalità punitiva; la seconda (Kelsen, Bobbio) rimarcante la finalità di conservazione e di restaurazione dell’ordinamento giuridico violato dall’illecito; ed infine la terza (portata avanti da Zanobini) che unisce gli aspetti sottolineati dalle prime due tesi.

⁹ La definizione è di ANTOLISEI, *L’offesa e il danno nel reato*, Milano, 1930, p. 144.

¹⁰ CASETTA, op. cit., p. 599.

¹¹ Sulla differenza tra sanzioni amministrative “in senso ampio” e “in senso stretto” si veda *infra*, in questo stesso paragrafo.

dell'equilibrio fattuale, in presenza del quale potrà essere prevista, in aggiunta, una misura ripristinatoria. Nei casi in cui la violazione si concreti in un *vulnus* al solo ordine giuridico, e non a quello materiale, la misura ripristinatoria non ha ragione di esistere, essendo idonea alla restaurazione della sfera giuridica lesa esclusivamente la sanzione afflittiva¹². In questo si concreta la specificità del *genus* sanzione amministrativa: la presenza, al suo interno, di due *species* (le sanzioni punitive e le misure ripristinatorie) differenti sia nella natura che nella funzione (afflittiva per le prime, riparatoria per le seconde).

Si consideri che l'originalità (in realtà più apparente che reale: si veda il sistema antesignano delle *Ordnungswidrigkeiten* tedesche) dell'istituto suscitò, in un primo momento, la curiosità della dottrina amministrativista, la quale tuttavia non riuscì a cogliere nel merito l'essenza del fenomeno legislativo. Così, per tentare di giungere a una compiuta definizione dell'illecito amministrativo, prese principalmente le mosse dal concetto di sanzione amministrativa: ciò a causa della mancanza, nel sistema positivo, di una sistemazione organica ed unitaria dei principi inerenti l'illecito amministrativo, tale da consentire l'individuazione dei connotati sostanziali di tale illecito¹³. Per cui si può affermare che la dottrina amministrativistica ricostruì i caratteri dell'illecito amministrativo *a contrario*, partendo dall'analisi delle sanzioni amministrative conseguenti alla perpetrazione dell'illecito in questione. Senza dimenticare che non possono esistere sanzioni senza illecito, e che senza sanzione non può parlarsi d'illecito in senso proprio: se esiste la reazione dell'ordinamento (sanzione), dovrà necessariamente sussistere a monte un illecito¹⁴.

Breve: l'agglomerato indistinto delle sanzioni amministrative, caratterizzante l'ordinamento interno (quantomeno fino alla legge del 1981) provocò non pochi problemi circa la ricostruzione delle fattispecie d'illecito amministrativo.

La molteplicità delle risposte sanzionatorie messe a punto dall'ordinamento impedì un riconoscimento univoco e unitario della nozione di illecito amministrativo, costringendo l'interprete a partire dall'analisi del dato positivo

¹² CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 582.

¹³ CASETTA, op. loc. ult. cit.

¹⁴ CASETTA, voce *Illecito amministrativo*, cit. p. 91. L'illustre A. prende esplicitamente posizione, in questa sede, contro l'opinione espressa dal GIANNINI, *Diritto amministrativo*², II, Milano, 1988, p. 1248, il quale afferma la possibile sussistenza di sanzioni senza illecito.

per verificare se, a partire dalle fattispecie che prevedono sanzioni amministrative, sia consentita una visione unitaria dell'illecito amministrativo¹⁵.

2.1. Definizione di sanzione amministrativa.

Ciò premesso, è di un certo interesse considerare i risultati cui la dottrina amministrativista giunse nel tentativo di definire la nozione di sanzione amministrativa¹⁶.

Si disse: la sanzione ha carattere primariamente afflittivo; è irrogata in conseguenza di un comportamento antiggiuridico tenuto dal soggetto; non rientra nella nozione di sanzione la reintegrazione della situazione di fatto precedente alla commissione della violazione, in quanto tale "misura" non è dotata di carattere afflittivo, bensì riparatorio - risarcitorio¹⁷.

La ragione di questo disorientamento dottrinale dipendeva, evidentemente, dal fatto che - come desumibile peraltro dalla genesi dell'illecito amministrativo - questo, nonostante la sua nomenclatura, è più vicino al diritto penale che al diritto amministrativo. Si è dovuto attendere il pensiero di un penalista perché, in una delle monografie più esaurienti sull'argomento¹⁸, venisse spiegato che si contrappongono due diverse nozioni della sanzione amministrativa: la prima (sanzione amministrativa come sanzione amministrativa "in senso ampio") identifica quest'ultima con qualsivoglia forma di reazione della Pubblica

¹⁵ CASETTA, voce *Illecito amministrativo*, cit., p. 90.

¹⁶ Sul concetto di sanzione amministrativa in generale, la bibliografia è davvero vasta. Per limitarsi a richiamare esclusivamente le opere più risalenti, si v. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 1 ss.; BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, p. 223 ss.; P. CORSO, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Milano, 1969; S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Giur. It.*, 1898, ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1950, p. 76 ss.; TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.

¹⁷ CASETTA, *Sanzione amministrativa*, cit., p. 599; CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 583. Secondo ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 7, "la pena, nel diritto pubblico, anche quando ha ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, ha sempre lo scopo di imporre un male all'autore della violazione, non quello di risarcire l'Amministrazione delle conseguenze della trasgressione". Partendo da questa definizione, si può ben comprendere perché, da un punto di vista strutturale, la sanzione amministrativa pecuniaria venga configurata come "prototipo" della sanzione amministrativa punitiva, data la natura (in alcuni casi fortemente) afflittiva che la caratterizza.

¹⁸ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.

Amministrazione alla violazione di un precetto¹⁹; all'interno di questa nozione così estesa, poi, si differenzierebbero le sanzioni punitive da quelle ripristinatorie o da quelle risarcitorie. A questa teorica se ne contrappone una seconda (sanzione amministrativa come sanzione "in senso stretto"), la quale rileva la specificità della sanzione amministrativa rispetto a tutte le altre forme di reazione della pubblica Amministrazione alla violazione di un precetto. Seguendo questa teoria, la sanzione amministrativa si caratterizzerebbe per il suo contenuto afflittivo - repressivo; per l'essere, in buona sostanza, una "pena in senso tecnico"²⁰, non assimilabile ad altri strumenti di carattere non repressivo, bensì aventi finalità risarcitoria o ripristinatoria²¹.

La preferenza per quest'ultima opzione interpretativa, dotata di maggior chiarezza e precisione, è giustificata da un'attenta analisi del diritto positivo, *in primis* della fondamentale legge 689/1981, che delinea una serie di criteri²² da cui desumere la nozione di sanzione amministrativa, criteri chiaramente modellati sulla nozione di sanzione amministrativa intesa come "pena".

2.2. La nozione di sanzione amministrativa nella riflessione dottrinale.

Lo studio della sanzione amministrativa necessita di una visione unitaria dei risultati ottenuti dal punto di vista scientifico; per farlo, è parso opportuno dare rapidamente conto degli sforzi che la dottrina, penalistica ed amministrativistica, ha compiuto nel tentativo di definire i lineamenti essenziali della nozione in oggetto. È da segnalare, però, che le trattazioni monografiche sull'argomento *de*

¹⁹ È questo l'orientamento espresso da TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., p. 90 ss.

²⁰ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 2 ss.

²¹ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, p. 4. Si noti che pare essere proprio questa la prospettiva adottata dal legislatore del 1981, il quale, nel dettare le disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative, si è ispirato al concetto di sanzione amministrativa intesa come vera e propria "pena"; del resto, nella citata legge, il prototipo delle diverse tipologie di sanzione amministrativa è proprio la sanzione amministrativa pecuniaria, dotata di una carica afflittiva sicuramente maggiore rispetto ad altri strumenti sanzionatori.

²² Secondo PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 5, quelli in questione sarebbero criteri non solo legittimi, bensì privilegiati, al fine di stabilire che cosa debba intendersi per sanzione amministrativa nel nostro ordinamento.

quo sono assai scarse e risalenti nel tempo: dopo i lavori dello Zanobini²³ e del Benvenuti²⁴, l'interesse verso l'argomento pareva, infatti, essere scemato²⁵.

Precedente all'opera dello Zanobini è la trattazione, in tema di diritto penale amministrativo, del padre del futuro codice penale Arturo Rocco²⁶, il quale intravede un'intima connessione tra reato contravvenzionale e tutela degli interessi dell'Amministrazione, da cui conseguirebbe la funzionalizzazione dei precetti del diritto penale contravvenzionale alla tutela degli interessi amministrativi dello Stato. Le contravvenzioni sono definite "reati amministrativi" e il diritto penale contravvenzionale è chiamato "diritto penale amministrativo"; con l'avvertenza che quest'ultimo conserva tutti i caratteri propri del diritto penale. Per Rocco, dunque, le sanzioni amministrative rientrerebbero a pieno titolo nel diritto penale, residuando, nel campo del diritto amministrativo, esclusivamente le sanzioni disciplinari.

La riflessione del Rocco si pone in antitesi rispetto a quella parte di dottrina amministrativista la quale, all'inizio del secolo scorso, aveva rivendicato l'appartenenza di talune pene al diritto amministrativo e il conseguente delineamento di un vero e proprio diritto amministrativo - penale²⁷. Le poderose critiche esposte dal Rocco²⁸ facilitarono la recessione quasi totale del diritto amministrativo - penale nell'area del diritto penale: le contravvenzioni, infatti, furono ritenute essenzialmente ed esclusivamente reati e sottoposte, di conseguenza, alla sola disciplina prevista per gli illeciti penali.

L'esistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto amministrativo - penale (intendendo con ciò uno spazio riservato alle sanzioni amministrative considerate in via funzionalmente autonoma rispetto alle sanzioni penali) è stata, in seguito, affermata e sostenuta da Guido Zanobini, autore dell'opera²⁹ che ancora oggi viene ritenuta fondamentale punto di riferimento per lo studio della sanzione

²³ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit.

²⁴ BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, cit.

²⁵ È quanto laconicamente affermava POTOTSCHNIG, *Presentazione del tema del convegno*, in *Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione di Varenna*, Milano, 1982, p. 26.

²⁶ ART. ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, p. 385 ss.

²⁷ RAGGI, *Lo svolgimento del diritto amministrativo penale*, in *Il Filangieri*, 1907, p. 344; GIAMPAOLINO, *Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative e la cd. depenalizzazione*, in *Foro amm.*, 1985, p. 1636.

²⁸ ART. ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, cit., p. 385.

²⁹ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p.

amministrativa. L'Autore dimostra come le sanzioni - o pene - amministrative siano del tutto distinte dalle sanzioni penali, in quanto espressione del potere sanzionatorio della Pubblica Amministrazione. V'è di più: come è giustamente sottolineato nell'opera, le sanzioni amministrative costituiscono un diritto soggettivo dell'Amministrazione per la realizzazione degli interessi di cui essa stessa è titolare, e alla cui protezione sono preposte le sanzioni amministrative³⁰. L'illustre Autore identifica i due caratteri propri delle sanzioni in questione nell'essere, da un lato, delle "pene in senso tecnico, la cui applicazione costituisce, per l'Amministrazione (...) un diritto soggettivo"³¹, dall'altro nella riserva della loro applicazione all'autorità amministrativa, "verso la quale corrono i doveri cui esse [le sanzioni] accedono"³².

Santi Romano, nel suo *Corso*³³, afferma che "il potere punitivo non rientra fra quelli amministrativi (...) nel diritto italiano odierno non si può parlare di diritto penale amministrativo". La responsabilità si dice amministrativa in quanto l'applicazione delle sanzioni che ne derivano costituisce potere dell'Amministrazione³⁴.

L'analisi di Vincenzo Manzini³⁵ si concentra in modo particolare sulla distinzione della sanzione amministrativa dalla sanzione penale, partendo dalla considerazione che "il diritto penale amministrativo non è separato nella sostanza...dal diritto penale vero e proprio" e che "è la natura della sanzione che rende reato l'infrazione d'un precetto, il quale in assenza non differisce da nessun altro divieto o comando esclusivamente amministrativo"³⁶. Ciò posto, si può affermare che, nel pensiero di Manzini, la distinzione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative è condotta sulla base di un criterio sostanziale ed intrinseco.

Su diversi presupposti è fondata l'analisi di Giacomo Delitala³⁷, il quale lega la discriminante tra le norme penali e le altre norme al tipo di conseguenza giuridica

³⁰ GIAMPAOLINO, *Criteri orientativi*, cit., p. 1637.

³¹ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 39.

³² *Ibidem*, p. 38.

³³ SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, pp. 299 ss.

³⁴ *Ibidem*, pp. 316-317.

³⁵ MANZINI, *Diritto penale italiano*, Torino, 1950.

³⁶ *Ibidem*, pp. 111-112.

³⁷ DELITALA, *Diritto penale*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 1095 ss.

prevista nei confronti dell'autore dell'illecito, individuata sulla base di un criterio formale ed estrinseco, ossia quello "nominalistico". Le sanzioni amministrative, in particolare, vengono distinte da quelle penali in base al *nomen iuris* prescelto dal legislatore, non in base a dati sostanziali, quali la natura o la finalità della sanzione stessa³⁸.

Eugenio Cannada-Bartoli³⁹ afferma che "sanzione amministrativa è solo quella dipendente da una fattispecie di illecito amministrativo": dunque anche questo autore fa dipendere dall'utilizzazione di un criterio (strettamente) formale la qualificazione della sanzione come amministrativa. Inoltre, la sanzione amministrativa e il relativo illecito sono "residuali" rispetto alle corrispondenti figure penalistiche, in quanto "la pena amministrativa non si ricollega ad un [illecito qualificato come] reato"⁴⁰.

Adolfo Angeletti, dopo aver definito la sanzione come "conseguenza svantaggiosa inerente alla violazione di una norma", fa derivare proprio da quest'ultima "la distinzione tra sanzione penale, civile e amministrativa"⁴¹. La conclusione è che "la qualificazione della misura afflittiva da parte del legislatore è determinante ai fini della determinazione della natura di sanzione amministrativa o meno della stessa. L'elemento nominalistico appare l'unica connotazione distintiva tra sanzione civile, penale e amministrativa e quindi tra illecito civile, penale e amministrativo"⁴².

³⁸ Ibidem, p. 1096, dove si afferma testualmente che il dato sostanziale potrebbe essere d'aiuto nella distinzione tra sanzioni penali e sanzioni civili, stante la funzione repressiva delle prime e soddisfattoria delle seconde e del carattere, rispettivamente, afflittivo e risarcitorio dei due tipi di sanzioni in esame.

³⁹ CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, pp.112 ss.

⁴⁰ Ibidem, pp. 118.

⁴¹ ANGELETTI, voce *Sanzioni amministrative*, in *NN.D.I.*, App.VI, Torino, 1986, p. 940.

⁴² Ibidem, p. 941. La tesi è esposta altresì in MARINI, voce *Sanzioni amministrative pecuniarie (Illecito colpito da)*, in *NN.D.I.*, App. VI, Torino, 1986, p. 944: con la precisazione che "il ricorso al criterio formale (...) non può limitarsi al mero dato della sanzione comminata per il fatto dal legislatore. (...) nei vari ordinamenti settoriali è possibile individuare sanzioni aventi contenuti simili o addirittura identici sì che, da sola, la specie sanzionatoria non appare sufficiente a fare collocare, nell'uno o nell'altro settore, un determinato illecito. (...) appare chiaro che il criterio individuatore dell'illecito che ne interessa deve fondarsi sull'esclusiva scelta del legislatore, quale si desume - oltre che dal tipo di sanzione - dalla disciplina dettata ai fini della sua rilevanza, dal suo accertamento e dal tipo di procedimento predisposto per reprimerlo".

Anche per Elio Casetta⁴³ il criterio da privilegiare nell'indagare la nozione di sanzione amministrativa è quello formale ed estrinseco, con conseguente rifiuto delle teorie basate su dati sostanziali. Lo stesso Autore, inoltre, qualifica come unitaria la categoria delle sanzioni amministrative, nonostante l'esistenza di una molteplicità di sanzioni amministrative finalizzate all'assolvimento di funzioni diverse tra loro, con conseguente pluralità d'illeciti cui le stesse sono collegate. Subito dopo aver affermato il carattere dell'unitarietà della categoria in questione, l'illustre Autore sposa la tesi della "residualità" della sanzione amministrativa (tesi già vista in Cannada-Bartoli) ai fini della distinzione di quest'ultima dalle sanzioni civili e da quelle penali: "sono sanzioni amministrative le misure afflittive non consistenti in pene criminali (e, ovviamente, in sanzioni civili). Di più non si può dire. Sarebbe inutile ed inesatto"⁴⁴.

Maria Alessandra Sandulli parte dalla distinzione, vista in precedenza, tra sanzioni amministrative pure (aventi contenuto afflittivo) e le altre "varie forme di repressione", generalmente catalogate come sanzioni, ma aventi contenuto prevalentemente restitutorio - ripristinatorio del bene leso dal comportamento illecito⁴⁵. Le sanzioni amministrative pure hanno il fine di restaurare l'ordine giuridico violato con reazioni la cui essenza è primariamente afflittiva⁴⁶. Dopo aver affermato l'intrinseca unitarietà funzionale del *genus* sanzioni amministrative, l'Autrice si sofferma sulla distinzione con le sanzioni penali, orientando la scelta verso criteri di tipo sostanziale e intrinseco, quali la natura delle conseguenze previste in reazione alla commissione dell'illecito: "la qualificazione di un illecito consumato in danno della pubblica Amministrazione (...) come illecito amministrativo ovvero come illecito penale, discende essenzialmente dalla natura delle misure repressive che l'ordinamento dispone per la sua commissione: prime fra tutte, naturalmente, quelle sanzionatorie"⁴⁷.

⁴³ CASETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in *Le sanzioni amministrative - Atti del XXVI Convegno*, cit., pp. 45 ss.

⁴⁴ Ibidem, p. 46.

⁴⁵ M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, pp. 1 ss.

⁴⁶ Per analoghe considerazioni v. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit.

⁴⁷ M.A. SANDULLI, *op. cit.*, p.11.

Giuliano Vassalli⁴⁸, richiamandosi alle prime leggi di depenalizzazione, e poi alla legge 24 novembre 1981 n. 689⁴⁹, rileva che la distinzione tra sanzioni amministrative punitive e sanzioni penali è necessariamente agganciata ai criteri formali ed estrinseci della qualificazione legislativa; la sanzione amministrativa generale corrisponde all'illecito amministrativo generale (sottospecie dell'illecito amministrativo, in cui è ricompreso anche l'illecito disciplinare), la sanzione penale corrisponde a fatti qualificati dalla legge come reati⁵⁰. Proseguendo nella trattazione, l'illustre penalista sembra accogliere, oltre al criterio nominalistico del *nomen iuris*, anche l'ulteriore criterio estrinseco della competenza formale dell'autorità nell'irrogare la sanzione (organi giurisdizionali per la materia penale, la stessa Amministrazione per le sanzioni amministrative); con l'aggiunta che la riserva di legge statale, prevista dall'art. 25, II comma, Cost., è valida per i soli reati⁵¹.

⁴⁸ VASSALLI, Voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 793 ss.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 797, laddove questa legge è vista come creazione di un sistema legale generale di tutti gli illeciti amministrativi, ivi compresi quelli non derivanti da depenalizzazione.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 797-798. L'illustre A. precisa, a testimonianza dell'impossibilità di accogliere criteri sostanziali ai fini della qualificazione di un illecito (e della conseguente sanzione) come penale o amministrativo, che esistono nell'attuale legislazione "illeciti amministrativi che offendono interessi della collettività e che ben potrebbero essere reati e viceversa illeciti penali che continuano a restare nel novero delle contravvenzioni (...) pur rappresentando la loro commissione soltanto un intralcio allo svolgimento di attività amministrative.

⁵¹ *Ibidem*, p. 800. Nel rintracciare un fondamento costituzionale all'attività sanzionatoria amministrativa, un illustre Autore (CASSETTA, *Sanzione amministrativa*, cit., pp. 599-600) sostiene l'autonomia e la specificità di quest'ultima rispetto alla sanzione penale, essendo applicabili solo a questa le ben note garanzie ex artt. 25, II comma e 27, I e III comma Cost. I referenti costituzionali dell'illecito e della sanzione amministrativa sono individuabili, invece, negli artt. 23 e 97 Cost, così come affermato anche dalla Corte Costituzionale (ord. 21 aprile 1994, n.159, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 1214). *Contra v.* SANDULLI, M.A., voce *Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, p. 7; l'A. afferma, *expressis verbis*, che nonostante l'orientamento della Corte Costituzionale, il tenore letterale dell'art. 25, II comma Cost. "non consent[e] obiettivamente di dubitare dell'operatività del principio anche in materia amministrativa". Per un'analisi del fondamento costituzionale della potestà sanzionatoria amministrativa, si veda il Capitolo IV.

3.1. Sanzione penale e sanzione amministrativa.

Dopo aver tentato di definire la nozione di sanzione amministrativa all'interno dei mezzi di coazione a disposizione dell'Amministrazione⁵² (e aver offerto uno spaccato del dibattito dottrinale sviluppatosi nel secolo scorso), l'oggetto dell'analisi si sposta ora sulla delimitazione verso l'esterno della sanzione amministrativa, vale a dire sulla differenziazione tra quest'ultima e le altre tipologie di sanzioni previste dall'ordinamento.

Il problema della distinzione si pone principalmente per quelle che M.A. Sandulli⁵³ chiama le sanzioni amministrative pure, ovverosia le sanzioni amministrative pecuniarie, caratterizzate dall'essenza fortemente afflittiva propria dei provvedimenti espressione del potere sanzionatorio. Il problema riguarda, dunque, i provvedimenti che incidono direttamente sul patrimonio dell'autore della violazione.

Senza voler anticipare alcune riflessioni che troveranno spazio nei capitoli successivi, è necessario sottolineare che la tematica in oggetto costituisce il *punctum pruriens* della riflessione attuale sulle sanzioni amministrative, sviluppata su impulso proveniente dalla giurisprudenza eurounitaria e convenzionale che si è occupata dell'argomento. Infatti, ai fini della violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale (violazione, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, ormai acclarata a seguito delle numerose pronunce dalle Corti europee) è dirimente la qualificazione di una sanzione come penale o amministrativa: in caso di doppio binario sanzionatorio, con la previsione di sanzioni aventi entrambe natura (sostanzialmente) penale, il divieto in questione verrà inevitabilmente infranto, con conseguente incompatibilità delle norme nazionali legittimanti l'applicazione congiunta di una pluralità di sanzioni penali per il medesimo fatto, nei confronti di uno stesso soggetto. Dunque, una volta acquisito il dato per cui la distinzione degli illeciti è correlata alla distinzione delle sanzioni⁵⁴, distinguere tra sanzione penale e sanzione amministrativa è il primo

⁵² Nel ricostruire il pensiero della dottrina sull'essenza della sanzione amministrativa, si è fatto più volte cenno ai criteri distintivi di quest'ultima dalla sanzione penale: criteri che sono al centro dell'analisi che si svolgerà nel presente paragrafo.

⁵³ M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit., pp. 2 e 11.

⁵⁴ CASETTA, *Illecito amministrativo*, cit., p. 90.

passo per delineare il confine tra l'area dell'illecito penale (dotata di proprie garanzie) e quella dell'illecito amministrativo: un confine, come si vedrà, estremamente labile e, ultimamente, assai mutevole. Non si potrà, pertanto, non fare riferimento all'*actio finium regundorum* portata avanti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (e, in misura inferiore, anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea): un'azione con cui giudici e legislatori devono, oggi, necessariamente confrontarsi.

3.1.1. L'elaborazione dottrinale.

Una volta individuata la caratteristica essenziale della sanzione amministrativa-penale nell'essere una "pena in senso tecnico", si può affermare che entrambe le sanzioni condividono il carattere della personalità e lo scopo di prevenzione (generale e speciale)⁵⁵. A questo punto, determinante è l'analisi dei criteri che permettano di includere una sanzione nell'area del penalmente rilevante o, viceversa, in quello della tutela amministrativa. Questo interrogativo rappresenta una *vexata quaestio* sia per la dottrina amministrativistica che per quella penalistica⁵⁶, le quali non sono riuscite, tuttavia, ad enunciare un criterio valido in assoluto per dirimere la questione.

All'interno dei criteri proposti, è possibile individuare due grandi orientamenti i quali, partendo dall'analisi della norma contenente la sanzione, concentrano la propria attenzione rispettivamente sul precetto oppure sulla sanzione⁵⁷: al primo degli orientamenti citati appartengono i criteri che si definiscono *sostanziali* (o *materiali* o *intrinseci*); il secondo, di regola, raggruppa i criteri *formali* (o *estrinseci*). I primi si concentrano sull'oggettività giuridica della norma che prevede l'illecito, sul bene giuridico e sull'interesse tutelato. I secondi - che al loro interno ricomprendono una pluralità di canoni interpretativi - si fondano

⁵⁵ CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., pp. 580 e 583.

⁵⁶ Fino alla legge n. 689/1981 le teorie penalistiche consideravano, come unica *species* di sanzione amministrativa, esclusivamente la sanzione disciplinare, facendone discendere di conseguenza, come connotati della sanzione amministrativa, le caratteristiche tipiche della sanzione disciplinare. Si v. per tutti BETTIOL, *Diritto penale*¹¹, Padova, 1982, p. 717.

⁵⁷ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 7.

sull'analisi della tipologia di sanzione comminata, sul *nomen iuris* prescelto dal legislatore, sul tipo di procedimento previsto per l'irrogazione della sanzione e sull'autorità competente a irrogarla.

3.1.2. I criteri materiali (o sostanziali o intrinseci).

Secondo i criteri in oggetto la distinzione tra sanzione penale e sanzione amministrativa troverebbe il suo fondamento nell'oggetto della tutela apprestata dalla norma: se oggetto di tutela sono interessi della Pubblica Amministrazione, che si sostanziano in doveri e obblighi verso la stessa Amministrazione, allora ci si trova di fronte ad una sanzione amministrativa. Parallelamente, la sanzione penale fornirebbe tutela a interessi qualificati come primari e identificabili negli interessi costituzionalmente rilevanti (in via implicita o esplicita)⁵⁸. Il precetto, secondo i sostenitori di questa tesi, è determinante per decidere della natura (amministrativa o penale) della sanzione.

La possibilità di distinguere ontologicamente i due tipi di sanzione è, però, smentita dal dato positivo. Infatti, il periodico susseguirsi di processi "depenalizzanti" e "ripenalizzanti"⁵⁹ testimonia l'impossibilità di accoglimento, ai fini che qui interessano, del criterio in esame: se infatti il precetto, nella sua formulazione legislativa, rimane invariato - ma muta il tipo di sanzione previsto dall'ordinamento - esso stesso non può orientare nella qualificazione dell'illecito e della sanzione, proprio perché è possibile che, nel tempo, alla violazione di un precetto siano collegate molteplici sanzioni, anche radicalmente diverse fra loro.

Non sarebbero coerenti con il criterio appena esposto scelte legislative che tutelassero, con sanzioni penali, interessi meramente strumentali o intermedi rispetto ad un bene giuridico finale, oppure norme penali poste a tutela dell'azione di organismi amministrativi (come, ad esempio, la CONSOB e le autorità di

⁵⁸ Si fa qui riferimento alla nota elaborazione teorica sui rapporti tra bene giuridico e Costituzione. Si v.

⁵⁹ Secondo BACHELET, *Problemi e prospettive della "depenalizzazione" delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974, IV, p. 2293, la depenalizzazione è "un ritorno pendolare dopo il lungo processo di "penalizzazione" delle numerose sanzioni anticamente irrogate in via amministrativa".

vigilanza del sistema bancario, finanziario e assicurativo). Parimenti ingiustificata (sempre accogliendo criteri materiali) sarebbe la previsione di sanzioni amministrative a protezione di beni giuridici tradizionalmente ritenuti “primari” ed essenziali: si pensi al caso emblematico della circolazione stradale, che ha costituito il primo “banco di prova”, in Italia, della disciplina dell’illecito depenalizzato.

In realtà, proprio nel settore del diritto penale dell’economia, si riscontrano numerose fattispecie penali finalizzate alla tutela di attività amministrative (tra cui l’art. 2638 c.c., rubricato “*Ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*”), che potrebbero essere trasformate in illeciti amministrativi, stante la natura strumentale (rispetto a un bene giuridico finale) degli interessi tutelati; nel settore degli abusi di mercato, invece, si assiste a un’indiscriminata duplicazione delle sanzioni (penali e amministrative) per alcune tipologie di delitti (artt. 187-*bis* e 187-*ter* del T.U.I.F.). In tali ultimi casi (oggetto di numerose e recenti pronunce della Corte EDU denuncianti la violazione del *ne bis in idem* sostanziale), data la natura degli interessi oggetto di tutela, sarebbe opportuno prevedere la sola sanzione amministrativa pecuniaria, dotata di una carica afflittiva notevolmente ampia, specialmente se parametrata al danno di cui i soggetti responsabili di determinate condotte manipolatorie del mercato finanziario hanno cagionato a discapito dei risparmiatori.

Anche la Corte Costituzionale, in diverse pronunce, ha smentito la tesi che pretendeva di ancorare la distinzione sanzioni penali - sanzioni amministrative all’ambito degli interessi protetti⁶⁰.

Per queste ragioni si ritiene che il sostrato materiale del precetto, ossia il bene o interesse tutelato, può fungere - *de lege ferenda* - da criterio-guida nell’opera del legislatore futuro, ma non offre valide indicazioni orientative *de lege lata*⁶¹.

⁶⁰ Corte Cost. 30 dicembre 1998, n. 456, in *Giur. Cost.*, I, 1998, p. 3803, nella quale, in riferimento alla tutela dell’ambiente, la corte afferma che “la sanzione penale non costituisce, di per sé, l’unico strumento di tutela di interessi come quello ambientale, ben potendo risultare altrettanto e persino più efficaci altri strumenti, anche sanzionatori”. Si tratta di una scelta discrezionale del legislatore: non possono esserci vincoli in tal senso e, di conseguenza, la natura dell’interesse tutelato non può rappresentare un discrimine fra sanzioni amministrative e sanzioni penali.

⁶¹ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 13.

3.1.3. I criteri formali (o estrinseci).

Il secondo dei due orientamenti di cui si è fatto cenno in precedenza accorda rilievo determinante, ai fini della distinzione *de qua*, ai caratteri propri della sanzione. I criteri rientranti in questa teorica sono chiamati formali; come vedremo, ve n'è uno che può essere definito come "pseudoformale".

Il primo dei suddetti criteri è di tipo soggettivo, in quanto assegna esclusiva rilevanza all'autorità competente ad irrogare la sanzione. È il criterio esposto dallo Zanobini⁶², il quale concludeva che la sanzione amministrativa si caratterizzava per il solo fatto di essere irrogata da un'autorità amministrativa. Le critiche a questa tesi non tardarono ad arrivare: non solo a causa di alcune disposizioni normative allora vigenti - che attribuivano ad autorità amministrative la competenza nell'applicazione di sanzioni penali⁶³ - ma soprattutto perché (in virtù degli artt. 24 e 25 della legge n. 689 del 1981) il giudice penale può, in caso di connessione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, applicare anche queste ultime.

Il criterio d'identificazione meramente soggettivo non può dunque essere accolto, e di ciò si rese conto lo stesso Zanobini, che, in uno scritto di pochi anni successivo⁶⁴, abbraccia la tesi della natura funzionale della sanzione amministrativa, poiché la sua applicazione costituisce esercizio di una funzione amministrativa, ovverosia di un potere amministrativo. La sanzione amministrativa si pone, dunque, al termine del procedimento amministrativo, e viene irrogata mediante il provvedimento amministrativo; la sanzione penale, invece, rappresenta la chiusura del procedimento giurisdizionale, e la sua applicazione avviene con un atto, anch'esso giurisdizionale. Gran parte della dottrina amministrativistica⁶⁵ ha aderito a quest'impostazione, che evidenzia non

⁶² ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 40.

⁶³ Le norme in questione, riguardanti le "competenze penali anomale" del comandante di porto e dell'intendente di finanza, sono state espunte dal nostro ordinamento grazie all'opera della Corte Costituzionale: si v. Corte Cost. sent. n. 60/1969, in *Giur. Cost.*, 1969, p. 371, e Corte Cost., sent. n. 121/1970, in *Giur. Cost.*, 1970, p. 1513.

⁶⁴ ZANOBINI, *La sistemazione delle sanzioni fiscali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, p. 501.

⁶⁵ SANTI ROMANO, *Corso*, cit., p. 316; M.A. SANDULLI, *Sanzione*, cit., pp. 3 ss., la quale, pur abbracciando un criterio formale di distinzione, afferma testualmente che "la qualificazione di un illecito (...) si evince...essenzialmente dalla natura delle misure repressive che l'ordinamento riconnette alla sua commissione, prime fra tutte...quelle sanzionatorie; [sono] norme sanzionatorie

solo e non tanto la soggettività dell'organo preposto ad irrogare la sanzione, bensì le caratteristiche del procedimento finalizzato alla sua applicazione.

La tesi "pseudoformale", pur ponendosi sempre nell'ambito dei criteri d'identificazione *soggettivi*, afferma che la sanzione amministrativa è espressione del potere di autotutela proprio dell'Amministrazione, potere finalizzato a conseguire l'attuazione pratica dei precetti amministrativi⁶⁶. La definizione "pseudoformale" consegue al fatto che la tesi in esame, oltre a contenere i tratti caratteristici dei criteri formali visti poc'anzi (competenza funzionale dell'amministrazione ed esplicazione mediante provvedimento amministrativo), contiene riferimenti al substrato materiale dell'interesse tutelato, mediante il riferimento agli atti di autotutela, che sono posti a protezione d'interessi dell'Amministrazione. Dunque, per questa tesi valgono le medesime obiezioni poc'anzi svolte con riferimento ai criteri materiali.

L'ultima teoria annoverabile nell'orientamento formalistico fa leva sì sulla natura della sanzione, ma concentrandosi sui contenuti e sugli effetti dei due tipi di sanzione che qui si analizzano. La tesi in esame è definita come strutturale⁶⁷. Le sanzioni amministrative non possono mai incidere sulle libertà fondamentali del destinatario, *in primis* sulla libertà personale, la cui limitazione può essere prevista solo da un atto giurisdizionale, e mai da un provvedimento amministrativo. Le sanzioni amministrative (specialmente quelle cd. "pure", ossia le sanzioni amministrative pecuniarie) incidono su beni di natura essenzialmente patrimoniale: per questo motivo, all'applicazione delle sanzioni amministrative sovrintende l'articolo 23 della Costituzione, consistendo esse in "prestazion[i] personal[i] o patrimonial[i]", non rilevando l'articolo 13 della Costituzione, posto a tutela della libertà personale. Le sanzioni penali, viceversa, si caratterizzano per la loro incidenza, diretta o potenziale, sul bene della libertà personale⁶⁸. In conseguenza di ciò la sanzione amministrativa sarebbe da individuare "in

amministrative quelle norme dirette a punire, *con effetti limitatamente incidenti nella sfera dei rapporti con l'Amministrazione* (corsivi originali), la violazione dei precetti dettati dall'ordinamento a specifica garanzia di una funzione riconosciuta propria di questa". L'A., dunque, opta per un criterio definibile come formale - contenutistico; criterio che, come si vedrà, verrà esposto al termine del paragrafo.

⁶⁶ BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 537 ss.

⁶⁷ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 17;

⁶⁸ AMATO, *Art. 13*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione - Rapporti civili, Artt. 13 - 16*, Bologna - Roma, 1977, pp. 1 ss.

negativo”, in via residuale rispetto alla sanzione penale: è sanzione amministrativa la sanzione che non produce gli effetti tipici delle sanzioni penali⁶⁹.

Caratteristiche esclusive della sanzione penale dal punto di vista del contenuto, secondo la tesi in esame, sarebbero lo stigma criminale e gli effetti penali della condanna: la sanzione penale, oltre a comportare uno “stigma etico-sociale” squalificante per la persona del reo (con la connessa creazione di uno status di condannato fortemente afflittivo della personalità umana), produrrebbe effetti giuridici direttamente conseguenti all’irrogazione della sanzione (iscrizione nel casellario giudiziale, presupposti per la dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato, disciplina della recidiva, presupposti ostativi alla concessione della sospensione condizionale della pena, ecc.)⁷⁰. Tali effetti sarebbero estranei alle sanzioni amministrative.

In breve, concludendo l’analisi sui criteri utili a differenziare i due tipi di sanzione e riportando il pensiero esposto in una delle monografie più esaurienti sull’argomento, si può affermare che l’utilizzo di criteri formali si giustifica, in mancanza di un esplicito referente normativo in ordine alla definizione di sanzione amministrativa, alla luce dell’intervento razionalizzante ed unificatore rappresentato dalla legge n. 689 del 1981.

Attualmente, il problema della distinzione dei due tipi di sanzione appare estremamente complesso, soprattutto alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale propria della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. In tal senso, rilievo decisivo riveste non tanto (*rectius*: non solo, come meglio si vedrà appresso) la qualificazione formale attribuita alla sanzione dal diritto nazionale, bensì altri caratteri, quali la natura del precetto violato e la natura e il grado di severità della sanzione, che si caratterizzano per essere criteri di tipo eminentemente sostanzialistico e che entrano “a gamba tesa” nell’elaborazione dottrinale, la

⁶⁹ La tendenza a definire “in negativo” la nozione di sanzione amministrativa è ricorrente nella dottrina amministrativistica: si v. CANNADA-BARTOLI, *Illecito (dir. amm.)*, cit., p. 118, secondo cui “la sanzione amministrativa e il relativo illecito si definiscono (...) rispetto alle corrispondenti figure penalistiche in termini negativi, in quanto la pena amministrativa non si ricollega ad un (illecito che sia qualificato come) reato”; CASETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, cit., p. 49, il quale afferma che “[le sanzioni amministrative] nel loro complesso non hanno alcun carattere peculiare (...) e si possono individuare in modo soltanto residuale. Sono misure amministrative le misure afflittive non consistenti in pene criminali (e, ovviamente, in sanzioni civili)”.

⁷⁰ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., pp. 21-22.

quale, basandosi esclusivamente sul dato positivo dell'ordinamento nazionale (e senza dare particolare rilevanza ai *dicta* provenienti dalla Corte EDU fin dal 1976), pare aver elaborato una nozione di sanzione amministrativa (con conseguente distinzione dalla sanzione penale) fondata su caratteri formali ed estrinseci. Tali conclusioni vengono, prepotentemente, rimesse in discussione, da parte degli influssi provenienti da Strasburgo: nell'individuazione della sanzione amministrativa, non si può prescindere dalle note sostanziali della sanzione stessa le quali, superata una determinata soglia, renderanno la sanzione in oggetto (pur se formalmente qualificata come amministrativa in base al *nomen iuris*) indefettibilmente una sanzione penale, con tutto lo stuolo di garanzie sostanziali e procedurali ad essa connesse.

CAPITOLO II

RICOGNIZIONE DELL'EVOLUZIONE DELLA DEPENALIZZAZIONE IN ITALIA FINO ALLA LEGGE N. 689 DEL 1981

SEZIONE I
IPERTROFIA PENALISTICA, CRISI DEL DIRITTO PENALE E
FUNZIONAMENTO DEI MECCANISMI DI DEFLAZIONE

1. Premessa. Il nesso tra depenalizzazione e sanzione amministrativa all'origine della figura dell'illecito amministrativo.

1.1. Definizioni e terminologia.

Con il termine depenalizzazione suole indicarsi quel fenomeno di politica legislativa consistente nella progressiva riduzione dell'area tradizionalmente riservata alla tutela penale e nella sua - eventuale - sostituzione con altri e diversi metodi di controllo sociale⁷¹. Se dunque depenalizzare significa, da un punto di vista letterale, eliminare una fattispecie dall'area del penalmente rilevante, questa definizione può creare alcuni problemi di natura definitoria se accostata ad altre espressioni in uso nella dottrina come, *e.g.*, decriminalizzazione, decarcerizzazione o deprocessualizzazione.

Si può, allora, agevolmente comprendere che la molteplicità di fenomeni specifici ricondotti sotto il *nomen* di depenalizzazione costituisca un ostacolo all'elaborazione di una nozione unitaria della categoria in questione⁷².

È necessario, perciò, non fermarsi di fronte ad un indeterminato e generico concetto di categoria giuridica, identificando la depenalizzazione con la deflazione penale *tout court*: come si vedrà meglio in seguito, tale ultimo fenomeno non può porsi nell'ambito della depenalizzazione di cui in seguito ci si occuperà, bensì - almeno secondo alcuni autori⁷³ - in quello della decriminalizzazione.

⁷¹ PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1988, p. 426.

⁷² GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in VASSALLI (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, p. 191.

⁷³ NUVOLONE, *La legge di depenalizzazione*, Torino, 1984, p. 1.

In dottrina i termini depenalizzazione e decriminalizzazione vengono usati - nonostante l'apparente somiglianza semantica - in riferimento a fenomeni differenti e, a volte, opposti fra loro⁷⁴.

Secondo un primo orientamento⁷⁵, il termine decriminalizzazione indicherebbe un fenomeno radicale, consistente nell'eliminazione dell'incriminazione e della pena ad essa collegata; con depenalizzazione, invece, s'intenderebbe un intervento meno incisivo quanto alla natura, ma dal contenuto più ampio in relazione agli effetti: ci si riferisce alle ipotesi di trasformazione della pena criminale, che verrebbe sostituita con altre forme di sanzione di natura extrapenale.

In base ad una seconda e opposta interpretazione⁷⁶ - probabilmente più fedele al dato letterale - la decriminalizzazione individuerrebbe la perdita del solo carattere criminale dell'illecito, che però manterrebbe la propria contrarietà all'ordinamento giuridico (trasformandosi, perciò, in illecito extrapenale, ma pur sempre illecito). Con il termine depenalizzazione si farebbe, invece, riferimento alle situazioni di completa liceizzazione del fatto, in cui non residuerebbero più elementi di contrarietà all'ordinamento giuridico globalmente considerato.

In realtà, nella dottrina italiana si registra un terzo orientamento secondo il quale - nell'ambito di un'estesa riflessione sui limiti e sulle funzioni stesse del diritto penale - la depenalizzazione riguarderebbe il passaggio dalla sanzione criminale ad altri tipi di sanzioni, mentre la decriminalizzazione indicherebbe la trasformazione della pena detentiva in pena pecuniaria⁷⁷.

Dunque, per concludere, molteplici appaiono i significati che i due sostantivi - decriminalizzazione e depenalizzazione - potrebbero assumere in via generale: a) totale liceizzazione di un fatto penalmente illecito; b) trasmigrazione del fatto

⁷⁴ Come acutamente nota PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1989, pp. 430 ss., tale uso diversificato dei due vocaboli avviene soprattutto nella dottrina italiana e francese. Non così, invece, nella dottrina anglosassone, in cui il termine *decriminalization* è utilizzato per indicare i processi di *secolarizzazione* del diritto penale (e.g. abrogazione dei reati contro la morale, contro l'etica pubblica, ecc.); gli interventi deflattivi di tipo diverso vengono ricondotti sotto il fenomeno della *diversion*.

⁷⁵ NUVOLONE, *La legge di depenalizzazione*, cit., p. 1.

⁷⁶ GREVI, *Giudice unico e giudice onorario nel processo penale*, in *Atti dell'incontro sul giudice onorario. Bologna 5 febbraio 1977*, Milano, 1979, p. 27.

⁷⁷ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 237. D'altronde, questa versione del binomio concettuale *depenalizzazione - decriminalizzazione* si colloca all'interno della terminologia utilizzata dall'A., per il quale i *crimini* dovrebbero essere puniti con la pena *detentiva*, mentre le *contravvenzioni* con la pena *pecuniaria*.

penalmente illecito in altra area dell'ordinamento giuridico, mantenendo il proprio carattere d'illiceità (e.g. illecito civile, illecito amministrativo); c) sostituzione della pena detentiva in altra *species* di pena (pecuniaria, interdittiva, ecc.): in questo caso, il fatto rimane nell'area del penalmente rilevante, mutando solo la gravità della risposta sanzionatoria; d) mantenimento del carattere penalmente illecito del fatto, che degrada, però, da delitto a contravvenzione⁷⁸.

L'insieme delle teoriche complessivamente analizzate potrebbe risultare effettivamente fondato e, di conseguenza, tutte potrebbero presentare tratti di arbitrarietà: inoltre, il continuo susseguirsi di interventi depenalizzanti e ripenalizzanti, sforniti di coordinamento sistematico, non rappresenta di certo un momento di progresso nella lotta all'ipertrofia penalistica⁷⁹.

Preso atto del pluralismo terminologico e definitorio che si staglia dinanzi all'interprete⁸⁰, non si può non condividere quanto afferma autorevole dottrina⁸¹ in ordine al carattere eminentemente nominalistico della disputa relativa al significato e alla fungibilità dei termini depenalizzazione e decriminalizzazione. Le due espressioni, infatti, vengono utilizzate in maniera fungibile per indicare un fenomeno negativo: la perdita del carattere di illiceità penale delle fattispecie cui si riferiscono, senza aggiungere nulla sulla natura che le fattispecie stesse assumerebbero, una volta fuoriuscite dall'area del penalmente rilevante. Oltre al significato di natura privativa, è estremamente complicato attribuire alle espressioni in oggetto un significato qualificante: nel senso che esse nulla affermano sulla diversa natura che le fattispecie depenalizzate o decriminalizzate assumono (illecito civile, amministrativo, disciplinare, ecc.).

Dovendo necessariamente prendere posizione, da un punto di vista terminologico, sull'utilizzo delle due espressioni, diviene dirimente il riferimento all'esperienza normativa italiana. Come si avrà modo di vedere, infatti, il

⁷⁸ PITTARO, voce *Depenalizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Agg., Roma, 2007, p. 1.

⁷⁹ DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in *Dir. pen. e processo*, 2000, p. 1652.

⁸⁰ È da segnalare che autorevole dottrina (GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, cit., pp. 192 - 193) identifica la *decriminalizzazione* con la *depenalizzazione stricto sensu* intesa (trasformazione di reati in illeciti amministrativi: come si vedrà *infra* è questa la nozione che si accoglierà di *depenalizzazione*), distinguendola dalla *depenalizzazione lato sensu* intesa (individuata nell'abdicazione da parte dell'ordinamento a qualsiasi forma di punizione dell'illecito, sia essa penale o extrapenale), detta anche *depenalizzazione secca*.

⁸¹ PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 431.

legislatore - a partire dalla seconda metà del secolo scorso - ha utilizzato la tecnica della depenalizzazione per trasformare un illecito inizialmente qualificato come penale in amministrativo, con conseguente riqualificazione della sanzione (da penale ad amministrativa).

Ecco dunque spiegato il legame logico-giuridico intercorrente tra depenalizzazione e sanzione amministrativa, che fonda, altresì, la figura dell'illecito amministrativo: tramite la prima, determinati illeciti vedono modificata la loro natura, venendo attratti nell'area del non (più) penalmente rilevante, mantenendo, al contempo, la loro contrarietà verso altri settori dell'ordinamento giuridico, con conseguente previsione di sanzioni amministrative come reazione giuridica alla commissione di un illecito non più (qualificato come) penale, bensì come amministrativo.

A conferma di questo assunto, si può evidenziare il fatto che nel nostro ordinamento il termine depenalizzazione sia stato utilizzato per indicare la sostituzione a livello legislativo della sanzione penale con altre forme di sanzioni, in particolare con la sanzione amministrativa pecuniaria: è quanto si è verificato con la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "Modifiche al sistema penale", la quale ha attuato una generale trasformazione (salvo alcune eccezioni) in illeciti amministrativi di tutti i reati puniti alternativamente con la pena della multa o dell'ammenda.

1.2. Problemi classificatori all'interno della categoria della depenalizzazione.

Prescindendo da un punto di vista esclusivamente terminologico, per abbracciare una prospettiva sostanziale, si deve dar conto delle differenze tra depenalizzazione in astratto e depenalizzazione in concreto, e tra depenalizzazione *de iure* e depenalizzazione *de facto*. Non si tratta di problematiche meramente definitorie, in quanto la diversità terminologica indica qui una differenza sostanziale nella disciplina delle varie tipologie di depenalizzazione, che si riflette nella diversità strutturale degli interventi legislativi di depenalizzazione.

1.3. Depenalizzazione in astratto e depenalizzazione in concreto.

Per depenalizzazione in astratto s'intende l'intervento deflattivo che si esaurisce definitivamente con l'opera del legislatore, mediante la quale vengono individuate, in via preventiva, le fattispecie da depenalizzare. Al contrario, la depenalizzazione in concreto richiede un'attività ulteriore rispetto alla *voluntas legislatoris*: è necessario l'intervento di altri soggetti (*id est* giudice, pubblico ministero, vittima del reato, ecc.) per rendere materialmente operanti gli strumenti deflattivi predisposti dal legislatore. Non è, dunque, la legge - nel caso di depenalizzazione in concreto - a valutare definitivamente se l'illecito meriti o meno una risposta sanzionatoria; tale valutazione - autorizzata pur sempre dal legislatore - sarà bensì compiuta da altri soggetti, i quali, alla luce dei criteri fissati dal legislatore, accerteranno se il fatto concreto sia meritevole di una reazione penale oppure - pur essendo astrattamente conforme alla fattispecie incriminatrice - sia sufficiente per esso una risposta depenalizzata.

1.4. Depenalizzazione *de iure* e depenalizzazione *de facto*.

Una seconda dicotomia è individuabile nella contrapposizione tra depenalizzazione *de iure* e depenalizzazione *de facto*.

Rientrano nel campo applicativo della prima espressione tutti gli interventi depenalizzanti esplicitamente adottati dal legislatore, a nulla rilevando che l'intervento legislativo esaurisca (depenalizzazione in astratto) o meno (depenalizzazione in concreto) l'opera di depenalizzazione. Si ha depenalizzazione *de facto*, invece, quando - pur in mancanza di una legge cd. di depenalizzazione - la prassi giudiziaria o i comportamenti emergenti nella realtà sociale selezionano nella concreta prassi giudiziaria gli illeciti meritevoli di risposta sanzionatoria penale, escludendo la meritevolezza di pena per le altre fattispecie.

Per fare un esempio dei fattori sociologici che, costituendo criteri di selezione concreta dei reati da perseguire, comportano una depenalizzazione *de facto*, si può indicare la mancata denuncia di un reato da parte della vittima (che non ne avverta la gravità), oppure ai reati cd. bagatellari non perseguiti dall'ufficio del pubblico ministero il quale, per evidenti e inderogabili motivazioni legate al carico giudiziario, è costretto ad operare una selezione dei fatti da perseguire. Tra le motivazioni causa di siffatta modalità di depenalizzazione si possono annoverare anche gli esigui termini prescrizionali previsti per alcune categorie di reati, termini che inducono l'organo inquirente a non iscrivere affatto la notizia di reato nell'apposito registro, in virtù di una futura e certa declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

È doveroso precisare che dovrebbe parlarsi (in questi casi di depenalizzazione "nascosta") di decriminalizzazione piuttosto che di depenalizzazione: infatti, se con la prima parola s'intende la mancanza di qualsiasi sanzione (penale o extrapenale che sia), il meccanismo ora descritto rientrerebbe a pieno titolo nella decriminalizzazione, in quanto gl'illeciti penali non perseguiti non degradano in altre forme di illecito, bensì restano del tutto sprovvisti di risposta sanzionatoria⁸².

1.5. Depenalizzazione e decriminalizzazione. Una prima conclusione terminologica.

In seguito ad una prima - e necessariamente incompleta - analisi condotta sulla varietà e pluralità delle forme lessicali presenti all'interno della categoria della depenalizzazione *lato sensu* intesa, è opportuno riepilogare brevemente i risultati fin qui raggiunti.

Depenalizzazione e decriminalizzazione, pur afferendo ad ambiti concettuali e operativi differenti, appartengono alla medesima matrice culturale ed ideologica, ed evidenziano la precisa volontà di combattere l'ipertrofia penalistica tramite

⁸² Un'ipotesi di depenalizzazione in concreto è costituita dal nuovo articolo 131-*bis* del codice penale, introdotto dal recentissimo D. Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, che prevede la non punibilità per particolare tenuità del fatto. Sull'inquadramento dogmatico di tale nuova causa di non punibilità e sui primi problemi applicativi cui essa ha dato luogo, si v. *infra*, Cap. III.

l'eliminazione dei cd. rami secchi dell'ordinamento giuridico, conferendo un impulso decisivo alle tendenze deflative di tale ipertrofia, destinate a sfociare nelle leggi generali di depenalizzazione sul modello della *Ordnunswidrigkeitgesetz* della Repubblica Federale Tedesca o alla legge n. 689 del 1981 dell'ordinamento italiano.

I due termini però, se pur esplicitanti una comune finalità deflativa, indicano fenomeni diversi: mentre la depenalizzazione agisce sulla pena e produce l'effetto di punire con altro tipo di sanzione (segnatamente, nella prospettiva assunta dal nostro legislatore, una sanzione amministrativa pecuniaria) fatti già costituenti reato, che continuano ad essere puniti, la decriminalizzazione agisce sui fatti penalmente rilevanti, abolendone *in toto* la rilevanza penale⁸³. Dunque se eguale è il punto di partenza (l'area del penalmente rilevante), differente è il punto di arrivo: l'illecito amministrativo nell'un caso, la completa liceizzazione del comportamento nell'altro.

In ogni caso, sia la depenalizzazione che la decriminalizzazione presuppongono un intervento del legislatore: se l'introduzione di nuove fattispecie penali è riservata, *ex* articolo 25, II comma, Cost., alla legge, anche la degradazione delle stesse ad illeciti amministrativi impone la presenza di una disposizione legislativa che modifichi la scelta, operata in precedenza dal legislatore, di sottoporre a sanzione penale un determinato comportamento⁸⁴.

⁸³ PALAMARA - SALEMME, *La depenalizzazione e la ripenalizzazione*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 722. Allargando l'angolo visuale dell'indagine, i due Autori confrontano i termini depenalizzazione e decriminalizzazione con l'altra coppia di termini *delegificazione e deregulation*. I primi due, da una prospettiva semantica, appartengono pur sempre all'area del diritto penale, mentre i secondi due alludono a prospettive totalizzanti, involgenti l'intero ordinamento giuridico. Con la delegificazione si assiste a una sorta di dismissione - trasmissione della potestà legislativa, da parte del legislatore ordinario, a tutto vantaggio delle fonti secondarie (*id est* del potere esecutivo), il che non comporta necessariamente una diminuzione del *corpus* normativo, il quale potrebbe, al contrario, anche estendersi a causa del tecnicismo tipico delle fonti regolamentari. Il termine *deregulation* affonda le sue origini nell'esperienza statunitense in cui, nel settore delle emittenti radiotelevisive, il legislatore ha eliminato qualsiasi disciplina, sia essa dettata da fonti primarie o secondarie, lasciando all'autonomia privata la gestione *concreta* dei rapporti giuridici.

⁸⁴ PALAMARA - SALEMME, *La depenalizzazione*, cit., p. 723.

1.6. Illeciti depenalizzati e illeciti *ab origine* amministrativi.

È corretto affermare che gli illeciti depenalizzati sono illeciti amministrativi; ma l'insieme di questi ultimi non si esaurisce esclusivamente negli illeciti risultanti dalla depenalizzazione, bensì ricomprende anche gli illeciti previsti fin dall'origine come amministrativi.

L'introduzione d'illeciti *ab origine* amministrativi riduce in via indiretta il numero delle fattispecie di reato: il legislatore, infatti, introducendo *ex novo* una fattispecie d'illecito amministrativo, individua fatti meritevoli di sanzione prevedendo per essi, fin dall'inizio, non un'afflizione penale, bensì esclusivamente amministrativa. In tal modo l'azione del legislatore si pone in netta controtendenza rispetto a quella - emersa già a partire dalla fine del XVIII secolo, nel passaggio storico dallo Stato assoluto allo Stato di diritto, nel pieno delle ideologie illuministiche - di criminalizzazione dei cd. illeciti di polizia; una tendenza, quest'ultima, che è andata espandendosi e rafforzandosi negli anni del primo Dopoguerra, in seguito alla comparsa di nuovi beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela penale, con conseguente aumento di competenze da parte dello Stato sociale, ciò che ha prodotto - e, in molti casi, continua a produrre - una "marea di leggi" presidiate dalla sanzione penale⁸⁵.

Nei casi di creazione d'illeciti *ab origine* amministrativi, quindi, non ci si trova dinanzi ad un vero e proprio processo di depenalizzazione; in tali ipotesi, infatti, si assiste all'esercizio della discrezionalità del legislatore in merito alla selezione non solo degli elementi costitutivi del fatto illecito, ma anche - e soprattutto - alla scelta del tipo di sanzione (penale, civile, amministrativa) ritenuta maggiormente idoneo a garantire l'osservanza del precetto violato dal comportamento illecito.

In ogni caso, sia che si tratti di depenalizzazione vera e propria, sia che si tratti di creazione *ex novo* di illeciti amministrativi, la questione che resta sullo sfondo è quella dell'individuazione dei criteri di scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa; criteri che guidano il legislatore anzitutto nell'emanazione delle leggi di depenalizzazione, le quali hanno storicamente alimentato il sistema del

⁸⁵ PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 426.

diritto penale - amministrativo⁸⁶. I criteri di scelta tra le due sanzioni svolgono, d'altronde, un ruolo fondamentale anche nella redazione delle disposizioni configuranti illeciti *ab origine* amministrativi: è proprio ai criteri di proporzionalità e di sussidiarietà (eletti dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del dicembre 1983 a criteri dirimenti nella scelta tra i due tipi di sanzione⁸⁷) che il legislatore dovrà utilizzare per decidere se un dato comportamento illecito - a causa della gravità dell'offesa, del rango dell'interesse tutelato e della non necessità del ricorso alla sanzione penale - sia o meno meritevole di essere punito con sanzione amministrativa.

Ai fini di una ricostruzione storica della fisionomia dell'illecito amministrativo nell'ordinamento italiano interessa mettere in luce la posizione assunta dal legislatore interno il quale - quantomeno fino alla legge generale di depenalizzazione del 1981 - non era giunto alla fissazione di regole e criteri che consentissero all'illecito amministrativo di assurgere al rango d'illecito strutturalmente e teleologicamente autonomo rispetto all'illecito penale. Ciò è dimostrato dal massiccio ricorso del legislatore interno alle leggi di depenalizzazione, non bilanciato dallo speculare meccanismo d'introduzione di figure autonome d'illecito amministrativo, ovverossia non derivanti da interventi depenalizzanti.

⁸⁶ DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, p. 780.

⁸⁷ Il testo della Circolare è disponibile in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, pp. 640 ss. In argomento si v. GIAMPAOLINO, *Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative e la cd. depenalizzazione*, in *Foro amm.*, 1984, pp. 1635 ss.; LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, V, pp. 251 ss.

2. Le ragioni della depenalizzazione.

2.1. Genesi storica dell'ipertrofia penalistica. Dalla nascita dello Stato liberale alla diffusa criminalizzazione delle bagatelle nel XX secolo.

Si è già fatto sommariamente cenno alla depenalizzazione come tendenza di politica del diritto contrapposta alla crescente ipercriminalizzazione che ha caratterizzato gran parte dei moderni sistemi giuridici europei, quantomeno fino alla seconda metà del Novecento⁸⁸.

La dottrina che si è occupata delle matrici culturali e legislative del fenomeno in questione parla di un movimento internazionale di depenalizzazione, basato su precisi presupposti ideologici e fattuali⁸⁹.

Le linee politico - criminali della depenalizzazione si sviluppano, dunque, come reazione all'ipertrofia del diritto penale⁹⁰, storicamente sviluppatasi a partire dall'eclissi dello Stato assoluto.

Nella prima fase, il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto, nella seconda metà del XVIII secolo, ha rappresentato il terreno ideale per il processo di criminalizzazione degli illeciti di polizia, finalizzato ad estendere a questa tipologia di illeciti le garanzie giurisdizionali proprie della materia penale; garanzie, queste ultime, frutto delle elaborazioni filosofico-giuridiche afferenti alle dottrine dell'Illuminismo penale, culminate nella teoria della separazione dei poteri. Questo primo momento di crescita dell'area del diritto penale è

⁸⁸ GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 197.

⁸⁹ PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 426. Cfr. altresì, per un'analisi dei motivi e delle ragioni poste alla base dell'inflazione penalistica nello Stato moderno, PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decodificazione dei reati bagatellari*, Milano, 1985, *passim*.

⁹⁰ L'espressione viene usata per la prima volta da Frank, alla fine del XIX secolo, in un saggio che anticipa le tendenze depenalizzanti che troveranno parziale realizzazione nella seconda metà del Novecento. L'illustre A. dopo aver osservato che "la frequenza della pena cresce nella stessa misura in cui lo Stato moderno estende il campo delle sue attività inserendo interessi un tempo solo privati nell'ambito del suo controllo e della sua tutela", focalizza l'analisi sui difetti strutturali del sistema penale tedesco dell'epoca, individuabili sia nell'abuso - nelle leggi speciali - della tecnica cd. "analitica" d'incriminazione, la quale conduce alla tipizzazione autonoma di condotte che già rientrerebbero in fattispecie previste all'interno del codice penale, sia nella superfluità della criminalizzazione di comportamenti non avvertiti come particolarmente dannosi o pericolosi nella coscienza sociale (con conseguente svalutazione dell'efficacia deterrente della pena in caso di lesioni significative di beni giuridici).

direttamente imputabile a un vasto processo di giurisdizionalizzazione, connesso all'affermarsi del monopolio penale del terzo potere (*id est* il potere giudiziario) quale principio fondante nel moderno Stato di diritto⁹¹, in virtù del quale infrazioni prima affidate alla repressione degli organi dell'Esecutivo transitano ora sotto la giurisdizione del giudice penale. Il passaggio allo Stato liberale di diritto e l'avvento delle codificazioni ottocentesche se da un lato hanno semplificato, sotto il profilo soggettivo, le tecniche legislative (superamento dei regimi penali differenziati in base agli *status* personali), hanno altresì - sotto il profilo oggettivo - comportato l'elevazione a fattispecie di reato di numerose condotte in precedenza estranee al settore criminale.

Il fenomeno di penalizzazione ottocentesca, consistente - come si è visto - nella trasformazione d'illeciti, un tempo affidati alla cognizione dell'Autorità amministrativa, in illeciti penali (perlopiù contravvenzionali), affonda le sue radici storiche nell'esigenza di una maggior garanzia nei confronti di una Pubblica Amministrazione che era, al tempo stesso, parte lesa, titolare dell'esercizio dell'azione repressiva e soggetto giudicante dei propri interessi violati. La terzietà del giudice ordinario - davanti al quale anche il diritto di difesa delle parti avrebbe potuto trovare un più ampio riconoscimento - era interpretata come garanzia di un processo più equo e imparziale rispetto al procedimento davanti alla Pubblica Amministrazione, notoriamente carente sotto tale prospettiva, a causa della non estraneità dell'organo giudicante alla valutazione degli interessi in gioco⁹².

Concludendo sulla fase ottocentesca di sviluppo ed estensione della legislazione penalistica - che i legislatori del XX secolo tenteranno di arginare con la politica di depenalizzazione - è interessante evidenziare, sulla scorta dell'analisi condotta da parte della dottrina⁹³, il fatto che la costante crescita dell'area del diritto penale negli stessi decenni in cui trova compiuta affermazione lo Stato liberale di diritto, per aumentare le guarentigie del cittadino, costituisce fenomeno coevo alla nascita del concetto di sindacabilità dell'azione amministrativa dinanzi al giudice ordinario: evento inscindibilmente collegato all'emanazione del *corpus* normativo

⁹¹ PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 13; MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, pp. 7 ss.

⁹² PITTARO, *Depenalizzazione*, cit., p. 1.

⁹³ PALAMARA - SALEMME, *La depenalizzazione*, cit., pp. 725 ss.

con cui venne abrogato il contenzioso amministrativo, meramente interno alla Pubblica Amministrazione e come tale sfornito delle necessarie garanzie di terzietà ed imparzialità⁹⁴.

La seconda fase di crescita esponenziale della legislazione penalistica si può individuare nella transizione dallo Stato di diritto a carattere liberale allo Stato sociale⁹⁵. In questo frangente vengono in rilievo due fenomeni, strutturalmente differenti ma funzionalmente connessi, entrambi responsabili della proliferazione legislativa caratteristica degli ordinamenti giuridici contemporanei: da un lato, il sempre maggiore intervento pubblico negli spazi un tempo riservati all'autonomia privata; dall'altro, l'imponente e non coordinata crescita della legislazione speciale, strumento al servizio dell'interventismo dello Stato sociale nel campo del benessere sociale (regolamentazione del mercato, diritti dei lavoratori, previdenza sociale)⁹⁶.

L'emersione, nella coscienza sociale, di nuovi beni giuridici individuali e la configurazione d'interessi istituzionali di natura collettiva e superindividuale ha reso necessaria la predisposizione di un ampio sistema sanzionatorio di tutela di questi nuovi beni giuridici. La tendenza all'impiego sempre più settorializzato e tecnicistico della sanzione penale, oltre ad aver comportato l'aumento indiscriminato delle fattispecie incriminatrici, ha però inciso sulle tecniche legislative di redazione delle disposizioni sanzionatorie. Inoltre, l'aumento dei *mala quia vetita* (illeciti penali artificialmente creati dal legislatore), concretantesi nella qualificazione illecita di comportamenti difficilmente interiorizzati dalla coscienza sociale collettiva come lesivi di beni giuridici di immediata evidenza,

⁹⁴ Si fa riferimento alla legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato E, la quale - com'è noto - abolì i Tribunali del Contenzioso Amministrativo, devolvendo al giudice ordinario tutte le controversie "nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa".

⁹⁵ Nelle analisi storiografiche non è infrequente l'uso delle espressioni "*Stato interventista*", "*Stato assistenzialista*", "*Welfare State*", "*Stato del benessere*", per indicare le caratteristiche dello Stato sociale affermatosi negli anni immediatamente successivi alla Prima Guerra Mondiale. La locuzione "*Stato assistenziale*" fa trasparire un giudizio ideologicamente negativo nei confronti di questa forma di Stato; l'espressione "*Stato interventista*" indica l'abbandono di qualsiasi forma di *laissez faire* e di neutralismo economico da parte dei pubblici poteri.

⁹⁶ PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 24.

ha determinato una diminuzione dell'efficacia deterrente e della funzione di prevenzione generale propria del sistema penalistico⁹⁷.

Se si volesse descrivere l'eziologia di questo irrefrenabile sviluppo normativo consequenziale alla nascita dello Stato sociale, si potrebbe di certo fare riferimento ai nuovi rapporti giuridici presenti all'interno della rinnovata società industriale, rapporti diversi da quelli caratterizzanti il precedente Stato liberale ma, al contempo, più complessi (si pensi ai rapporti sviluppatisi a causa dell'enorme espansione della produzione industriale oppure, per fare un esempio cronologicamente a noi più vicino, alle nuove esigenze di regolamentazione dell'impiego dell'energia atomica e nucleare)⁹⁸.

Le matrici storiche del fenomeno inflattivo di cui qui ci si occupa sono ravvisabili negli eventi bellici intervenuti, in Europa, tra il 1914 e il 1918. Per suffragare tale assunto si riportano le testimonianze di due autorevolissimi civilisti italiani dell'epoca, le cui opere offrono una visione chiara e illuminante sugli sviluppi futuri del fenomeno legislativo⁹⁹.

Dal punto di vista contenutistico si assistette alla creazione normativa di nuovi servizi attinenti “all'igiene, all'alimentazione, all'economia, all'assistenza pubblica”, finalizzati alla “protezione ... per gli economicamente deboli contro il pericolo di sfruttamento dei ricchi”; inoltre, era già ravvisabile all'epoca una progressiva diminuzione dell'area di operatività del diritto privato e dei suoi istituti, a tutto vantaggio della “prevalenza dell'interesse pubblico sulle ragioni private”. Ulteriore tendenza della legislazione di quegli anni era individuabile nella sempre maggiore concentrazione degli interessi degli individui in complessi

⁹⁷ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 25 ss. Nel panorama dottrinale italiano già attenta dottrina civilistica (VASSALLI F., *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, I: *Filosofia e teoria generale del diritto*, Padova, 1950, pp. 492 ss.) aveva sottolineato gli aspetti maggiormente problematici dell'inflazione legislativa; da ultimo, sempre nell'ambito dei civilisti (cfr. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; SCHLESINGER, *Il tramonto del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, pp. 80 ss.) il dibattito sulla decodificazione ha ricevuto nuovi impulsi.

⁹⁸ Come sottolinea PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 26 (in nota), per quanto riguarda la produzione legislativa italiana, il rapporto *Realtà sociale e amministrazione della Giustizia - Relazione annuale sullo stato della giustizia*, a cura del Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 1970, p. 24, evidenzia che all'epoca erano vigenti in Italia circa dodicimila leggi, di cui ben quattromila emanate antecedentemente al 1945.

⁹⁹ VASSALLI F., *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), ora in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, pp. 337 ss.; FERRARA F., *Diritto di guerra e diritto di pace* (1918), ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1954, pp. 65 ss.

più ampi, tendenti a sostituire ai rapporti economici individuali i rapporti economici tra associazioni. Una destrutturazione individuale, dunque, esattamente opposta e contraria a quell'opera di unificazione perseguita dai codici borghesi ottocenteschi.

Ponendosi in una prospettiva tecnica, non si può non osservare come tale "bisogno di norme" inauguri un metodo legislativo casistico e frammentario, dettato da contingenti ragioni occasionali e niente affatto prodromico a un progetto legislativo organico.

La proliferazione di fattispecie incriminatrici si accompagna, com'è ovvio, all'abuso della sanzione. A livello europeo, le "origini belliche" delle tendenze legislative caratterizzate dall'utilizzo massiccio di strumenti repressivi, penali o amministrativi, sono particolarmente evidenti nei sistemi tedesco, svizzero e francese.

In Italia l'abuso sanzionatorio ha riguardato principalmente la sanzione penale. È, tuttavia, significativo che il primo studio organico sulle sanzioni amministrative¹⁰⁰ sia apparso proprio negli anni dello sviluppo di un modello sanzionatorio del tutto sporadico - fino a quel momento - nell'ordinamento giuridico italiano: vale a dire, la sanzione pecuniaria irrogata dalla Pubblica Amministrazione per la violazione di doveri generali; un antecedente, insomma, della moderna sanzione amministrativa pecuniaria.

In questo modo, l'effetto "dell'immane cataclisma della conflagrazione mondiale sugli spiriti e sulle forme del diritto privato"¹⁰¹ si sostanzia nella cd. pubblicizzazione, un fenomeno implicante non solo il trasferimento di interi campi di disciplina dal diritto privato al diritto pubblico, ma altresì la parziale acquisizione di strumenti privatistici da parte dell'azione amministrativa¹⁰².

Se nella maggior parte degli ordinamenti continentali il rapido sviluppo del diritto penale accessorio si verifica a partire dallo scoppio del primo conflitto mondiale, per poi terminare nel secondo dopoguerra, parzialmente differente è la situazione nel nostro Paese. Infatti, seguendo l'analisi di un autorevolissimo

¹⁰⁰ Si fa riferimento all'opera dello ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Napoli, 1924.

¹⁰¹ VASSALLI F., *Della legislazione di guerra*, cit., p. 337.

¹⁰² NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 755.

civilista¹⁰³, si può dire che nell'Italia del primo anteguerra esiste appena un diritto penale della produzione della ricchezza e dei beni; è estremamente circoscritto il diritto penale della circolazione dei beni prodotti; è quasi inesistente il diritto penale della circolazione della ricchezza (illeciti valutari), ed è molto limitato il diritto penale finanziario.

La situazione testé esposta contrasta con l'inflazione penalistica denunciata da Francesco Carnelutti all'inizio degli anni Trenta, quando ha avuto inizio quel processo di criminalizzazione ininterrottamente proseguito quantomeno fino alle prime leggi di depenalizzazione della fine degli anni Sessanta. Un processo che ha sicuramente tratto origine dalle emergenze causate dagli eventi bellici e sul quale le tendenze successivamente emerse nella società non hanno qualitativamente influito. A ciò si aggiungano le sollecitazioni provenienti dalla tutela di nuovi beni giuridici - quali l'ambiente o la riservatezza - e la necessità di regolamentazione del progresso tecnologico (si pensi all'energia atomica)¹⁰⁴. In particolare, il settore del diritto penale complementare è quello che ha visto aumentare, in maniera spesso spropositata, il numero delle fattispecie incriminatrici (sovente contravvenzionali), assumendo un progressivo predominio sul diritto penale cd. classico. Il settore legislativo "protagonista" di tale indiscriminato aumento nella produzione normativa è rappresentato dal diritto pubblico dell'economia (oppure, per usare una formula più vicina ai contenuti effettivi della legislazione in oggetto, diritto economico-sociale). A conferma dell'assunto, è sufficiente analizzare la conformazione della disciplina legislativa in tema di sicurezza alimentare, a partire dalla metà degli anni Venti e fino alle modifiche introdotte dalla legge generale di depenalizzazione del 1981. L'involuzione - nel senso della prolissità e dello scarso grado di deterrenza della tutela - in questo settore è già rinvenibile nel decreto legge 15 ottobre 1925, n. 2033, emanato nei primi anni del regime fascista, ed essenzialmente mirato alle esigenze di tutela dell'economia agricola. Il dato di fatto è che la legislazione alimentare si presentava estremamente confusa e caotica, a causa dell'intersecarsi di norme generali e speciali e della sovrapposizione di plurime disposizioni sul medesimo oggetto,

¹⁰³ GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 55.

¹⁰⁴ PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 74.

frutto di una produzione legislativa cd. a cascata¹⁰⁵. Non a caso, difatti, il legislatore della riforma del 1981, nel disciplinare il concorso di fattispecie penali e fattispecie amministrative depenalizzate (articolo 9 legge n. 689 del 1981), è stato “obbligato” a discostarsi - nel campo del diritto penale alimentare - dal principio generale adottato, ovverosia quello della specialità: in questo modo, per evitare di scardinare l’intricato meccanismo di tutela penale degli alimenti, la norma penale prevarrà sempre su quella amministrativa depenalizzata con l’implicita ammissione - da parte del legislatore stesso - di non poter più dominare tecnicamente il settore del diritto penale alimentare.

Si può facilmente osservare come i principi stessi dello Stato sociale di diritto (primo fra tutti il richiamo al principio di legalità sostanziale) impongano l’adozione di provvedimenti legislativi serventi nei confronti delle nuove funzioni di controllo e d’intervento esercitate dai pubblici poteri.

Come accennato, l’esigenza sempre più improrogabile di apprestare tutela a nuove esigenze emerse in contemporanea con il mutamento dei compiti dello Stato di diritto, ha riverberato i propri effetti anche sui profili di tecnica legislativa. La politica delle urgenze, connessa al nuovo modo di legiferare, ha cagionato una sorta di “penalizzazione a tappeto” o “penalizzazione selvaggia”, con la conseguente diminuzione del ricorso a strumenti diversi dal diritto penale e appartenenti all’area dell’autonomia privata, ciò che ha causato una restrizione via via più accentuata dello spazio di libertà concesso ai singoli¹⁰⁶.

D’altro canto, il diritto penale, nell’ambito dello Stato di diritto (considerato sia nella sua variante liberale che in quella, successiva, sociale), si basa essenzialmente sul principio di legalità; e proprio nell’ambito penalistico, si è storicamente affermata la tendenza alla giurisdizionalizzazione degli illeciti un tempo affidati alla cognizione dell’Autorità amministrativa. Questo spiega il

¹⁰⁵ VENEZIANO, *L’estensione dell’ambito di depenalizzazione e la ripenalizzazione di illeciti depenalizzati*, in BERTONI - LATTANZI - LUPO - VIOLANTE, *Modifiche al sistema penale*, I: *Depenalizzazione e illecito amministrativo*, Milano, 1982, pp. 100 ss.

¹⁰⁶ La *Relazione Bonifacio* (Relazione al Disegno di legge n. 1799 del 1977, tradottosi poi nella legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “Modifiche al sistema penale”), dopo aver premesso che “il nostro ordinamento continua a perseguire con la sanzione penale illeciti che vanno dai delitti più gravi ed allarmanti alle condotte solo marginalmente devianti”, indicava fra gli scopi dell’iniziativa legislativa “l’intento di riportare il diritto penale nei suoi naturali confini che coincidono con l’ambito entro il quale la sanzione penale è assolutamente indispensabile per le fondamentali esigenze della vita associata”. Il testo della *Relazione* è riportato nella *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, pp. 343 ss.

“paradosso” della penalizzazione: essa, realizzatasi con le prime codificazioni, ha in seguito trovato terreno fertile proprio nella crescita e nell’affermazione dello Stato di diritto (prima liberale, poi evolutosi in Stato sociale)¹⁰⁷. Inoltre, fino all’emersione del cd. movimento internazionale di depenalizzazione¹⁰⁸, negli ordinamenti giuridici (anche in quelli maggiormente orientati verso politiche di depenalizzazione) era diffusa una certa sfiducia nei confronti della potestà punitiva della Pubblica Amministrazione. Il quasi totale disinteresse della dottrina penalistica italiana nel delineare un modello autonomo e garantista di responsabilità amministrativa - tale da realizzare compiutamente sia la legalità dell’azione dei pubblici poteri, sia la piena esplicazione delle garanzie del cittadino - affonda le sue radici (tra l’altro) proprio nella sfiducia nutrita nei confronti della potestà punitiva della Pubblica Amministrazione, ricondotta all’interno degli angusti confini della sola tutela d’interessi amministrativi in senso stretto. Ciò ha impedito lo sviluppo di un sistema dell’illecito amministrativo che potesse definirsi maturo, a tutto vantaggio della pena criminale e della conseguente ipertrofia del diritto penale.

2.2. La tendenza all’incriminazione diffusa delle cd. bagatelle e la crescita della legislazione speciale come causa dei fenomeni di depenalizzazione.

Alle soglie degli interventi generali di depenalizzazione, realizzati con le prime leggi degli anni 1967 - 1975, e proseguiti poi con la fondamentale legge n. 689 del 1981, l’area d’intervento dello strumento penale s’identificava ancora, in gran parte, con la legislazione speciale, anche a causa del sostanziale immobilismo della legislazione penale generale¹⁰⁹. Sotto il profilo più strettamente tecnico - legislativo, la legislazione penale complementare si caratterizza(va) per il fatto che la pena era collegata alla semplice inosservanza della disciplina amministrativa nel cui contesto era inserito l’intervento penale.

¹⁰⁷ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 57.

¹⁰⁸ Così come definito da PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 425.

¹⁰⁹ Cfr. FIORE, *Prospettive della riforma penale: il ruolo della legislazione speciale*, in *Democrazia dir.*, 1977, pp. 685 ss.

Dunque, l'intervento penale era posto a tutela d'interessi prevalentemente amministrativi. Ne conseguiva non solo la progressiva scomparsa del carattere di autonomia del diritto penale, ma soprattutto la repressione delle mere bagatelle: condotte la cui gravità oggettiva risulta(va) essere minima.

Si è visto come la fase di espansione insostenibile (in particolare) della legislazione speciale affondi le sue radici storiche e culturali nel passaggio dallo Stato liberale di diritto a uno Stato sociale di diritto. L'istituzione pubblica passa dal garantire situazioni preesistenti - nelle vesti di soggetto terzo e neutrale - a richiedere l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.), al fine di realizzare indistintamente il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, II comma, Cost.). Tale trasformazione ha determinato la comparsa di obblighi positivi - destinati a tradursi in precetti penalmente sanzionati - posti a carico non solo dello Stato, ma dell'intera collettività organizzata¹¹⁰. Infatti, la rapida trasformazione dei rapporti sociali richiede tempi sempre più veloci di produzione legislativa i quali, in mancanza di riforme organiche e tempestive, danno vita ad una legislazione pulviscolare: a una crescente formalizzazione dei rapporti si accompagna la dilatazione amministrativa del diritto penale¹¹¹. D'altro canto, l'espansione del diritto penale ha fatto *pendant* con la giurisdizionalizzazione delle controversie, e ciò ha significato anche accrescimento del livello delle garanzie. In conseguenza di ciò, la legislazione penale speciale, frutto delle tendenze ora esposte, segue la via della penalizzazione a tappeto: una volta selezionata la via dell'intervento penalistico per la tutela di beni giuridici particolarmente significativi, invece di assistere ad una diversificazione della risposta sanzionatoria in relazione al grado di offesa al bene giuridico protetto, accade che questa si presenti uniforme rispetto alle varie forme di aggressione all'interesse protetto, variando esclusivamente la quantità

¹¹⁰ Cfr. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro - Profili generali*², Milano, 1983, pp. 205 ss.

¹¹¹ Cfr. CERRONI, *Formalità e socialità nel diritto postliberale*, in *Democrazia dir.*, 1981, p. 75, il quale - a proposito dell'età *postliberale* - afferma che questa andrebbe "correttamente definita come un'età caratterizzata dalla *guida pubblica del privato*, mentre l'età liberale classica è caratterizzata dalla *guida privata del pubblico*".

della sanzione¹¹². Si dà vita, in questo modo, a un apparato penale “imponente e farraginoso, ma sostanzialmente innocuo”¹¹³.

In particolare, gli inconvenienti derivanti da una criminalizzazione a tappeto, verso cui la politica di depenalizzazione si pone come rimedio funzionale, si sostanziano nelle seguenti caratteristiche:

- a) rilevante presenza di reati contravvenzionali, cui il legislatore ha sempre attribuito un disvalore quantitativamente inferiore rispetto ai delitti;
- b) eccessivo ricorso alla pena dell'ammenda¹¹⁴;
- c) esaltazione dell'istituto dell'oblazione;
- d) frequente utilizzazione dello strumento sanzionatorio delle pene detentive brevi¹¹⁵.

Un insieme di caratteristiche che, complessivamente considerate, consentono di affermare l'esistenza di una sorta di bilanciamento (operato dal legislatore) tra l'estensione della sanzione criminale e la sua degradazione quantitativa, mediante il ricorso alle pene detentive brevi o alle pene pecuniarie di scarsa entità¹¹⁶. Da una parte, dunque, l'evoluzione legislativa denota un sempre più frequente e marcato utilizzo dello strumento sanzionatorio penale; dall'altro, il legislatore (consapevole delle incongruenze sistematiche cui un siffatto uso del diritto penale potrebbe dare luogo) si affanna nel ridurre considerevolmente l'area delle pene effettivamente irrogate.

In definitiva, il settore del diritto economico-sociale è stato considerato, dal legislatore interno, come il serbatoio delle bagatelle¹¹⁷, in quanto gli interessi in gioco in questo settore (a volte tutt'altro che secondari) sono stati ridotti, *de facto*, a interessi bagatellari, a causa di scelte politico-criminali e di una tecnica legislativa tendente a livellare verso il basso e inadeguata a tracciare una linea di

¹¹² FIORE, *Prospettive della riforma penale*, cit., p. 686.

¹¹³ PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 208.

¹¹⁴ In riferimento al settore del diritto penale commerciali, si v. già PEDRAZZI, *Considerazioni generali sulle sanzioni penali nel progetto di riforma delle società commerciali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, pp. 782 ss.

¹¹⁵ Autorevole dottrina (BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in AA.VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1976, p. 63) fa notare che “molte volte l'esiguità della pena detentiva è sintomatica dell'assunzione ad oggetto della tutela penale di un valore che più adeguatamente potrebbe essere garantito da rimedi extrapenali”.

¹¹⁶ PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 201.

¹¹⁷ PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 81.

confine tra comportamenti costituenti gravi violazioni dell'interesse protetto e comportamenti che rappresentano, invece, soltanto aggressioni di lieve entità e la cui penalizzazione - seppur utile in chiave di repressione strumentale alla protezione di consistenti interessi finali - non è giustificabile, se comparata alle condotte che tradizionalmente vengono repressi con lo strumento della pena criminale¹¹⁸.

¹¹⁸ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit. p. 81. Per un'analisi che tenga conto delle differenze *strutturali* tra illecito penale e illecito amministrativo, si v. le osservazioni di RAMACCI, *Principi ispiratori della depenalizzazione*, in *Studi senesi*, III serie, XXIX, 1980, p. 162, il quale afferma: "esistono delle pene che sono afflittive senza riprovazione; l'obiettivo è quello di concentrare le pene afflittive con riprovazione ai veri temi essenziali, ai veri beni giuridici fondamentali, per lasciare ad altri settori dell'ordinamento, in particolare al diritto amministrativo, tutta la vasta gamma di illeciti che non necessitano di riprovazione, ma che possono essere scoraggiati efficacemente attraverso pene afflittive ma senza riprovazione".

3. Gli effetti dell'ipertrofia penalistica sul piano sostanziale e sul piano processuale.

3.1. Il piano sostanziale.

Analizzate, in via generale, le radici storiche ed istituzionali della proliferazione degli illeciti penali realizzatasi, in particolare, nel Ventesimo secolo (contro cui si dirigeranno i vari interventi depenalizzanti approntati dai legislatori dei singoli Stati), è giunto il momento di analizzare gli inconvenienti che un uso sconsiderato e poco coordinato dello strumento penalistico ha determinato sul sistema, da un punto di vista sostanziale e processuale.

Nell'ambito del diritto penale sostanziale è evidente come un'ipercriminalizzazione generalizzata e indifferenziata provochi una diminuzione dell'effetto preventivo della pena criminale, che a sua volta determina la perdita di credibilità del sistema repressivo complessivamente considerato¹¹⁹. Se, infatti, la minaccia della pena deve fungere da deterrente psicologico verso la commissione di nuovi reati, è evidente che i cittadini debbano conoscere preventivamente i fatti alla cui commissione è legata l'irrogazione della sanzione. È chiaro, allora, che l'espandersi continuo e incessante della legislazione frustra le finalità generalpreventive perseguite dal legislatore il quale, se vuole servirsi della legge penale come strumento di orientamento culturale rivolto ai consociati, deve porre questi ultimi nelle condizioni di poter conoscere la legge penale stessa.

Inoltre, utilizzare la sanzione penale anche per le mere bagatelle attenua notevolmente il carattere di massimo ed estremo strumento nelle mani del legislatore per orientare i cittadini dal punto di vista comportamentale e culturale. Di più: la sottoposizione a pena dei semplici comportamenti bagatellari finisce per assimilare agli illeciti di creazione legislativa i cd. *mala in se*, tradizionalmente avvertiti dalla collettività dei consociati come meritevoli di pena, a causa della loro evidente gravità oggettiva¹²⁰. La funzione retributiva, intesa come scala di

¹¹⁹ GIUNTA, *Depenalizzazione*, cit., p. 198.

¹²⁰ Ibidem, p. 200; PALAMARA - SALEMME, *La depenalizzazione*, cit., p. 728.

valori dei comportamenti illeciti cui collegare una scala di gravità delle pene previste per i trasgressori, viene dunque messa in crisi.

Le influenze negative dell'ipertrofia del diritto penale non si fermano, tuttavia, qui. Analizzando tale fenomeno legislativo alla luce dei principi costituzionali espressi negli articoli 25, II comma e - soprattutto - 27, I e III comma, della Costituzione, si può affermare che l'eccessiva penalizzazione nuoce altresì alle istanze di prevenzione speciale. Il principio di legalità, codificato nell'articolo 25, II comma Cost., è concettualmente ricollegato al problema del fondamento della pena, ravvisato nella prevenzione attuata mediante la coazione psicologica. Le istanze specialpreventive, dirette ad evitare che il singolo ricada nella spirale criminogena ed enunciate, a livello costituzionale, nell'articolo 27, III comma (laddove si afferma la finalità rieducativa della pena), vengono messe in crisi dall'emersione dei reati bagatellari, in quanto il trattamento carcerario si rivela spesso inutile e spropositato in relazione a tale specie d'illeciti, con conseguente mancata concretizzazione delle finalità rieducative e risocializzanti dell'intervento penale.

Il punto merita di essere segnalato anche in relazione ad un altro aspetto, diverso ma non certo dotato di minore rilevanza nell'analisi degli inconvenienti causati dall'abuso dello strumento penalistico. La proliferazione dei reati, oltre ad attenuare il carattere frammentario del sistema penale con conseguente incertezza circa il confine tra lecito e illecito, contrasta con il principio di colpevolezza, *sub specie* del corollario della conoscibilità della legge penale. È noto infatti che, a seguito della storica sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale¹²¹, l'impossibilità di invocare a proprio favore l'*ignorantia legis* (articolo 5 c.p.) è stata notevolmente ridimensionata. I giudici costituzionali, nella pronuncia citata, hanno ritenuto il rigore dell'articolo 5 c.p. incompatibile con il principio di colpevolezza enunciato nell'articolo 27, I comma, Cost. Infatti, se per i *mala in se* il disvalore della condotta è avvertito a livello sociale, prima ancora che legale (e dunque il giudizio di antisocialità della condotta è sufficiente ai fini della possibilità di conoscere il precetto penale), per i *mala quia vetita* (illeciti di

¹²¹ Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385, con nota di FIANDACA; in *Leg. pen.*, 1980, pp. 360 e 449, con nota di PADOVANI; *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686, con nota di PULITANÒ.

creazione legislativa) si denota uno scarto tra illiceità legale e illiceità sociale, di guisa che il precetto e la sanzione collegati a tali illeciti debbono necessariamente essere enunciati con chiarezza, precisione, intellegibilità semantica e sistematica e comprensibilità logica¹²².

Le ripercussioni negative sul principio di colpevolezza - derivanti da un eccessivo ricorso alla sanzione penale - che rischiavano di rendere anacronistico il principio contenuto nell'articolo 5 c.p., erano d'altronde già emerse nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Preso atto del crescente numero delle disposizioni penali, che favorivano la mancata o l'erronea conoscenza del precetto e della sanzione, i giudici di legittimità avevano finito per riconoscere una certa efficacia scusante all'*error juris*: si fa qui riferimento al filone giurisprudenziale che, riconoscendo efficacia scusante alla buona fede nel campo delle contravvenzioni, tendeva a mitigare il principio dell'inescusabilità assoluta dell'errore di diritto. A condizione, però, che la mancata coscienza dell'illiceità non derivasse da una semplice ignoranza della legge penale, ma fosse causata da un fattore positivo esterno, determinante nell'indurre il soggetto in errore sull'illiceità del comportamento¹²³.

In conclusione, la sentenza della corte Costituzionale può essere interpretata come una presa d'atto dell'inaccoglibilità, nell'ordinamento penale, della teoria dell'inescusabilità assoluta dell'errore di diritto; e ciò a causa della patologia del diritto penale, costituita da un abuso della sanzione penale e dall'eccessiva proliferazione, specialmente nella legislazione *extra codicem*, di illeciti artificialmente creati dal legislatore. Se è vero, infatti, che il principio costituzionale di colpevolezza enunciato nell'art. 27, I comma Cost. esige che sia

¹²² PALAMARA - SALEMME, *La depenalizzazione*, cit., p. 730.

¹²³ Nell'elaborazione giurisprudenziale precedente la sentenza costituzionale del 1988, era frequente l'affermazione che la *buona fede* nelle contravvenzioni potesse essere indotta da un comportamento positivo della P.A., che avesse indotto in errore il soggetto sulla liceità del comportamento tenuto. Cfr. Cass., Sez. Un., 7 dicembre 1963, n. 4, in *Foro it.*, 1964, II, p. 226. Più di recente si v. Cass., 4 novembre 2009, n. 49910, in *CED*, rv. 245863; Cass., 6 novembre 2007, n. 172, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4673, secondo cui "nei reati contravvenzionali la buona fede dell'agente tale da escludere l'elemento soggettivo non può essere determinata dalla mera *non conoscenza* della legge, bensì da un *fattore positivo esterno* che abbia indotto il soggetto in errore incolpevole" (corsivi aggiunti; la massima si riferisce ad un caso di costruzione in assenza di concessione, in cui non era stata ritenuta idonea a dimostrare la buona fede - circa la natura vincolata o meno dell'area - la necessità di accertamento, da parte del Comune in sede di procedura di condono, dell'esistenza di vincoli paesaggistico - territoriali). Nella manualistica si v. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna, 2014, pp. 410 ss.

accordata efficacia scusante ai casi di ignoranza inevitabile della legge penale determinata - tra l'altro - dalla totale oscurità e inaccessibilità del testo normativo, è vero anche che tale ultima situazione si verifica per quegli illeciti carenti di chiarezza e precisione sul piano della *littera legis*, conseguenti al continuo susseguirsi di nuove fattispecie incriminatrici poste a tutela di interessi, peraltro, scarsamente avvertiti nella realtà sociale come meritevoli di tutela. Dunque, il *vulnus* al principio di colpevolezza rappresentato da fattispecie incriminatrici numerose e per nulla intelleggibili, dovrebbe indurre il legislatore a espungere dall'ordinamento tali disposizioni, rispetto alle quali il cittadino può evitare la sanzione invocando l'*error juris*. È compito del legislatore eliminare ciò che è estraneo al diritto penale, organizzando le fattispecie penalmente rilevanti in settori ordinati e sistematici¹²⁴. Obiettivo da perseguire mediante interventi di decriminalizzazione (intesa come ablazione totale del carattere illecito del comportamento) o di depenalizzazione (ovverosia passaggio della fattispecie penalmente illecita ad altro ramo dell'ordinamento, *id est* illecito civile o illecito amministrativo).

3.2. Il piano processuale.

Non inferiori gli effetti negativi che l'abuso dello strumento sanzionatorio dispiega sul sistema processuale. Infatti, l'incremento del numero dei reati non solo equivale a un aumento del numero dei procedimenti pendenti, ma determina un allungamento dei tempi processuali necessari alla definizione di tutti i procedimenti, frustrando le esigenze di una sollecita e tempestiva risposta sanzionatoria. Perseguire anche i reati bagatellari importa un costo economico e sociale decisamente sproporzionato rispetto al disvalore espresso da questo tipo di reati, impegnando risorse che risulterebbero maggiormente proficue se impegnate nella repressione di reati di maggiore allarme sociale. Senza considerare il fatto che la proliferazione penale favorisce quel meccanismo di depenalizzazione

¹²⁴ PADOVANI - STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1996, p. 83; PALAMARA - SALEMME, *La depenalizzazione*, cit., p. 731.

spontanea costituito dalla cd. depenalizzazione di fatto, che non assicura, però, una scelta razionale degli illeciti da depenalizzare¹²⁵.

Non deve dunque stupire il fatto che l'elevato numero degli illeciti penali non perseguiti - oppure perseguiti ma non concretizzati in condanne, stante l'operare inevitabile della scure della prescrizione - rappresenti uno degli inconvenienti maggiormente deprecabili della cd. penalizzazione a tappeto, alla cui attenuazione sono diretti gli interventi di depenalizzazione. Un meccanismo - quello dell'inevitabilità della presenza d'illeciti perpetrati senza che si giunga a una sentenza di condanna - imposto *de facto* dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, sancito dall'articolo 112 della Costituzione.

La politica di depenalizzazione, allocando la titolarità del procedimento sanzionatorio presso l'Autorità amministrativa, libera risorse proprie del giudice penale, che potranno essere utilizzate nel perseguimento d'illeciti diversi e ben più gravi rispetto a quelli depenalizzati. Con la conseguenza di una diminuzione delle tendenze socio-prasseologiche inevitabilmente orientate - in presenza di un uso scoordinato e massiccio della sanzione penale - verso il meccanismo della depenalizzazione di fatto.

Si è visto come, in buona sostanza, l'eccesso di penalizzazione costituisca un "male" per il sistema normativo complessivamente considerato. Tocca ora concentrarsi sulle alternative all'illecito penale.

¹²⁵ GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 199.

4. Modelli e tendenze della deflazione penalistica.

4.1. Premessa.

L'eccessivo proliferare delle norme penali ha prodotto, da un lato, la crisi del sistema penale stesso; dall'altro, ha determinato nei legislatori contemporanei la spinta ad utilizzare gli strumenti della deflazione penalistica per arginare lo stato di crisi in cui si trovava la giustizia penale. In quasi tutti i paesi dell'Europa continentale, a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, si è così affermato un processo di progressiva abolizione delle sanzioni penali, che ha dato vita al movimento internazionale di depenalizzazione¹²⁶.

A un uso smodato delle tecniche sanzionatorie proprie del diritto penale (allo Stato, difatti, non costa nulla incrementare il numero delle fattispecie penali, se si considera che queste ultime costituiscono provvedimenti di diritto pubblico per i quali non è necessario indicare i mezzi necessari per finanziarli) ha fatto da contraltare una razionalizzazione dell'arsenale delle norme penalistiche, a causa di un'analisi sul sistema costi-benefici della politica di penalizzazione.

Inoltre, mediante le tecniche di depenalizzazione, si è cercato di ridurre quel fenomeno sociologico e prasseologico consistente nella depenalizzazione *cd.* in concreto, la quale affonda le proprie radici proprio nell'incapacità dei legislatori di varare efficaci ed efficienti interventi di depenalizzazione, lasciando agli operatori processuali (*in primis* il Pubblico Ministero) la selezione dei fatti concretamente meritevoli di essere perseguiti, a causa dell'insostenibilità pratica del combinato disposto dell'obbligatorietà dell'azione penale con il profluvio di incriminazioni penalistiche.

Le esigenze di criminalizzazione di comportamenti lesivi di nuovi e rilevanti beni giuridici (*e.g.* criminalità economica, reati ambientali, ecc.) trovano soddisfazione, in questo nuovo scenario legislativo-istituzionale, solo a seguito dell'esplicarsi di più o meno estesi interventi deflattivi.

¹²⁶ L'espressione è riportata in diversi scritti di PALIERO, tra cui *Minima non curat praetor*, cit., p. 375.

Diverse sono le finalità che l'opera di deflazione (in specie di depenalizzazione) si propone di raggiungere: da quelle, maggiormente sentite, di smaltimento dei carichi giudiziari, a quelle di giustizia materiale e di razionalizzazione interna dell'intero sistema penale¹²⁷.

Le tendenze di deflazione dell'ordinamento penale, destinate a confluire nelle leggi generali di depenalizzazione (si pensi al modello tedesco delle *Ordnungswidrigkeit* e alla legge 24 novembre 1981, n. 689, nel sistema italiano) o a dar vita a interventi ablativi di singole fattispecie penali, sono il frutto del contrasto al processo storico di ipercriminalizzazione esposto nei paragrafi precedenti, la cui insostenibilità in termini di effetti negativi (e.g. in relazione ai costi economico - sociali) è divenuta sempre più evidente. Al fine di appianare le criticità derivanti dall'inflazione penalistica e di rendere razionale la selezione legislativa dei comportamenti da incriminare, i legislatori - a partire dalla seconda metà del secolo scorso - hanno costantemente fatto affidamento sui diversi modelli della deflazione penalistica, la quale ultima si struttura storicamente su tre successivi filoni: la decarcerizzazione, la deprocessualizzazione e la depenalizzazione.

4.2. La decarcerizzazione.

Si tratta del processo che ha preso il via negli Stati Uniti degli anni Trenta del Novecento, sviluppatosi in seguito nell'Europa continentale a partire dagli anni Settanta con le organiche riforme codicistiche caratterizzanti Paesi come la Francia, l'Austria e la Repubblica Federale Tedesca¹²⁸. In Italia il primo esempio di decarcerizzazione è costituito dalla legge di riforma dell'ordinamento penitenziario, la l. 26 luglio 1975, n. 354.

Obiettivo di questi interventi è la riduzione del primato della pena detentiva, su cui si basavano largamente i sistemi penali: tramite l'arretramento dell'area riservata al carcere si è tentato di diminuire i numerosi costi umani ed economici che un utilizzo frequente e scoordinato della pena detentiva avrebbe portato con

¹²⁷ PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 432.

¹²⁸ PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 429.

sé. Gli strumenti di riferimento sono, in quest'ambito, le misure alternative alla detenzione¹²⁹ e le pene non privative della libertà personale.

Il modello della decarcerizzazione si fonda sull'assunto che il trattamento specifico previsto per il soggetto destinatario della pena detentiva sia da preferire alla stessa pena: è ben visibile la prevalenza delle istanze rieducative su quelle più propriamente retributive.

Le misure alternative alla detenzione sono, nel nostro ordinamento (a seguito degli interventi di riforma operati con le leggi n. 686 del 1986 e 146 del 2013) le seguenti: l'affidamento in prova al servizio sociale, l'affidamento in prova per tossicodipendenti, la semilibertà, la liberazione anticipata, la detenzione domiciliare, i permessi premio e la misura prevista dall'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario per i collaboratori di giustizia. È da segnalare l'innovazione introdotta con la cd. legge Gozzini (n. 686 del 1986), la quale ha reso la pena detentiva (incluso l'ergastolo) tendenzialmente indeterminata, idonea cioè a ridursi in itinere, adattandosi ai risultati del trattamento specificatamente previsto per il soggetto detenuto.

4.3. La deprocessualizzazione.

Tale fenomeno si afferma negli Stati Uniti, a partire dagli anni Sessanta del Novecento; in Europa vanno segnalate le riforme processuali operate nella Repubblica Federale Tedesca negli anni Settanta e la timida apertura, in Italia, realizzata con la legge n. 689 del 1981.

Le esigenze di economia processuale emergono, qui, in maniera chiara e inequivocabile: si cerca di reagire allo spropositato carico di lavoro, di cui sono oberati gli uffici giudiziari, tramite meccanismi di risoluzione delle controversie penalistiche esterni alla loro sede processuale. Il modello che se ne ottiene - noto come *diversion* processuale - è riconoscibile specialmente nei cd. riti differenziati previsti dal codice di procedura penale, emanato con D.Lgs. n. 447 del 1988, e

¹²⁹ Le misure alternative alla detenzione rappresentano uno dei momenti più significativi della traduzione in atto del principio del *finalismo rieducativo* sancito dall'articolo 27, III comma della Costituzione.

nell'applicazione su richiesta dell'imputato delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (cd. patteggiamento, art. 77 l. n. 689 del 1981)¹³⁰. Inoltre, è da rilevare che il D. Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 (attuativo della legge delega 24 novembre 1999, n. 468) ha introdotto nell'ordinamento italiano la disciplina della competenza penale del giudice di pace, realizzando - in questo modo - una sorta di dismissione verso il giudice laico di alcune incombenze un tempo proprie della magistratura togata¹³¹.

¹³⁰ Secondo GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, cit., pp. 200 ss. (in particolare p. 202) la deprocessualizzazione - che s'identicherebbe, sostanzialmente, con la cd. depenalizzazione in concreto - va nettamente distinta dalla semplificazione dei riti: mentre la prima sarebbe sempre finalizzata alla selezione dei reati meritevoli di sanzione penale da quelli che, ricorrendo certe condizioni, non meritano la sanzione penale, la semplificazione dei riti assolverebbero la funzione di ridurre i tempi processuali, non anche quella di degradare il reato considerato. Per questo, a differenza della deprocessualizzazione, i riti semplificati non possono prescindere da un - seppur superficiale - accertamento del fatto, in quanto destinati a concludersi con l'emissione di una condanna penale. In questa prospettiva, la deprocessualizzazione opererebbe esclusivamente a livello processuale, lasciando inalterate le disfunzioni sostanziali al cui rimedio essa è indirizzata. Queste ultime verrebbero definitivamente espunte dal sistema solo grazie alla depenalizzazione in astratto (utilizzabile in via surrogatoria rispetto alla deprocessualizzazione). Il significato del termine deprocessualizzazione che si è ritenuto di accogliere nel testo è più simile all'analisi condotta da PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., pp. 429 - 430.

¹³¹ La resistenza del legislatore a delegare alla magistratura non togata la *potestas iudicandi* in relazione ad alcune fattispecie penali affonda le sue radici nella sfiducia, nutrita dalla maggior parte degli operatori del diritto, ad affidare a un giudice non professionale e atecnico - facilmente orientato verso soluzioni di tipo equitativo - una materia indisponibile quale è quella penale. La legge delega n. 468 del 1999, però, non ha potuto non dare ascolto alle numerose e improrogabili istanze di deflazione del settore penalistico, cercando - in primo luogo - di allievare il carico giudiziario dei Tribunali e delle Procure della Repubblica. All'interno di un disegno di completa razionalizzazione del "sistema Giustizia", dopo l'istituzione del cd. giudice unico di primo grado e l'abolizione della figura del pretore (cd. legge Carotti, l. 16 dicembre 1999, n. 479), il legislatore ha ritenuto opportuno - anche a seguito dell'aumento delle competenze del giudice penale monocratico rispetto alla figura del pretore - introdurre una forma diffusa di giurisdizione penale, idonea a compensare le carenze e i disservizi che la revisione delle circoscrizioni giudiziarie - a seguito della scomparsa delle preture - inevitabilmente porta con sé. Sull'introduzione di questa nuova figura giurisdizionale - a metà strada tra il giudice conciliatore esistente fino al 1991 e il Giudice Onorario di Tribunale (G.O.T.), figura tutt'ora operante - ha inciso anche la considerazione che ulteriori interventi di depenalizzazione non avrebbero contribuito in maniera soddisfacente alla realizzazione delle istanze di deflazione. Le direttive contenute nella legge-delega hanno mirato alla creazione di un vero e proprio sottosistema penale, basato sul modello della mediazione penale, orientato alla risoluzione delle esigenze del diritto penale cd. bagatellare. Il nuovo giudice è dotato di un inedito e rilevante arsenale sanzionatorio, nonché - sotto l'aspetto processuale - di una serie di nuovi istituti, in parte mutuati anche dalla disciplina del processo penale minorile, che esaltano le finalità compensative transattive del giudizio che si svolge dinanzi a lui. Per un commento organico alla disciplina *de quo*, si v. GIARDA - SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, 2001, pp. 2677 ss. Per un'analisi delle novità introdotte dal D. Lgs. 274 del 2000, anche in relazione al ruolo della mediazione penale e della valorizzazione del ruolo della vittima nel sistema penalistico, si v. DI GIOVINE, *Giudice di pace e legislazione penale complementare*, in *Foro it.*, 2000, V, pp. 317 ss.; RIVIEZZO, *La persona offesa protagonista del processo davanti al giudice di pace*, in *Dir. giust.*, 2000, 31, pp. 9 ss.; TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: una alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pp. 929 ss.

4.4. La depenalizzazione.

Con questo termine ci si riferisce ai vari progetti di *deregulation* del settore penalistico. La legge sulle *Ordnungswidrigkeit*, emanata nel 1968 nella Repubblica Federale Tedesca, rappresenta il primo intervento organico di depenalizzazione generalizzata del sistema penale. In seguito all'intervento del legislatore tedesco - occidentale, diversi altri legislatori europei hanno ritenuto necessario dotarsi di strumenti deflattivi (in specie depenalizzativi), al fine di combattere l'ipercriminalizzazione in atto.

5. Le manifestazioni concrete della politica di depenalizzazione.

L'analisi si soffermerà, nel seguente paragrafo, sui meccanismi operativi mediante i quali si concretizzano gli interventi di depenalizzazione che, come si è visto in precedenza, rappresentano uno degli sviluppi storicamente affermatasi (il più rilevante, crediamo) delle istanze di deflazione penalistica. Si vedranno, ora, quali sono le fattispecie di reato interessate, in generale, dalle differenti tecniche di depenalizzazione, con conseguente diversità delle finalità cui la depenalizzazione stessa tende.

È necessario, prima di proseguire nell'analisi, evidenziare che la moderna tendenza alla depenalizzazione è un fenomeno complesso e non necessariamente riguarda solo reati cd. bagatellari: nel prosieguo dell'analisi si terrà principalmente in considerazione la depenalizzazione delle fattispecie di reato aventi scarsa gravità oggettiva ed esigua carica lesiva, rispetto alle quali la depenalizzazione si configura come vera e propria applicazione del principio *minima non curat praetor*¹³².

¹³² PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 383.

I processi normativi tramite i quali si sono concretizzate le spinte alla depenalizzazione sono stati così sintetizzati da nota dottrina¹³³: la fiscalizzazione, la medicalizzazione, la secolarizzazione, la privatizzazione.

5.1. La fiscalizzazione.

Tale tendenza (detta anche amministrativizzazione o monetizzazione) nasce dalla constatazione che il pagamento di una somma di denaro sia più funzionale alla repressione dei comportamenti criminali - soprattutto di quelli non causati dallo stato di bisogno - e dall'esigenza di degiurisdizionalizzare il lato maggiormente tecnico del diritto penale, ove il controllo del giudice penale è essenzialmente di tipo esecutivo. Inoltre, la soluzione di fiscalizzare la repressione da parte del legislatore, con conseguente abdicazione dell'intervento penalistico in materia, si verifica proprio nei settori in cui i comportamenti da punire risultano essere vere e propri fatti bagatellari. Le conseguenze di questa linea d'intervento consisterebbero nella monetizzazione, appunto, della risposta statale nei confronti dei comportamenti illeciti: monetizzazione realizzata o con la sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria (cd. depenalizzazione relativa)¹³⁴ oppure - e più frequentemente - con la trasformazione dell'illecito penale in illecito amministrativo punito con la sanzione amministrativa pecuniaria.

Tale processo, in cui emerge l'interesse dello Stato a trarre un vantaggio economico dall'infrazione della sanzione, è riscontrabile nella maggior parte degli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale¹³⁵.

¹³³ PALIERO, voce, *Depenalizzazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1989, pp. 426 ss.; ID, Minima non curat praetor. *Ipertrofia del diritto penale e decodificazione dei reati bagatellari*, Milano, 1985, *passim*, a cui si farà implicitamente riferimento nel prosieguo della trattazione.

¹³⁴ Cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 237.

¹³⁵ Peraltro, è da rilevare che le modalità di attuazione dei processi di fiscalizzazione prescindono da un'analisi delle note soggettive del soggetto trasgressore, in quanto l'attenzione è tutta concentrata sulle condizioni economiche del reo, con conseguente eclissi delle istanze rieducative. Infatti, il legislatore pone l'accento sull'infrazione, più che sull'autore della stessa, avallando così l'idea che nel diritto economico-sociale (campo privilegiato degli interventi di monetizzazione) il processo interiore che ha portato alla commissione dell'illecito si sia sviluppato sul campo degli interessi prettamente economici: un ambito poco suscettibile di rieducazione.

Nella Repubblica Federale Tedesca si registra, nel 1949, il primo tentativo di sottrarre all'area del diritto penale i reati economici, la cui proliferazione era stata favorita, nei decenni precedenti, dalla politica di forte accentramento portata avanti dal regime nazista. Il processo di depenalizzazione ha avuto inizio con la legge sulla semplificazione del diritto penale dell'economia, che ha previsto la trasformazione in illeciti amministrativi di gran parte delle fattispecie incriminatrici appartenenti all'area del diritto penale dell'economia.

Successivamente la regolamentazione organica dell'illecito amministrativo punito con la sola sanzione pecuniaria troverà compiuta disciplina - sostanziale e processuale - nel modello tipico ed istituzionale dell'*Ordnungswidrigkeit*, dapprima con la legge-quadro del 25 marzo 1952 (*Rahmengesetz*), e poi con la fondamentale *Ordnungswidrigkeitengesetz* del 24 maggio 1968. A tal proposito si può affermare che, così come le baionette francesi esportarono in mezza Europa il modello legislativo rappresentato dal *Code Napoléon*, il sistema legislativo tedesco in materia d'illecito amministrativo ha costituito un rilevante punto di riferimento per diversi legislatori europei.

Nella limitrofa Svizzera il processo di fiscalizzazione si è concretizzato nella legge del 22 marzo 1974, la quale ha disciplinato organicamente le infrazioni punite con sanzione amministrativa pecuniaria nei seguenti settori: dogane, ferrovie, alcoolici, poste e telecomunicazioni. Anche quest'ordinamento giuridico ha eletto il campo economico-sociale come preferibile per l'esplicitarsi delle tendenze di monetizzazione.

In Francia, ragioni di natura storico-istituzionale hanno impedito la formazione di un sistema organico dell'illecito amministrativo¹³⁶. Sporadici ed episodici sono,

¹³⁶ Le istanze ideologiche sottese alla complessa evoluzione seguita alla Rivoluzione Francese hanno comportato il passaggio - fin dal 1810, anno di emanazione del Codice penale napoleonico, mediante la creazione della categoria delle *contraventions* - degli illeciti di polizia alla competenza del giudice penale. L'espansione dell'area degli illeciti criminalizzati assume, qui più che in altre esperienze giuridiche, una funzione di garanzia del cittadino contro gli arbitrii del potere esecutivo. Le sanzioni amministrative - il cui sviluppo è stato impedito dal forte radicamento, nella cultura giuridica d'Oltralpe, dalla *primauté* accordata al giudice penale, vero e proprio carattere dello stato liberale - si è affermato a partire dal 1939, allorquando gli eventi bellici (uniti con la politica fortemente dirigista del gabinetto collaborazionista di Vichy) hanno imposto l'espansione del settore dell'illecito amministrativo. Nell'immediato dopoguerra, anche in reazione ai caratteri reazionari e corporativisti del precedente regime, si è realizzato l'inverso processo di ripenalizzazione dei settori temporaneamente affidati alla potestà punitiva amministrativa. Per tali ragioni, la giurisdizionalizzazione realizzatasi in Francia nei primi decenni del XIX secolo ha assunto forti caratteri ideologici, impedendo lo sviluppo di un maturo e organizzato sistema

Oltralpe, gli interventi di depenalizzazione (in specie, di fiscalizzazione); si segnalano le leggi in materia d'illeciti concorrenziali (*ordonnance* 30 giugno 1945, modificata dalla legge 19 luglio 1977) e d'inquinamento industriale (legge 2 marzo 1982).

Tuttavia, nell'esperienza francese si è affermata, a partire dagli anni Ottanta, una forma di contrattualizzazione del potere repressivo statale, consistente nella rinuncia - da parte della Pubblica Amministrazione titolare dell'interesse tutelato dalla norma - del perseguimento penale del trasgressore, a fronte del pagamento di una somma di denaro concordata tra reo e autorità amministrativa. L'istituto in questione prende il nome di *transaction*: non realizza una vera e propria depenalizzazione (intesa come trasformazione dell'illecito penale a illecito amministrativo), bensì rientra pur sempre nel campo degli strumenti penalistici di deflazione del carico giudiziario, presentando caratteristiche simili al modello della deprocessualizzazione. Infatti, il meccanismo della *transaction* si configura come strumento esterno di risoluzione di conflitti di rilevanza penalistica, il cui funzionamento è paragonabile ai riti semplificati previsti dal codice di procedura penale (con la differenza che, nell'esperienza francese, l'iniziativa è a opera della parte titolare dell'interesse leso). Le materie cui si applica l'istituto in oggetto si possono dividere in due gruppi: il primo comprende settori di natura fiscale e demaniale (patrimonio pubblico e monopoli statali); il secondo ingloba le materie del diritto penale dell'economia, in cui il ricorso alla *transaction* non è più l'eccezione, ma è divenuta la regola¹³⁷.

In Italia il processo di depenalizzazione, iniziato con la legge n. 317 del 1967, è poi proseguito con le leggi n. 706 del 1975 e n. 689 del 1981¹³⁸. Si è trattato di un autentico fenomeno di fiscalizzazione, tramite la previsione di sanzioni amministrative pecuniarie al posto di sanzioni penali. Inoltre, la legge n. 689 del 1981 ha introdotto - sempre nell'ottica di una strategia differenziata di lotta al fenomeno criminale - le cd. sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: la semidetenzione, la libertà controllata e la sostituzione della pena detentiva con la

dell'illecito penale - amministrativo, a differenza di quanto avvenuto in altre esperienze giuridiche, quali quella tedesca e italiana.

¹³⁷ PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 390.

¹³⁸ Dell'esperienza italiana si tratterà diffusamente nel prossimo capitolo.

pena pecuniaria. Mentre le prime due misure sembrano porsi nella prospettiva della efficacia-non desocializzazione e dell'ammonimento, la conversione in pena pecuniaria utilizza pienamente quelli che sono i paradigmi della politica di depenalizzazione attuata mediante il meccanismo della fiscalizzazione: lo Stato rinuncia alla pena detentiva - nelle sole ipotesi in cui quest'ultima non superi i sei mesi - per monetizzare celermente le conseguenze afflittive del comportamento vietato, consentendo al reo di non entrare in quella "scuola del crimine" rappresentata dagli istituti carcerari¹³⁹

Da un punto di vista storico, la fiscalizzazione si pone come il primo vero paradigma della politica di depenalizzazione; tale processo di monetizzazione (o amministrativizzazione) ha interessato prettamente il settore del diritto penale economico - sociale. Tuttavia, a fronte d'interi settori oggetto di tecniche di fiscalizzazione, non è corrisposto il venir meno della criminalizzazione a tappeto, principale responsabile del carattere ipertrofico della legislazione penale, cui la depenalizzazione tenta di porre rimedio, con la conseguenza che gli effetti prodotti da questa tipologia d'interventi deflattivi hanno risolto solo parzialmente i difetti del sistema penalistico.

5.2. La medicalizzazione.

Una tendenza deflattiva estremamente differenziata e, per certi versi, opposta a quella testé esposta della fiscalizzazione, è la cd. medicalizzazione, consistente in un trattamento specifico ed individualizzato per determinati soggetti, i quali pongono in essere condotte espressione di disagio sociale o disadattamento personale, e perciò ritenute non meritevoli di repressione penale. La depenalizzazione attuata mediante la medicalizzazione consiste nella sostituzione della sanzione criminale con strumenti di terapia sociale o d'intervento medico, finalizzati ad intervenire sui singoli soggetti, autori di illeciti dallo scarso disvalore etico sociale, così come avvertito nella coscienza collettiva.

¹³⁹ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna, 2014, pp. 782-785.

Il principale campo d'intervento del modello depenalizzante in esame è sicuramente quello del consumo di stupefacenti. Si può osservare, negli Stati Uniti come in Germania, in Francia come in Italia, la tendenza dei legislatori ad inasprire le pene per il traffico di stupefacenti, mitigando o depenalizzando - al contempo - le sanzioni penali per il consumo e per la detenzione personale. Le scelte legislative compiute nella materia degli stupefacenti consentono d'inquadrare tali scelte nell'ottica della bagatellizzazione: infatti, o il consumo di stupefacenti è stato totalmente depenalizzato solo con riguardo alle droghe cd. leggere (la liceizzazione riguarda la qualità dell'oggetto materiale del reato), oppure si è individuata una soglia minima, al di sotto della quale la condotta di consumo non è penalmente rilevante (liceizzazione quantitativa).

In Italia, le tendenze alla medicalizzazione si esplicano mediante la misura alternativa alla detenzione consistente nell'affidamento in prova ai servizi sociali per i tossicodipendenti (articolo 47 *bis* della legge 26 luglio 1975 n.354, come modificato dall'art. 12 l. 10 ottobre 1986, n. 663; ora la disciplina è contenuta nell'art. 94 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309). Si tratta di una peculiare ipotesi di affidamento in prova ai servizi sociali, previsto per le specifiche peculiarità legate allo status del soggetto tossicodipendente. Si applica su domanda dell'interessato che sia sottoposto o voglia sottoporsi ad un programma di recupero e di cura, e presuppone una condanna non superiore ai quattro anni. La misura ha l'obiettivo di predisporre per il reo un programma terapeutico individualizzato, da svolgersi presso le aziende sanitarie locali o altri enti privati di riabilitazione terapeutica. A seguito del D.L. 146 del 2013, la misura in oggetto può essere concessa anche più di due volte¹⁴⁰. Peraltro, già il D. Lgs. n. 274 del 2000 (introduzione della competenza penale del giudice di pace) aveva previsto, all'articolo 54

Come si è accennato in precedenza, il paradigma della medicalizzazione è opposto e speculare rispetto a quello della fiscalizzazione: mentre quest'ultimo tende a includere il più possibile il reo nel tessuto socio - economico, gli interventi di medicalizzazione mirano ad escludere il soggetto agente dalla società civile, al fine di curarlo e riabilitarlo (invece che sottoporlo a condanna penale). In questo caso, a differenza della monetizzazione, non siamo in presenza di una

¹⁴⁰ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 786-787.

depenalizzazione *stricto sensu* intesa, in quanto l'illecito penale non muta natura, intervenendo il legislatore nella fase esecutiva della pena.

5.3. La secolarizzazione.

Le tendenze depenalizzanti che involgono i moderni ordinamenti giuridici sono riconducibili, in parte, a meccanismi di secolarizzazione del diritto penale: una tendenza, questa, che affonda le radici già nel pensiero illuministico (debitore, per quanto qui interessa, delle elaborazioni teoriche svolte dai giusnaturalisti moderni, primo fra tutti Thomasius) e che troverà compiuta realizzazione, poi, con l'affermazione dei principi liberaldemocratici nel moderno Stato liberale di diritto¹⁴¹. Una concezione autenticamente laica del diritto penale esalta il carattere di autonomia dello stesso rispetto ad altri settori dell'ordinamento giuridico, in virtù dell'esistenza di principi e regole autonome e separate da qualsiasi morale o fede religiosa. Di conseguenza, la sfera penale non viene "contaminata" da istanze eticizzanti, e interessi espressione della sfera etica vengono estromessi dal novero dei beni giuridici tutelati con la sanzione penale. In questo modo vengono depenalizzati (o decriminalizzati) comportamenti un tempo integranti un illecito penale: l'eliminazione di elementi morali o religiosi nell'ambito della repressione penale è dovuta al mutamento del costume sociale e alla rilevanza che taluni beni ricoprono nella coscienza etico - sociale. In quest'ottica si possono inquadrare le decriminalizzazioni dell'adulterio, della pornografia non minorile, dell'omosessualità, della mera prostituzione, del gioco d'azzardo, del mero trovarsi in stato di ubriachezza. Anche la decriminalizzazione dell'aborto - seppur quest'ultimo comportamento non integri di certo un fatto bagatellare - viene ricondotta al paradigma della decriminalizzazione.

In questi casi - emblematica la situazione dell'aborto - le spinte deflative culminanti nella depenalizzazione non sono riconducibili ad un'esigenza di

¹⁴¹ Proprio a Thomasius si deve la prima compiuta teorizzazione della distinzione tra *justum e decorum* (ossia tra *diritto e morale*). Si v. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it. a cura di DE STEFANO, Milano, 1965, pp. 247 ss. Secondo TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 66-67, le origini della concezione *laica* del diritto penale sarebbero da attribuire a Hobbes.

eliminazione di fattispecie avvertite come scarsamente lesive degli interessi tutelati (ci si riferisce, dunque, ai fatti *bagatellari*); di conseguenza, non è il principio *minima non curat praetor* a trovare attuazione, bensì diverse e nuove valutazioni in merito al bisogno e alla meritevolezza di pena di determinati comportamenti - una volta considerati meritevoli di sanzione penale - impongono il passaggio di tali illeciti dalla sfera penale a quella amministrativa. Ciò a dimostrazione del fatto che la depenalizzazione (o la decriminalizzazione *tout court*) può anche inerire fatti che non si configurano come bagatellari.

5.4. La privatizzazione.

La maggior parte dei codici penali europei è figlia della codificazione ottocentesca, intrisa - a sua volta - dell'ideologia borghese e liberale che ha caratterizzato il XIX secolo. A causa di queste tendenze ideologiche, il bene giuridico del patrimonio riceve, in queste prime codificazioni, una tutela spesso eccessiva e sproporzionata, se confrontata con la gravità oggettiva dell'offesa arrecata al bene giuridico stesso. Il bene patrimonio viene, in questo modo, ipertutelato con strumenti penalistici; per rimediare a questo eccesso di protezione legislativa è emersa una quarta tendenza deflattiva, che qui si andrà ad analizzare: la cd. privatizzazione. Tale termine indica quel filone di politica depenalizzante mirato a restituire un ruolo fondamentale, nell'ambito della conformazione delle fattispecie penalistiche, al principio di frammentarietà: nel senso che alla sanzione criminale debbano essere affidate esclusivamente le offese di più rilevante gravità. Per tutti gli altri comportamenti illeciti, di gravità esigua - rientranti nella sfera delle bagatelle - si ritiene idonea la previsione della sola sanzione civile.

È facile prevedere un largo utilizzo, da parte del legislatore, di tale strumento deflattivo, anche in conseguenza del costante aumento della criminalità di massa e dell'elevatissima cifra cui ammontano i reati contro il patrimonio, i quali costituiscono la *magna pars* della criminalità di massa¹⁴².

¹⁴² Un tentativo d'introdurre, nell'ordinamento italiano, sanzioni di tipo civilistico in sostituzione di sanzioni penali si registra con il recentissimo D. Lgs. 28/2015 (in attuazione della legge delega 67/2014), mediante il quale sono state previste delle sanzioni civili modellate sull'esperienza

Sono individuabili due distinte sfere d'intervento del paradigma della privatizzazione¹⁴³: la prima riguarda singoli reati, la cui diffusione ha raggiunto livelli di notevole rilevanza. La seconda ha, invece, uno spettro più ampio e inerisce l'intera materia dei delitti contro il patrimonio.

Come esempio d'intervento singolo e mirato su una determinata fattispecie penale si può citare la depenalizzazione, operata in Francia (legge 3 gennaio 1975, n. 75-4), avente a oggetto l'emissione di assegni in bianco: a tale illecito non segue più una sanzione penale, bensì è prevista una sanzione esclusivamente civile di tipo interdittivo applicata direttamente dall'istituto di credito (si noti l'evidente carattere privatistico dell'istituto).

È da segnalare all'attenzione di chi legge che anche il legislatore italiano - all'interno dell'ultimo intervento organico di depenalizzazione, vale a dire il D. Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 - ha depenalizzato la disciplina penale in materia di assegni, in quanto i procedimenti relativi a tale settore occupavano in misura rilevante le scrivanie degli uffici giudiziari. Il recupero di efficacia preventiva del sistema è ottenuto, più che con la trasformazione in illeciti amministrativi pecuniari delle fattispecie penali, con la predisposizione di un ramificato meccanismo informativo, che coinvolge l'organo di vigilanza e di controllo del sistema bancario-creditizio (*id est*, la Banca d'Italia). È prevista, in caso di mancato pagamento di un assegno per mancanza di autorizzazione o di provvista, l'iscrizione del nominativo del traente nell'archivio informatico a disposizione della banca d'Italia. L'iscrizione nell'archivio determina la revoca a emettere assegni; una nuova autorizzazione non può essere rilasciata prima di sei mesi dall'iscrizione del nominativo del traente nel registro informatico. La revoca comporta il divieto, della durata di sei mesi, per qualunque banca e ufficio postale, di stipulare nuove convenzioni di assegno con il traente e di pagare gli assegni tratti dal medesimo dopo l'iscrizione nell'archivio, anche se emessi nei limiti della provvista (articolo 34 D. Lgs. n. 507 del 1999)¹⁴⁴.

statunitense dei *punitive damages*. Per un'analisi compiuta della struttura e delle finalità dei nuovi strumenti giuridici introdotti dal legislatore, si v. il Cap III.

¹⁴³ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 400 ss.

¹⁴⁴ Il legislatore, nel depenalizzare e risistemare la materia degli illeciti bancari riguardanti gli assegni, ha saputo fare uso in maniera proficua dello strumento sanzionatorio amministrativo. Difatti, oltre a elidere fortemente il carico di lavoro degli uffici giudiziari, l'intervento in esame

Nel secondo tipo d'intervento rientrano tutte quelle misure dotate di sistematicità e organicità nel riformare l'intero settore dei delitti contro il patrimonio: si veda, ad esempio, la piccola riforma tedesca del 1975, avente a oggetto i delitti contro il patrimonio (con cui è stata introdotta, da un lato, una nuova forma di furto e appropriazione indebita lieve, perseguibile solo a querela di parte; mentre è stata prevista una forma di archiviazione assolutamente incondizionata, che rappresenta uno strumento della cd. depenalizzazione in concreto espressamente dedicato ai delitti contro il patrimonio).

Nel nostro ordinamento giuridico, si segnala l'estensione della punibilità a querela come istituto volto a restituire carattere marcatamente privatistico alle controversie originate da offese lievi ed esigue al bene giuridico patrimoniale. In tal senso, va osservato che l'ampliamento della procedibilità a querela alleggerisce il carico giudiziario fin dal sorgere del processo, in quanto subordina l'esercizio dell'azione penale alla *voluntas* del soggetto passivo del reato¹⁴⁵.

Con la legge 24 novembre 1981, n. 689, il legislatore italiano aveva esteso la punibilità a querela, oltre che a una serie di delitti contro il patrimonio non particolarmente gravi nei confronti dei quali era originariamente prevista la perseguibilità d'ufficio (artt. 627, 631, 632, 636 c.p.), anche al delitto di lesioni personali colpose, gravi e gravissime (art. 590 c.p.), attirando le critiche di parte della dottrina la quale, facendo leva sul principio personalistico (ricavato dal complesso delle indicazioni costituzionali in materia di tutela della persona umana), affermava l'impossibilità di lasciare al singolo la scelta se perseguire o meno comportamenti offensivi del bene vita *lato sensu* inteso¹⁴⁶.

Un'ulteriore estensione della perseguibilità a querela di parte si registra con la legge 25 giugno 1999, n. 507, il cui articolo 12 modifica l'articolo 624 c.p. in disciplinante il reato di furto, nel senso di prevederne la procedibilità a querela

affida al sistema bancario-creditizio la responsabilità di agire a tutela dei propri interessi, mediante la predisposizione di ramificati meccanismi informativi in grado di aumentare l'efficacia general-preventiva del sistema, tradizionalmente ritenuta appannaggio dello strumento penale. Come nota DI GIOVINE, *La nuova legge delega per la depenalizzazione dei reati minori tra istanze deflattive e sperimentazione di nuovi modelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1427, la sanzione amministrativa potrebbe trovare, proprio nel settore degli illeciti bancari, una forte capacità espansiva, grazie all'efficienza dell'organo amministrativo di controllo e alla facilità di accertamento dell'illecito.

¹⁴⁵ GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, cit., pp. 204 ss.

¹⁴⁶ GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 205.

(nelle sole ipotesi, tuttavia, di furto semplice). La *ratio* della modifica legislativa risiede nella *voluntas legis* di affidare alla scelta della vittima la decisione in ordine all'opportunità di reprimere questa forma di manifestazione criminale, anche in virtù del carattere micro-criminale di tale forma di aggressione¹⁴⁷. La legge in commento ha previsto, altresì, la perseguibilità a querela di parte del delitto di furto d'armi (articolo 4 legge 8 agosto 1977, n. 533).

In ogni caso, se è vero che l'ampliamento del novero dei delitti perseguibili a querela di parte potrebbe causare una *deminutio* dell'efficacia generalpreventiva dell'intero sistema penalistico (in quanto viene svalutata la certezza della risposta sanzionatoria), è pur vero che l'estensione in parola potrebbe trovare fondata giustificazione relativamente a quei delitti offensivi di beni giuridici marcatamente privati (è il caso, *ça va sans dire*, dei delitti contro il patrimonio).

5.5. Conclusioni sulle concrete modalità d'intervento della depenalizzazione.

Il quadro della politica di depenalizzazione, riguardato attraverso le sue manifestazioni concrete descritte nei paragrafi precedenti (ponendosi, dunque, dalla prospettiva del diritto positivo), annovera diverse tipologie d'interventi depenalizzanti. In particolare, accanto a reati lesivi di beni giuridici sovraindividuali (tipici del diritto penale accessorio, *in primis* del diritto penale economico-sociale), ritroviamo reati - perlopiù bagatellari - che offendono beni giuridici classici (es.: incolumità fisica, patrimonio, ecc.)¹⁴⁸.

Inoltre, dal punto di vista strutturale, è necessario evidenziare che la depenalizzazione *de iure* (operata, cioè, con un esplicito intervento del legislatore), si stratifica in tre diversi livelli. Il primo livello consiste nella piena liceizzazione del comportamento depenalizzato (sarebbe più corretto parlare di decriminalizzazione); al secondo livello ritroviamo gli interventi che si limitano a eliminare il solo carattere d'illiceità penale della fattispecie, lasciando residuare il

¹⁴⁷ DI GIOVINE, *La depenalizzazione*, cit., p. 1435. In argomento, si v. CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, pp. 20 ss.; SAVONA, *la regolazione del mercato della criminalità*, in *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, pp. 239 ss.

¹⁴⁸ PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 402.

carattere d'illecito sotto altro profilo (civile, disciplinare, tributario, ecc.). In terzo luogo, l'opera del legislatore può testimoniare l'inopportunità in termini di rapporto costi-benefici della repressione penale di una determinata condotta, essendo individuati strumenti maggiormente idonei per reprimere il comportamento stesso, il quale continua a essere inquadrato positivamente come illecito penale, ma alla cui commissione non segue (più) l'irrogazione della pena criminale, bensì la predisposizione di nuovi strumenti coattivi di costo inferiore (e.g. le misure alternative alla detenzione)¹⁴⁹.

¹⁴⁹ PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 403.

SEZIONE II

LA DEPENALIZZAZIONE AMMINISTRATIVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Introduzione. Gli interventi di depenalizzazione del 1969 e del 1975. La mancanza di razionalità legislativa e gli (insoddisfacenti) obiettivi raggiunti.

In questa sede l'analisi sarà rivolta ai processi di depenalizzazione registrati a livello legislativo. I meccanismi depenalizzativi di tipo prasseologico (*e.g.* la depenalizzazione in concreto) esulano, infatti, dal tema del presente capitolo.

Come si è visto nei paragrafi precedenti, la storia del diritto penale costituisce, contemporaneamente, sia il susseguirsi ininterrotto d'interventi normativi finalizzati a introdurre nuove forme di penalizzazione, ovverosia ad incrementare quel processo noto - come si è visto - con l'appellativo di ipertrofia penalistica, sia la storia di una continua abolizione, realizzata mediante l'ablazione del carattere d'illiceità penale attribuita a determinati comportamenti¹⁵⁰. In tal modo, l'evoluzione della depenalizzazione s'interseca fino quasi a identificarsi con la storia del diritto penale complessivamente inteso: ciò che, in un dato momento storico, viene ritenuto meritevole di tutela penale, successivamente degrada a mero illecito amministrativo o civile, o subisce una liceizzazione *tout court*.

A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso lo strumento della depenalizzazione ha rappresentato una formidabile arma nelle mani dei legislatori, volta alla riduzione dell'ipertrofia penalistica, conseguente ad un'estensione indiscriminata dei campi di materia interessati dall'intervento penalistico. Tramite la selezione delle condotte da mantenere all'interno del campo del penalmente rilevante, si è realizzata la fuoriuscita dall'ambito della criminalizzazione di

¹⁵⁰ BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, pp. 727 ss.

numerose fattispecie; fuoriuscita necessaria per bilanciare il consistente ingresso, nell'ambito criminale, di nuove figure d'illecito¹⁵¹.

La diversa valutazione compiuta dal legislatore, in ordine alla meritevolezza di pena di determinati comportamenti, non corrisponde - generalmente - a una speculare accettazione, sul piano della coscienza sociale, del venir meno di qualsivoglia carattere d'illiceità dei comportamenti considerati. Infatti, sono sporadici e rarefatti gl'illeciti penali verso cui si ritiene non più necessaria - anche a distanza di pochi anni dalla loro penalizzazione - la sussistenza di una sanzione penale ad essi collegata. È per questo che, particolarmente con riferimento al nostro ordinamento, la depenalizzazione si esplicita come trasformazione degli illeciti penali in corrispondenti illeciti puniti con sanzioni amministrative pecuniarie: un processo rientrante in quella che si è avuto modo di definire come fiscalizzazione (o monetizzazione o amministrativizzazione) del diritto penale.

Se dunque il livello di disvalore di tali illeciti resta sostanzialmente invariato - ciò che varia è il tipo di sanzione, l'organo competente a irrogarla, le regole della procedura - si può ben comprendere come diversi legislatori continentali, nel perseguire un'auspicabile opera di riduzione delle fattispecie penali, abbiano utilizzato la politica di depenalizzazione per sfoltire l'eccessivo carico giudiziario derivante dall'utilizzo scoordinato e spropositato della sanzione penale, e nel far ciò si siano rivolti al modello delle *Ordnungswidrigkeiten* tedesche. Queste ultime, infatti, costituiscono il primo sistema organico dell'illecito amministrativo punito con sanzioni pecuniarie, che evidenziano la carica di disvalore oggettivo appartenente agli illeciti cui esse sono collegate.

In Italia, tuttavia, gli itinerari legislativi della depenalizzazione hanno assunto, a partire dalla fine degli anni Sessanta del XX secolo, un'importanza notevole, a causa della macroscopicità dell'intervento penalistico registrata nei decenni precedenti, la quale ha indotto il legislatore a riorganizzare il sistema punitivo in termini di fuga dalla sanzione penale¹⁵².

¹⁵¹ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 728.

¹⁵² BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 729.

1.1. La legge 3 maggio 1967, n. 317.

Il processo italiano di depenalizzazione non ha inizio con la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “Modifiche al sistema penale”, bensì con la più risalente legge 3 maggio 1967, n. 317, recante “Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali” (abrogata, peraltro, dall’art. 42 della legge n. 689 del 1981). La prima legge di depenalizzazione riguardava, dunque, una materia ben precisa e circoscritta, depenalizzando - in tale contesto - la gran parte delle contravvenzioni in materia di circolazione stradale punite con la sola pena dell’ammenda, rinvenibili in alcuni testi normativi varati tra gli anni Trenta e la fine degli anni Cinquanta del secolo scorso¹⁵³; tali illeciti contravvenzionali venivano dunque assoggettati alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di danaro in misura corrispondente all’ammontare dell’ammenda, con la previsione della semplificazione costituita dal pagamento in misura ridotta.

La l. 317 del 1967 era caratterizzata dal ricorso al criterio formale di depenalizzazione: nel senso che gli illeciti da depenalizzare erano stati selezionati sulla base del solo tipo di pena prevista (nel caso *de quo*, la pena dell’ammenda). Accanto a tale caratteristica formale, però, vi era una nutrita lista di esclusioni dall’ambito della depenalizzazione, concernenti reati contraddistinti da elevati indici di pericolosità per l’incolumità personale, nonostante fossero anch’essi puniti con la sola ammenda¹⁵⁴. L’art. 16 della legge in oggetto, infatti, enumera meticolosamente gli illeciti contravvenzionali, puniti con la sola ammenda, che non sarebbero stati depenalizzati.

Per quanto riguarda gli aspetti più propriamente dogmatici di tale intervento, si registra la totale assenza di una parte generale dell’illecito amministrativo, lacuna che verrà colmata solo con la legge 689 del 1981. In questo modo, s’intravede la mancanza di sistematicità e di organicità che caratterizza gli interventi legislativi

¹⁵³ R.D. 8 dicembre 1933, n. 1740, concernente la tutela della strada e della circolazione; T.U. 3 marzo 1934, n. 383, concernente le norme dei regolamenti comunali e provinciali; l. 29 giugno 1935, n. 1349, concernente i servizi di trasporto merci su autoveicoli; D.P.R. 15 giugno 1959, n. 393, T.U. in materia di circolazione stradale.

¹⁵⁴ PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. (Dalle leggi di depenalizzazione alla Circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 41.

di depenalizzazione in Italia, quantomeno fino al 1981; questi nuovi illeciti amministrativi, derivanti dall'opera di depenalizzazione, non hanno un preciso referente normativo che ne disciplini gli aspetti generali, e si ritrovano dunque ad essere degli ibridi a metà strada tra l'illecito civile e quello penale. A conferma di ciò, si può notare che proprio le sanzioni amministrative previste dalla legge n. 317 del 1967 avessero caratteri tipici sia delle sanzioni penali (e.g. intransmissibilità agli eredi) sia di quelle civili (come la disciplina dei termini di prescrizione). Se a ciò si aggiunge il carattere marcatamente amministrativo della procedura di accertamento, con ridotte garanzie giurisdizionali davanti al giudice ordinario (esercitabili esclusivamente nei confronti della finale ingiunzione di pagamento, la quale non veniva quasi mai sospesa, costituendo essa titolo esecutivo per la riscossione delle somme da parte dell'Amministrazione), è evidente la scarsa razionalità e sistematicità delle novelle legislative che introdussero, nell'ordinamento interno, il *novum* della depenalizzazione. Tuttavia, proprio questa scarsa propensione al coordinamento razionale dei primi interventi legislativi, avrebbe potuto costituire una sollecitazione affinché la dottrina si occupasse in maniera organica del tema dell'illecito amministrativo; bisognerà aspettare il 1981, perché l'universo dottrinale si accorga concretamente della presenza di un *tertium genus* dell'illecito (accanto al penale e al civile) e analizzi compiutamente la possibilità di utilizzarlo per evidenziare a pieno le potenzialità deflative del sistema giudiziario nel suo complesso¹⁵⁵.

In definitiva si può affermare che, nel primo vero intervento di depenalizzazione, il legislatore italiano abbia fatto uso di un criterio di selezione di tipo formale, affiancando a quest'ultimo delle valutazioni di tipo sostanziale, allorché si sia trovato nella necessità di escludere dalla depenalizzazione determinate fattispecie illecite.

¹⁵⁵ PITTARO, voce *Depenalizzazione*, in in *Enc. giur. Treccani*, X, Agg., Roma, 2007, p. 2.

1.2. La legge 9 ottobre 1967, n. 950.

La seconda legge di depenalizzazione è la l. 9 ottobre 1967, n. 950, recante “Sanzioni per i trasgressori delle norme di polizia forestale”, la quale estese la depenalizzazione alle contravvenzioni in materia di polizia forestale (veri e proprii illeciti di polizia) contenute negli articoli 10 e 11 del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3267. Anche per quest'intervento legislativo - come per la precedente legge n. 317/1967 - si segnala la presenza di una scarna fase giurisdizionale davanti al giudice ordinario (pretore), concernente l'impugnazione dell'ordinanza-ingiunzione di pagamento, emessa al termine di un procedimento a carattere prettamente amministrativo.

Le intenzioni del legislatore, nel promulgare la seconda legge di depenalizzazione del 1967, erano quelle - da un lato - di dotare di sanzione amministrativa la norma penale in bianco della violazione delle norme di polizia forestale (art. 11 R.D. 3267/1923) e, dall'altro, mantenere all'interno del penalmente rilevante le fattispecie produttive di un danneggiamento boschivo (art. 26 R.D. 3267/1923). Nonostante il chiaro intento del legislatore - finalizzato a riservare la sanzione penale agli illeciti di settore contrassegnati da un *eventus damni*, destinando la sanzione amministrativa alle violazioni esclusivamente formali, ossia d'inosservanza di provvedimenti amministrativi - parte della giurisprudenza interpretò la legge n. 950 del 1967 come depenalizzante l'intera materia degli illeciti di polizia forestale¹⁵⁶. Tali interpretazioni favorirono l'affermazione di successivi interventi legislativi di parziale ripenalizzazione¹⁵⁷.

1.4. La legge 24 dicembre 1975, n. 706

Il terzo intervento di depenalizzazione si deve alla legge 24 dicembre 1975, n. 706, recante “Sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni

¹⁵⁶ Cass., 6 giugno 1975, in *Cass. pen.*, 1977, p. 737.

¹⁵⁷ Legge 1 marzo 1975, n. 47. In argomento MAZZA, *Il sistema sanzionatorio in materia forestale*, in *Giur. agr.*, 1976, p. 588.

punibili con l'ammenda"¹⁵⁸. Tale legge si configura come il primo vero intervento di depenalizzazione a carattere generale, ancorché volto a degradare in illeciti amministrativi le sole contravvenzioni punibili con la semplice ammenda. Infatti, con la legge *de qua*, il legislatore non concentra il proprio intervento su specifici settori o materie dell'ordinamento, bensì stabilisce la depenalizzazione di tutte le contravvenzioni punibili con la sola pena dell'ammenda, contrapponendo a ciò tutta una serie di esclusioni di fattispecie dall'ambito della depenalizzazione¹⁵⁹.

Era inevitabile, dunque, l'utilizzo di un criterio di selezione di tipo formale (basato, cioè, sulla tipologia di pena comminata) nel procedere ad una depenalizzazione generale di parte degli illeciti contravvenzionali. La semplificazione connessa all'utilizzo di tale criterio fu funzionale ad un intervento avente ad oggetto, per la prima volta, il sistema penalistico globalmente considerato. Con la l. 706 del 1975 il legislatore italiano, per la prima volta, impiega lo strumento della depenalizzazione per sfozzire il "ginepraio" di norme e leggi che rendeva il sistema legislativo e giuridico del tutto inidoneo all'utilizzo da parte degli operatori del diritto dell'epoca.

Infatti, l'utilizzo di un criterio esclusivamente formale di depenalizzazione, focalizzato sul tipo di pena, provoca una depenalizzazione cd. cieca, che riduce solo quantitativamente le norme penali, in assenza di qualsiasi disegno organico di riforma del sistema penale. Il legislatore, così operando, non prende in considerazione l'opportunità di continuare a impiegare la sanzione penale in relazione all'offensività e alla rilevanza sociale di determinati comportamenti¹⁶⁰. Utilizzando il criterio di depenalizzazione formale il legislatore "prende per buono un dato, quello della sanzione, che costituisce espressione di sottostanti

¹⁵⁸ Anch'essa abrogata - al pari della legge n. 317 del 1967 - dall'art. 42 della legge n. 689 del 1981.

¹⁵⁹ Nel depenalizzare in via generale tutte le contravvenzioni punite con la sola ammenda, il legislatore ha puntualmente escluso da tale intervento tutta una serie di disposizioni penali, se non interi testi normativi (e.g. codice penale, T.U.L.P.S.). Così facendo, ha escluso *a priori* la natura bagatellare delle fattispecie depenalizzate, escludendola - al contempo - per le norme appartenenti ai settori esclusi dalla depenalizzazione le quali, pur se integranti fatti in possesso di una carica lesiva pari o inferiore a quella delle fattispecie depenalizzate, non avrebbero subito la stessa sorte. È evidente - come si avrà modo di evidenziare meglio nel prosieguo del paragrafo - l'irragionevolezza dell'intervento legislativo, specie se si comparano fra loro diverse fattispecie: le valutazioni del legislatore sono state influenzate (oltre che da un possibile allarme sociale) dall'opportunità di mantenere in vigore alcune norme-manifesto, ai fini di un minore impatto mediatico sull'opinione pubblica.

¹⁶⁰ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 731 (nt. 12).

valutazioni a modificare le quali sarebbe chiamata invece proprio la depenalizzazione”¹⁶¹.

Se si guarda, dunque, all’elenco delle esclusioni contenuto nell’articolo 14, non si può non evidenziare la mancanza (ancora una volta) di sistematicità e razionalità nell’intervento legislativo. Infatti, le esclusioni dall’ambito della depenalizzazione si basano su criteri di tipo sostanziale (gravità oggettiva e pericolosità di talune fattispecie contravvenzionali), ma il ricorso a tale criterio non dissipa i dubbi cui dà luogo l’utilizzo del solo criterio formale nell’operare la depenalizzazione. In effetti, l’articolo 14 l. n. 706 del 1975, escludendo dalla depenalizzazione determinati interi testi normativi (codice penale e Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza) e specifici settori (lavoro, urbanistica, alimenti e bevande), concorre a fondare rilevanti contraddizioni in ordine alla gravità dei comportamenti depenalizzati o mantenuti nell’area del penalmente rilevanti. Ad esempio, si pensi al caso di alcune fattispecie volte alla tutela dell’ambiente: la scelta di escludere tale settore dall’ambito della depenalizzazione - lett. c) dell’articolo 14 - ha comportato la permanenza, nell’area del penalmente rilevante, di microviolazioni integranti fatti del tutto bagatellari e di scarsa rilevanza.

In definitiva è evidente - e la l. 706 del 1975 lo dimostra chiaramente - che la depenalizzazione fondata sul solo criterio formale del tipo di pena prevista si basa su un criterio (la pena prevista, appunto) che risente della casualità delle scelte sanzionatorie operate dai legislatori precedenti. In altre parole, nell’operare una depenalizzazione *cd. cieca* il legislatore si basa solo sul tipo di sanzione, quando invece dovrebbe valutare ulteriori e diversi indici (pericolosità del comportamento, gravità oggettiva della condotta) per decidere se la sanzione stessa resti ancora la risposta appropriata a quel determinato illecito. A ciò si aggiunga il fatto che la lista di esclusioni e di esenzioni dall’ambito della depenalizzazione sia spesso approssimativa e venga redatta senza un criterio razionalizzatore ¹⁶². L’effetto provocato è quello di una politica di depenalizzazione che, lungi dall’operare una riorganizzazione sistematica e razionale d’interi settori dell’area penalistica, si riduca a operare similmente a una

¹⁶¹ PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1981, p. 103.

¹⁶² BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 732.

cassa di risonanza di pregresse scelte punitive sperequate (se non addirittura irragionevoli), mantenendo in vita figure d'illecito penale integranti fatti del tutto bagatellari, sol perché si è deciso - inopinatamente - di salvare dalla depenalizzazione il settore all'interno del quale afferiscono queste fattispecie¹⁶³.

Dal punto di vista procedurale, similmente a come avvenuto per le due leggi di depenalizzazione del 1967, aumentavano i dubbi sulla natura e sull'estensione dei poteri del giudice ordinario (pretore) in sede di opposizione all'ordinanza-ingiunzione di pagamento emessa dalla Pubblica Amministrazione (cognizione limitata alla legittimità ovvero estesa al merito; potere di disapplicazione o anche di annullamento): un caso riconducibile all'interno del più grande tema inerente i poteri del giudice ordinario in merito alla sindacabilità dell'atto amministrativo¹⁶⁴.

A seguito della legge n. 706 del 1975 l'ambito della depenalizzazione subì un'accelerazione importante, anche se non definitiva. L'illecito amministrativo depenalizzato (risultante, cioè, da un intervento di depenalizzazione che ne abbia mutato, sostanzialmente, il tipo di sanzione e l'organo deputato a irrogarla) stava assumendo una rilevanza ordinamentale non più trascurabile. In relazione a ciò, è doveroso segnalare che la legge del 1975 fu l'ennesima occasione persa per addivenire alla codificazione di una parte generale dell'illecito amministrativo depenalizzato che contenesse sia le regole e i principi sostanziali sottesi all'illecito de quo, sia le regole processuali su cui dovesse basarsi il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative. I tempi erano ormai maturi; la risposta legislativa non tardò ad arrivare.

1.4. Incongruenze e ridotto ambito operativo delle prime leggi di depenalizzazione.

Un'analisi approfondita degli effetti, verificatisi sul sistema giuridico, a seguito dei primi interventi di depenalizzazione, induce ad affermare che la depenalizzazione (almeno fino al 1981) ha operato su fatti esclusivamente bagatellari, in precedenza assoggettati alla sanzione penale dell'ammenda,

¹⁶³ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 732.

¹⁶⁴ Cfr. PITTARO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 2.

notoriamente meno dotata dell'essenza repressiva tipica delle altre pene criminali. Le leggi *de quibus*, seppure si rivelavano portatrici di una certa "ventata di novità" nell'ordinamento italiano, si dimostravano tuttavia inidonee a perseguire l'obiettivo primario di eliminare i cd. "rami secchi" dal campo penalistico, e meno che mai a circoscrivere l'utilizzo delle pene aventi maggior carica repressiva, in quanto privative della libertà individuale¹⁶⁵.

La mancanza di un armamentario di sanzioni punitive extrapenali (da utilizzare prontamente in sostituzione delle sanzioni penali)¹⁶⁶, unitamente alla grave lacuna costituita dall'inesistenza di un sistema di principi disciplinante in maniera organica il "nuovo" illecito amministrativo depenalizzato, ha determinato effetti deleteri sul processo di depenalizzazione in atto. Infatti, il problema della mancanza di una parte generale dell'illecito amministrativo rendeva problematica l'abdicazione, da parte del diritto penale, di alcuni settori dell'ordinamento, con il rischio di un "salto nel buio", in special modo sotto il profilo delle garanzie¹⁶⁷. Se si considera, in aggiunta, che bisognerà aspettare il 1983 perché il legislatore si dotasse di una serie d'indicazioni orientative per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (al fine di individuare i comportamenti vietati per i quali fosse preferibile l'utilizzo dell'una piuttosto che dell'altra categoria dogmatica), si può ben comprendere come, lungo il percorso verso una depenalizzazione matura e razionale - "timidamente" iniziato dalle leggi del 1967 e del 1975¹⁶⁸ - fosse necessario rimuovere diversi ostacoli.

1.5. Conclusioni sugli interventi di depenalizzazione precedenti la legge n. 689 del 1981.

Come si è avuto modo di analizzare, il legislatore - nel selezionare gli illeciti da depenalizzare - ha fatto affidamento a due diversi criteri. Il primo, di ordine

¹⁶⁵ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 732.

¹⁶⁶ Una potenziale categoria di sanzioni punitive, utilizzabili in chiave alternativa rispetto alla sanzione penale, è costituita dalle pene private le quali, tuttavia, non hanno mai trovato favorevole riscontro nel nostro ordinamento.

¹⁶⁷ BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, p. 8.

¹⁶⁸ L'espressione è di GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 216.

generale e di natura formale, è quello del *nomen iuris* della sanzione; il secondo, di carattere eccezionale e avente natura sostanziale, è quello incentrato sul novero tassativo delle esclusioni. A prima vista, sembrerebbe che il legislatore - nell'escludere talune fattispecie dalla depenalizzazione - abbia valutato la maggiore intensità dell'offesa al bene giuridico, oppure il più elevato rango dell'interesse tutelato; in realtà, a un'analisi approfondita delle tre leggi di depenalizzazione segue la constatazione che nessuno dei due indici ora citati abbia rivestito importanza fondamentale nelle scelte del legislatore. Infatti, disposizioni poste a tutela del medesimo bene giuridico hanno subito sorti differenti (come ad es., il bene dell'incolumità fisica, protetto penalmente nell'ambito lavorativo e ridotto a una tutela amministrativa nell'ambito del settore della circolazione stradale); così come l'intensità dell'offesa all'interesse tutelato non ha assunto carattere decisivo (e.g. nella legge del 1967 si conserva natura di illecito penale al "sorpasso in curva", ma si punisce solo amministrativamente il "superamento dei limiti di velocità su strade extraurbane").

Il sistema delle esclusioni non risponde - è evidente - a nessuna logica di fondo che possa definirsi unitaria. Alcune hanno il loro fondamento in motivazioni di ordine tabuistico (si pensi alle disposizioni contenute nel codice penale), altre disposizioni vengono escluse per motivazioni di ordine tecnico (si guardi all'eccessiva complessità e disorganicità della legislazione penale in materia di alimenti e bevande) o simbolico (si pensi alla tutela dell'ambiente).

I caratteri dei primi tre interventi depenalizzanti, precedenti alla svolta codificatoria del 1981, possono così riassumersi:

- a) utilizzazione di un criterio di tipo formale nella scelta degli illeciti da depenalizzare, ancorato al *nomen iuris* della pena prevista: questa clausola generale ha consentito di depenalizzare in maniera rapida e sistematica, con l'inconveniente di una depenalizzazione cd. cieca, che non ha considerato il diverso grado di lesività delle differenti fattispecie da depenalizzare;
- b) ancoraggio a un criterio di tipo sostanziale (elenco tassativo e nominale) nel procedere alle esclusioni dall'ambito della depenalizzazione. Esclusioni che, spesso, non si sono raccordate organicamente e razionalmente al processo di

depenalizzazione, ma hanno salvaguardato perlopiù interessi di natura ideologica e simbolica.

c) mancanza di una disciplina generale dell'illecito amministrativo depenalizzato: tale lacuna è conseguenza del fatto che il legislatore - probabilmente "impreparato" al varo di un nuovo sistema riguardante l'illecito amministrativo - abbia costantemente assimilato l'illecito in esame alla pena pecuniaria fiscale, allora prevista dalla legge n. 4 del 1929. La pena pecuniaria fiscale era, allora, la più formalizzata e tipica delle sanzioni amministrative allora esistenti.

d) presenza di una - seppur scarna - disciplina dell'opposizione, davanti al pretore, all'ordinanza-ingiunzione di pagamento.

La concentrazione delle prime leggi di depenalizzazione solo sulle contravvenzioni punite con la pena dell'ammenda ha introdotto, nel sistema amministrativo risultante da tale depenalizzazione, ipotesi sanzionatorie basate esclusivamente sul "modello unico" della sanzione pecuniaria individuata fra un minimo e un massimo edittale, graduata proporzionalmente alla gravità oggettiva dell'illecito. Proprio tali caratteristiche hanno indotto il legislatore ad assimilare le sanzioni amministrative depenalizzate all'unico modello di sanzione amministrativa allora formalizzato, *id est* la pena pecuniaria fiscale. Tale assimilazione emerge anche da alcune disposizioni di diritto sostanziale, come ad esempio la disciplina della solidarietà (art. 3, l. 317/1967 e 3, l. 706/1975) e della prescrizione (art. 12, l. 317/1967 e 3, l. 706/1975)¹⁶⁹. Tali disposizioni, contenute negli interventi legislativi del 1967 e del 1975, avvicinano la disciplina dell'illecito amministrativo depenalizzato al modello civilistico; d'altronde, è evidente la matrice penalistica di alcune disposizioni di carattere generale dettate dalle leggi in esame, come - ad esempio - l'espressa enunciazione del principio d'intrasmissibilità della sanzione amministrativa (art. 4, l. 317 del 1967 e 4, l. 706 del 1975). A ciò va aggiunto che l'incidenza della sanzione amministrativa sul bene - costituzionalmente protetto *ex art. 23 Cost.* - patrimoniale ha "obbligato" il legislatore a predisporre una serie di garanzie procedimentali fin dalla fase del procedimento innanzi all'Autorità amministrativa: garanzie consistenti nella contestazione dell'accusa, nell'obbligo di notifica, nella possibilità - per

¹⁶⁹ PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., pp. 439-440.

l'accusato - di essere sentito personalmente¹⁷⁰. Tali garanzie concrete costituiscono un embrione di giusto procedimento, le cui istanze troveranno più ampio riscontro nei successivi interventi normativi, primo fra tutti quello del 1981. Proprio la necessità di favorire, nell'applicazione della sanzione amministrativa, lo svolgimento di un giusto procedimento, ha reso necessaria la previsione di una tutela giurisdizionale piena, ancorché successiva e semplificata, dinanzi all'Autorità Giurisdizionale Ordinaria (*id est*, il pretore).

Il sistema degli illeciti amministrativi prima degli interventi normativi degli anni Sessanta e Settanta si basava, sostanzialmente su due tipologie d'illecito: l'illecito finanziario e l'illecito disciplinare. Il resto delle fattispecie non era organizzato dal punto di vista sistematico, dando vita ad un insieme di norme dal carattere frammentario e disorganico.

Il legislatore, nell'introdurre la figura dell'illecito depenalizzato, ha creato una figura indipendente e peculiare d'illecito amministrativo, diversa dai due "poli" (finanziario e disciplinare) allora esistenti: un tipo d'illecito differente perché risultante dalla degradazione di precedenti fattispecie penali, ma il cui contenuto è rimasto invariato. In mancanza, però, di una parte generale di tale tipo d'illecito, il legislatore ha dovuto supplire in via analogica a questa importante lacuna, e lo ha fatto riferendosi - per principi e regole di diritto sostanziale - all'illecito che presentava le maggiori analogie rispetto a quello risultante dalla depenalizzazione, ovverosia l'illecito finanziario. La dottrina, al contrario, continuava a ritenere applicabile all'illecito depenalizzato la parte generale del codice penale "in quanto non incompatibile"¹⁷¹: un approccio, quest'ultimo, giustificato dalla "provenienza penalistica" delle fattispecie d'illecito depenalizzato.

Nell'ordinamento giuridico di un moderno Stato sociale di diritto non era accettabile la mancanza di un adeguato sistema di principi sostanziali e processuali disciplinanti una forma d'illecito che, nel tempo, avrebbe assunto una rilevanza sempre più elevata. L'esigenza di una regolamentazione organica della parte generale dell'illecito amministrativo emergeva anche in relazione alla produzione normativa di illeciti aventi *ab origine* natura amministrativa¹⁷². La

¹⁷⁰ PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., pp. 439-440.

¹⁷¹ Cfr. LAGOSTENA BASSI - RUBINI, *La depenalizzazione*, Milano, 1969, p. 32.

¹⁷² GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 216.

codificazione di un sistema di principi - di matrice chiaramente penalistica - verrà finalmente elaborato con la legge n. 689 del 1981 e si porrà come autonomo ed equilibrato punto di riferimento per la disciplina sia dell'illecito amministrativo depenalizzato, sia degli illeciti conformati *ab origine* come amministrativi.

2. La legge 24 novembre 1981 n. 689: prima codificazione in Italia del cd. diritto penale-amministrativo¹⁷³.

2.1. La necessità di un intervento codificatore della parte generale dell'illecito amministrativo. La natura dell'illecito amministrativo prima della legge n. 689 del 1981.

L'esigenza di una disciplina generale e organica nella materia dell'illecito amministrativo trova la sua ragione nella crescita esponenziale - registratasi a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso - delle fattispecie d'illecito amministrativo, ora come prodotto della depenalizzazione, ora come configurate già dall'inizio come tali. Infatti, oltre agli interventi di depenalizzazione degli anni 1967 - 1975, si era costituito, nell'ordinamento italiano, un *corpus* d'illeciti sanzionati *ab origine* in via amministrativa, a seguito sia dell'ampliamento dell'intervento pubblico in vari settori della vita della collettività, che dell'aumento delle fattispecie appartenenti alla legislazione speciale¹⁷⁴. La disciplina di tale insieme d'illeciti amministrativi si era modellata sull'allora scarno ed insufficiente modello - contenuto nelle prime leggi di depenalizzazione - dell'illecito amministrativo depenalizzato. Ancor più che nella legislazione statale, una notevole immissione di queste nuove fattispecie d'illecito amministrativo si era avuta nella legislazione regionale (nelle materie indicate dall'allora vigente articolo 117 Cost.: urbanistica, caccia e pesca, paesaggio, boschi e foreste, ecc.), in forza della preclusione costituzionale che impedisce agli organi legislativi regionali di emanare norme in materia penale.

Come osservato nei paragrafi precedenti, né le leggi di depenalizzazione, né tantomeno le leggi con cui erano state introdotte fattispecie d'illecito *ab origine* amministrativo, avevano dettato una disciplina dei principi sostanziali (elemento oggettivo ed elemento soggettivo; forme di manifestazione del reato; principio di legalità; principio di personalità della responsabilità) e procedimentali-processuali

¹⁷³ L'espressione è di PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, pp. 117 ss.

¹⁷⁴ AMATUCCI, *Depenalizzazione ed illecito amministrativo*, in BERTONI - LATTANZI - LUPO - VIOLANTE (a cura di), *Modifiche al sistema penale*, I, p. 5.

(poteri di accertamento dell'organo competente; disciplina del contraddittorio; poteri istruttori del pretore; estensione della cognizione del giudice ordinario) del nuovo tipo d'illecito¹⁷⁵.

In tale contesto, l'unica normativa esistente in materia di sanzioni amministrative era rappresentata, come già affermato, dalla legge 7 gennaio 1929, n. 4, in materia di violazioni di diritto finanziario. Tale disciplina ricomprendeva in sé, sia disposizioni di carattere risarcitorio-civilistico, che di carattere punitivo-penalistico: ciò a causa della diversità di sanzioni da essa previste. Dunque, in virtù della presenza simultanea d'indici normativi non univoci, era impossibile per l'interprete trarre delle conclusioni sulla natura degli illeciti amministrativi contenuti nelle leggi emanate a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta (e, conseguentemente, su quali norme fossero ad esso analogicamente applicabili, in assenza di una disciplina organica).

In sostanza, in questa fase, i testi normativi di riferimento per la disciplina dell'illecito amministrativo erano: il codice penale, il codice civile, la disciplina di cui alla l. n. 4 del 1929¹⁷⁶.

L'intervento di riforma, della cui ineludibilità più nessuno dubitava, si rendeva necessario anche per proseguire e rafforzare il già intrapreso processo di depenalizzazione, la cui timidezza rispetto agli obiettivi perseguiti era già stata evidenziata da parte della dottrina¹⁷⁷.

2.2. L'illecito amministrativo come realizzazione dei principi di sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale.

Se volessimo nobilitare l'operato legislativo, diremmo che, con la riforma del diritto penale¹⁷⁸ degli anni Ottanta, esso si è ispirato ai due principi fondamentali della *Kriminalpolitik* di Franz von Liszt: la sussidiarietà e l'effettività. Come noto, l'insigne studioso tedesco, infatti, il diritto penale avrebbe riacquisito il proprio

¹⁷⁵ Ad esclusione, per quanto concerne i soli principi *procedimentali*, delle poche - e assolutamente insufficienti - disposizioni contenute nella l. n. 317 del 1967.

¹⁷⁶ AMATUCCI, *Depenalizzazione ed illecito amministrativo*, cit., pp. 10-11.

¹⁷⁷ LUPO, *La recente legge sulla depenalizzazione*, in *Giustizia e Costituzione*, 91976, p. 67.

¹⁷⁸ Definita "piccola" da PALIERO, *La legge 689 del 1981*, cit., p. 118.

ruolo di strumento eccezionale solo mediante l'ablazione di numerose fattispecie incriminatrici di parte speciale; in questo modo, la norma penale sarebbe tornata a svolgere il ruolo che le è proprio, ossia quello di *extrema ratio* finalizzata alla tutela frammentaria di beni giuridici. In secondo luogo, l'efficacia della sanzione criminale si sarebbe manifestata *in toto* solo qualora si fossero assicurate concrete possibilità di raggiungere le finalità che, tramite essa, erano perseguite; ciò che non avviene - ad esempio - nel caso delle pene detentive brevi, le quali, oltre a sminuire l'efficacia general-preventiva dell'intero sistema, producono un effetto desocializzante¹⁷⁹.

Per rimanere sul piano dell'effettività della sanzione criminale, è sufficiente osservare che le condanne a pene detentive brevi comportano un elevato costo sociale per la collettività (scarsa efficacia risocializzante, abbinata a un elevato costo economico per la gestione delle strutture ed il mantenimento dei detenuti). Già con la legge n. 354 del 1975 (precedentemente, dunque, all'intervento organico operato con la legge n. 689 del 1981), il legislatore aveva tentato di modificare l'assetto del sistema sanzionatorio, mediante l'introduzione delle misure alternative alla detenzione; un intervento proseguito con la legge generale di depenalizzazione, la quale, al Capo III, Sezione I, introduce le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi¹⁸⁰. Nel perseguire il recupero di effettività della norma penale, il legislatore decise d'introdurre, in sostituzione delle pene detentive di minima durata, una diversa tipologia di sanzioni, riportando entro i criteri della necessità e della sufficienza l'utilizzo della pena detentiva. Si può affermare che le sanzioni sostitutive, più che puntare alla risocializzazione del reo, mirassero a una sua non desocializzazione¹⁸¹.

¹⁷⁹ VON LISZT, *Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuch in Aussicht zu nehmen?* In *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlino, 1905, pp. 359 e 374. L'illustre A. giungeva, addirittura, a proporre l'espulsione dal sistema penale di tutte le contravvenzioni e di tutti gli illeciti di polizia, fino a concentrare tutte le norme incriminatrici nel solo codice penale; in aggiunta a ciò, si proponeva la sostituzione della pena detentiva breve - di cui si evidenziava la dannosità - con la sanzione pecuniaria.

¹⁸⁰ Le sanzioni sostitutive previste dalla legge n. 689 del 1981 sono: la semidetenzione, la libertà controllata e la pena pecuniaria.

¹⁸¹ Cfr. PALAZZO, *Commento articolo per articolo alla l. 24/11/1981 n. 689 di Modifiche al sistema penale*, sub art. 58, in *Leg. pen.*, 1982, p. 337. L'A. afferma che le sanzioni sostitutive "hanno la mera funzione... di evitare [gli] effetti inutilmente desocializzanti che le pene detentive brevi producono sul condannato".

Se si volge lo sguardo al Capo I della legge n. 689 del 1981, ci si accorge che è proprio in questa sede che il legislatore ha voluto porre le premesse per riportare il diritto penale entro il perimetro segnato dal principio di sussidiarietà. Ed è proprio qui che s'instaura la connessione tra la necessaria frammentarietà del diritto penale e la conseguente - e collegata - sua sussidiarietà rispetto ad altre forme d'intervento sanzionatorio: la costruzione di una "parte generale" dell'illecito amministrativo, in grado di rappresentare uno strumento alternativo di controllo delle dinamiche sociali, si rende obbligatoria per colmare gli spazi che il nuovo volto del diritto penale moderno - finalizzato alla tutela di alcuni e selezionati beni giuridici - deve necessariamente lasciare vuoti, mostrando così la sua caratterizzazione frammentaria.

Il legislatore italiano, con la riforma del 1981, si è quindi avviato - per la prima volta - sulla strada della creazione di un nuovo sistema: quello del diritto penale - amministrativo¹⁸², sistema sconosciuto fino ad allora al nostro ordinamento, ma familiare al *corpus* normativo tedesco, non distante - quest'ultimo - dalla nostra tradizione storico - giuridica e da cui il legislatore italiano trae più di un'ispirazione nella regolamentazione del nuovo sistema dell'illecito amministrativo.

Le ragioni alla base della scelta legislativa in oggetto sono compendiabili, come già accennato, in due fattori. In primo luogo, il sempre più frequente ricorso a interventi di depenalizzazione ha reso improrogabile l'adozione di una serie di principi idonei a disciplinare l'applicazione e l'esecuzione delle sanzioni amministrative risultanti da depenalizzazione. Inoltre, l'utilizzo da parte del legislatore statale della sanzione amministrativa come strumento sanzionatorio autonomo (non risultante, cioè, da una precedente depenalizzazione), ha ampliato il ruolo che la sanzione amministrativa stessa assume nell'ordinamento interno, rendendo necessario la fissazione dei principi-cardine di una materia in continua espansione.

Una scelta - quella della codificazione dei principi generali dell'illecito amministrativo - di chiarezza sistematica e di ausilio per l'opera dell'interprete,

¹⁸² Si è scelta la denominazione diritto penale-amministrativo, piuttosto che diritto amministrativo-penale, in quanto si ritiene che l'intervento organico registratosi con la legge del 1981 abbia esteso, all'illecito amministrativo, una serie di principi di chiara derivazione penalistica.

dovuta alla sempre maggior rilevanza che il sistema del diritto penale-amministrativo ha via via assunto nell'ordinamento italiano.

2.3. Gli obiettivi della legge di riforma.

Si è così giunti alla fondamentale legge di depenalizzazione 24 novembre 1981, n. 689 recante "Modifiche al sistema penale" la quale, nonostante l'intitolazione di basso profilo, ha dunque introdotto elementi rilevanti e - per certi versi - del tutto nuovi all'interno del sistema del diritto penale. La legge n. 689 del 1981, infatti:

- a) prosegue in maniera più razionale il processo di depenalizzazione iniziato con le leggi degli anni 1967-1975;
- b) stabilisce i principi generali dell'illecito amministrativo punito con sanzione amministrativa pecuniaria (ricomprensente sia l'illecito amministrativo depenalizzato che l'illecito *ab origine* amministrativo);
- c) detta i principi processuali-procedimentali che sovrintendono all'accertamento e all'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie.

La novella legislativa *de qua* ha - mediante il corposo intervento depenalizzante in essa contenuto - mutato la filosofia della pena criminale, fino ad allora basata sul costante ricorso alla sanzione penale (detentiva o pecuniaria). Per altro verso, il legislatore ha espressamente inserito, all'interno dell'ordinamento, l'intera disciplina generale dell'illecito amministrativo punito con sanzioni pecuniarie, creando un vero e proprio sistema dell'illecito amministrativo autonomamente considerato: tale ultima considerazione è suggerita dalla circostanza che il campo di applicazione della legge in commento si estende non solo agli illeciti penali depenalizzati in illeciti amministrativi, bensì anche agli illeciti conformati *ab origine* come amministrativi.

In definitiva, la l. 689/1981 si ascrive a pieno titolo tra le leggi di depenalizzazione (costituendo anzi, in Italia, il primo esempio di legge organica di depenalizzazione), avendo realizzato una sensibile riduzione dell'area del

penalmente rilevante, con conseguente introduzione di strumenti alternativi di controllo sociale.

Anche a seguito delle modifiche e delle integrazioni intervenute nel corso degli anni, la legge del 1981 resta a tutt'oggi il testo normativo di riferimento per la disciplina generale dell'illecito amministrativo¹⁸³.

2.4. L'iter di approvazione del testo legislativo.

Al fine di realizzare i suesposti obiettivi di politica criminale, nel corso della VII Legislatura il Governo (Guardasigilli on. Francesco Paolo Bonifacio) presentò, alla Camera dei Deputati, il disegno di legge n.1799 concernente “Modifiche al sistema penale”¹⁸⁴, con cui s'intendeva realizzare “l'auspicata estensione della depenalizzazione, contemporaneamente, disciplinare in modo completo e organico l'intera materia, conferendo unità di regolamentazione ad illeciti che, pur avendo identiche caratteristiche, sono disciplinati in modo eterogeneo da svariate fonti normative”¹⁸⁵.

Originariamente, il disegno di legge era composto da 69 articoli, divenuti poi 148 a seguito delle cospicue e numerose modifiche apportate in oltre quattro anni di lavori parlamentari. L'impianto di base della legge, così come strutturato nel progetto del Governo, è tuttavia sostanzialmente rimasto invariato.

Il Capo I, dedicato alla depenalizzazione e alle sanzioni amministrative, è quello che ha subito le variazioni più rilevanti. Il Capo I del d.d.l. n. 1799 era intitolato “Depenalizzazione di reati previsti da leggi speciali e disciplina degli illeciti puniti con sanzioni amministrative” (artt. 1-24). Esso conteneva, dunque, sia la disciplina degli illeciti amministrativi che l'estensione dell'ambito della depenalizzazione. La Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, dopo aver avviato e concluso la discussione generale sul d.d.l. (sedute del 7-15-21 dicembre 1977 e 12 gennaio 1978), nominò un Comitato ristretto (seduta del 5

¹⁸³ PITTARO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 3.

¹⁸⁴ Il testo del disegno di legge, con la Relazione, è pubblicato in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, pp. 343 ss. Nel luglio dello stesso anno era stato presentato, al Senato della Repubblica, un disegno di legge (n. 832 del 14 luglio 1977) teso a dare sistemazione unitaria alla categoria dell'illecito amministrativo, mediante l'estensione - a tutte le sanzioni aventi carattere amministrativo - delle disposizioni della legge n. 706 del 1975.

¹⁸⁵ Relazione al d.d.l. 1799, cit., p. 346.

aprile 1978), il quale si occupò di modificare il testo del d.d.l. n. 1799, avvalendosi del decisivo contributo di alcuni pareri elaborati dal Consiglio Superiore della Magistratura¹⁸⁶. Le modifiche apportate dal Comitato ristretto furono discusse dalla Commissione Giustizia della Camera (sedute del 22 giugno - 20, 21, 27 28 settembre - 4, 18 ottobre 1978), che approvò il testo definitivamente (in sede deliberante) il 18 ottobre 1978¹⁸⁷. Il d.d.l. n. 1799 (ora d.d.l. n. 1462) passò, dunque, all'esame del Senato, che non potette discuterlo a causa della fine anticipata della VII Legislatura.

All'inizio dell'VIII Legislatura l'inerzia del Governo non impedì la presentazione di due distinte proposte di legge, che ripresero in maniera identica il testo del d.d.l. n. 1799 approvato dalla Camera dei Deputati¹⁸⁸. La discussione generale delle due proposte di legge ebbe inizio in Commissione Giustizia alla Camera (sedute del 17, 25 ottobre - 7, 15, 28 novembre - 5 dicembre 1979), ma s'interruppe per la nomina di un nuovo Comitato ristretto (seduta del 5 febbraio 1980) che rielaborasse la materia al fine di dettare i principi generali sostanziali delle sanzioni amministrative, praticamente assenti nel testo approvato dalla Camera dei Deputati al termine della legislatura precedente. Il Comitato ristretto approvò un nuovo testo, la cui novità era costituita dal Capo I, dedicato ai principi generali delle sanzioni amministrative¹⁸⁹. La Commissione Giustizia della Camera approvò il testo - in sede deliberante - il 18 dicembre 1980¹⁹⁰. Il 4 marzo 1981 iniziò l'esame presso la Commissione Giustizia del Senato della repubblica; esame che si concluse il 13 maggio 1981, nel quale il Capo I ricevette l'attuale sistemazione e si pensò d'introdurre un nuovo capo (Capo II) contenente la "ripenalizzazione" d'illeciti in precedenza depenalizzati. A seguito delle modifiche apportate dalla Commissione Giustizia del Senato (anch'essa in sede referente), il testo tornò all'esame della Commissione Giustizia della Camera per

¹⁸⁶ Relativi alla depenalizzazione di reati contenuti nella legislazione speciale (in *Notiziario C.S.M.*, 1977, n. 16, p. 14), alla depenalizzazione di reati previsti dal codice penale (in *Notiziario C.S.M.*, 1978, n. 6, p. 20), alle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (in *Notiziario C.S.M.*, 1978, n. 10, p. 5).

¹⁸⁷ Il testo approvato in via definitiva dalla Camera dei Deputati è pubblicato in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1979, p. 472.

¹⁸⁸ Proposta di legge n. 363, presentata il 17 luglio 1979, on. Spagnoli *et al.*; proposta di legge n. 441, presentata il 26 luglio 1979, on. Pennacchini (entrambe alla Camera dei Deputati).

¹⁸⁹ Il testo approvato dal Comitato ristretto è disponibile in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 1270.

¹⁹⁰ Il testo approvato dalla Commissione Giustizia della Camera è pubblicato in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 313, e in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1981, p. 674.

l'approvazione definitiva; tuttavia, in tale sede diverse furono le modifiche apportate (sedute del 22, 29 luglio - 10 settembre 1981). Il 4 novembre 1981, all'esito del quarto passaggio parlamentare, la Commissione Giustizia del Senato approvò definitivamente il testo della legge.

2.5. Le fattispecie depenalizzate. Estensioni ed esclusioni dall'ambito della depenalizzazione.

La Sezione III del Capo I della legge, rubricata "Depenalizzazione di delitti e contravvenzioni", pone in essere una depenalizzazione assai più incisiva delle leggi degli anni 1967 - 1975. Infatti, tutte le violazioni punite con la sola pena dell'ammenda (per i delitti) o della multa (per le contravvenzioni) vengono degradate ad illecito amministrativo consistente nel pagamento di una somma di denaro corrispondente alla misura della multa o dell'ammenda (artt. 32, I comma e 38, I comma). Si è adottato dunque, nel solco delle precedenti leggi di depenalizzazione, un criterio di tipo formale (riferimento al tipo di pena) nell'individuazione dei reati da degradare in illeciti amministrativi.

Eccezioni all'impiego di un criterio meramente formale si rinvengono nell'estensione della depenalizzazione ad alcune fattispecie contenute nel codice penale e nel settore delle esclusioni dall'ambito della depenalizzazione. Infatti il legislatore, oltre a depenalizzare - per la prima volta - alcune contravvenzioni contenute nel codice penale¹⁹¹, include nell'ambito della depenalizzazione diverse contravvenzioni punite alternativamente con la pena dell'arresto o dell'ammenda¹⁹², e in un caso¹⁹³ punite congiuntamente con arresto o ammenda. Numerose, d'altronde, anche le fattispecie escluse dall'intervento di depenalizzazione (artt. 32 e 34): oltre ai reati perseguibili a querela di parte e ai reati che, nelle ipotesi aggravate, siano puniti alternativamente o congiuntamente con la pena detentiva, risultano esclusi anche tutti i reati contenuti nel codice

¹⁹¹ Es. artt. 687, 693 e 694 c.p. (contravvenzioni punite con la sola ammenda).

¹⁹² Si v. art. 669 c.p., rubricato "Esercizio abusivo di mestieri girovaghi", depenalizzato in virtù dello scarso disvalore dei comportamenti da esso vietati.

¹⁹³ Si tratta dell'art. 32, l. 24 dicembre 1969, n. 990, in tema di circolazione su strada senza assicurazione, il cui disvalore ne ha impedito la trasformazione in illecito amministrativo.

penale (tranne alcune eccezioni) e tutte le fattispecie per le quali la sanzione amministrativa non viene considerata sufficientemente efficace e dissuasiva.

I molteplici casi di estensione ed esclusione poc'anzi esposti dimostrano l'utilizzo di un criterio di tipo sostanziale (valutazione dell'intrinseca gravità degli illeciti e della potenzialità generalpreventiva della sanzione amministrativa) in aggiunta ad un criterio strettamente formale¹⁹⁴.

Per concludere in merito all'ampio intervento di depenalizzazione contenuto nella legge n. 689 del 1981, si può affermare che, accanto alla generale considerazione della natura bagatellare dei reati puniti con la sola pena pecuniaria, sono presenti anche valutazioni di tipo sostanziale e materiale, le quali inducono il legislatore a depenalizzare illeciti che altrimenti non sarebbero stati compresi nell'ambito dell'intervento ablativo (a causa, ad esempio, della loro collocazione sistematica), oppure che impediscono la degradazione ad illecito amministrativo di determinate fattispecie, che reclamano l'intervento della sanzione penale per reprimere i comportamenti da esse vietati¹⁹⁵.

2.6. La disciplina organica dell'illecito amministrativo depenalizzato e della sanzione amministrativa.

La novità più rilevante della legge in commento è costituita dall'introduzione di una disciplina completa e unitaria, sul piano sia sostanziale che procedimentale, applicabile, salvo diversa disposizione (art. 12), a tutte le violazioni (sia depenalizzate che amministrative *ab origine*) per le quali sia prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro. All'interno di tale disciplina è possibile inquadrare sia le fattispecie d'illecito amministrativo già presenti nell'ordinamento, che le successive ipotesi introdotte ad opera del legislatore statale e regionale. Lo stesso articolo 12 esclude dall'ambito di operatività della legge le violazioni disciplinari, a ragione della scarsa compatibilità delle caratteristiche proprie del rapporto di subordinazione (tipico

¹⁹⁴ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 734; PITTARO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 3;

¹⁹⁵ PITTARO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 3.

del potere di supremazia speciale riconosciuto in capo agli organi della Pubblica Amministrazione) con i principi espressi dalla legge n. 689 del 1981¹⁹⁶.

2.7. Le finalità dell'illecito amministrativo nella legge n. 689 del 1981, tra modello civilistico-risarcitorio e modello penalistico-punitivo.

Tramite l'analisi dell'addentellato normativo è possibile risalire all'essenza stessa dell'illecito amministrativo, e comprendere le motivazioni che spingono a identificare il sistema dell'illecito amministrativo come un modello di tipo para-penale¹⁹⁷. In proposito, l'analisi dei lavori preparatori della legge del 1981 può risultare particolarmente proficua per comprendere le finalità assegnate dal legislatore alla sanzione amministrativa¹⁹⁸.

Dall'iter di elaborazione della legge n. 689 emerge una variazione del modello al quale la disciplina generale dell'illecito amministrativo pare conformarsi. In un primo momento, infatti, l'impianto generale della legge tradiva l'idea di un illecito amministrativo estremamente simile al modello dell'illecito di natura civilistica¹⁹⁹. Ciò era confermato dalla disciplina dell'imputabilità (divergente da quella del codice penale); dalla determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria (agganciata al solo parametro oggettivo della gravità del reato). L'eterogeneità teleologica delle sanzioni penali e di quelle amministrative veniva

¹⁹⁶ Cfr. LAMBERTUCCI, *sub art. 12*, in PALAZZO - PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, pp. 718-720. Originariamente l'articolo 39, l. n. 689 del 1981, escludeva anche il settore finanziario, ma l'art. 29, D.Lgs. n. 472/1997, ha eliminato ogni riferimento alla l. 7 gennaio 1929, n. 4, per quanto riguarda la disciplina delle sanzioni amministrative tributarie. Si ritiene, dunque, che anche queste ultime trovino la loro regolamentazione generale nella legge del 1981.

¹⁹⁷ Si v. *amplius* BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta <<reale>> nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982, 3, p. 364.

¹⁹⁸ Sotto questo specifico punto di vista, la significatività dei lavori preparatori emerge chiaramente dalla versione unificata del 1980, nella quale gli unici criteri per la commisurazione della pena erano costituiti dalla gravità oggettiva della violazione e dall'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze. La presenza di soli indici di natura oggettivo - materiale rendeva incontestabile il fatto che le finalità perseguite dalla sanzione amministrativa così impostata fossero di chiara matrice ripristinatoria - risarcitoria; d'altronde, l'assenza di criteri di tipo soggettivo - personalistico nella disciplina della commisurazione avrebbe avvicinato la risposta sanzionatoria amministrativa alla responsabilità di tipo civilistico, con la conseguenza che il danno - e non le finalità di prevenzione - avrebbe rappresentato la "pietra angolare" dell'illecito amministrativo.

¹⁹⁹ BRICOLA, *La depenalizzazione*, cit., p. 364.

confermata dalla disciplina del concorso di norme (imperniata sul cumulo giuridico di sanzioni, anziché - come nella versione definitiva della legge - sul concorso apparente di norme).

Nella stesura definitiva della legge, il modello accolto appare di stampo marcatamente penalistico. A conferma di ciò è possibile addurre molteplici indici sistematici rivelatori della *voluntas legis*.

In primo luogo, la disciplina della commisurazione della sanzione amministrativa (art. 11) sembra di chiara matrice penalistica. Infatti, come nel codice Rocco (art. 133 c.p.), il legislatore non ha espressamente indicato all'autorità competente nell'irrogare la sanzione quali siano le finalità della sanzione amministrativa; a queste si può giungere, però, tramite l'analisi dei criteri fattuali di commisurazione di cui il giudicante dovrà servirsi nel comminare la sanzione amministrativa.

L'articolo 11, nella sua formulazione definitiva, fissa come criteri da utilizzare per la concreta determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria (e delle sanzioni accessorie facoltative) non più criteri di natura strettamente oggettiva, ma altresì indici riguardanti la personalità dell'agente e le sue condizioni economiche (aventi carattere, questi ultimi, marcatamente soggettivo). Si assiste, dunque, a una netta presa di distanza da criteri implicanti un teleologismo di natura compensatoria e risarcitoria, a favore di criteri di tipo punitivo più vicini a quelli penalistici. In particolare, il criterio delle condizioni economiche dell'agente, previsto dall'articolo 11 ai fini della commisurazione della pena in senso stretto e teso ad adattare la risposta sanzionatoria allo *status* economico del colpevole, consente alla sanzione amministrativa di assolvere sia alla funzione di prevenzione generale (come deterrente nei confronti della collettività) che a quella di prevenzione speciale (per evitare che condizioni economiche favorevoli facilitino la commissione di violazioni, con conseguente insensibilità, da parte dell'agente, nei confronti della sanzione comminata)²⁰⁰. In conclusione, la disciplina della commisurazione della sanzione amministrativa rende quest'ultima

²⁰⁰ PALIERO, *La legge 689 del 1981*, cit., p. 121.

estremamente simile alla sanzione penale, specialmente se si guarda agli scopi di prevenzione generale e speciale perseguiti²⁰¹.

Sotto il profilo dei principi generalissimi - individuabili nel regime delle fonti, dell'efficacia della legge nel tempo e dell'interpretazione (art. 1, I e II comma) - si registrano sensibili similitudini con la disciplina dettata dal codice penale²⁰².

È possibile anticipare che, nell'impianto generale della legge introduttiva del sistema del diritto penale - amministrativo, la sanzione amministrativa ha natura afflittiva, è orientata alla prevenzione generale e speciale ed è collegata alla riprovevolezza del fatto illecito²⁰³. La sanzione amministrativa tutela interessi dell'intera collettività, non delle singole amministrazioni procedenti. Il carattere afflittivo del nuovo *genus* sanzionatorio tende a dissuadere i consociati dalla commissione d'illeciti futuri, non a ripristinare un interesse leso appartenente alla Pubblica Amministrazione. In questo modo, si è dato vita a un sottosistema finalizzato, come il diritto penale, alla protezione di beni giuridici meritevoli di tutela, ma che tuttavia si discosta dal sistema del penalistico sotto il profilo quantitativo, nel senso che l'illecito amministrativo qui configurato punisce condotte non immediatamente lesive di beni giuridici, ma comportamenti ritenuti prodromici a forme di aggressione verso interessi ritenuti particolarmente

²⁰¹ BRICOLA, in *La depenalizzazione*, cit., pp. 365 - 367, esprime una forte critica nei confronti della legge n. 689 del 1981, nella parte in cui sembra voler assimilare, dal punto di vista teleologico, lo strumento della sanzione amministrativa a quello della sanzione penale: secondo l'illustre A. il riferimento al modello penalistico non è stato totale, con la presenza di lacune e mancanze normative. Infatti "non si è adottato, per la sanzione amministrativa pecuniaria, il pagamento rateale; né è stato previsto il potere di aumentare la sanzione pecuniaria fino al triplo o di diminuirla fino al terzo quando, per le condizioni economiche dell'autore, la misura massima appaia inefficace, ovvero la misura minima appaia eccessivamente gravosa".

²⁰² Si fa riferimento agli articoli 2, 3 e 9 della legge n. 689 del 1981 (che saranno oggetto di trattazione approfondita *infra*, Cap. II, Sez. II, Par. 3). L'articolo 9 - norma fondamentale e cardine della complessiva regolamentazione dei rapporti tra le due specie di illecito - nel dettare la disciplina del concorso apparente di norme penali e amministrative conferma che la sanzione penale e la sanzione amministrativa, pur essendo diverse ontologicamente, ossia dal punto di vista strutturale (anche se la disciplina dell'illecito amministrativo, come si è visto, è largamente ricalcata sul modello penalistico), sono funzionalmente e teleologicamente identiche: ragionando *a contrario*, se le sanzioni in esame avessero scopi - seppur parzialmente - divergenti, dovrebbero trovare applicazione entrambe le sanzioni (si pensi al caso delle sanzioni disciplinari, il cui cumulo con le sanzioni penali è consentito dall'articolo 12 l. 689 del 1981, che esclude le sanzioni disciplinari dall'ambito applicativo degli artt. 1-12 della legge stessa, a ragione della diversità di funzioni svolte dai due tipi di sanzione). La risoluzione del concorso apparente di norme avviene, invece, seguendo un criterio tipicamente intrasistematico, qual è il principio di specialità, ad ulteriore dimostrazione dell'omogeneità funzionale delle due sanzioni.

²⁰³ PALIERO, *La legge 689 del 1981*, cit., p. 123.

rilevanti²⁰⁴. La caratteristica propria del sottosistema penale-amministrativo consiste, dunque, nel suo agire come forma di tutela anticipata di beni giuridici classici che punisce non comportamenti immediatamente lesivi dei beni giuridici, bensì situazioni di pericolo presunto per beni giuridici di elevato valore (e.g. punibilità, nell'ambito della circolazione stradale, del sorpasso in curva in quanto comportamento che mette in pericolo il bene incolumità fisica).

Questa considerazione, se si guarda all'utilizzo della sanzione amministrativa da parte del legislatore fino alla depenalizzazione del 1999 - 2000, corrisponde certamente a verità. Come diremo, le conclusioni mutano se si analizza il nuovo campo d'azione riservato all'illecito amministrativo nei primi anni del nuovo millennio: si può ben notare la tendenza, emersa in special modo nel diritto penale dell'economia, a sanzionare comportamenti lesivi di nuovi beni giuridici (quali la stabilità del mercato finanziario, l'affidamento dei soggetti economici operanti sui mercati mobiliari, ecc.) mediante sanzioni *ab origine* amministrative, dotate di una carica repressiva particolarmente elevata. Non solo: oltre a questo snaturamento nell'utilizzo dell'illecito amministrativo - quantomeno rispetto alle opzioni legislative iniziali - si noterà come nella disciplina normativa degli stessi settori lo strumento sanzionatorio amministrativo a volte si cumuli con la pena criminale, determinando un'inaccettabile duplicazione sanzionatoria.

²⁰⁴ PALIERO, *La legge 689 del 1981*, cit., pp. 122-123. Seguendo il ragionamento teorico di quest'ultimo A., l'illecito penale-amministrativo, pur condividendo con il sistema sanzionatorio criminale più di una caratteristica, sarebbe collocabile in posizione intermedia tra l'illecito civile e l'illecito penale. A conclusioni parzialmente differenti giunge altra parte della dottrina (si v. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, p. 150) secondo cui l'illecito amministrativo configurato ex l. n. 689 del 1981 entrerebbe a far parte della categoria dogmatica del cd. illecito di diritto pubblico, ricomprendente al suo interno sia l'illecito penale che l'illecito amministrativo (nelle sue diverse forme); una categoria che si contrapporrebbe, dunque, all'illecito civile. Cfr. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna, 2014, p. 907.

3. Commento ai “Principi generali” dell’illecito amministrativo (articoli 1 - 12, l. 24 novembre 1981, n. 689).

3.1. Introduzione.

La legge 24 novembre 1981, n. 689, di “Modifiche al sistema penale”, dedica il Capo I alle sanzioni amministrative. Il Capo si suddivide, a sua volta, in quattro Sezioni (Capo I, Principi generali; Capo II, Applicazione; Capo III, Depenalizzazione; Capo IV, Disposizioni transitorie e finali).

In questa sede ci si occuperà della Sezione I (artt. 1-12) dedicata ai principi generali che sovrintendono alla disciplina sostanziale e procedimentale del nuovo illecito amministrativo. In seguito, si darà brevemente conto del regime processuale-procedimentale del nuovo illecito, disciplinato nella Sezione II (artt. 13 - 31). Delle novità in materia di depenalizzazione (Sezione III, artt. 32 - 39) si è già detto nei capitoli precedenti. Infine, un cenno verrà rivolto ai problemi di diritto intertemporale causati dalla disciplina transitoria predisposta dal legislatore (Sezione IV, art. 40).

Un primo gruppo di principi (art. 2, capacità d’intendere e di volere; art. 3, elemento soggettivo; art. 4, cause di esclusione della responsabilità; art. 5, concorso di persone; art. 6, solidarietà; art. 8, concorso formale d’illeciti amministrativi) riguarda la valutazione, compiuta dall’ordinamento, della condotta tenuta dal soggetto agente. Il secondo gruppo si riferisce, invece, all’applicazione della sanzione (art. 7, intrasmissibilità dell’obbligazione; art. 9, principio di specialità; art. 10, limiti quantitativi; art. 11, criteri di determinazione della sanzione).

I gruppi di disposizioni s’ispirano entrambi a criteri di tipo penalistico (basti pensare alla commisurazione dell’entità della sanzione alla personalità del suo autore, e alla forte impronta penalistica dei principi in tema di imputabilità ed elemento soggettivo): pertanto, non può condividersi l’affermazione di quella

parte della dottrina²⁰⁵ che distingue tra principi riguardanti l'applicazione della sanzione amministrativa (di carattere civilistico) e condotta violatrice del precetto posto a base della sanzione (interpretata secondo criteri penalistici)²⁰⁶.

3.2. Il principio di legalità.

3.2.1. La riserva di legge.

L'art. 1 della legge n. 689 del 1981 sancisce il principio di legalità nell'ambito del diritto sanzionatorio amministrativo²⁰⁷. La formulazione del primo comma di tale articolo riprende in maniera pedissequa - parafrasandolo - l'art. 25, II comma, della Costituzione; disposizione, quest'ultima, applicabile alle sole sanzioni penali²⁰⁸.

Il principio di legalità formulato nell'articolo 1 ha come suoi corollari il principio di riserva di legge (I comma), il principio d'irretroattività della norma sanzionatoria (I comma), il divieto di analogia (II comma). Possono dirsi codificati, dunque, tutti i sotto-principi che la dottrina penalistica fa discendere dal principio *nullum crimen, nulla poena, sine proevia lege penali*: riserva di legge, irretroattività e divieto d'analogia.

Come si diceva, l'articolo 1 riproduce senza significative variazioni la *littera legis* dell'art. 25, II comma, Cost. (tranne che per un rafforzamento del principio di analogia, ricavabile in via interpretativa dal testo della disposizione costituzionale). Seguendo, infatti, le indicazioni provenienti da autorevole dottrina²⁰⁹, il legislatore ha trasfuso in una disposizione di rango ordinario le

²⁰⁵ CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, a cura del Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Roma, 1979, p. 132.

²⁰⁶ VIGNERI, *Commento alla legge 24 novembre 1981, n. 689. I: Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1982, p. 1113.

²⁰⁷ “1. Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione.

2. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati”.

²⁰⁸ Sul fondamento costituzionale della potestà sanzionatoria amministrativa, si v. il Cap. V.

²⁰⁹ BRICOLA, *sub art. 25*, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, p...

cospicue garanzie previste, a livello costituzionale, per l'illecito penale. La giurisprudenza costituzionale degli anni immediatamente precedenti l'entrata in vigore della legge n. 689 era univoca nell'affermare la non applicabilità dell'art. 25, II comma, Cost. all'illecito amministrativo²¹⁰. Se dal punto di vista del contenuto, l'articolo 1 recepisce *in toto* le istanze garantistiche nella costruzione del nuovo sistema dell'illecito amministrativo (ampliando, anzi, il novero delle garanzie rispetto al testo costituzionale), dal punto di vista dell'efficacia di tali garanzie non si può non considerare la diversa (e inferiore) valenza delle due disposizioni, avendo la legge n. 689 pur sempre rango di norma ordinaria. Dunque una *lex posterior* che, derogando o abrogando l'articolo in commento, rendesse possibile l'introduzione di sanzioni amministrative ad opera di norme secondarie, sarebbe del tutto legittima, non assumendo il principio di legalità espresso nell'articolo 1 della l. n. 689 rango costituzionale²¹¹.

3.2.2. Il principio d'irretroattività.

L'articolo sancisce, inoltre, il principio d'irretroattività delle norme che prevedono sanzioni amministrative; principio rivolto - com'è noto - ad aumentare il grado di conoscibilità dei comportamenti illeciti da parte del cittadino. Tuttavia, se il principio espresso nell'art. 1, comma I, l. n. 689 del 1981 è riconducibile al divieto di nuova incriminazione contenuto nell'art. 2, I comma, c.p., ivi non trova espressa enunciazione il diverso principio della retroattività della legge più favorevole al reo, (art. 2, II e IV comma, c.p.). L'applicazione, anche nella materia *de qua*, del principio di retroattività *in mitius* (che, com'è noto, s'ispira non ad un'esigenza di calcolabilità dei comportamenti, bensì a ragioni di eguaglianza-

²¹⁰ Corte Cost., sentenze nn. 26 del 1966 e 78 del 1967.

²¹¹ A conferma di ciò, si v. Cass., n. 530955 del 1999, la quale afferma che "in tema di sanzioni amministrative il principio di legalità fissato dall'art. 1 della l. 24 novembre 1981 n. 689 si concreta in un regime di riserva *assoluta* di legge, ma l'efficacia di tale riserva - a differenza della riserva di legge assoluta prevista con riguardo all'illecito penale direttamente dall'art. 25 Cost. - non è di rango costituzionale (in quanto la materia delle sanzioni amministrative sul piano costituzionale è riconducibile all'art. 23 della Costituzione, che stabilisce solo una riserva di legge di natura *relativa*), bensì opera sul piano della forza di legge ordinaria, con l'effetto che senza una legge che deroghi al suddetto art. 1 non è possibile l'introduzione di sanzioni amministrative mediante fonti secondarie, mentre questa possibilità ben può essere ammessa da una legge ordinaria, che la preveda in via generale o per singoli settori" (corsivi aggiunti).

ragionevolezza) è stata ritenuta, da parte della dottrina, inapplicabile all'illecito amministrativo, stante la trasposizione, nell'art. 1 della legge n. 689, del contenuto precettivo dell'art. 25, II comma, Cost., il quale non include anche il principio di retroattività della *lex mitior*. Altri autori ritengono, al contrario, che il principio del *favor rei* sia naturalmente insito nell'esercizio della potestà sanzionatoria (e dunque, anche di quella amministrativa). D'altronde, in ordine all'impossibilità di accogliere siffatto principio, all'interno del sistema sanzionatorio amministrativo, militano un duplice ordine di ragioni. *In primis*, seguendo un'interpretazione sistematica, la sovrapponibilità delle due disposizioni (costituzionale e legislativa) porta ad escludere che nella sfera degli illeciti amministrativi possa trovare spazio il principio della retroattività *in mitius*. In secondo luogo, un'interpretazione letterale (unita ad un'analisi della genesi della legge di riforma del 1981) conduce ad affermare che il legislatore storico - che pure ha ampiamente attinto ai principi penalistici nella costruzione del nuovo sistema dell'illecito amministrativo - abbia voluto lasciare fuori dalla nuova disciplina il principio contenuto nell'art. 2, II e IV comma, c.p. Ad ulteriore conferma di ciò, basta guardare all'art. 40 della legge n. 689: tale articolo (collocato nelle disposizioni transitorie, dunque ben lontano dai principi generali) esprime una deroga al principio d'irretroattività degli illeciti depenalizzati (sebbene l'effetto finale sia *contra reum*, e non in suo favore). Proprio il carattere retroattivo di tale norma (dedicata al solo illecito risultante da depenalizzazione) ha indotto il legislatore a relegarla al termine del Capo I, per rimarcare il suo carattere derogatorio ed eccezionale rispetto al principio d'irretroattività stabilito nell'art. 1. In definitiva, pur in presenza di un orientamento legislativo favorevole all'applicabilità della retroattività *in mitius* nell'ambito delle sanzioni amministrative tributarie (art. 3 D. Lgs. 472/1997), può oggi dirsi affermato il principio d'irretroattività della legge sanzionatoria amministrativa, anche nel caso in cui tale legge sia più favorevole per l'autore della violazione. Si applicherà, pertanto, la legge vigente al momento della violazione dell'illecito amministrativo.

3.2.3. Il divieto di analogia e il principio di determinatezza.

Il divieto di analogia, al pari dei principi di riserva di legge e d'irretroattività, risponde ad una *ratio* di garanzia del cittadino. Mentre la riserva di legge tutela il cittadino verso gli arbitri del potere esecutivo e l'irretroattività contro quelli del potere legislativo, il divieto di analogia si rivolge al giudice, affinché applichi la disposizione solo nei casi espressamente previsti dalla fattispecie. Il divieto di analogia, nel campo dell'illecito amministrativo, viene dal legislatore espressamente enunciato nel secondo comma dell'art. 1, l. n. 689 del 1981. Tale ultima disposizione ricalca in maniera evidente l'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale (cd. Preleggi). In ambito penalistico, il divieto di analogia non è esplicitamente contenuto nell'art. 25, II comma, Cost., pur se lo si ritiene generalmente da tale norma desumibile. In ogni caso, la forte impronta penalistica del secondo comma dell'art. 1, l. n. 689 del 1981, induce a ritenere applicabili al diritto sanzionatorio amministrativo le elaborazioni teoriche e concettuali della scienza penalistica in materia di analogia: dunque, esclusa l'ammissibilità dell'analogia *in malam partem*, è da ammettere quella *in bonam partem*. Lo stesso dicasi per il principio di determinatezza, secondo cui devono essere oggetto d'incriminazione solo comportamenti suscettibili di essere provati in sede processuale. D'altronde, sono esclusi dall'ambito di applicazione della legge gli illeciti notoriamente meno ispirati al principio di legalità e, di conseguenza, al canone della determinatezza, ovverosia gli illeciti disciplinari. Infatti, proprio la determinatezza potrà difficilmente permeare tale tipologia d'illeciti: ciò, non solo a causa del carattere etico-deontologico di tale tipo d'illeciti, ma anche per l'elevata discrezionalità che il rapporto di supremazia speciale impone a questo tipo d'illeciti. In definitiva sia il divieto di analogia, sia il principio di determinatezza, vanno considerati come pienamente applicabili all'illecito amministrativo.

Come rilevato, il legislatore del 1981, nell'organizzare in maniera sistematica i principi generali dell'illecito amministrativo, ha modellato - in maniera quasi pedissequa - tale disciplina sul corrispondente principio di legalità di derivazione

penalistica, contenuto sia nell'articolo 25, II comma Cost., sia nel codice penale. La chiarezza sistematica sul piano delle fonti dell'illecito, insieme al notevole aumento delle garanzie nella materia oggetto di riforma, evidenzia il carattere marcatamente afflittivo della sanzione amministrativa, tale da incidere sui diritti del singolo (pur se non sulla libertà personale). Proprio la *ratio* garantistica perseguita dal legislatore mediante l'adozione dei principi penalistici rafforza le finalità specialpreventive della sanzione amministrativa: infatti, così come accade per l'illecito penale, la conoscibilità da parte del singolo dei comportamenti vietati sotto minaccia della sanzione è alla base della scelta, compiuta dal soggetto, tra più comportamenti astrattamente possibili. Scelta che deve essere consapevole, per poter poi muovere un rimprovero, all'autore della violazione, in sede d'irrogazione della sanzione.

3.3. La disciplina dell'imputabilità.

L'articolo 2 della legge n. 689 del 1981 contiene la disciplina relativa all'imputabilità del soggetto che ponga in essere una condotta qualificabile come illecito amministrativo. Può essere destinatario di una sanzione amministrativa solo il soggetto che abbia compiuto i diciotto anni e che sia, congiuntamente, capace d'intendere e di volere. Dunque, nell'ambito dell'illecito amministrativo la colpevolezza (al pari di quanto avviene nel diritto penale) presuppone l'imputabilità, consistente nella capacità del soggetto agente di comprendere il significato sociale dei propri comportamenti (capacità d'intendere) e nella capacità del soggetto di autodeterminarsi in modo coerente (capacità di volere). Per accertare la capacità d'intendere e di volere, l'art. 2 opera un espresso riferimento ai criteri indicati nel codice penale (artt. 85-96 c.p.). A differenza di quanto previsto dal codice Rocco, tuttavia, l'imputabilità è esclusa del tutto al di sotto della soglia dei diciotto anni; pertanto, non è prevista la disciplina applicabile ai maggiori di anni quattordici, ma minori degli anni diciotto i quali, per quanto riguarda l'illecito amministrativo, sono sempre considerati inimputabili. In generale, le cause che escludono l'imputabilità del soggetto (ubriachezza,

sordomutismo, vizio di mente, sostanze stupefacenti) rilevano solo in quanto escludenti totalmente la capacità d'intendere e di volere; non rileva, dunque, il cd. vizio parziale di mente, che assumerà importanza solo in sede di commisurazione della sanzione (sotto il profilo della capacità a delinquere del soggetto agente). Pur essendo evidentemente ispirata a principi penalistici, la legge n. 689 non prevede un aggravamento di pena nel caso di ubriachezza o assunzione di sostanze stupefacenti volontarie, preordinate o colpose, ovvero di ubriachezza abituale o cronica intossicazione da sostanze stupefacenti (cfr. artt. 92-96 c.p.). Il secondo comma dell'articolo 2 della legge n. 689 prevede un'ipotesi di *culpa in vigilando*, nel caso di omessa o insufficiente sorveglianza su persona incapace. La responsabilità del soggetto tenuto alla sorveglianza nei confronti dell'incapace è di chiara matrice civilistica (cfr. art. 2047 c.c.) e costituisce un caso d'inversione dell'*onus probandi*, in quanto dovrà essere il sorvegliante a dimostrare di "non aver potuto impedire il fatto". L'ipotesi in esame, costituendo appunto un esempio di *culpa in vigilando*, non è propriamente un caso di responsabilità per fatto altrui, bensì di responsabilità per fatto proprio. Tuttavia, per evitare la sussistenza di facili zone d'impunità per coloro i quali (genitori, maestri d'arte, tutori, precettori) siano titolari dell'obbligo di vigilare e sorvegliare il minore, la Suprema Corte ha stabilito che, sul piano probatorio, incombe alla Pubblica Amministrazione sanzionante solo l'obbligo di provare i fatti posti a fondamento dell'obbligo di vigilanza e la commissione dell'illecito da parte del minore, residuando in capo al sorvegliante l'onere di dimostrare di aver posto in essere tutti gli accorgimenti necessari per evitare la commissione dell'illecito; in particolare, dovrà essere dimostrato che "il genitore (...) [ha] impartito al minore un'educazione conforme alle sue condizioni familiari e sociali e [ha] esercitato una sorveglianza adeguata all'età, al carattere e all'indole del minore stesso"²¹². Si tratta, in conclusione, di un'interpretazione atta a responsabilizzare i soggetti tenuti a vigilare sul comportamento dei minori e dei soggetti inimputabili, secondo uno schema di *culpa in re ipsa* (nel senso che la stessa commissione dell'illecito da parte del minore evidenzierà l'inidoneità dell'opera di sorveglianza svolto dal soggetto a ciò preposto).

²¹² Cass., n. 486745 del 1994 in PALAZZO - PALIERO, *Commentario*, cit., 685.

In definitiva, la disciplina della capacità d'intendere e di volere²¹³ contenuta nell'articolo 2 dimostra la chiara genesi penalistica della disposizione in commento. Trova così applicazione, anche nell'ambito dell'illecito amministrativo, il principio penalistico in base al quale la colpevolezza del reo sussiste solo se il medesimo sia capace d'intendere e di volere, ovvero sia imputabile. L'unico residuo dell'originario impianto civilistico della legge è rinvenibile al comma secondo del medesimo articolo, che disciplina un'ipotesi di *culpa in vigilando* nel caso dell'omessa sorveglianza sull'incapace, al di fuori dei casi d'incapacità preordinata o colposa. Tuttavia, non può sottacersi il fatto che, nel procedimento volto all'irrogazione della sanzione amministrativa, l'accertamento concreto della capacità d'intendere e di volere da parte dell'autorità amministrativa non avrà la medesima importanza di cui è dotato nell'ambito del processo penale, vuoi per la natura bagatellare dell'illecito, vuoi per la maggiore facilità d'accertamento legata all'assenza del vizio parziale di mente.

3.4. L'elemento soggettivo nell'illecito amministrativo.

L'articolo 3 della legge n. 689 del 1981²¹⁴ contiene la disciplina dell'elemento soggettivo ai fini dell'attribuzione della responsabilità per l'illecito amministrativo. Antecedentemente alla legge in commento, la disciplina in questione risultava frammentaria e disorganica²¹⁵.

²¹³ Incluso l'accoglimento del medesimo criterio stabilito dal codice penale in relazione alla punibilità del soggetto che colposamente o preordinatamente si sia posto in stato d'incapacità d'intendere e di volere.

²¹⁴ “1. Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. 2. Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa”.

²¹⁵ Per gli illeciti depenalizzati prima del 1981 si riteneva fosse sufficiente, ad esempio, la presenza della sola colpa (estendendo a tali illeciti, pertanto, la disciplina valida per l'illecito contravvenzionale. Per le sanzioni *ab origine* amministrative si riteneva che la mera coscienza e volontà della condotta (cd. *suitas*) fosse l'unico requisito decisivo per l'ascrizione della responsabilità (cfr. Cons. St., 8 marzo 1972, n. 222: “non è necessaria la ricerca del dolo o della colpa per le sanzioni amministrative, in quanto è sufficiente la volontarietà dell'azione”). Nell'elaborazione dottrinale, si v. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Napoli, 1924, pp. 137 ss.

Nel regolamentare la materia della responsabilità da illecito amministrativo il legislatore del 1981 ha, nei fatti, sostanzialmente modellato tale disciplina su quanto prevede il codice Rocco in merito all'elemento soggettivo nelle contravvenzioni. L'art. 42, IV comma, c.p. recita infatti: "Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa".

Il primo comma dell'articolo 3 esclude la rilevanza dei comportamenti non dominabili dal soggetto agente, precisando che l'azione o l'omissione da cui scaturisce la responsabilità per l'illecito amministrativo debba essere cosciente e volontaria. La risalente teoria della mera volontarietà dell'azione (propugnata, come si è visto, dallo Zanolini) viene definitivamente accantonata: nel nuovo sistema dell'illecito amministrativo, si richiede - per l'ascrizione della responsabilità da illecito amministrativo - la sussistenza quantomeno dell'elemento colposo. In sostanza, come per le contravvenzioni, anche l'illecito amministrativo deve essere colpevole, per poter essere attribuito all'agente; la condotta colposa è necessaria e sufficiente (non si richiede, necessariamente, la presenza del dolo).

La regola per cui la condotta - oltre che attribuibile al soggetto agente - debba anche essere colpevole, è ricavabile anche dalla disciplina dell'*error facti* di cui al secondo comma dell'articolo in esame²¹⁶.

3.4.1. L'accertamento della responsabilità.

Nella vigenza delle disposizioni precedenti alla legge del 1981, la disciplina dell'accertamento e della ripartizione dell'onere della prova tra soggetto incolpato e organo irrogante la sanzione, era alquanto intricata e poco chiara. Ad alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità che optavano per l'applicazione dei medesimi principi validi per il processo penale²¹⁷, si contrapponevano sentenze in cui si affermava la sussistenza, nell'ambito dell'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo, di una sorta di presunzione di colpa, simile

²¹⁶ PALIERO, *La legge 689*, cit., p. 143.

²¹⁷ Si v. Cass., rv. 139103/1978.

a quanto avveniva all'epoca nel settore dell'illecito penale contravvenzionale, e implicante l'onere - a carico del soggetto incolpato - di dimostrare che l'azione posta in essere, seppur cosciente e volontaria, non fosse anche colposa²¹⁸.

Nel modello delineato nella legge n. 689 del 1981 viene definitivamente abbandonata ogni possibile retaggio presuntivo in ordine all'ascrizione della responsabilità. Ciò è desumibile non solo dalla manifesta incompatibilità che avrebbe comportato tale soluzione con numerosi principi costituzionali (artt. 24, I comma, 27, I e III comma e 111 Cost.), ma soprattutto da diversi referenti normativi espliciti, contenuti all'interno della medesima legge. Infatti, quando il legislatore ha voluto invertire, totalmente o parzialmente, l'onere di provare la sussistenza dell'elemento soggettivo colposo (nel senso che ciò sarebbe stato a carico dell'agente), l'ha espressamente stabilito (come nel caso di *culpa in vigilando* di cui all'articolo 2, II comma, o alla responsabilità solidale ex art. 6, I e II comma). Tali eccezioni al principio dell'onere della prova confermano, appunto, che la regola fatta propria dal legislatore e trasfusa nella legge n. 689 è quella che il dolo e la colpa debbano essere concretamente accertati e provati dall'organo procedente (*id est*, la Pubblica Amministrazione)²¹⁹. Dunque, vale anche in quest'ambito la presunzione di non colpevolezza, e non invece l'opposta presunzione di colpevolezza. Tuttavia, a fronte di un indirizzo dottrinale che esclude ogni tipo di presunzione di colpa nell'ambito della disciplina dell'elemento soggettivo nell'illecito amministrativo²²⁰, la giurisprudenza continua ad avere un atteggiamento più orientato verso esigenze generalpreventive, scarsamente garantista verso il singolo²²¹.

²¹⁸ Si v. Cass., 12105/1969.

²¹⁹ LAMBERTUCCI, *sub art. 3*, in PALAZZO - PALIERO, *Commentario*, cit., p. 686. In argomento, si v. anche VIGNERI, *Commento*, cit., p. 1114; PALIERO, *La legge 689*, cit., pp. 143-144, il quale sottolinea (a proposito del procedimento davanti al pretore relativo all'impugnazione dell'ordinanza-ingiunzione) che "nell'ambito di un procedimento che resta pur sempre civile, per il fondamentale profilo di accertamento della responsabilità, ci si stacca, per un verso, dal principio dispositivo proprio delle procedure civilistiche (art. 23, VI comma) e s'impone, d'altro verso, al giudice di opposizione - e quindi, *a fortiori*, alla P.A. irrogante - un accertamento di responsabilità anche sotto il profilo della colpevolezza parallelo a quello tipico del processo penale (art. 23, XII comma)".

²²⁰ Si vedano gli autori citati alla nt. precedente.

²²¹ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 494184 del 1995, hanno sancito la sussistenza di una sorta di *presunzione di colpa* nell'ambito sanzionatorio amministrativo, affermando che "per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, sia essa dolosa o colposa, (...) senza che occorra la

3.4.2. La disciplina dell'errore

Il secondo comma dell'articolo 3 ribadisce quanto previsto dall'art. 47, I comma, c.p., in relazione all'errore di fatto sul fatto: l'errore sul fatto non determinato da colpa esclude la responsabilità dell'agente. Il legislatore ha omesso d'includere, nell'articolo in esame, la scusabilità dell'errore sul fatto causato dall'erronea conoscenza di norma extrapenale (art. 47, III comma, c.p.): tuttavia, tale ipotesi può considerarsi ricompresa nell'art. 3, II comma, l. n. 689 del 1981²²². Per assumere rilevanza, l'errore del soggetto dovrà ricadere su un elemento materiale o su una qualificazione giuridica inserita dal legislatore nella fattispecie descrittiva astratta dell'illecito²²³.

Per quanto riguarda la disciplina dell'*error iuris*, in assenza di una qualsiasi indicazione normativa, va rilevato che - dopo la storica sentenza della Corte Costituzionale, n. 364 del 1988 - la giurisprudenza della Cassazione ha assegnato un'indubbia portata espansiva ai principi espressi in tale pronuncia. Rispetto al settore dell'illecito amministrativo non si può escludere la rilevanza che la disciplina contenuta nell'art. 5 c.p. (così come modificato dagli interventi della Consulta) spiega nell'ambito del sistema dell'illecito amministrativo. In proposito, si rileva l'atteggiamento della Suprema Corte di Cassazione, la quale ha costantemente affermato l'applicabilità dell'art. 5 c.p. - così come modificato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988 - anche nell'ambito dell'illecito amministrativo. Dai lavori preparatori della legge emerge, peraltro, l'intenzione del legislatore di attribuire rilevanza all'errore sul precetto, pur in assenza di un'esplicita presa di posizione normativa, attraverso il principio della buona fede nelle contravvenzioni. Tale principio, avente origine giurisprudenziale (e che sarà alla base della sentenza n. 364 del 1988), implica l'esclusione dell'elemento soggettivo per l'agente che si trovi nella ragionevole credenza di

concreta dimostrazione del dolo o della colpa, nel senso che dalla norma si desume altresì una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che l'abbia commesso, *incombendo a questi l'onere di provare di avere agito senza colpa*" (corsivi aggiunti; cfr., tra le altre, Cass., 523120/1999 e Cass., 533047/2000)

²²² VIGNERI, *Commento*, cit., p. 1114. Nell'art. 3, l. cit., manca anche la previsione della punibilità dell'agente quando, a seguito dell'errore colposo, l'agente stesso commette un fatto punibile a titolo di colpa (nell'ambito dell'illecito amministrativo tutti gli illeciti sono ascrivibili a titolo di colpa).

²²³ LAMBERTUCCI, *sub art. 3*, cit., p. 688.

compiere un fatto lecito in base ad un'erronea valutazione giuridica della liceità del fatto commesso. Se, nel settore dell'illecito amministrativo, si è accolto il medesimo principio - espresso nel codice penale - valido per il reato contravvenzionale, non si vede perché non debba trovare applicazione il disposto dell'articolo 5 c.p.²²⁴. D'altronde, l'accoglimento dell'intera disciplina dell'elemento soggettivo nelle contravvenzioni, include il già menzionato principio di buona fede (frutto dell'elaborazione giurisprudenziale anteriore alla sentenza n. 364 del 1988, e consistente nella non rimproverabilità del soggetto che abbia compiuto il fatto illecito nella ragionevole credenza - dovuta ad un'erronea valutazione giuridica della liceità del fatto - di compiere un fatto lecito); proprio tramite questo principio, il legislatore ha voluto attribuire rilevanza alla scusabilità dell'*error iuris* inevitabile. Tale soluzione è accolta anche dalla giurisprudenza di legittimità²²⁵.

È assente, inoltre, una disciplina dell'errore sulle scriminanti. Anche in questo caso si potrebbe fare ricorso ad un'estensione analogica dell'articolo 3, II comma, all'errore sulle cause di giustificazione il quale ultimo assumerebbe, nel settore

²²⁴ In argomento, si v. LAMBERTUCCI, *sub art. 3*, in PALAZZO - PALIERO, *Commentario*, cit., p. 688. Prima dell'emanazione della legge n. 689 (e, dunque, anche della storica sentenza n. 364 del 1988), parte della dottrina evidenziava la necessità, nell'ambito dell'illecito amministrativo, non solo di un'esplicita presa di posizione in merito all'errore incolpevole sul precetto, ma soprattutto d'introdurre la "scusante extralegale della buona fede, che la giurisprudenza ha faticosamente enucleato nella materia delle contravvenzioni" (DOLCINI - PALIERO, *I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "Modifiche al sistema penale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 1171).

²²⁵ Si v. Cass., 547285/2001: "Poiché, ai sensi dell'art. 3 della l. 24 novembre 1981, n. 689, per integrare l'elemento soggettivo delle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa è sufficiente la semplice colpa, l'errore sulla liceità del fatto, comunemente indicato come buona fede, può rilevare come causa di esclusione della responsabilità amministrativa - al pari di quanto avviene per la responsabilità penale, in materia di contravvenzioni - solo quando esso risulti inevitabile, e a tale fine occorre un elemento positivo idoneo ad indurre un errore siffatto, non ovviabile dall'interessato con l'ordinaria diligenza, mentre non è sufficiente, in presenza di un precetto chiaramente conoscibile, la semplice tolleranza degli addetti alla sorveglianza" (fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la sentenza del pretore di annullamento dell'ordinanza-ingiunzione di pagamento della sanzione amministrativa per violazione di una legge della Provincia di Trento, che vietava il transito e la sosta su una strada forestale; la Corte, rilevato che il vincolo ambientale emergesse da diversi avvisi situati nella zona, ha escluso che l'errore scusabile sul precetto potesse fondarsi sulla tolleranza della guardia forestale nel consentire il transito a taluni titolari di fondi limitrofi alla strada forestale, considerato che tale atteggiamento avrebbe potuto esprimere una semplice deroga, del tutto eccezionale ed occasionale, alla norma).

dell'illecito amministrativo (e alle stesse condizioni di cui all'art. 59, IV comma, c.p.), efficacia scusante²²⁶.

3.5. Le cause di esclusione della responsabilità.

L'articolo 4 della legge n. 689 del 1981²²⁷ elenca una serie di cause di giustificazione valide nel settore dell'illecito amministrativo; nel fare ciò, la legge si richiama espressamente ad alcune scriminanti contenute nel codice penale.

Le cause di giustificazione, com'è noto, non appartengono al solo settore dell'illecito penale, esprimendo, più in generale, principi propri dell'ordinamento giuridico operanti anche in altri rami dell'ordinamento (e.g. nell'illecito civile). L'articolo 4, nel disciplinare le cause di giustificazione (o scriminanti o esimenti), è rubricato "Cause di esclusione della responsabilità": una terminologia idonea a ricomprendere, al suo interno, anche le cause di esclusione della colpevolezza (o scusanti). Queste ultime, però, sono escluse dal contenuto dell'articolo in commento.

Non tutte le scriminanti penalistiche trovano collocazione nel sistema dell'illecito penale-amministrativo: infatti, ne rimangono escluse, per ragioni intuibili, sia l'uso legittimo delle armi (art. 53 c.p.), sia il consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), a causa del carattere indisponibile dei diritti di cui trattasi.

La prima scriminante disciplinata dall'articolo in esame è quella dell'esercizio di un diritto o dell'adempimento di un dovere (cfr. art. 51 c.p.). È da segnalare il fatto che, rispetto alla lettera del codice Rocco, nella legge n. 689 è presente - accanto alla fattispecie dell'adempimento di un dovere - non la scriminante

²²⁶ LAMBERTUCCI, *sub art. 3*, cit., p. 689.

²²⁷ "1. Non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa.
2. Se la violazione è commessa per ordine dell'autorità, della stessa risponde il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.
3. I comuni, le province, le comunità montane e i loro consorzi, le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB), gli enti non commerciali senza scopo di lucro che svolgono attività socio- assistenziale e le istituzioni sanitarie operanti nel Servizio sanitario nazionale ed i loro amministratori non rispondono delle sanzioni amministrative e civili che riguardano l'assunzione di lavoratori, le assicurazioni obbligatorie e gli ulteriori adempimenti, relativi a prestazioni lavorative stipulate nella forma del contratto d'opera e successivamente riconosciute come rapporti di lavoro subordinato, purché esaurite alla data del 31 dicembre 1997".

dell'esercizio di un diritto, bensì quella dell'esercizio di una facoltà legittima²²⁸. Con riguardo all'adempimento di un dovere, l'efficacia scriminante riconosciuta all'agente sussiste sia nel caso in cui l'agente abbia posto in essere la condotta perché obbligato da una norma giuridica sia (art. 4, II comma) quando la costrizione derivi da ordine dell'Autorità.

Accanto a queste due prime cause di giustificazione, la legge n. 689 del 1981 annovera, altresì, la legittima difesa e lo stato di necessità. Considerata la natura penalistica della maggior parte dei principi espressi nella legge di riforma del 1981 (ciò che si evince chiaramente da alcune norme contenute nella legge, e come ampiamente dimostrato), l'interpretazione della disciplina delle cause di giustificazione elencate nell'articolo 4 (ipotesi previste sia nel codice civile che nel codice penale) andrà modellata sui principi penalistici relativi alle scriminanti, e non su quelli civilistici²²⁹.

Il comma secondo dell'articolo *de quo* stabilisce che, in caso di adempimento di un ordine dell'Autorità, risponde della violazione il pubblico ufficiale che ha emesso l'ordine. La disposizione (modellata sullo schema dell'art. 51, II comma, c.p.) chiarisce i confini della scriminante in oggetto, esplicitando una disciplina che, pur in mancanza di una norma espressa, sarebbe stata ricavabile dai principi penalistici in materia di scriminanti. In buona sostanza - interpretando la disciplina contenuta nella legge in commento alla luce di quella propria del codice penale - chi commette un fatto illecito nell'adempimento di un dovere è scriminato:

- a) se ha compiuto il fatto in virtù di un obbligo derivante da una norma giuridica (cfr. art. 51, I comma, c.p.);
- b) se ha compiuto il fatto a seguito di un ordine legittimo dell'Autorità (in questo caso, risponde il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine; cfr. art. 51, II comma, c.p.);

²²⁸ Secondo LAMBERTUCCI, *sub art. 4*, in PALAZZO - PALIERO, *Commentario*, cit., p. 690, tale scelta è stata dettata dalle preoccupazioni derivanti da una lettura estensiva del termine *diritto* contenuto nell'art. 51 c.p.

²²⁹ Afferma VIGNERI, *Commento*, cit., p. 1114, che non è possibile identificare il settore del diritto (civile o penale) cui fare riferimento, in quanto il legislatore ne ha ommesso l'indicazione.

c) se ha commesso il fatto in esecuzione di un ordine illegittimo dell’Autorità, se il sottoposto non aveva la possibilità di sindacare l’illegittimità dell’ordine (cfr. art. 51, IV comma, c.p.);

d) se, per errore di fatto, ha compiuto il fatto credendo (erroneamente, appunto) di eseguire un ordine legittimo (cfr. art. 51, III comma, c.p.).

3.6. Il concorso di persone nell’illecito amministrativo.

Il concorso di persone nell’illecito amministrativo trova la sua regolamentazione nell’articolo 5 della l. n. 689 del 1981²³⁰. È questa, certamente, una delle disposizioni in cui emerge con più nettezza l’ispirazione penalistica del legislatore della riforma, il quale prende nettamente le distanze dal modello civilistico della responsabilità solidale. Infatti, ciascun concorrente nell’illecito amministrativo risponde a titolo di concorso nell’illecito amministrativo, con conseguente irrogazione di tante sanzioni amministrative quanti sono i soggetti concorrenti. Una disciplina chiaramente mutuata dall’art. 110 c.p., e nettamente distante dallo schema civilistico della solidarietà (art. 2055 c.c.), a mente del quale ciascun soggetto è obbligato al pagamento della medesima obbligazione risarcitoria derivante dal fatto illecito. Nella disciplina civilistica della responsabilità derivante da fatto illecito il numero degli obbligati è pari al numero dei soggetti concorrenti nella violazione, ma unica resta l’obbligazione, perché unico è il fatto dannoso, pur essendo molteplici le violazioni. Anche il risarcimento del danno derivante da reato (art. 187 c.p.) è modellato sul medesimo schema: anche in questo caso, unico è il danno, pur in presenza di una pluralità di condotte.

Nell’impianto originario della legge di riforma il legislatore si era orientato verso l’accoglimento di un riferimento di tipo nettamente civilistico, incentrato sulla responsabilità solidale dei concorrenti nell’illecito amministrativo²³¹. Il

²³⁰ “Quando più persone concorrono in una violazione amministrativa, ciascuna di esse soggiace alla sanzione per questa disposta, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge”.

²³¹ L’art. 11 della legge n. 4 del 1929 (testo normativo di riferimento prima della legge di riforma del 1981) modellava il concorso di persone nell’illecito finanziario secondo una disciplina identica a quella contenuta nel codice civile (criterio della responsabilità solidale). Il D.Lgs. 472 del 1997

paradigma civilistico fu abbandonato perché ritenuto poco idoneo nell'ottica della *ratio* di prevenzione degli illeciti amministrativi: la responsabilità solidale, utile per il perseguimento di finalità risarcitorie, è tuttavia scarsamente deterrente nel raggiungimento delle finalità sanzionatorie, per cui si ritiene maggiormente efficace lo schema penalistico²³².

Nel solco dei principi penalistici in tema di concorso di persone, la norma in commento (non diversamente dall'art. 110 c.p.) si configura come norma estensiva della responsabilità: nel senso che rende tipiche (e perciò punibili) condotte le quali non assumerebbero rilevanza, se si considerassero le sole disposizioni di parte speciale. L'illecito viene dunque considerato unico, ma attribuito singolarmente e autonomamente a ciascun concorrente.

Parimenti a quanto previsto nell'ambito dell'illecito penale²³³, i requisiti previsti per l'applicazione della disciplina concorsuale sono:

- a) pluralità di soggetti agenti;
- b) realizzazione di un fatto previsto dalla legge come illecito amministrativo;
- c) contributo causale di ciascun concorrente nella realizzazione dell'illecito amministrativo;
- d) elemento soggettivo.

Relativamente al contributo causale del soggetto compartecipe, è necessario che l'agente abbia posto in essere un comportamento che abbia favorito l'esecuzione dell'azione o dell'omissione vietate. Tuttavia, anche coloro che apportano un contributo di carattere meramente psichico (istigano o determinano all'azione) rispondono *ex art. 5 l. n. 689 del 1981*.

Le problematiche, emerse in sede penalistica, riguardanti il requisito del *cd. dolo di concorso*, non trovano - nel settore dell'illecito amministrativo - la possibilità di svilupparsi. Infatti, considerata la disciplina dell'elemento soggettivo *ex art. 3 legge cit.* (per cui è sufficiente, per integrare la responsabilità amministrativa, la mera colpa), basterà ad integrare la fattispecie plurisoggettiva di cui all'art. 5 anche la semplice cooperazione o agevolazione colposa. A tal fine,

ha, tuttavia, abrogato tale disposizione, dettando (articolo 9) una disciplina d'impronta evidentemente penalistica.

²³² DOLCINI, *sub art. 5*, in GIARDA - MUCCIARELLI - PALIERO - RIVA CRUGNOLA (a cura di), *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982, p. 38.

²³³ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale.*, cit., pp. 509 ss.

è necessario (sulla falsariga di quanto previsto in ambito penale) che il compartecipe abbia la consapevolezza di cooperare con la condotta materiale altrui²³⁴.

Non si rinvencono, nell'ambito della legge di riforma, disposizioni analoghe a quelle contenute negli artt. 115 (non punibilità del semplice accordo per commettere un delitto, dell'istigazione non accolta e dell'istigazione accolta in assenza della realizzazione del reato), 116 (punibilità per il reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti) e 117 (concorso nel reato proprio) del codice penale. In relazione agli ultimi due articoli autorevole dottrina ha affermato che le ipotesi in questione non potrebbero trovare applicazione nel settore del diritto sanzionatorio amministrativo, in quanto non si prevedono deroghe al principio della personalità della responsabilità amministrativa²³⁵.

3.7. Le ipotesi di responsabilità solidale.

L'articolo 6 della legge in commento²³⁶ disciplina alcune ipotesi di responsabilità solidale.

L'ipotesi regolamentata dall'articolo 6 è radicalmente differente da quelle contenute nell'articolo 5: se in quest'ultimo, infatti, si è in presenza di più violazioni con irrogazione di distinte sanzioni amministrative quanti sono i compartecipi (responsabilità concorrente), l'articolo in esame prevede una forma di responsabilità solidale, con conseguente unicità della sanzione, il cui

²³⁴ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 608.

²³⁵ DOLCINI, *sub art. 5*, cit., p. 39.

²³⁶ “ 1. Il proprietario della cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione o, in sua vece, l'usufruttuario o, se trattasi di bene immobile, il titolare di un diritto personale di godimento, è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta se non prova che la cosa è stata utilizzata contro la sua volontà.
2. Se la violazione è commessa da persona capace di intendere e di volere ma soggetta all'altrui autorità, direzione o vigilanza, la persona rivestita dell'autorità o incaricata della direzione o della vigilanza è obbligata in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.
3. Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta.
4. Nei casi previsti dai commi precedenti chi ha pagato ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione”.

pagamento viene ingiunto sia all'autore della violazione che ai coobbligati in solido. L'impiego del modello civilistico della responsabilità solidale (criticato da parte della dottrina²³⁷) si spiega per la maggiore celerità e certezza della riscossione della sanzione amministrativa pecuniaria nelle ipotesi di più soggetti coobbligati fra di loro.

L'effetto giuridico conseguente al pagamento della sanzione irrogata muta a seconda del soggetto che esegue il pagamento: se questo viene eseguito dall'autore materiale della violazione, si estingue ogni rapporto giuridico tra quest'ultimo e gli altri corresponsabili; se, invece, a pagare è uno dei coobbligati che non ha posto in essere la condotta materiale, questi ha diritto di regresso per l'intera somma nei confronti dell'autore della violazione²³⁸.

Lo schema civilistico della responsabilità solidale postula, lo si ribadisce, l'unicità dell'illecito, del quale sono chiamate a rispondere una molteplicità di soggetti solidalmente obbligati fra loro. Il modello penalistico della responsabilità per concorso nell'illecito amministrativo (articolo 5 l. n. 689 del 1981) presuppone la pluralità degli illeciti e la sottoposizione a sanzione amministrativa autonoma di ciascuno dei concorrenti.

Analizzando dal punto di vista strutturale le obbligazioni disciplinate dall'articolo in commento, si deve anzitutto evidenziare che tali obbligazioni sono autonome e accessorie rispetto all'obbligazione principale consistente nel pagamento di una somma di denaro. Autonome perché le vicende cui sono sottoposte non incidono sull'esistenza della violazione amministrativa principale: così la mancata contestazione della violazione accessoria al coobbligato in solido incide solo sull'obbligazione di quest'ultimo, non anche su quella principale²³⁹. Inoltre, sempre in virtù dell'autonomia dell'obbligazione principale da quella accessoria, la mancata individuazione dell'autore materiale della violazione non estingue la responsabilità del coobbligato in solido²⁴⁰. Il carattere di accessarietà

²³⁷ M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1982, p. 127.

²³⁸ LAMBERTUCCI, *sub art. 6*, in PALAZZO - PALIERO, *Commentario*, cit., p. 693.

²³⁹ Cass., 496033/1996 e 504320/1997.

²⁴⁰ Cass., 501410/1996.

dell'obbligazione solidale rispetto a quella principale fa sì che, nelle ipotesi d'inesistenza di quest'ultima obbligazione, risulta inesistente anche la prima²⁴¹.

3.7.1. Le fattispecie previste dal primo comma.

Il primo comma dell'art. 6 sancisce la responsabilità solidale del proprietario della cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione, così come dell'usufruttuario o del titolare di un diritto personale di godimento sulla *res*. La responsabilità in esame non è, tuttavia, assoluta o incondizionata. Chiarito che il giudizio di rimprovero, nei confronti del proprietario della *res*, riguarda non la commissione dell'illecito (diversamente opinando, si rientrerebbe nell'ipotesi di responsabilità concorrente *ex art. 5*) bensì la mancata custodia del bene e la sua utilizzazione da parte del terzo, il proprietario della *res* andrà esente da responsabilità se proverà di aver posto in essere tutti gli accorgimenti e le cautele necessarie a impedire l'impiego del bene da parte di terzi.

La responsabilità prevista nel primo comma dell'articolo 6 non ha natura di responsabilità colposa, bensì di responsabilità oggettiva (non, però, di responsabilità per fatto altrui, in quanto il proprietario risponde pur sempre in base ad un nesso causale intercorrente tra la mancata custodia e la commissione dell'illecito). Potremmo dire di trovarci di fronte ad un'ipotesi di *culpa in re ipsa*, in cui non rileva minimamente l'atteggiamento psicologico del proprietario nei confronti dell'autore della violazione, e il proprietario della *res* non sarà ritenuto responsabile soltanto se fornirà la prova (molto difficile) di non essere incorso nella benché minima negligenza nella custodia del bene²⁴².

La responsabilità del proprietario torna a essere colpevole (con conseguente applicazione dell'articolo 5) nei casi in cui sussistano gli estremi del concorso di persone nell'illecito. Il momento discriminante fra queste due forme di responsabilità è costituito dalla diversità dell'elemento soggettivo: se sussistono

²⁴¹ Si v. Pret. Ravenna, 19 aprile 1984, inedita, secondo cui "l'annullamento dell'ordinanza prefettizia di condanna al pagamento della sanzione pecuniaria a seguito di opposizione di uno solo dei condannati in solido si estende agli altri condannati qualora la sentenza riconosca che il fatto non sussiste".

²⁴² PALIERO, *La legge 689*, cit., p. 145.

dolo o colpa del proprietario della *res* - in relazione non alla custodia del bene, bensì alla commissione dell'illecito - si verserà nell'ipotesi di concorso di persone nell'illecito amministrativo²⁴³.

Dunque, lo schema dei diversi tipi di responsabilità, nell'ipotesi di violazione commessa dal terzo, è così sintetizzabile:

- a) se il proprietario non riesce a provare di aver fatto tutto il possibile per impedire l'utilizzo della *res* da parte del terzo (inversione dell'onere della prova, la quale dovrà essere fornita dallo stesso proprietario) risponderà *ex art. 6, I comma* (responsabilità oggettiva);
- b) se, invece, la Pubblica Amministrazione riuscirà a dimostrare la sussistenza del dolo o della colpa del proprietario del bene in relazione alla commissione dell'illecito amministrativo da parte del terzo, il primo risponderà in via diretta secondo le regole del concorso di persone nell'illecito (articolo 5).

3.7.2. Le fattispecie previste dal secondo comma.

Il comma secondo dell'articolo in commento prevede un'altra ipotesi di responsabilità solidale: quella del titolare di autorità, direzione o vigilanza per la violazione amministrativa commessa dal sottoposto, sempreché quest'ultimo sia capace d'intendere e di volere²⁴⁴. Il coobbligato in solido va esente da responsabilità se dimostra di non aver potuto impedire il fatto. La formula utilizzata dal legislatore per escludere la responsabilità dei soggetti di cui al secondo comma ("salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto") è differente da quella impiegata nel primo comma del medesimo articolo ("se non prova che la cosa è stata utilizzata contro la sua volontà"), la responsabilità prevista nel secondo comma non sarebbe, dunque, oggettiva, bensì colposa, con inversione dell'*onus probandi* a carico del soggetto tenuto alla vigilanza, in

²⁴³ DOLCINI, *sub art. 6*, in GIARDA - MUCCIARELLI - PALIERO - RIVA CRUGNOLA, *Commentario*, cit., p. 44.

²⁴⁴ La responsabilità dei genitori e dei tutori non trova disciplina in quest'articolo, bensì nel comma secondo dell'articolo 2.

quanto questi è ammesso a provare di aver posto in essere tutte le cautele necessarie ad evitare la commissione di quell'illecito amministrativo²⁴⁵.

La formulazione dell'articolo 6, II comma, consente di individuare chiaramente un'ipotesi di responsabilità colposa del soggetto coobbligato in solido, per non aver questi impedito (pur potendolo fare) la commissione del fatto illecito da parte del suo sottoposto²⁴⁶.

3.7.3. Il terzo comma. La responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato.

Il terzo comma si occupa di disciplinare un altro caso di responsabilità solidale: ovverosia l'ipotesi della violazione commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un imprenditore. Se la violazione è avvenuta nell'esercizio delle funzioni, di questa è chiamato a rispondere, in solido, anche l'ente o l'imprenditore.

Fino al 1981 non esisteva, nel nostro ordinamento, alcuna forma di corresponsabilizzazione della persona giuridica per le violazioni commesse dai suoi sottoposti. Con la legge n. 689, dunque, il legislatore ha colmato questa evidente lacuna: il terzo comma dell'articolo in esame - con una disciplina chiaramente ispirata all'art. 197 c.p. - ha introdotto una forma di responsabilità solidale della persona giuridica o dell'ente non personificato o dell'imprenditore per gli illeciti amministrativi commessi dal rappresentante o dal dipendente nell'esercizio delle sue funzioni o incombenze. Tuttavia, rispetto al modello costituito dall'art. 197 c.p., non solo è assente qualsiasi riferimento agli enti pubblici territoriali e alle Regioni, ma si prendono espressamente in considerazione anche gli enti privi di personalità giuridica. Inoltre, viene in rilievo anche la figura dell'imprenditore individuale.

Analizzando i criteri d'imputazione della responsabilità, ci si accorge che la scelta effettuata dal legislatore diverge da quanto previsto dal codice Rocco: infatti, mentre l'art. 197 c.p. richiede che il reato "costituisca violazione degli

²⁴⁵ DOLCINI, *sub art. 6*, cit., p. 46.

²⁴⁶ PALIERO, *La legge 689*, cit., p. 161 (nt. 102).

obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole”, la legge n. 689 del 1981 esclude la responsabilità solidale dell’ente solo nei casi in cui l’agire del colpevole sia completamente estraneo alle sue mansioni istituzionali.

L’obbligazione solidale a carico dell’ente non è di tipo sussidiario: infatti, il pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria viene ingiunto (art. 18, VI comma, l. n. 689 del 1981) sia all’autore materiale della violazione che alla persona giuridica; quest’ultima, però, è titolare del diritto di regresso, per l’intera somma, nei confronti dell’autore della violazione. Il meccanismo previsto dall’art. 197 c.p., al contrario, è di tipo sussidiario, in quanto l’obbligazione del civilmente obbligato per la pena pecuniaria scatta soltanto in caso di insolvenza dell’obbligato principale²⁴⁷. A parte il carattere della sussidiarietà, non vi sono sostanziali differenze tra la disciplina prevista dall’art. 6, III comma, e quella contenuta nell’art. 197 c.p.

Strutturando in tal modo la responsabilità solidale dell’ente per le violazioni commesse da soggetti alle sue dipendenze o che comunque lo rappresentino, il legislatore ha scelto di “fermarsi” ad una semplice forma di garanzia del pagamento dell’obbligazione pecuniaria a carico dell’autore dell’illecito, senza delineare una moderna forma di corresponsabilizzazione dell’ente, così come avvenuto nella Repubblica Federale Tedesca mediante l’*Ordnungswidrigkeitgesetz*. Nei primi commenti successivi alla legge di riforma del 1981 si era sottolineata l’inidoneità di tale strumento per prevenire gli illeciti compiuti dalla persona giuridica²⁴⁸. Non solo: si notò che il legislatore, con la legge del 1981, aveva anche perso una buona occasione per superare l’antico principio secondo cui *societas delinquere non potest*²⁴⁹.

²⁴⁷ PALIERO, *La legge 689*, cit., pp. 149 e 163 (nt. 114).

²⁴⁸ PALIERO, *La legge 689*, cit., pp. 149-150.

²⁴⁹ MARINUCCI - ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in AA.VV., *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di Nuvolone, Milano, 1972, p. 98. Nell’ottica di una corresponsabilizzazione diretta della persona giuridica e a seguito degli orientamenti emersi in ambito comunitario, oltre che delle sollecitazioni provenienti da gran parte della dottrina, il D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, ha introdotto una forma di responsabilità amministrativa dell’ente per determinati illeciti commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da (articolo 5):

a) persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;

b) persone sottoposte alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti indicati alla lettera a).

3.8. L'intrasmissibilità dell'obbligazione.

L'articolo 7 della legge n. 689 del 1981²⁵⁰ sancisce il principio dell'intrasmissibilità dell'obbligazione pecuniaria, nel senso della personalità di quest'ultima, orientandola in senso spiccatamente penalistico e valorizzandone la funzione preventiva. Dunque, la riferibilità della sanzione amministrativa pecuniaria al solo autore dell'illecito segna la differenza dal modello civilistico - che consente la trasmissibilità agli eredi dell'obbligazione per il fatto illecito - improntato a finalità di tipo risarcitorio.

Se uno dei reati-presupposto, contenuti nella Sezione III del D. Lgs. 231 del 2001²⁴⁹, è commesso da una delle persone di cui alla lettera a), l'ente non risponde se prova che:

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

Per i soggetti indicati alla lettera b) dell'articolo 5, l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (articolo 7, I comma).

In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (articolo 7, II comma).

L'ente non è responsabile se i soggetti indicati all'articolo 5 hanno agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi (articolo 5, II comma).

Questa nuova forma di responsabilità, denominata come amministrativa dal legislatore (probabilmente più per evitare l'assoggettamento alle garanzie necessariamente connesse al settore del diritto penale), probabilmente va più correttamente qualificata come un *tertium genus* tra l'illecito penale e l'illecito più propriamente amministrativo come tradizionalmente configurati.

Il sistema di commisurazione della sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti dell'ente ha struttura bifasica: il giudice, in un primo momento, determina il numero delle quote (in relazione alla gravità oggettiva dell'illecito) per poi determinare, in un secondo tempo, l'ammontare della singola quota, tenendo presente le condizioni economiche dell'ente.

A mente dell'articolo 27, dedicato alla "Responsabilità patrimoniale dell'ente", dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio. È netta la differenza intercorrente tra la disciplina di cui all'articolo 6 della l. n. 689 del 1981 e quella prevista dal D. Lgs. 231 del 2001: nella prima è previsto un meccanismo di solidarietà, per cui l'obbligazione dell'ente si aggiunge a quella della persona fisica, ma la violazione resta unica, mentre nella novella del 2001 l'ente risponde autonomamente della sanzione amministrativa comminatagli, indipendentemente dalle vicende attinenti alla sanzione penale irrogata alla persona fisica. Inoltre, il legislatore del 2001 - pur evidenziando notevoli segnali di continuità, sul terreno dei criteri d'imputazione della responsabilità, con la legge n. 689 - ha più analiticamente descritto e modellato la responsabilità per il cd. rischio d'impresa, introducendo all'interno del sistema i modelli di organizzazione e gestione, vera novità della realtà imprenditoriale attuale.

²⁵⁰ "L'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette gli eredi".

Il principio dell'intrasmissibilità dell'obbligazione pecuniaria relativa ad un illecito amministrativo era stato già affermato, dal legislatore, nelle leggi di depenalizzazione del 1967 (art. 4) e del 1975 (artt. 4 e 11)²⁵¹.

Le obbligazioni solidali previste dall'articolo 6 non sono trasmissibili agli eredi; ciò in base alla considerazione che, se è vero che la trasmissibilità è la regola generale in tema di obbligazione civile, è pur vero che nell'ambito del diritto penale-amministrativo il principio dell'intrasmissibilità dell'obbligazione - contenuto nell'articolo 7 della l. n. 689 del 1981 - si configura come la regola²⁵².

Nelle ipotesi di responsabilità solidale, nel caso in cui sopravvenga la morte dell'autore materiale dell'illecito prima dell'esecuzione del pagamento, l'obbligazione pecuniaria si estingue²⁵³. Diversamente opinando, si otterrebbe l'effetto paradossale di addossare ai soli coobbligati in solido l'adempimento dell'obbligazione (in quanto sarebbe loro preclusa la possibilità di esperire l'azione di regresso, mascherando in tal modo una sorta di responsabilità diretta di questi ultimi), oppure si dovrebbe optare per la possibilità, per i coobbligati, di esercitare il diritto di regresso avverso gli eredi dell'autore materiale dell'illecito (aggirando, però, il meccanismo della non trasmissibilità). Nonostante il silenzio della legge n. 689 in merito alle cause estintive dell'obbligazione, anche la giurisprudenza pare orientata per la soluzione testé esposta²⁵⁴.

²⁵¹ L'articolo 11 della l. n. 706 del 1975 aveva esteso anche alle sanzioni in materia finanziaria il principio dell'intrasmissibilità dell'obbligazione, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale invalso nel vigore della legge n. 4 del 1929 - le cui disposizioni (artt. 3 e 5) lasciavano intendere la natura civilistica della sanzione in materia finanziaria - il quale postulava la trasmissibilità agli eredi dell'obbligazione derivante da illecito finanziario. La legge n. 689 del 1981, nell'escludere (art. 39, III comma) le pene finanziarie dal proprio campo di applicazione, aveva fatto propendere per la trasmissibilità dell'obbligazione derivante da tali violazioni. Il D.Lgs. n. 472 del 1997, nell'assimilare il sistema degli illeciti amministrativi tributari al modello della sanzione amministrativa configurato nella l. n. 689 del 1981, ha definitivamente dissipato le incertezze, optando per il meccanismo d'intrasmissibilità dell'obbligazione pecuniaria derivante dall'illecito amministrativo tributario.

²⁵² LAMBERTUCCI, *sub art. 7*, in PALAZZO - PALIERO, *Commentario*, cit., p. 702.

²⁵³ DOLCINI, *sub art. 7*, in GIARDA - MUCCIARELLI - PALIERO - RIVA CRUGNOLA, *Commentario*, cit., p. 52.

²⁵⁴ Cfr. Cass., 485542/1994, secondo cui "la morte dell'autore della violazione determina non solo l'intrasmissibilità ai suoi eredi dell'obbligazione di pagare una somma dovuta per la sanzione, ma altresì l'estinzione dell'obbligazione a carico del coobbligato solidale".

3.9. Il concorso formale d'illeciti amministrativi.

L'articolo 8 della legge 24 novembre 1981, n. 689²⁵⁵, reca la disciplina del concorso formale d'illeciti amministrativi e dell'illecito amministrativo continuato.

3.9.1. Il primo comma.

La disciplina contenuta nel primo comma fa riferimento sia al concorso formale omogeneo (una sola azione od omissione viola più volte la medesima disposizione sanzionatoria amministrativa) che a quello eterogeneo (una sola azione od omissione viola più volte diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative). La disciplina di tali istituti è evidentemente modellata sulla base dall'art. 81 c.p., regolante l'omologo istituto penalistico.

La scelta del legislatore del 1981 è stata quella, dunque, di assoggettare il concorso formale d'illeciti amministrativi alla disciplina del cumulo giuridico²⁵⁶ (applicazione della pena prevista per la violazione più grave, aumentata fino al triplo). Nonostante manchi una disposizione simile a quella contenuta nel terzo comma dell'art. 81 c.p. (non irrogabilità di una sanzione deteriore rispetto alla somma delle sanzioni previste per le varie violazioni), è da ritenersi che - anche nell'ambito del diritto punitivo amministrativo - l'adozione del criterio del

²⁵⁵ “1. Salvo che sia diversamente stabilito dalla legge, chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo. 2. Alla stessa sanzione prevista dal precedente comma soggiace anche chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno posto in essere in violazione di norme che stabiliscono sanzioni amministrative, commette, anche in tempi diversi, più violazioni della stessa o di diverse norme di legge in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie. 3. La disposizione di cui al precedente comma si applica anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge 2 dicembre 1985, n. 688, per le quali non sia già intervenuta sentenza passata in giudicato”.

²⁵⁶ La scelta del criterio del cumulo giuridico, anziché del cumulo materiale, per la punibilità del concorso formale d'illeciti amministrativi, si spiega con la necessità di punire più lievemente il soggetto autore di più violazioni (della stessa o di diverse disposizioni di legge), poste in essere, però, con una sola azione od omissione. La stessa soluzione era stata adottata, qualche anno prima (d.l. 11 aprile 1974, n. 99), anche dal legislatore della riforma del Codice Rocco, il quale aveva definitivamente abbandonato il criterio del cumulo materiale per la disciplina del concorso formale di reati.

cumulo giuridico non potrà condurre a risultati più sfavorevoli rispetto a quanto si otterrebbe se si accogliesse il diverso criterio del cumulo materiale²⁵⁷.

3.9.2. Il concorso materiale d'illeciti amministrativi.

Manca, nella legge di riforma del 1981, la disciplina del concorso materiale d'illeciti amministrativi, sia omogeneo che eterogeneo (pluralità di azioni od omissioni che violano più volte la stessa o diverse disposizioni di legge). L'assenza di tale regolamentazione fa propendere dottrina e giurisprudenza per l'accoglimento, in tale settore, del criterio del cumulo materiale di sanzioni²⁵⁸.

3.9.3. L'illecito amministrativo continuato.

Nel testo originario della legge di riforma non v'era traccia della disciplina della continuazione (ipotesi particolare di concorso materiale) nel settore dell'illecito amministrativo. Probabilmente, il legislatore aveva ritenuto non compatibile con la struttura dell'illecito amministrativo la sussistenza di un unico disegno criminoso nel compimento di una o più azioni od omissioni: requisito previsto, com'è noto, dal codice penale per l'applicazione della disciplina di cui all'art. 81 cpv. In aggiunta a ciò, si segnala l'atteggiamento rigoristico della giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore della legge del 1981, la quale ha costantemente negato l'estensione analogica della disciplina codicistica in tema di reato continuato al settore dell'illecito amministrativo²⁵⁹. Anche la Corte Costituzionale²⁶⁰ è stata chiamata ad esprimersi sulla disparità di trattamento

²⁵⁷ LAMBERTUCCI, sub art. 8, in PALAZZO - PALIERO, Commentario, cit., p. 703.

²⁵⁸ LAMBERTUCCI, *sub art. 8*, cit., p. 703. La giurisprudenza della Cassazione concorda nel ritenere applicabile al concorso materiale d'illeciti la disciplina del cumulo materiale delle sanzioni: si v. Cass., 493003/1995.

²⁵⁹ Cfr. Cass., 506887/1997 e 520880/1998.

²⁶⁰ Corte Cost., ord. 19 novembre 1987, n. 421. Corte Cost., ord. 27 luglio 1989, n. 468, ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, l. n. 689 del 1981, nella parte in cui non prevede il regime della continuazione - previsto dall'art. 81 cpv. c.p. - per l'illecito amministrativo, in quanto le due tipologie d'illecito sono, secondo la Corte, strutturalmente differenti.

venutasi a creare tra la disciplina dell'illecito penale e quella dell'illecito amministrativo. Il giudice delle leggi ha concluso per la legittimità di tale diversa disciplina, a mente del fatto che il presupposto dell'identità del disegno criminoso postula una serie di accertamenti fattuali estranei al processo di accertamento dell'illecito amministrativo.

Dunque, nell'ambito del sistema dell'illecito amministrativo, non aveva trovato spazio l'istituto della continuazione, con la conseguente perdurante applicabilità del criterio del cumulo materiale per chi avesse commesso, con più azioni od omissioni, una pluralità di violazioni della stessa o di diverse disposizioni sanzionatorie amministrative.

La situazione è parzialmente mutata a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 688 del 1985 (convertito, con modificazioni, nella l. 31 gennaio 1986, n.11), il quale ha aggiunto due commi alla disposizione in commento. La rilevante novità consiste nella previsione - per la prima volta, nel settore dell'illecito amministrativo - dell'istituto della continuazione, che viene assoggettato alla più mite disciplina del cumulo giuridico; l'operatività di tale istituto è limitata, però, alle sole violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatorie. L'eccezionalità della norma rende inapplicabile la disciplina in questione a casi diversi da quelli previsti dall'articolo 8, II comma, l. n. 689 del 1981.

I criteri per individuare la medesimezza del disegno posto in essere in violazione di norme che stabiliscono sanzioni amministrative, sono gli stessi elaborati dalla dottrina penalistica in relazione all'istituto del reato continuato²⁶¹. In particolare, l'unicità del disegno si configurerà tutte le volte in cui, all'elemento rappresentativo della deliberazione intellettuale anticipata - da parte dell'agente - della pluralità di violazioni poi effettivamente commesse, si accompagni l'ulteriore elemento finalistico costituito dall'unicità dello scopo²⁶².

La disciplina dell'illecito amministrativo continuato, per i particolari settori in cui è applicabile, presuppone la compresenza di più illeciti amministrativi dolosi, essendo la colpa incompatibile con il concetto di deliberazione intellettuale precedente la commissione dell'illecito.

²⁶¹ In argomento si v. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 707 ss.

²⁶² Cass., 22 gennaio 1980, in *Riv. pen.*, 1980, p. 891; Cass., 9 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1989, II, p. 329.

3.10. La cd. “recidiva amministrativa”.

Il D. Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, ha introdotto nella l. n. 689 un nuovo articolo 8-*bis*, regolante l’istituto della reiterazione delle violazioni amministrative²⁶³. Si tratta, in effetti, di una sorta di recidiva amministrativa accertata in danno dell’autore d’illeciti amministrativi. La struttura dell’istituto in esame è - contrariamente a quanto si potrebbe pensare - strutturalmente differente dalla pur ontologicamente omologa disciplina della recidiva contenuta nel codice penale (art. 99 c.p.). I prodromi della riforma devono rinvenirsi, infatti, nel D. Lgs. n. 472 del 1997 di riforma del sistema sanzionatorio tributario, il cui articolo 7, rubricato “Criteri di determinazione della sanzione”, prevede una forma di recidiva specifica e triennale: la sanzione prevista può essere aumentata fino alla metà nei confronti di chi, nei tre anni precedenti, si sia reso responsabile di altra violazione della stessa indole.

Il primo comma stabilisce che, salvo speciali disposizioni di legge, si ha reiterazione quando, nei cinque anni successivi alla commissione di una violazione amministrativa, accertata con provvedimento esecutivo, lo stesso soggetto commetta un’altra violazione della stessa indole. Le violazioni della stessa indole, commesse nel quinquennio, possono essere accertate anche con un medesimo provvedimento esecutivo. Si considerano della stessa indole sia le violazioni della medesima norma sia le violazioni di norme diverse che, per la

²⁶³ “1. Salvo quanto previsto da speciali disposizioni di legge, si ha reiterazione quando, nei cinque anni successivi alla commissione di una violazione amministrativa, accertata con provvedimento esecutivo, lo stesso soggetto commette un'altra violazione della stessa indole. Si ha reiterazione anche quando più violazioni della stessa indole commesse nel quinquennio sono accertate con unico provvedimento esecutivo.
2. Si considerano della stessa indole le violazioni della medesima disposizione e quelle di disposizioni diverse che, per la natura dei fatti che le costituiscono o per le modalità della condotta, presentano una sostanziale omogeneità o caratteri fondamentali comuni.
3. La reiterazione è specifica se è violata la medesima disposizione.
4. Le violazioni amministrative successive alla prima non sono valutate, ai fini della reiterazione, quando sono commesse in tempi ravvicinati e riconducibili ad una programmazione unitaria.
5. La reiterazione determina gli effetti che la legge espressamente stabilisce. Essa non opera nel caso di pagamento in misura ridotta.
6. Gli effetti conseguenti alla reiterazione possono essere sospesi fino a quando il provvedimento che accerta la violazione precedentemente commessa sia divenuto definitivo. La sospensione è disposta dall'autorità amministrativa competente, o in caso di opposizione dal giudice, quando possa derivare grave danno.
7. Gli effetti della reiterazione cessano di diritto, in ogni caso, se il provvedimento che accerta la precedente violazione è annullato”.

natura dei fatti che le costituiscono o per le modalità della condotta, presentino una sostanziale omogeneità o caratteri fondamentali comuni. La recidiva è specifica se viene violata pedissequamente la stessa disposizione di legge.

La recidiva rileva che esiste una tendenza criminale postulante un medesimo atteggiamento psichico del soggetto, il quale conosce bene il meccanismo della sua azione e la conseguente reazione della società²⁶⁴. Confrontando il modello penale con quello sanzionatorio amministrativo emerge la maggior rilevanza degli aspetti oggettivi della condotta, rispetto a quelli soggettivi.

La reiterazione determina gli effetti che la legge stabilisce (art. 8-bis, V comma); quest'affermazione tautologica ben si comprende se si considerano le varie disposizioni di legge che prevedono l'inasprimento dei limiti edittali della sanzione, in presenza di condotte reiterate²⁶⁵. Al fine di accelerare le procedure di riscossione delle sanzioni amministrative, la reiterazione non opera nel caso di pagamento in misura ridotta (art. 8-bis, V comma): è evidente l'intenzione del legislatore di favorire il ricorso a tale forma semplificata di pagamento, anche al fine di semplificare l'*iter* burocratico per consentire alla P.A. un notevole risparmio di tempo e di mezzi²⁶⁶.

A mente del comma sesto, gli effetti della reiterazione possono essere sospesi fino a quando il provvedimento che accerta la violazione precedentemente commessa non sia divenuto definitivo.

Gli effetti della reiterazione cessano *ope legis* se il provvedimento che accerta la precedente violazione è annullato a seguito di ricorso al giudice civile (*ex art. 23 l. n. 689 del 1981*) o di ricorso in autotutela *ex l. n. 241 del 1990* (art. 8-bis, VII comma).

Il comma quarto dell'articolo in oggetto stabilisce che le violazioni successive alla prima non sono valutate, ai fini della reiterazione, se commesse in tempi ravvicinati e se sono riconducibili ad una programmazione unitaria. Potrebbe scorgersi, in questo comma, una tiepida apertura all'istituto della continuazione dell'illecito amministrativo, istituto che - come affermato - è stato solo

²⁶⁴ ROMAGNOLI, *La reiterazione delle violazioni*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, cit., p. 404.

²⁶⁵ Si v. artt. 3, I comma, 18, 19, 28 e 31 del D. Lgs. 507 del 1999.

²⁶⁶ ROMAGNOLI, *La reiterazione*, cit., p. 406.

parzialmente introdotto nel sistema sanzionatorio amministrativo²⁶⁷. Il legislatore del 1999 si è limitato a sancire, ai soli fini della recidiva, l'incomputabilità degli illeciti quando essi siano commessi a breve distanza temporale l'uno dall'altro, e risultino, inoltre, espressione di una programmazione unitaria. Dunque, i caratteri tipici dell'istituto della continuazione vengono qui utilizzati non per l'applicazione di una pena ridotta relativamente a più violazioni, bensì per impedire l'applicazione della recidiva e dei conseguenti aggravii sanzionatori. Peraltro, la norma postula tempi ravvicinati senza specificarne l'entità; anche il concetto di programmazione unitaria risulta vago e indefinito, aprendo il campo all'ingresso di interpretazioni di stampo penalistico, operate con larga discrezionalità da parte dell'organo giudicante.

I primi commenti sull'introduzione - nell'ambito della disciplina generale dell'illecito amministrativo - dell'istituto della recidiva amministrativa (*rectius*: reiterazione dell'illecito amministrativo), ne hanno evidenziato la razionalità e coerenza sistematica, in quanto riesce a conciliare l'efficacia di un'adeguata risposta sanzionatoria con il rispetto delle garanzie del cittadino²⁶⁸. Tuttavia, non si possono non richiamare le gravi carenze presenti nella norma, in particolar modo relative alla carenza di una disciplina degli effetti specifici della reiterazione sul trattamento sanzionatorio: dovrà essere l'interprete, nell'applicare la singola norma amministrativa, a stabilire in concreto le conseguenze sanzionatorie derivanti dall'istituto della reiterazione amministrativa.

Lacuna normativa ancor più grave, dal punto di vista dell'applicazione del nuovo istituto, è quella consistente nell'assenza di modalità concrete che consentano di rilevare il fenomeno della reiterazione degli illeciti amministrativi. Ci si riferisce alla mancanza di una sorta di casellario delle violazioni amministrative, in cui sarebbero dovute confluire tutte le violazioni di carattere amministrativo poste in essere sul territorio nazionale, al fine di rendere possibile l'immediata applicazione della norma di cui all'articolo 8-bis. È necessario avvertire, però, che nei settori in cui il nuovo istituto è destinato a trovare maggiore applicazione (circolazione stradale e assegni bancari) il D. Lgs. n. 507 del 1999 istituisce degli archivi informatici in cui confluiranno tutte le relative

²⁶⁷ ROMAGNOLI, *La reiterazione*, cit., p. 406.

²⁶⁸ SOPRANI, *sub art. 94 D. Lgs. 507 del 1999*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 950.

violazioni²⁶⁹. Al contrario, il Parlamento non ha ritenuto di delegare l'Esecutivo a istituire un'anagrafe nazionale omnicomprensiva di tutte le violazioni amministrative: la disposizione, pure presente in una versione del progetto di legge²⁷⁰, è stata eliminata nella versione finale del testo della legge-delega. In realtà, si è visto in precedenza (Parte I, Cap. I, Par. 3.2.2.) che uno dei tratti salienti della distinzione tra sanzione penale e sanzione amministrativa risiede nell'assenza, in quest'ultima, dei cd. effetti penali della condanna, tra cui attenta dottrina²⁷¹ ricomprende l'iscrizione nel casellario giudiziale della condanna penale. L'istituzione di un casellario giudiziale delle sanzioni amministrative si sarebbe ispirata all'intento di assimilare il sistema sanzionatorio amministrativo a quello dell'illecito penale, nonostante l'assenza del cd. stigma (*id est* riprovazione etico-sociale) rappresenti la caratteristica propria del reato, a differenza dell'illecito amministrativo, ontologicamente portatore di minori conseguenze sul piano della considerazione sociale del trasgressore. Come acutamente osservato, se è vero che l'illecito amministrativo può trovare applicazione anche nei confronti di comportamenti connotati da elevata gravità oggettiva (dovendo ricorrere, per prevedere la sanzione penale, entrambi i criteri della proporzione e della sussidiarietà), è possibile che l'illecito amministrativo non assuma la caratteristica d'illecito cd. bagatellare; dunque, l'unica caratteristica che varrebbe a differenziare i due illeciti residuerebbe nell'efficacia simbolica ricollegata alla posizione della norma penale, il cui stigma etico-sociale esercita una forte efficacia generalpreventiva sulla collettività cui si rivolge²⁷².

In definitiva, la mancata istituzione di un casellario giudiziale delle violazioni amministrative è da valutare positivamente, sol se si guarda alla minore carica stigmatizzante da cui deve essere caratterizzato quest'ultimo. Tuttavia, un giudizio poco lusinghiero va formulato se si pensa al fatto che, per la concreta individuazione delle violazioni amministrative reiterate, la P.A. precedente non potrà fare affidamento su un registro riportante le violazioni pregresse, con

²⁶⁹ Si v. l'articolo 22 (anagrafe nazionale delle violazioni in materia di circolazione stradale) e l'articolo 36 (archivio informatico delle violazioni in materia di assegni bancari e postali) del D.Lgs. n. 507 del 1999.

²⁷⁰ Proposta di legge A.C. 1850, Bonito e a., presentata alla Camera dei deputati l'11 luglio 1996.

²⁷¹ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., pp. 21-22.

²⁷² DI GIOVINE, *La nuova legge delega per la depenalizzazione dei reati minori tra istanze deflattive e sperimentazione di nuovi modelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1437.

conseguente affidamento alle conoscenze (casualmente) in possesso degli uffici competenti a irrogare la sanzione, con conseguente violazione dei principi d'imparzialità e di buon andamento sanciti dall'articolo 97 della Costituzione²⁷³

3.11. Il principio di specialità.

L'articolo 9 della legge n. 689 del 1981²⁷⁴ regola il concorso apparente di norme, improntandolo alla disciplina del principio di specialità. Tale articolo è di estrema importanza nella ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra l'illecito penale e l'illecito amministrativo.

Il fenomeno del concorso apparente di norme si verifica quando un medesimo fatto è riconducibile a più disposizioni sanzionatorie. Presupposti del concorso (o conflitto) apparente di norme sono, dunque, l'esistenza di una medesima situazione di fatto e la convergenza, su di essa, di una pluralità di disposizioni sanzionatorie (nel nostro caso, penali e amministrative)²⁷⁵. In tali ipotesi, il legislatore del 1981 risolve il concorso di norme penali e amministrative sulla scorta del principio di specialità: se tra le norme si configura un rapporto di *genus ad speciem*²⁷⁶ - in quanto la fattispecie considerata da una norma contiene tutti gli elementi di una fattispecie prevista da un'altra norma con la previsione di elementi ulteriori, specifici o aggiuntivi - al fine evitare una duplicazione sanzionatoria, si applica una norma soltanto; in base all'art. 9, I comma, tale

²⁷³ ROMAGNOLI, *La reiterazione delle violazioni*, cit., pp. 402-403, il quale profila possibili questioni di legittimità costituzionale in relazione alla disciplina di quei settori in cui è presente un archivio informatico delle violazioni amministrative, per violazione del principio di uguaglianza nei confronti di coloro che commettono violazioni in settori in cui tale archivio non sia previsto.

²⁷⁴ "1. Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale. 2. Tuttavia quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano che preveda una sanzione amministrativa, si applica in ogni caso la disposizione penale, salvo che quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali. 3. Ai fatti puniti dagli articoli 5, 6 e 12 della legge 30 aprile 1962, n. 283, e successive modificazioni ed integrazioni, si applicano soltanto le disposizioni penali, anche quando i fatti stessi sono puniti con sanzioni amministrative previste da disposizioni speciali in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande".

²⁷⁵ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷, cit., p. 716.

²⁷⁶ In argomento, si v. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 715 ss; DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, pp. 416 ss.

norma è, come detto, la norma speciale. Il rapporto di *genus ad speciem* risponde a uno schema logico-formale riconducibile alla speculazione filosofica aristotelica: la norma generale ha un'estensione più ampia di quella speciale: qualora quest'ultima mancasse, i casi a essa riconducibili rientrerebbero nella disciplina della norma generale.

Il principio di specialità è posto a base sia dei rapporti fra norme penali e norme sanzionatorie amministrative, sia tra una pluralità di norme sanzionatorie amministrative (I comma).

Vi sono due deroghe al principio in questione: la prima, prevista dal secondo comma, attiene al rapporto tra norme penali e disposizioni sanzionatorie amministrative regionali; la seconda (III comma), riguarda la disciplina degli alimenti e delle bevande. In questi ipotesi derogatorie, nei casi di concorso di disposizioni penali e disposizioni amministrative, prevarrà sempre la disposizione penale.

L'importanza del principio di specialità - come criterio dirimente i casi di concorso apparente di norme - va inquadrata alla luce dell'evoluzione che l'utilizzo della sanzione amministrativa ha subito nel corso degli anni. Infatti, l'assimilazione del settore penale a quello amministrativo - punitivo si è realizzata con i sempre più vasti interventi di depenalizzazione portati avanti dal legislatore. Non solo: la creazione di sanzioni *ab origine* amministrative, dotate di una forte carica afflittiva e svolgenti una funzione marcatamente preventiva rispetto alla commissione di nuovi comportamenti illeciti, ha fatto sì che il sistema dell'illecito amministrativo punitivo andasse ad interferire con il sistema dell'illecito penale, rendendo necessaria la regolamentazione dei rapporti reciproci tra i due tipi d'illecito. Nel prosieguo della trattazione si vedrà come i principali problemi, emersi in sede eurounitaria e convenzionale (si fa riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), attengono proprio alla natura spiccatamente punitiva che la sanzione amministrativa ha gradualmente assunto nell'ordinamento interno; carattere che ha reso estremamente complicata la "convivenza" della sanzione penale con la sanzione amministrativa, nelle ipotesi (sempre più frequenti) in cui il legislatore italiano, derogando espressamente al principio di specialità, prevede il cumulo

delle due sanzioni, con ciò contravvenendo all'omogeneità funzionale delle due sanzioni - dimostrata dalla scelta del legislatore del 1981 di evitare l'applicazione congiunta delle sanzioni penale e amministrative - e creando notevoli problemi in ordine alla violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

3.11.1. La scelta del principio di specialità quale criterio di regolamentazione dei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo.

La scelta, da parte del legislatore, del principio di specialità per la risoluzione del concorso apparente di norme, è il frutto di un percorso complesso e travagliato, nel corso del quale più volte è mutata la decisione in ordine alla soluzione da adottare. Il Testo Unificato, adottato dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 31 luglio 1980, prevedeva il cumulo materiale tra sanzione penale e sanzione *ab origine* amministrativa, mentre il concorso tra norma penale e norma amministrativa depenalizzata era regolato dal principio di specialità; nella formulazione della norma, la prima ipotesi riveste il ruolo di regola, mentre la seconda è configurata come ipotesi eccezionale²⁷⁷. La soluzione prescelta dal legislatore, in quella sede, per risolvere il concorso tra norma penale e norma *ab origine* amministrativa (cumulo materiale) lasciava trasparire l'idea di una eterogeneità funzionale dei due tipi di sanzione (penale e amministrativa): la prima avente carattere afflittivo-preventivo, la seconda civilistico-risarcitorio²⁷⁸.

La disciplina del concorso tra norma penale e norma amministrativa depenalizzata, risultava, al contrario, più coerente con il ricorso ad un criterio tipicamente intrasistemico, quale il principio di specialità (mutuato, infatti, dall'art. 15 c.p.): l'utilizzo di tale criterio denota, appunto, l'omogeneità funzionale delle due sanzioni (entrambe aventi contenuto repressivo). Attenta dottrina denunciò l'irrazionalità di una scelta diversificata in base alla genesi della

²⁷⁷ DOLCINI - PALIERO, *I principi generali*, cit., p. 1166.

²⁷⁸ Secondo PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*², 1980, p. 25, “ se le norme penali e le norme amministrative qui esaminate avessero davvero lo stesso scopo, dove vi fosse perfetta coincidenza di fattispecie, l'applicazione delle une dovrebbe escludere l'applicazione delle altre, sotto pena di violare l'elementare principio del *ne bis in idem sostanziale* (nessuno può essere punito più volte per lo stesso fatto)”.

sanzione amministrativa (se frutto di depenalizzazione o amministrativa *ab origine*)²⁷⁹, evidenziando come, nel caso del cumulo materiale, si andasse comunque incontro ad una violazione sistematica del principio del *ne bis in idem*, consentendo il cumulo sanzionatorio. D'altro canto, anche l'utilizzo del principio di specialità nel concorso norma penale-norma amministrativa depenalizzata avrebbe portato a risultati irragionevoli, nel senso dell'applicazione della sola sanzione amministrativa, normalmente prevista nelle disposizioni speciali rispetto alle norme penali. La soluzione proposta, in uno dei primi commenti al Progetto Unificato, fu quella di adottare una soluzione simile a quanto previsto nel § 21 delle *Ordnungswidrigkeiten*, il quale stabiliva la prevalenza in ogni caso della disposizione penale, con la possibilità di applicare la sanzione amministrativa nelle ipotesi di mancata irrogazione, per qualsiasi motivo, della sanzione penale.

Ma nel testo definitivo della l. n. 689 del 1981 prevalse una soluzione *in bonam partem* e apparve più congruo, dunque, unificare il trattamento del concorso apparente di norme, prevedendo la risoluzione di tale concorso alla luce del solo criterio della specialità. Bisogna ora comprendere quando si versi nell'ipotesi di concorso apparente di norme.

3.11.2. Il concorso apparente di norme: presupposti per la sua configurabilità.

Affinché si verifichi il concorso apparente di norme, è necessario che due (o più) disposizioni sanzionatorie puniscano lo stesso fatto, occorre determinare i criteri in base ai quali selezionare l'unica norma applicabile. La legge n. 689 del 1981 prevede l'applicazione, in tali ipotesi, della disposizione speciale (art. 9, I comma, l. cit.). La disciplina si applica, come anticipato, sia alle fattispecie depenalizzate che a quelle *ab origine* amministrative. Le disposizioni puniscono lo stesso fatto quando sono tra loro in relazione, appunto, di specialità. Questa relazione sussiste nel momento in cui una disposizione contiene tutti gli elementi di un'altra disposizione, con l'aggiunta di almeno un elemento ulteriore e diverso.

²⁷⁹ DOLCINI - PALIERO, *I principi generali*, cit., pp. 1167-1168.

Tale elemento può essere sia un elemento che si aggiunge a quelli già presenti nell'altra disposizione, sia un elemento che specifica uno già presente: nel primo caso si parla di specialità per aggiunta, nel secondo di specialità per specificazione²⁸⁰. Dunque il rapporto di specialità è definibile come un rapporto “di contenenza strutturale fra due norme, nel senso che le relative fattispecie possono inscrivere l'una nell'altra come due cerchi concentrici aventi un raggio diseguale, dei quali il più grande - che rappresenta la norma generale - comprende al suo interno il più piccolo, che rappresenta la norma speciale”²⁸¹. In assenza della norma speciale tutti i comportamenti sarebbero regolati dalla norma generale, che già li comprende²⁸².

In assenza di un rapporto di specialità tra norme non si versa nell'ipotesi di concorso apparente di norme, bensì in quella - diversa - del concorso d'illeciti (risolto alla luce del cumulo materiale, in caso di concorso tra illeciti penali e amministrativi; in base al cumulo giuridico, nelle ipotesi di concorso tra illeciti amministrativi: si v. art. 8, l. cit.)²⁸³. Nel sistema della legge n. 689, il principio di specialità opera sia come criterio d'identificazione della norma prevalente, sia sulla configurabilità stessa del concorso apparente di norme, nel senso che in tanto quest'ultimo potrà sussistere, in quanto le norme siano tra loro in rapporto di *genus ad speciem*.

3.11.3. Le acquisizioni di dottrina e giurisprudenza sull'articolo 9. In particolare, gli orientamenti della Cassazione sul concorso d'illeciti penali e illeciti amministrativi.

²⁸⁰ In argomento si v. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, *passim*; PAGLIARO, *VOCE concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 549; PATANÈ, *Concorso apparente di norme, criteri selettivi. La legge 24 novembre 1981, n. 689, e il suo art. 9 per le sanzioni amministrative e i reati*, in *Giust. pen.*, I, 1982, p. 211.

²⁸¹ Cass., 3 ottobre 2007, n. 4238, in *Arch. giur. circ.*, 2008, 6, p. 500.

²⁸² COLUCCI - DIMA, *Il principio di specialità*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, cit., p. 358.

²⁸³ DOLCINI, *sub art. 9*, in DOLCINI - GIARDA - MUCCIARELLI - PALIERO - RIVA CRUGNOLA, *Commentario*, cit., p. 60.

Prima dell'introduzione del principio di specialità quale canone risolutore del concorso apparente di norme penali e amministrative, la giurisprudenza propendeva per il ricorso al concorso formale eterogeneo di reati, con conseguente applicazione del cumulo materiale delle sanzioni: una soluzione evidentemente sproporzionata rispetto all'effettiva gravità dei comportamenti illeciti posti in essere dal reo. A seguito delle prime leggi di depenalizzazione, si fece strada l'orientamento in base al quale, per valorizzare la scelta legislativa di depenalizzare determinati illeciti penali, in caso di concorso di norme avrebbe dovuto trovare applicazione la sola fattispecie depenalizzata²⁸⁴.

Una volta introdotta la norma di cui all'articolo 9, i problemi sono sorti in merito all'interpretazione della nozione di "stesso fatto" la quale - diversamente dalla disciplina codicistica, incentrata sulla nozione di stessa materia e dunque facilmente riconducibile al paradigma della specialità in astratto - complica notevolmente l'individuazione dei presupposti del concorso apparente di norme. In particolare ci si chiede se il richiamo dello "stesso fatto" implichi un confronto logico-strutturale tra fattispecie astratte (specialità in astratto), oppure è necessario che lo stesso fatto concreto sia riconducibile a più disposizioni sanzionatorie, sussistendo il rapporto di specialità pur in assenza di un rapporto astratto di *genus ad speciem* (specialità in concreto).

Le acquisizioni della dottrina penalistica in ordine alla risoluzione del concorso apparente di norme in ambito codicistico possono, per quel che riguarda il principio di specialità, essere trasfuse nel settore dell'illecito amministrativo, senza poter opporre la considerazione che nell'art. 15 c.p. si fa riferimento alla "stessa materia" e non allo "stesso fatto". Secondo il prevalente orientamento dottrinale, il giudizio volto a stabilire se sussista un rapporto di specialità tra norme va condotto su criteri strutturali, confrontando fra loro le fattispecie astratte²⁸⁵. L'espressione "stesso fatto" non implica, quindi, la necessità di prendere in considerazione il fatto concreto, in quanto la cd. specialità in concreto è già stata rifiutata dalla dottrina come un controsenso, in quanto non è

²⁸⁴ Corte di Cassazione. Ufficio del Ruolo e del Massimario - Settore penale, *Relazione n. 35/2014. Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, Roma, 8 maggio 2014, p. 20.

²⁸⁵ DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., p. 40.

logicamente sostenibile far dipendere da un fatto concreto l'insaturazione di un rapporto di genere a specie tra norme²⁸⁶. Seguendo tale impostazione, dunque, sarebbe preclusa la possibilità di considerare il fatto concreto ai fini della valutazione di un rapporto di specialità tra norme: ciò che conterebbe, in sostanza, non sarebbe la riconducibilità di un medesimo fatto concretamente verificatosi a più disposizioni, bensì l'identità tra elementi costitutivi delle fattispecie astratte previste da diverse disposizioni sanzionatorie²⁸⁷.

La circostanza che, nell'art. 9 l. cit., non ricorra l'inciso "salvo che sia altrimenti stabilito", presente invece nell'art. 15 c.p., impedisce il ricorso a canoni ulteriori e diversi da quello della specialità nella risoluzione dei conflitti tra norme. Si fa riferimento ai criteri - tutti elaborati dalla dottrina penalistica in ordine alla disciplina presente all'interno del Codice Rocco, la quale consente l'utilizzo di altri criteri oltre a quello della specialità - della sussidiarietà e della consunzione (o assorbimento): tutti inutilizzabili nel settore dell'illecito amministrativo punitivo, in virtù del dettato dell'articolo 9, l.n. 689 del 1981.

La giurisprudenza di legittimità pare porsi nella medesima prospettiva della dottrina penalistica, nel senso d'intendere il principio di specialità evocato dall'articolo 9 l. n. 689 del 1981 in un'accezione logico-formale, che presuppone un rapporto di continenza strutturale tra norme: l'analisi è tutta incentrata sugli elementi costitutivi di queste ultime. Le Sezioni Unite penali, recentemente, hanno ribadito l'orientamento in base al quale il rapporto di specialità tra norme va verificato esclusivamente alla luce del raffronto tra fattispecie astratte²⁸⁸.

²⁸⁶ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 449. In favore di tale soluzione, nella l. n. 689 del 1981, militerebbero anche indici di carattere letterale: parlando di "fatto punito", il legislatore avrebbe inequivocabilmente prescelto un criterio di tipo strutturale nella valutazione dell'esistenza del concorso apparente di norme.

²⁸⁷ Si avrà modo di osservare come, nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali ed internazionali, il criterio prescelto per valutare l'eventuale sussistenza di un concorso apparente di norme è quello dell'*idem factum*, ovvero del fatto concreto. Con la conseguenza di ritenere operante il principio di specialità pur in assenza di un rapporto di *genus ad speciem* tra fattispecie legali. Il tutto a garanzia di un maggior rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

²⁸⁸ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424, Romano, rv. 255757; Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425, Favellato, rv. 255759. Si v. anche Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2010 (dep. 21 gennaio 2011), n. 1963, P.G. in proc. Di Lorenzo, rv. 248722, che ritiene sussistente il rapporto di specialità tra illeciti penali e illeciti amministrativi nell'ipotesi del custode che circoli abusivamente con veicolo sottoposto a fermo amministrativo. In tal caso, vengono in rilievo le norme di cui agli articoli 213, IV comma, Codice della Strada e 334 codice penale. Nella stessa sentenza, la Suprema Corte afferma che, in caso di concorso tra disposizione penale incriminatrice e disposizione sanzionatoria amministrativa in riferimento allo stesso fatto, deve trovare

Si registrano numerosi e significativi arresti della Corte di Cassazione in relazione a ipotesi di concorso apparente tra illeciti penali e illeciti amministrativi, tutti risolti facendo applicazione del principio di specialità in astratto, tra cui si segnalano i seguenti:

- l'inottemperanza del conducente di un veicolo a fermarsi - in seguito all'ordine impartito da un ufficiale di Polizia Municipale - integra l'illecito amministrativo previsto dall'articolo 192 C.d.S. e non la contravvenzione di cui all'articolo 650 c.p. ("Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità")²⁸⁹;
- in tema di diritto d'autore, integra l'illecito amministrativo di cui all'articolo 171 *ter* l. 633 del 1941 (e non il reato di ricettazione previsto dall'articolo 648 c.p.), la condotta di acquisto o noleggio di supporti audiovisivi abusivamente, atteso che tra le due norme sussiste un rapporto di continenza, in quanto nella norma codicistica sono compresi tutti gli elementi costitutivi della norma della legge sul diritto d'autore, la quale ultima descrive più specificamente condotte già comprese sul piano astratto nella prima²⁹⁰;

Frequentemente, nel ragionamento giuridico dei giudici di legittimità, sono presenti anche considerazioni che risolvono situazioni di concorso apparente di norme non utilizzando, in via esclusiva, la tecnica del raffronto strutturale tra fattispecie astratte, bensì inserendo riferimenti all'oggettività giuridica delle fattispecie in esame, spesso per rafforzare gli esiti cui si giungerebbe facendo stretta applicazione della specialità in astratto:

- l'ipotesi del prelievo abusivo di acque sottratte al demanio regionale è stata ritenuta integrare esclusivamente l'illecito amministrativo di cui all'articolo 23 del D. Lgs. 152 del 1999, non anche il delitto di furto *ex art.* 624 c.p. Tra le norme in esame sussiste infatti, secondo la Cassazione, un'ipotesi di concorso apparente, a fronte dell'omogeneità del bene giuridico tutelato (patrimonio); l'articolo 23, D. Lgs. cit., si pone, inoltre,

applicazione esclusivamente la disposizione che risulti speciale all'esito di un raffronto strutturale tra fattispecie astratte.

²⁸⁹ Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, n. 36736, Beninati, rv. 241127.

²⁹⁰ Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164, Marino, rv. 232303; Cass., Sez. II, 24 marzo 2006, n. 19566, Riccio, rv. 234190.

in rapporto di specialità rispetto alla norma codicistica, in modo da consentire l'operatività dell'articolo 9 l. n. 689 del 1981, con conseguente prevalenza della norma speciale su quella codicistica generale²⁹¹;

Si segnala come appare essere assolutamente minoritario, nella giurisprudenza di legittimità, l'orientamento che interpreta il principio di specialità come riconducibilità del medesimo fatto in concreto a una pluralità di norme sanzionatorie (specialità in concreto)²⁹².

3.11.4. Il secondo comma. Il concorso tra norme penali e norme amministrative regionali.

Il secondo comma dell'articolo 9 si occupa del concorso tra norme penali e norme amministrative emanate dalle Regioni (e dalle Province Autonome di Trento e Bolzano), stabilendo che quando uno stesso fatto è punito da tali norme prevale in ogni caso la disposizione penale; a meno che la disposizione penale sia applicabile solo in assenza di altre disposizioni penali.

Il presupposto di operatività dell'ipotesi prevista dal secondo comma è il medesimo di quanto previsto al primo comma: una pluralità di disposizioni sanzionatorie (in questo caso, aventi diverso rango legislativo) che puniscano lo stesso fatto. Diverso, però, è il criterio di risoluzione del concorso di norme: nel primo comma ci si affida - esclusivamente - al principio di specialità; nel caso previsto dal secondo comma, invece, prevale in ogni caso la norma penale, pur se la norma amministrativa regionale dovesse essere speciale. Si tratta, evidentemente, di una deroga espressa al principio di specialità di cui al primo comma²⁹³.

La *ratio* di tale deroga consiste nell'evitare la possibile prevalenza di disposizioni sanzionatorie amministrative regionali speciali rispetto a norme penali statali generali, con conseguente - inaccettabile - difformità di trattamento

²⁹¹ Cass., Sez. V, 29 marzo 2006, n. 186/2007, Furfaro, rv. 236046; Cass., Sez. II, 10 aprile 2013, n. 17580, Caramazza e altro, rv. 256928.

²⁹² Cass., Sez. III, 20 febbraio 1995, n. 3467, Mengo, rv. 201979.

²⁹³ DOLCINI, *sub art. 9*, in DOLCINI - GIARDA - MUCCIARELLI - PALIERO - RIVA CRUGNOLA, *Commentario*, cit., p. 61.

nel territorio dello Stato; ciò a tutto discapito sia del monopolio statale in tema di ordinamento penale - il quale è posto a garanzia dell'indispensabile uniformità di trattamento penale su tutto il territorio statale²⁹⁴ - che della statuizione contenuta nell'articolo 25, II comma, Cost., il quale ultimo non solo impedisce alle regioni di emanare norme penali, ma preclude agli organi legislativi regionali di rendere inoperanti, all'interno del proprio territorio, le disposizioni penali emanate dallo Stato centrale²⁹⁵.

Se applicata letteralmente, la disposizione di cui al secondo comma dell'articolo 9 potrebbe rendere del tutto priva di applicazione la legislazione regionale in tema di sanzioni amministrative, in quanto sarebbe sufficiente - per il legislatore statale - emanare norme penali, le quali troveranno applicazione anche se generali, rispetto alle disposizioni sanzionatorie amministrative regionali speciali. Proprio per ovviare a tale inconveniente, la giurisprudenza della Cassazione è giunta a ritenere la possibilità che sanzioni amministrative previste da norme regionali si applichino in aggiunta alle norme penali statali, mediante l'affermazione che “la regola stabilita dal secondo comma è derogabile per effetto di altra espressa disposizione di legge, ivi inclusa la legge regionale”²⁹⁶. Infatti, l'art. 9, II comma, “pur prevedendo la prevalenza della norma penale statale, non esclude la possibilità di diverse soluzioni del conflitto di norme”²⁹⁷. Dunque, dovrà essere la disposizione regionale a prevedere espressamente la sua applicazione in aggiunta

²⁹⁴ Corte Cost., sent. 7 luglio 1986, n. 179, in *Giur. cost.*, 1986, I, p. 8.

²⁹⁵ In dottrina, si v. PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del «tipo»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 470 ss. Cass., 21 aprile 1988, n. 3080, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1673; in *Foro it.*, 1988, I, p. 3294; Corte Cost., sent. 5 maggio 2006, n. 183, in *Dir. & giust.*, 2006, pp. 24 e 88.

²⁹⁶ Cass., 22 novembre 2004, n. 21967, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 11, che ha dichiarato possibile la deroga, da parte di alcune disposizioni contenute in una legge regionale della Campania, all'articolo 9, II comma, l. n. 689 del 1981: infatti, l'espressa previsione, da parte del legislatore regionale, della perdurante applicabilità delle norme penali in aggiunta alle disposizioni regionali, rendeva tale deroga “utilmente esercitata”. Nello stesso senso Cass., 13 aprile 2000, n. 4792, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 798. L'interpretazione aperturista fornita dalla giurisprudenza trova, oggi, un ulteriore appiglio normativo nel III comma dell'articolo 9. Quest'ultimo, infatti, a seguito della riforma operata con il D.Lgs. 507 del 1999, statuisce che, nel caso di concorso tra norme penali e norme amministrative- in materia di diritto penale alimentare - si applichino soltanto le disposizioni penali. Prima della novella del 1999, il termine soltanto era sostituito dall'espressione “in ogni caso”: espressione, com'è noto, che figura ancora nel II comma dell'articolo 9. Proprio la diversità terminologica induce a pensare che, mentre nelle ipotesi disciplinate dal III comma, la norma penale sia l'unica a dover trovare applicazione, in quelle regolate dal II comma la disposizione penale debba sempre essere applicata, con la possibilità che quest'ultima venga cumulata con la disposizione sanzionatoria amministrativa regionale.

²⁹⁷ Cass., 21 aprile 1988, n. 3080, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1673; in *Foro it.*, 1988, I, p. 3294.

alla disposizione penale statale; se ciò non è previsto, troverà applicazione - in attuazione dell'art. 9, II comma - la sola norma penale. In tal modo, da un concorso apparente di norme si passa a un concorso materiale di sanzioni²⁹⁸. Il principio espresso nel secondo comma dell'articolo in commento - e cioè quello dell'applicabilità in ogni caso della norma penale - non viene scalfito, in quanto questa continua pur sempre a essere applicata.

Residua, tuttavia, un'area al cui interno la disposizione amministrativa regionale trova applicazione, a discapito della disposizione penale statale, quando la prima sia speciale rispetto alla seconda. Nel caso previsto nell'ultima parte del II comma, infatti, la regola dell'applicabilità "in ogni caso" della norma penale viene meno, quando quest'ultima "sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali". È questa l'ipotesi in cui la norma penale opera in via esclusivamente residuale e sussidiaria rispetto ad altre norme penali. Si pensi all'articolo 650 c.p. ("Inosservanza di un provvedimento dell'autorità"), la quale costituisce una norma di chiusura: una norma, cioè, che funge da raccolta di ipotesi marginali di comportamento illecito e che prevede un trattamento meno severo, rispetto ad altre norme penali ed un ampio spettro applicativo²⁹⁹. In tali ipotesi torna a "rivivere" la regola basata sul principio di specialità di cui al primo comma, in quanto si applica la norma speciale. La norma amministrativa regionale trova applicazione, nel caso previsto dall'ultima parte del secondo comma dell'articolo 9, se:

- a) la disposizione regionale si trovi in rapporto di *genus ad speciem* nei confronti della norma penale;
- b) la norma penale si configuri come sussidiaria rispetto ad altra norma penale;
- c) il fatto concreto non sia sussumibile nella norma penale principale: in tal caso, troverà applicazione quest'ultima norma.

²⁹⁸ COLUCCI - DIMA, *Il principio di specialità*, cit., p. 375.

²⁹⁹ DOLCINI, *sub art. 9*, cit., p. 63.

3.11.5. Le deroghe al principio di specialità. La disciplina degli alimenti e, in particolare, il settore degli abusi di mercato.

La disciplina contenuta nella legge n. 689 del 1981, in quanto disciplina di rango ordinario, ben può essere derogata da discipline di settore contenute in leggi successive, con l'unico limite del rispetto dei principi costituzionali che impongono il rispetto di determinate garanzie sostanziali e procedurali³⁰⁰. Invero, le discipline di settore che hanno introdotto deroghe alla disciplina del concorso apparente di norme contenuta nell'articolo 9 sono state numerose.

La deroga al principio di specialità presente nel terzo comma dell'articolo 9³⁰¹ riguarda solo la disciplina dei reati in materia alimentare di cui agli artt. 5, 6 e 12 della l. n. 283 del 1962. La scelta operata dal legislatore (nel senso dell'applicabilità, in caso di più norme disciplinanti lo stesso fatto, della sola sanzione penale) risponde *in primis* ad esigenze contingenti, volte a preservare - in un settore in cui le violazioni si caratterizzano per un elevato grado di offensività - una spiccata carica preventiva e repressiva al meccanismo di tutela della salute e della sicurezza alimentare, evitando che quest'ultimo venga meno a seguito dell'applicazione di una sanzione amministrativa. L'opzione normativa adottata nell'articolo 9, III comma, risponde anche a un'esigenza di tipo pratico: quando, con D. Lgs. n. 507 del 1999, venne attuata la depenalizzazione in materia di alimenti, il legislatore si trovò di fronte allo sconcertante scenario di una disciplina altamente frammentata, quasi pulviscolare. Nel temere di non riuscire a dominare l'intera materia, optò dunque per una depenalizzazione "a tappeto", ma fece salvi i presidi penali approntati dalla storica normativa del 1962.

A ciò si aggiunge che l'articolo 2 della l. 23 dicembre 1986, n. 898, in materia di aiuti comunitari al settore agricolo prevede l'illecito penale (sussidiario rispetto all'art. 640 *bis* c.p.) di chi "mediante l'esposizione di dati o notizie falsi, consegua indebitamente, per sé o per altri, aiuti, premi, indennità, restituzioni, contributi o

³⁰⁰ COLUCCI - DIMA, *Il principio di specialità*, cit., p. 378.

³⁰¹ "Ai fatti puniti dagli articoli 5, 6 e 12 della legge 30 aprile 1962, n. 283, e successive modificazioni ed integrazioni, si applicano soltanto le disposizioni penali, anche quando i fatti stessi sono puniti con sanzioni amministrative previste da disposizioni speciali in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande". Tale comma è stato inserito dall'art. 95 D. Lgs. n. 507 del 1999.

altre erogazioni a carico totale o parziale del Fondo europeo agricolo di garanzia e del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale”. L’art. 3 della medesima legge stabilisce, poi, che “indipendentemente dalla sanzione penale e qualunque sia l’importo indebitamente percepito, per il fatto indicato nei commi primo e secondo dell’articolo 2 il percettore è tenuto, oltre alla restituzione dell’indebito, al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria pari all’importo indebitamente percepito”. La terminologia usata dal legislatore (“indipendentemente dalla sanzione penale”) dimostra la consapevolezza di quest’ultimo di legiferare in deroga al principio di specialità contenuto nell’articolo 9 della legge n. 689 del 1981, prevedendo espressamente il cumulo materiale di sanzioni di specie diversa³⁰².

Il settore degli abusi di mercato è, però, quello in cui più chiaramente è emersa la volontà del legislatore di vanificare la disciplina del concorso apparente di norme contenuta nella legge n. 689 del 1981, prevedendo espressamente, in diverse ipotesi, il cumulo materiale di sanzioni - penali e amministrative - previste da disposizioni in evidente rapporto di specialità fra di loro.

Nel Testo Unico delle disposizioni in materia d’intermediazione finanziaria (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) vi sono due fattispecie (“Abuso di informazioni privilegiate” e “Manipolazione del mercato”) punite sia come illeciti penali (articoli 184 e 185), sia come illeciti amministrativi (articoli 187-*bis* e 187-*ter*). La chiara e consapevole volontà del legislatore di prevedere il cumulo materiale dei due tipi di sanzione emerge, in maniera evidente, dai due incisi posti al principio delle disposizioni che prevedono le fattispecie d’illecito amministrativo: entrambe, infatti, fanno “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”. Tale salvezza deroga espressamente al principio di specialità di cui all’articolo 9 della legge n. 689 del 1981, essendo la condotta punita sia in sede amministrativa che penale³⁰³.

Sempre in materia d’illeciti aventi ad oggetto la tutela del mercato finanziario, l’art. 187-*terdecies* del T.U.I.F. (rubricato “Esecuzione delle pene pecuniarie e delle sanzioni amministrative pecuniarie nel processo penale”) tradisce la chiara intenzione del legislatore di prevedere l’applicazione congiunta, nella materia *de*

³⁰² Cass., 23 agosto 2006, n. 18343, in *Guida dir.*, 2006, 42, p. 56.

³⁰³ Trib. Milano, 23 novembre 2006, in *Foro ambr.*, 2006, 4, p. 483.

qua, della sanzione penale e di quella amministrativa: a mente del predetto articolo, infatti, quando al reo è già stata inflitta una sanzione amministrativa pecuniaria, l'esazione della pena pecuniaria è limitata alla sola parte eccedente quella già riscossa dall'autorità amministrativa. Seppur in presenza di un meccanismo maggiormente favorevole, di quello che si avrebbe in presenza del semplice cumulo delle sanzioni, tale disposizione dimostra che il legislatore prevede e consente l'applicazione congiunta, in capo al medesimo soggetto, di due sanzioni (penale e amministrativa). E ciò - si badi - prevedendo, per fattispecie avvinte tra loro da un evidente rapporto di specialità³⁰⁴, sanzioni amministrative pecuniarie eccezionalmente afflittive: ciò che ha fatto propendere la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per la qualificazione di tali sanzioni (formalmente) amministrative come sanzioni (sostanzialmente) penali. Una volta affermata la natura sostanzialmente penale di tali sanzioni, è stata consequenziale l'affermazione - da parte sempre della Corte EDU - che tale disciplina nazionale violasse il principio del *ne bis in idem* sostanziale, previsto dall'articolo 7 del Protocollo n. 4 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo³⁰⁵.

3.11.6. Conclusioni sul principio di specialità.

La scelta del principio di specialità, quale criterio regolante il concorso apparente di norme penali e amministrative, da parte del legislatore del 1981, conferma la piena fungibilità tra i due tipi di sanzione, in quanto tendenti a perseguire identiche finalità. Conseguentemente, l'applicazione della sola norma speciale costituisce applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale (diritto a non essere giudicato due volte per il medesimo fatto) di cui l'articolo 9 della l. n. 689 è una concreta applicazione. Ma poiché il rango di tale principio è il medesimo della legge in cui è contenuto, nulla vieta al legislatore - come poi è effettivamente avvenuto - di derogare totalmente a tale principio, prevedendo

³⁰⁴ Infatti, se si analizzano gli illeciti penali e i corrispondenti illeciti amministrativi di *insider trading* e di *market abuse*, ci si accorge che il reato di cui all'art. 184 T.U.I.F. è praticamente identico al corrispondente illecito amministrativo (art. 187 *bis*), mentre l'illecito amministrativo di cui all'art. 187 *ter* è *speciale* rispetto al corrispondente reato (art. 185).

³⁰⁵ Su cui si v. il cap. VI.

ipotesi di cumulo materiale di sanzioni aventi diversa specie. La previsione del cumulo sanzionatorio, in deroga al principio di specialità, pone possibili frizioni con i principi di ragionevolezza e proporzionalità³⁰⁶. Diversamente, si potrebbero considerare i due tipi di sanzione come funzionalmente differenti tra di loro; una lettura di questo genere finirebbe per intaccare il concetto stesso di sanzione amministrativa, la quale non assumerebbe più natura di pena in senso tecnico di zanobiniana memoria, bensì diverrebbe uno strumento, nelle mani della Pubblica Amministrazione, volto alla tutela degli interessi pubblici perseguiti nell'esercizio delle funzioni che le sono proprie. Come abbiamo cercato di dimostrare, quest'interpretazione dello strumento sanzionatorio amministrativo finirebbe tuttavia per disattendere le indicazioni provenienti dalla riforma degli anni Ottanta, la quale ha inteso caratterizzare la sanzione amministrativa nel segno della continuità con la sanzione penale.

Al contrario, la sempre più frequente previsione di sanzioni amministrative cumulabili espressamente con le sanzioni penali, ha reso le prime - da un punto di vista sostanziale - più simili alle seconde; anzi, nel disciplinare tali sanzioni amministrative, il legislatore ha fissato in maniera eccezionalmente elevata sia i massimi sia i minimi edittali, con la conseguenza che tali sanzioni - a causa della loro invasività e afflittività - possono essere considerate vere proprie pene. In tal modo, le disposizioni che prevedevano il cumulo di sanzioni penali con queste "false" sanzioni amministrative hanno finito per legittimare la compresenza di più sanzioni "penali" per il medesimo fatto astrattamente considerato, violando esplicitamente il divieto di *bis in idem* previsto dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.

³⁰⁶ COLUCCI - DIMA, *Il principio di specialità*, cit., p. 380.

3.12. La commisurazione della sanzione amministrativa pecuniaria.

L'articolo 11 della legge n. 689 del 1981³⁰⁷ fissa i criteri-guida per la concreta determinazione sia della sanzione amministrativa pecuniaria all'interno dei limiti edittali stabiliti dalle singole disposizioni, sia per l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie facoltative³⁰⁸.

L'articolo in commento, nel fissare i criteri stabiliti per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie costituisce, insieme con la predeterminazione *ex lege* dei limiti edittali minimi e massimi delle medesime sanzioni, una forma di garanzia nei confronti dell'autore della violazione nell'ambito sia del procedimento d'irrogazione della sanzione amministrativa, che nel diverso (ed eventuale) giudizio d'opposizione all'ordinanza-ingiunzione di pagamento³⁰⁹.

I criteri enucleati dalla norma in oggetto ribadiscono senz'altro la natura punitiva - e non risarcitoria o ripristinatoria - della sanzione amministrativa pecuniaria, intesa, dunque, come pena in senso tecnico. Tali criteri orientano la sanzione amministrativa in senso afflittivo-repressivo, distaccandosi - in tal modo - dal modello civilistico-risarcitorio e avvicinando la disciplina della sanzione amministrativa pecuniaria al modello penalistico³¹⁰.

In particolare, l'articolo 11 prevede che, nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria (fissata dalla legge tra un minimo e un massimo), si deve avere riguardo ai seguenti indici:

a) gravità della violazione;

³⁰⁷ “1. Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”.

³⁰⁸ LAMBERTUCCI, *sub art. 11*, in PALAZZO - PALIERO, *Commentario*, cit., p. 715.

³⁰⁹ MORZENTI PELLEGRINI - MONZANI, *La sanzione amministrativa pecuniaria*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 391.

³¹⁰ Cfr. Cass., 1° marzo 1990, n. 1546, in *Giust. civ. Mass.*, secondo cui i criteri di determinazione della sanzione previsti dall'articolo 11, l. n. 689 del 1981, pur non essendo completamente sovrapponibili a quelli *ex art. 133 c.p.*, consentono di configurare la sanzione amministrativa pecuniaria come sostanzialmente punitiva. In argomento DOLCINI, *sub art. 11*, in DOLCINI - GIARDA - MUCCIARELLI - PALIERO - RIVA CRUGNOLA, *Commentario*, cit., p. 75, secondo cui i criteri finalistici che dovranno sovrintendere alla commisurazione della sanzione amministrativa pecuniaria vanno individuati nell'area della prevenzione generale e speciale.

- b) opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione;
- c) personalità dell'agente;
- d) condizioni economiche dell'agente.

La gravità della violazione va valutata in rapporto agli elementi oggettivi e soggettivi del fatto concreto. I primi consistono nel danno arrecato al bene giuridico o nel pericolo cagionato all'interesse protetto dalla norma, tenendo conto delle modalità della condotta che appaiono specialmente connotate nel senso della pericolosità o dell'antidoverosità³¹¹. La gravità soggettiva della violazione andrà valutata, invece, alla luce del carattere doloso o colposo della condotta, di eventuali cause incidenti, in maniera parziale, sulla capacità d'intendere e di volere del soggetto agente, essendo preclusi altre indagini sull'intensità del dolo o sul grado della colpa³¹².

Rileva anche l'opera posta in essere dall'agente, al fine di eliminare o attenuare le conseguenze derivati dal comportamento concretantesi in violazione amministrativa. A tal proposito, bisogna precisare che non è necessario che sia effettivamente conseguito il risultato utile, ma è sufficiente che il soggetto si sia attivato, mediante l'utilizzo di strumenti idonei, per elidere gli effetti della propria condotta, pur non ottenendo l'obiettivo prefissato, a causa di ragioni a lui non imputabili³¹³.

Il criterio della personalità dell'agente attiene non solo e non tanto alle condotte precedenti la commissione della violazione, bensì alle specifiche condizioni sociali e culturali del soggetto, inclusi il grado d'istruzione e il livello d'inserimento nella collettività sociale. Il criterio in parola permette sicuramente di valutare, quale fattore particolarmente efficace nel disvelarne la personalità, il comportamento del soggetto agente precedente alla trasgressione; in tal modo, l'autorità amministrativa potrà considerare i "precedenti" del soggetto nel settore

³¹¹ Cass., 21 agosto 2009, n. 18610, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2010, p. 28; Cass., 24 marzo 2004, n. 5877, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 3.

³¹² TAR Lazio, Roma, sez. I, 5 settembre 2005, n. 6546, in *Foro amm. Tar*, 2005, p. 2784. Secondo altri, invece, (GIOVAGNOLI - FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Roma, 2009, p. 182) va valutata anche l'intensità dell'elemento soggettivo.

³¹³ DOLCINI, *sub art. 11*, in *Commentario*, cit., p. 73.

in cui egli ha violato la norma sanzionatoria amministrativa, al fine di graduare - all'interno della cornice edittale di pena - la sanzione da irrogare.

L'ultimo indice, quello delle condizioni economiche del trasgressore, permette di graduare la sanzione amministrativa da comminare sulla base delle effettive disponibilità finanziarie del soggetto. Tale criterio assolve, al contempo, sia una funzione di prevenzione generale che di prevenzione speciale. Infatti, la possibilità di "adattare" la sanzione amministrativa (sempre all'interno dei limiti edittali) alla situazione economica del soggetto, consente di evitare che i consociati avvertano la commissione della violazione "conveniente" rispetto alle conseguenze che ne scaturiscano. Inoltre, il criterio in esame consente di non rendere insensibile il trasgressore (in virtù delle sue cospicue disponibilità economiche) all'irrogazione della sanzione amministrativa e, al contrario, di far avvertire in modo non eccessivamente gravoso l'irrogazione della sanzione al soggetto che versi in condizioni monetarie deleterie³¹⁴.

Dall'analisi complessiva dei criteri di commisurazione intraedittali della sanzione amministrativa pecuniaria si evince l'estraneità dell'attuazione di interessi particolari della Pubblica Amministrazione al sistema sanzionatorio amministrativo. In particolare, gli interessi propri della Pubblica Amministrazione vengono in rilievo, nell'ambito della determinazione della sanzione amministrativa, solo in relazione alla gravità della violazione (lesione o messa in pericolo del bene giuridico o dell'interesse protetto); gli altri criteri previsti dall'articolo 11 sono incentrati esclusivamente sulle caratteristiche soggettive dell'autore della violazione. Da ciò discende che la discrezionalità della Pubblica Amministrazione nella determinazione della sanzione (come si dirà meglio nel capitolo sul fondamento costituzionale dell'obbligo procedimentale in capo alla P.A.) non è propriamente una discrezionalità amministrativa, risultando maggiormente vicina alla discrezionalità penale in quanto vincolata, nella determinazione della pena, al rispetto dei limiti edittali e dei criteri di commisurazione³¹⁵. Probabilmente, la discrezionalità della P.A. nella determinazione della pena è una discrezionalità tecnica, assimilabile alla discrezionalità del giudice nell'irrogazione della sanzione, il quale deve compiere

³¹⁴ PALIERO - TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 369.

³¹⁵ MORZENTI PELLEGRINI - MORZANI, *La sanzione amministrativa pecuniaria*, cit., p. 394.

valutazioni obiettive nel rispetto degli indici commisurativi previsti dalla legge, al fine di “fare Giustizia” in concreto, e non a tutelare altri interessi³¹⁶.

3.13. L’ambito di applicazione della legge 24 novembre 1981, n. 689.

L’articolo 12 della l. n. 689 del 1981³¹⁷ definisce l’ambito di applicazione dei principi generali in materia d’illeciti amministrativi previsti dal Capo I della legge. In realtà, la collocazione sistematica della norma è poco felice, in quanto è posta all’interno della Sezione I, dedicata ai principi sostanziali: dovrebbe dunque dedursi che solo i principi contenuti in tale Sezione assurgano al ruolo di principi generali dell’illecito amministrativo; ciò non è corretto, in quanto anche le disposizioni più propriamente processuali (di cui alla Sezione II) fanno parte dei principi generali dell’illecito amministrativo.

L’articolo 12 stabilisce che le disposizioni del Capo I (artt. 1-43) si osservano “in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale”. Le disposizioni medesime non si applicano alle violazioni disciplinari.

Nell’ambito dei lavori preparatori della legge di riforma, era emersa la volontà - quantomeno per quanto riguarda i principi sostanziali - di estendere i principi della l. n. 689 a tutte le violazioni per cui fosse prevista una sanzione amministrativa, ad esclusione dell’illecito disciplinare³¹⁸. A fronte di un’impostazione così ampia, va rilevata la finale affermazione di un orientamento maggiormente restrittivo, in merito all’ambito di applicazione della nuova legge,

³¹⁶ CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, p. 280.

³¹⁷ “1. Le disposizioni di questo capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari”.

³¹⁸ Cfr. art. L e art. 22 del Testo Unificato, approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 31 luglio 1980. In argomento si v. DOLCINI - PALIERO, *I principi generali*, cit., p. 1155.

limitata alle sole sanzioni amministrative pecuniarie³¹⁹. Con esclusione, dunque, delle sanzioni aventi contenuto riparatorio o ripristinatorio.

Inoltre, lo stesso articolo 12 inserisce due clausole di riserva che limitano ulteriormente il campo d'applicazione della legge in commento. Si tratta della cd. clausola di applicabilità (le disposizioni si osservano "in quanto applicabili") e della cd. clausola di salvezza (le disposizioni si osservano "salvo che non sia altrimenti stabilito").

In definitiva, la disciplina prevista al Capo I della l. n. 689 del 1981, si applica a tutti gli illeciti amministrativi, sia depenalizzati che tali *ab origine*, per i quali è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria, con le seguenti precisazioni:

- a) sono escluse le sanzioni non consistenti nel pagamento di una somma di denaro o non aventi carattere punitivo;
- b) sono fatte salve le discipline speciali e di settore;
- c) esulano dall'ambito applicativo della legge le sanzioni disciplinari.

3.13.1. Le varie tipologie di sanzioni amministrative.

Volendo approfondire l'aspetto ora trattato, si può affermare che il diritto positivo conosce un'ampia gamma di misure amministrative a carattere sanzionatorio. Si può suddividere l'ampio *genus* delle sanzioni amministrative in:

- sanzioni amministrative di tipo afflittivo, consistenti nell'irrogazione di una sanzione a carattere pecuniario, graduata tra un minimo e un massimo edittali, spesso collegata a misure interdittive a carattere accessorio (si v. art. 20 l. n. 689 del 1981);

- sanzioni amministrative di tipo ripristinatorio, consistenti in un *facere* imposto al trasgressore per ripristinare o reintegrare l'interesse pubblico leso e riportare la

³¹⁹ Secondo M.A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, pp. 1 ss., la limitazione dell'ambito di applicazione della legge "alle sole pene pecuniarie fu essenzialmente ispirata da ragioni di ordine prudenziale nei confronti, da una parte, di quelle che impropriamente venivano considerate come sanzioni reintegrative e soddisfattive...e, dall'altra, di quelle sanzioni che possono, in certo senso, definirsi "obiettive" o "reali" per lo stretto indefettibile collegamento che presentano con la cosa oggetto o fonte della trasgressione, rivelando in questo modo l'evidente riferimento ad una disciplina più generalmente interessante l'intero *genus* delle cd. "sanzioni punitive", applicabile, per quanto compatibile con il loro precipuo carattere, anche nei confronti delle pene reali".

situazione fattuale nello *status quo ante* (si pensi alle varie misure ripristinatorie previste nella legislazione urbanistica e paesaggistica);

- misure di tipo interdittivo non collegate alle sanzioni pecuniarie principali³²⁰.

I primi commentatori della legge si sono interrogati sulla possibile applicabilità della legge in oggetto a tutte le categorie di sanzioni amministrative sopra indicate o solo ad alcune di esse. Come anticipato, tuttavia, la *littera legis* e i lavori preparatori militano chiaramente a favore dell'applicabilità della legge alle sole sanzioni amministrative pecuniarie, depenalizzate o amministrative ab origine. L'espressione "sanzioni amministrative pecuniarie" fa riferimento alle sole sanzioni amministrative aventi carattere afflittivo³²¹. Una precisazione, tuttavia, è d'obbligo: la legge in commento si applica anche a tutte le sanzioni non aventi carattere pecuniario, collegate a una sanzione amministrativa principale di tipo pecuniario. Si tratta, all'evidenza, di sanzioni di tipo interdittivo con funzione di prevenzione generale e speciale: l'articolo 20 della legge n. 689 (relativo alle "Sanzioni amministrative accessorie"), nel prevedere che - nell'ipotesi di depenalizzazione - le sanzioni penali accessorie a carattere interdittivo si trasformino in sanzioni amministrative accessorie, consente all'autorità amministrativa (o al giudice in sede di opposizione), con l'atto d'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, di comminare altresì sanzioni a carattere non pecuniario, bensì, appunto, interdittivo³²².

3.13.2. Esclusioni dall'ambito di applicazione della legge.

In origine, erano escluse dal campo di applicazione della l. n. 689 anche le violazioni in materia finanziaria (si v. l'abrogato art. 39, III comma, l. n. 689 del 1981). Tale esclusione non è più presente dopo l'introduzione del D.Lgs. n. 472 del 1997, che ha costruito un articolato sistema di responsabilità penale-amministrativa e che, non per nulla, richiama espressamente la legge del 1981 per

³²⁰ LAMBERTUCCI, *sub art. 12*, in PALAZZO - PALIERO, *Commentario*, cit., p. 718

³²¹ DOLCINI, *sub art. 12*, in *Commentario*, cit., p. 83.

³²² LAMBERTUCCI, *sub art. 12*, cit., p. 719.

tutto quanto non espressamente disciplinato dalla legge regolante gli illeciti amministrativi tributari.

Le violazioni di carattere disciplinare, invece, sono tuttora escluse dal campo di applicazione della legge. Pur appartenendo al *genus* delle sanzioni amministrative, le sanzioni disciplinari possiedono caratteristiche peculiari che impediscono di applicare ad esse, anche solo parzialmente, la disciplina dettata per le sanzioni amministrative pecuniarie. Infatti, caratteristica propria dell'illecito disciplinare è la sussistenza di un rapporto di supremazia speciale tra la Pubblica Amministrazione e il soggetto. Tale rapporto di soggezione è tradizionalmente indice di una situazione di preminenza dell'amministrazione verso il cittadino, che giustifica la pretesa unilaterale, da parte dell'apparato amministrativo, di determinati comportamenti ritenuti necessari per la tutela di specifiche funzioni pubbliche³²³. Secondo la tesi tradizionale, il potere che deriva da tale rapporto (liberamente assunto o coattivamente imposto) impedisce inoltre una preventiva tipizzazione delle condotte integranti violazioni disciplinari, in quanto posto a presidio dell'adempimento dei doveri d'ufficio nei confronti della P.A. ed è considerato immanente nel sistema dei poteri pubblicistici, quindi insuscettibile di inquadramento in determinate norme precettive. Il soggetto che si trova in tale situazione è titolare di generici doveri di comportamento nei confronti dell'ufficio pubblico: ciò spiega perché il potere disciplinare è sottoposto ad un blando principio di legalità, che consente - in ogni caso - all'ufficio titolare di tale potere di esercitare un'ampia discrezionalità sia in ordine all'*an* che al *quantum* della sanzione disciplinare³²⁴.

Peraltro, la categoria delle sanzioni disciplinari, a seguito del D. Lgs. 29 del 1993 e del D.Lgs. 80 del 1998, è stata oggetto di privatizzazione, perdendo gran parte della rilevanza pratica che fino ad allora l'aveva caratterizzata e venendo sostituita da un rapporto integralmente contrattualizzato.

³²³ PELLIZZER - BURANELLO, *Disciplina sulle sanzioni amministrative ed ambito di applicazione*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, cit., p. 15.

³²⁴ *Ibidem*, *op. loc. ult. cit.*

4. I principi procedurali - processuali.

4.1. La Sezione II del Capo I della legge n. 689 del 1981.

In questo paragrafo si darà brevemente conto dei principi che la l. n. 689 del 1981 detta in materia di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie.

La Sezione II della legge in commento (articoli 13 - 38) è rubricata, appunto, “Applicazione” e si riferisce ai moduli procedimental-processuali della sanzione amministrativa pecuniaria.

La legge in oggetto individua un procedimento-tipo, articolato a sua volta in due fasi: una prima fase incentrata sull’attività degli organi di vigilanza, preordinata all’acquisizione di elementi istruttori e finalizzata alla contestazione formale dell’illecito (artt. 13, 14 e 15); la seconda fase, invece, è incentrata sull’attività dell’organo titolare del potere sanzionatorio, attività di natura decisoria, culminante con l’adozione del provvedimento di ordinanza-ingiunzione oppure con l’ordinanza di archiviazione di cui all’articolo 18 (sempre che il soggetto a cui è stata notificata la contestazione della violazione non abbia scelto la via del pagamento in misura ridotta, e, di conseguenza, l’agente che ha accertato la violazione debba consegnare il rapporto all’autorità amministrativa competente, artt. 16 e 17). L’emissione dell’ordinanza-ingiunzione contiene la determinazione motivata della somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento, costituendo, di per sé, titolo esecutivo per la riscossione della somma in essa indicata³²⁵.

A questo punto si apre la fase propriamente processuale, in quanto l’ordinanza-ingiunzione è impugnabile innanzi al giudice civile (o al giudice penale in caso di connessione obiettiva con un reato, art. 24). A seguito dell’entrata in vigore del D. Lgs. 1° settembre 2011, n. 150, di riforma del processo civile, il giudizio di opposizione all’ordinanza-ingiunzione si svolge secondo le regole del rito del lavoro di cui agli artt. 409 ss. c.p.c. (cfr. art. 6 D. Lgs. 150/2011). La competenza a giudicare sul provvedimento di ordinanza-ingiunzione appartiene al giudice di

³²⁵ PITTARO, voce *Depenalizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., X, 2007, p. 4; PALIERO - TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 395.

pace (art. 6, IV comma, D. Lgs. cit.); ma vi sono casi di più elevata rilevanza (art. 6, V comma, D. Lgs. cit.) in cui la competenza spetta al tribunale civile in composizione di giudice del lavoro³²⁶. Inoltre (artt. 5, I comma e 6, VII comma D. Lgs. cit.), il giudice può, ricorrendone gravi e circostanziate ragioni, sospendere l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato.

Pur essendo regolato da una disciplina di carattere processualcivilistico, il criterio decisorio pare più vicino a *standards* penalistici, piuttosto che al modello civilistico: si prevede, infatti, che il giudice accolga l'opposizione ad ordinanza-ingiunzione quando “non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente” (art. 6, XI comma, D. Lgs. cit.). Dunque, l'*onus probandi* viene posto espressamente a carico dell'autorità che ha irrogato la sanzione nella prima fase, quella procedimentale; qualora questa non riesca a dimostrare la responsabilità dell'incolpato, il giudice dovrà accogliere l'opposizione³²⁷. Si noti che ci si trova dinanzi a una singolare ipotesi di annullamento dell'atto amministrativo da parte dell'autorità giurisdizionale ordinaria, la quale non si limita semplicemente a disapplicare l'atto, ma lo valuta nel merito, potendo egli annullarlo - anche parzialmente - o modificarlo in relazione al solo quantum sanzionatorio³²⁸.

Infine, l'articolo 20 della l. n. 689 del 1981 prevede la possibilità, per il giudice dell'opposizione (o per il giudice penale, nel caso di cui all'art. 24 l. cit.), di irrogare, come sanzioni amministrative, quelle previste dalle disposizioni vigenti come sanzioni penali accessorie, “quando esse consistono nella privazione o sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione”. Il richiamo qui effettuato alle pene accessorie evidenzia la vicinanza della sanzione amministrativa a quella penale, caratterizzando la prima secondo un

³²⁶ La competenza spetta al giudice togato, e non a quello onorario:

- a) se per la violazione È prevista una sanzione pecuniaria superiore nel massimo a 15.493 euro;
- b) quando, essendo la violazione punita con sanzione pecuniaria proporzionale senza previsione di un limite massimo, È stata applicata una sanzione superiore a 15.493 euro;
- c) quando È stata applicata una sanzione di natura diversa da quella pecuniaria, sola o congiunta a quest'ultima, fatta eccezione per le violazioni previste dal regio decreto 21 dicembre 1933, n. 1736, dalla legge 15 dicembre 1990, n. 386 e dal decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285.

³²⁷ A mente del comma 12 del medesimo articolo, il giudice può annullare in tutto o in parte l'ordinanza o modificarla limitatamente all'entità della sanzione dovuta, la quale è determinata in misura non inferiore al minimo edittale.

³²⁸ Si v. l'art. 113 Cost.: “La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione, nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”.

modello para-penale che trova ampia espressione nelle disposizioni della legge di riforma del 1981.

5. Profili di diritto intertemporale.

5.1. La disciplina delle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della legge 24 novembre 1989, n. 681.

L'articolo 40 della legge n. 689³²⁹ ha reso applicabili alle violazioni commesse precedentemente all'entrata in vigore della legge medesima - avvenuta il 29 maggio 1982 - la disciplina contenuta nel Capo I. Per comprendere appieno la portata della disposizione in oggetto, occorre coordinarla con la disciplina codicistica in tema di successione di leggi penali nel tempo.

Una delle novità della riforma del 1981 è stata, come si è avuto modo di analizzare, l'estensione della depenalizzazione iniziata con le leggi degli anni 1967 - 1975. Se non fosse stata prevista una disposizione simile a quella dell'articolo 40, in relazione agli illeciti penali oggetto dell'intervento di depenalizzazione si sarebbe verificato il fenomeno dell'*abolitio criminis* previsto dall'art. 2, II comma, c.p., con conseguente impossibilità di punire penalmente gli illeciti depenalizzati. Questi ultimi, però, non sarebbero stati punibili neppure in via amministrativa, a ciò ostando il principio d'irretroattività dell'illecito amministrativo disciplinato nell'art. 1, I comma, l. n. 689, in quanto la disposizione che prevede la sanzione amministrativa sarebbe entrata in vigore successivamente alla commissione del fatto (integrante, al tempo, illecito penale). Dunque, sarebbe stata preclusa - a tali illeciti - l'applicazione di qualsiasi forma di sanzione.

La *ratio* della disposizione era chiara: la depenalizzazione (transito da illecito penale a illecito amministrativo) non comporta il venir meno della valutazione negativa compiuta dall'ordinamento giuridico nei confronti della condotta tenuta

³²⁹ “1. Le disposizioni di questo capo si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito”.

dal soggetto e della sua sanzionabilità, perché quello che muta è esclusivamente la disciplina di riferimento per l'irrogazione della sanzione. Il fatto era e rimane appartenente al *genus* dell'illecito, ma varia la *species* di riferimento.

Se è possibile, dunque, condividere l'affermazione della giurisprudenza, secondo cui la disposizione contenuta nell'articolo 40 costituiva una deroga all'operare del principio d'irretroattività dell'illecito amministrativo, in quanto implicante la retroattività della disciplina sanzionatoria amministrativa³³⁰, è doveroso operare una precisazione. Infatti, appare più convincente la tesi secondo cui la norma *de qua* era espressione del principio del *favor rei*, similmente a quanto avviene per la disciplina dettata dall'art. 2, IV comma, c.p. il quale, regolamentando l'ipotesi di successione di norme penali nel tempo, stabilisce - in caso di diversità tra la legge del *tempus commissi delicti* e le successive - che debba trovare applicazione la norma più favorevole al reo. La norma di cui all'articolo 40 si era resa necessaria perché la regola dettata dall'art. 2, IV comma, c.p. non sarebbe stata applicabile alle ipotesi di illeciti penali trasformati in illeciti amministrativi, in quanto riferita alla sola successione tra norme penali. In altri termini, il fenomeno della depenalizzazione incideva sulla competenza sanzionatoria, ma non sull'illiceità del fatto³³¹.

Questione del tutto peculiare, affrontata (e risolta, come si vedrà) dalla giurisprudenza di legittimità con esiti spesso differenti tra loro, è stata quella dell'applicabilità della norma di cui all'articolo 40 in presenza di leggi di depenalizzazione carenti di norme transitorie. In altre parole, ci si chiedeva se la norma in oggetto esprima un principio di carattere generale, applicabile in tutte le

³³⁰ Cass., 22 ottobre 2003, n. 15785, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 10.

³³¹ PAGLIARI, *Il principio di legalità*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, cit., p. 29. La giurisprudenza della Suprema Corte, in ordine alla possibilità di applicare l'articolo 2, IV comma, c.p., registra orientamenti differenti. Infatti, se per Cass., sez. lav., 17 giugno 1997, n. 5429, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1004, "l'art. 2 c.p. fa esclusivo riferimento alla successione nel tempo delle disposizioni che hanno, tutte, natura penale, laddove la non equiparabilità tra sanzioni pecuniarie amministrative e sanzioni pecuniarie penali impedisce il raffronto tra le relative disposizioni al fine di applicare quelle più favorevoli", per Cass., 7 marzo 2005, n. 4924, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 3, "in caso di trasformazione di illeciti penali in illeciti amministrativi, i fatti commessi nel vigore della precedente disciplina non restano, anche in difetto di apposite norme transitorie, sottratte a qualsiasi sanzione, ma - in considerazione della *ratio legis*, che è quella di attenuare, non già di eliminare, la sanzione per un fatto che rimane illecito - trova comunque applicazione quella amministrativa. Infatti, per un verso, il principio dell'applicazione della norma sopravvenuta più favorevole al reo (art. 2, IV comma, c.p.) si riferisce anche al caso di trasformazione dell'illecito penale in illecito amministrativo; per altro verso, l'art. 40 della l. 24 novembre 1981, n. 689, esprime un principio di carattere generale".

ipotesi di depenalizzazione, oppure se la sua operatività fosse limitata solo agli illeciti da essa depenalizzati.

Nel corso degli anni, a sentenze rientranti nell'orientamento restrittivo (applicabilità dell'articolo 40 ai soli illeciti depenalizzati dalla legge n. 689)³³², si sono contrapposte pronunce favorevoli all'applicazione di tale norma anche in assenza di una espressa disciplina transitoria³³³. Da ultimo, il contrasto giurisprudenziale emerso in seno alla Corte di legittimità è stato risolto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali si sono espresse nel senso dell'inapplicabilità della disciplina di cui agli artt. 40 e 41, l. 689 del 1981, ad altre ipotesi di depenalizzazione, in assenza di disciplina transitoria³³⁴.

³³² Indirizzo inaugurato da Cass., Sez. Un., 16 marzo 1994, n. 7394, *Mazza*, in *Cass. pen.*, 1995, 1806, con nota di Albano, secondo cui nelle ipotesi di trasformazione di un reato in illecito amministrativo l'autorità giudiziaria, nel prosciogliere l'imputato perché il fatto non è più previsto come reato dalla legge, non ha l'obbligo di trasmettere gli atti all'autorità amministrativa. Tale assunto era suffragato sia dalla considerazione per cui l'articolo 2, c.p., si riferisce ai soli illeciti penali, sia dal fatto che il principio d'irretroattività dell'illecito amministrativo - sancito nell'art. 1 l. n. 689 del 1981 - impediva l'applicazione della sanzione amministrativa. Inoltre, le norme di cui agli artt. 40 e 41 avrebbero carattere del tutto eccezionale e transitorio, come confermato dalla *littera legis*. Numerose le sentenze che, negli anni, hanno sposato quest'orientamento: Cass., 14 dicembre 2011, n. 1401, Clerico; Cass., 26 ottobre 2010, n. 41564, Ossen; Cass., 28 settembre 2010, n. 38692, La Mantia.

³³³ Si v. Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2004, n. 1327, *Li Calzi*, secondo cui "in caso di annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per non essere il fatto previsto dalla legge come reato, ma solo come illecito amministrativo, la Corte di Cassazione dispone sempre la trasmissione degli atti all'autorità amministrativa competente, in forza della disposizione di carattere generale di cui all'articolo 41, legge 24 novembre 1981, n. 689. Successivamente, Cass., 25 gennaio 2006, n. 7180, *Seye*, si è uniformata all'orientamento espresso dalla sentenza *Li Calzi*, in base alla considerazione secondo cui il principio contenuto nell'art. 2, IV comma, c.p., relativo alla sopravvenienza di norma più favorevole al reo si applica anche alla successione illecito penale - illecito amministrativo; inoltre, l'articolo 40 della legge n. 689 esprime un principio di carattere generale, non limitato alle sole ipotesi previste nella legge medesima. Si veda, a sostegno della tesi qui espressa, anche Cass., 30 gennaio 1995, n. 1108, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 235: "in tema di sanzioni amministrative, il coordinamento degli artt. 1 e 40 della l. 24 novembre 1981, n. 689 - esprimenti entrambi principi di carattere generale non limitati alle violazioni contemplate nella legge stessa, ma applicabili, in difetto di apposita disciplina transitoria appositamente dettata, a tutti i provvedimenti di depenalizzazione - comporta la non assoggettabilità a sanzione amministrativa di violazioni commesse prima dell'entrata in vigore della legge introduttiva della sanzione, attinenti a fatti sforniti di valenza illecita all'epoca della loro commissione; nell'ipotesi, invece, di fatti anteriormente costituenti reato e successivamente depenalizzati, la sanzione amministrativa deve essere applicata, anche se il fatto illecito sia stato commesso prima dell'entrata in vigore della legge di depenalizzazione, ma nel vigore della precedente disciplina attribuita al fatto rilevanza penale, senza che ciò implichi lesione del principio di legalità sancito dal menzionato art. 1".

³³⁴ Cass. pen., Sez. Un., 29.3.2012 (dep. 28.6.2012), n. 25457, Pres. Lupo, Rel. Fiale, ric. C., in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 luglio 2012, con nota di ROMEO, *Le Sezioni Unite sulla successione tra reato e illecito amministrativo*. La Suprema Corte afferma, nella sentenza in oggetto, che "l'autorità giudiziaria che assolve l'imputato per sopravvenuta depenalizzazione del fatto non deve trasmettere gli atti all'autorità amministrativa per l'irrogazione della relativa sanzione in assenza di disposizioni transitorie ad hoc nella legge di depenalizzazione". Giunge a

Infine, è necessario segnalare che l'operatività del meccanismo di cui all'articolo 40 operava solo quando il procedimento penale per l'applicazione delle sanzioni depenalizzate non fosse stato definito: ovverosia, la sentenza penale non doveva essere passata in giudicato³³⁵. Nel caso in cui la sentenza fosse già passata in giudicato, invece, avrebbe trovato applicazione il comma secondo dell'art. 2, c.p., con conseguente cessazione dell'esecuzione della pena e di ogni altro effetto penale della condanna.

6. Profili comparatistici. Cenni al sistema tedesco delle *Ordnungswidrigkeiten*.

6.1. Nozione di *Ordnungswidrigkeiten*.

Con il termine *Ordnungswidrigkeit* s'intende, nell'ordinamento giuridico tedesco, l'illecito amministrativo punito con sanzione amministrativa pecuniaria. Quest'ultima, a sua volta, è indicata con l'appellativo di *Geldbusse*. Il criterio prescelto per differenziare il sistema dell'illecito amministrativo pecuniario dalle altre forme d'illecito è, in quel sistema giuridico, di tipo formale: è lo strumento sanzionatorio, non la materia disciplinata, a contrassegnare il sistema delle *Ordnungswidrigkeiten* nell'ordinamento tedesco³³⁶.

tali conclusioni partendo dalla piena autonomia dei connotati e dei principi degli illeciti penali rispetto a quelli amministrativi: mentre per i primi vale il principio della retroattività *in mitius*, per i secondi opera il solo principio d'irretroattività della disposizione più favorevole. Inoltre, emerge il carattere eccezionale delle norme transitorie contenute negli artt. 40 e 41 l. cit. che, insieme al ripudio della teoria della persistenza dell'illecito (permanere del carattere illecito del fatto nel passaggio da illecito penale a illecito amministrativo, in quanto non viene modificata solo la natura della sanzione, ma muta esclusivamente la valutazione del disvalore sociale del fatto) porta all'affermazione dell'inapplicabilità degli articoli 40 e 41 l. n. 689 al di fuori delle ipotesi di depenalizzazione previste nella legge medesima.

³³⁵ PAGLIARI, *Il principio di legalità*, cit., p. 30; COLLA - MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001, p. 265.

³³⁶ In argomento, si v. PALIERO, voce "*Ordnungswidrigkeiten*", in *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino, 1995, p. 125; DOLCINI - PALIERO, *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 1134; PALIERO, *Il "diritto penale-amministrativo": profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, p. 1254; PALIERO, *Profili*

6.2. Evoluzione storica.

Da un punto di vista storico-legislativo, il sistema delle *Ordnungswidrigkeiten* si afferma - come figura d'illecito tipica e dotata di un certo livello di autonomia - al termine di un lungo processo di codificazione, culminato nell'emanazione - nell'allora Repubblica Federale Tedesca - di una "legge generale" sulle *Ordnungswidrigkeiten*³³⁷, che costituisce un vero e proprio "codice" dell'illecito penale-amministrativo.

In realtà, la separazione legislativa - e non solo dogmatica - tra illecito penale e illecito amministrativo si realizzò, nell'allora Germania Occidentale, già a partire dalla legge per la semplificazione del diritto penale dell'economia del 26 giugno 1949 la quale, configurando una forma d'illecito amministrativo punito con una *Geldbusse* (sanzione amministrativa pecuniaria), sancì la definitiva distinzione dell'illecito penale dall'illecito amministrativo a carattere afflittivo (e non, quindi, risarcitorio o ripristinatorio).

In questo primo importante intervento normativo si assiste ad una bipartizione tra comportamenti che ledono o mettono in pericolo beni giuridici, cioè interessi rilevanti che devono, in ogni caso, ricevere tutela (e che, pertanto, meritano la previsione della sanzione penale), e illeciti offensivi del generico interesse alla collaborazione tra Pubblica Amministrazione e cittadinanza, i quali assumono la qualifica - meno grave - di delitti amministrativi.

La contrapposizione tra i due tipi d'illecito (penale e amministrativo), fondata su rigidi criteri di stampo formale e astratto (tipologia di sanzione comminata), venne estesa all'intero ordinamento tedesco dalla "legge quadro" (*Rahmengesetz*) del 25 maggio 1952, in base alla quale costituiscono reati i fatti per cui è comminata una pena (*Strafe*), e illeciti amministrativi quelli a cui è collegata una sanzione amministrativa pecuniaria (*Geldbusse*)³³⁸.

Nel 1968, come detto in precedenza, si giunse all'approvazione della legge generale sull'illecito penale-amministrativo (*Ordnungswidrigkeitengesetz*), vero e

comparatistici del "diritto penale amministrativo" (Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera), in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione* (Varenna, 18-20 settembre 1980), 1982, p. 419.

³³⁷ *Ordnungswidrigkeitengesetz* del 24 maggio 1968.

³³⁸ PALIERO, voce *Ordnungswidrigkeiten*, cit., p. 126.

proprio “codice” di tale tipologia d’illecito. La legge si compone di 112 paragrafi e anticipa, per molti aspetti, soluzioni dogmatiche che saranno accolte nella riforma del codice penale della RFT, in corso proprio in quegli anni. Inoltre, è da segnalare che, con legge del 2 gennaio 1975, sono state aggiunte alla cd. parte generale dell’illecito penale-amministrativo codificata nel 1968, un elenco di fattispecie (diciotto, per la precisione) costituenti la cd. parte speciale dell’illecito *de quo*, senza mutare le soluzioni introdotte nel 1968. La previsione della cd. *parte speciale* si rese necessaria a seguito della depenalizzazione³³⁹ delle contravvenzioni e dei delitti lievi (puniti con pena pecuniaria sola o congiunta a pena detentiva inferiore nel massimo a sei mesi): la maggior parte delle contravvenzioni previste nel codice penale trasmigrò, in questo modo, nella parte speciale del codice dell’illecito penale-amministrativo³⁴⁰.

Nell’arco di circa trent’anni, l’ambito di applicazione dell’illecito penale-amministrativo si è esteso a diversi settori un tempo rientranti nella legislazione penale accessoria: la depenalizzazione ha riguardato, infatti, il già citato settore economico; il settore degli illeciti finanziari; il campo degli illeciti in materia ambientale e alimentare; infine, l’ambito della circolazione stradale, depenalizzato - in linea con le tendenze di politica criminale emergenti nell’Europa continentale - con la *Strassenverkehrsordnung* del 16 novembre 1970³⁴¹.

Il sistema di controllo sociale dei comportamenti illeciti si sviluppa, in Germania, lungo due linee direttrici: la prima, costituita dai reati lesivi di beni giuridici e puniti con sanzione penale (crimini e delitti); la seconda, formata dai comportamenti ritenuti meno gravi - in quanto incidenti su interessi generali della collettività o concretantesi in forme di aggressione mediata e indiretta a beni giuridici già tutelati con sanzione penale - puniti con sanzione amministrativa pecuniaria.

Similmente a quanto avvenuto nell’ordinamento italiano, non è possibile ipotizzare una distinzione reato-illecito amministrativo basata sulle funzioni o sulla finalità perseguite dai due diversi tipi d’illecito. Infatti, l’identità sia della

³³⁹ Avvenuta nel 1975 con la riforma del codice penale della RFT.

³⁴⁰ PALIERO, voce *Ordnungswidrigkeitengesetz*, cit., p. 126.

³⁴¹ In tempi più recenti, si è assistito all’opposto processo di ripenalizzazione, relativamente ad alcune forme di aggressione a beni giuridici ritenute meritevoli di sanzione penale: si pensi alla prima (1976) e alla seconda (1986) legge per la lotta alla criminalità economica.

funzione (tutela d'interessi socialmente rilevanti) che delle finalità (prevenzione generale e speciale) provoca l'impossibilità di operare differenze di tipo qualitativo tra illecito penale e illecito amministrativo; dovendoci limitare a considerazioni di tipo quantitativo, basate sul grado di afflittività della sanzione, conseguenti a insindacabili valutazioni compiute dal legislatore.

6.3. Il sistema delle fonti.

Il sistema delle fonti previsto nell'*Ordnungswidrigkeitengesetz* s'ispira chiaramente ai principi penalistici in materia di legge penale; al § 3 dell'*OWiG*, infatti, viene enunciato il principio di legalità, con tutti i suoi corollari (irretroattività, riserva di legge, determinatezza, divieto di analogia). In particolare, la riserva di legge va intesa in senso relativo e non assoluto, in quanto i regolamenti delle Autorità centrali o locali possono prevedere fattispecie d'illecito amministrativo, purché espressamente autorizzate da una norma di legge. Il principio d'irretroattività dell'illecito amministrativo trova integrale disciplina, così come il meccanismo della successione di leggi amministrative nel tempo (entrambi chiaramente mutuati dalla disciplina penalistica). I principi di determinatezza e del divieto di analogia (rivolto sia all'autorità amministrativa che al giudice), infine, vengono dedotti in via interpretativa dal disposto del § 3 dell'*OWiG*.

6.4. Cenni sulla struttura dell'*Ordnungswidrigkeit*.

Dal punto di vista strutturale l'*Ordnungswidrigkeit* è strutturato come un illecito tipico, antigiusdittico e colpevole: lo conferma sia il dettato del § 1 dell'*OWiG* (costituisce *Ordnungswidrigkeit* il fatto antigiusdittico e riprovevole che integra una fattispecie legale per la quale sia comminata una *Geldbusse*). Anche la disciplina contenuta nella legge del 1968 milita in tal senso:

- a) la legge in oggetto prevede le scriminanti dello stato di necessità e della legittima difesa: ciò conferma che un fatto tipico non può costituire illecito amministrativo, se non è anche antigiuridico³⁴²;
- b) l'elemento soggettivo caratterizza l'illecito, in quanto la colpevolezza è il momento fondante dell'illecito amministrativo: la formula utilizzata nell'*OWiG* individua il dolo come regola e la colpa come eccezione. La disciplina dell'errore, che prevede la scusabilità dell'*error iuris* incolpevole, costituisce espressione di forte garanzia per il soggetto agente, in settori caratterizzati da elevato tecnicismo nella conformazione delle singole fattispecie illecite. Inoltre, nel § 11 trova compiuta regolamentazione, accanto all'*error iuris*, anche l'*error facti*, che esclude il dolo, lasciando però impregiudicata la responsabilità a titolo di colpa.
- c) il principio di personalità della responsabilità è rispettato in quanto la responsabilità si configura come personale e colpevole. Una notevole innovazione, non recepita appieno nella legge n. 689 del 1981, consiste nella rinuncia al principio *societas delinquere non potest*, mediante la previsione di una responsabilità *concorrente* (e non, come nell'art. 6 della l. n. 689, *solidale*) della persona giuridica, della società commerciale di persone e dell'associazione non personificata (§ 10 *OWiG*). Vi sono, altresì, casi di responsabilità personale colposa per ipotesi di *culpa in vigilando*, mentre in altri ordinamenti (es. quello italiano, cfr. art. 2, II comma, l. n. 689 del 1981) la soluzione adottata in queste situazioni è quella della responsabilità *solidale*.
- d) la tipologia delle sanzioni è incentrata, principalmente, sulla pena pecuniaria. Ai fini della commisurazione intra-edittale della sanzione, possono essere prese in considerazione le condizioni economiche soggetto agente (al fine di garantire una maggior uguaglianza sostanziale), ma solo per l'irrogazione di sanzioni di entità non esigua; al contrario, per sanzioni di scarsa entità, esigenze di celerità impongono di non tenere conto della situazione finanziaria del soggetto³⁴³.

³⁴² La previsione come scriminante (e non come scusante) dello stato di necessità costituisce un'importante innovazione rispetto alla tradizione soggettivistica tedesca. Tale soluzione anticipa di qualche anno la scelta compiuta in occasione della riforma del codice penale. Parla di "esperienza-pilota" per il diritto penale PALIERO, voce *Ordnungswidrigkeiten*, cit., p. 128.

³⁴³ PALIERO, voce *Ordnungswidrigkeiten*, cit., pp. 128-129.

6.5. Il modello delle *Ordnungswidrigkeiten* come riferimento per i legislatori europei continentali.

La codificazione del diritto penale-amministrativo avvenuta nella repubblica Federale Tedesca, iniziata alla fine degli anni Quaranta e conclusasi circa vent'anni dopo, ha costituito un importante modello di riferimento per i legislatori dei Paesi europei, impegnati - questi ultimi - nel tentativo di "sfoltire" considerevolmente l'agglomerato indistinto delle fattispecie penalistiche, al fine di caratterizzare l'utilizzo della sanzione penale in termini di frammentarietà e sussidiarietà. Inoltre, l'esperienza applicativa realizzatasi nella RFT, a seguito dell'entrata in vigore - nel 1968 - della *Ordnungswidrigkeitengesetz*, ha dimostrato che la costruzione di un moderno sistema dell'illecito amministrativo punitivo è in grado di risolvere i molteplici e delicati problemi di cui è inevitabilmente foriera la proliferazione delle fattispecie penalistiche.

Allargando il campo dell'analisi alle altre esperienze legislative, viene immediatamente in rilievo l'emanazione, nella Repubblica Democratica Tedesca (Germania Est), della legge organica sulle *Ordnungswidrigkeiten* basata essenzialmente sul modello della Germania Occidentale; ciò, in netta antitesi rispetto alle scelte di politica legislativa tipiche di quel sistema giuridico.

Di estremo rilievo sono le riforme approvate in Portogallo (d.l. 232/1979 e 433/1982) e in Italia (l. n. 689 /1981 di "Modifiche al sistema penale"). Sia il *contraordenação* portoghese, che l'illecito penale-amministrativo italiano, sono fortemente ispirati al modello delle *Ordnungswidrigkeiten* tedesco. Il modello strutturale emerso nella legislazione della Germania Occidentale è stato - pur con notevoli differenze, basti pensare all'esperienza italiana - "preso in prestito" da altri ordinamenti giuridici per strutturare nuovi modelli d'illecito funzionali, in primo luogo, all'esigenza concreta di alleggerire il carico pendente presso gli uffici giudiziari. In particolare, soffermandoci ancora sull'esperienza italiana dell'illecito penale-amministrativo, è evidente che la sostanziale omogeneità di disciplina legislativa caratterizzante il sistema dell'illecito amministrativo punitivo italiano fa il paio con la sostanziale medesimezza dei problemi interpretativi cui dà luogo il sistema delle *Ordnungswidrigkeit*: ovverosia una

strutturale maggiore vicinanza - nonostante il *nomen iuris* - alla disciplina penale *tout court*.

PARTE SECONDA

IL “NUOVO” ILLECITO AMMINISTRATIVO

CAPITOLO III

GLI INTERVENTI LEGISLATIVI SUCCESSIVI ALLA LEGGE N. 689 DEL 1981.

1. La scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa dopo la legge n. 689 del 1981.

Sino a pochi anni prima della riforma operata con la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “Modifiche al sistema penale”, la sanzione penale era, in pratica, l’unica sanzione di carattere punitivo conosciuta dall’ordinamento giuridico italiano. Le leggi di depenalizzazione degli anni 1967 - 1975 non erano infatti riuscite a mutare significativamente il quadro normativo, sia perché esse si erano limitate a trasformare in illeciti amministrativi poche contravvenzioni punibili con la sola pena pecuniaria, sia perché mancava una disciplina generale dell’illecito amministrativo, che impediva al legislatore futuro il compimento di scelte orientate verso l’utilizzo di uno strumento di controllo sociale alternativo al diritto penale. In effetti, l’ipertrofia penalistica era proseguita anche dopo il 1975³⁴⁴.

La legge 24 novembre 1981, n. 689, ha rappresentato un importante punto di svolta nella politica di depenalizzazione realizzatasi nell’ordinamento giuridico italiano. Infatti, se da un lato tale legge ha avuto il merito di estendere in maniera significativa l’ambito della depenalizzazione includendovi materie non coinvolte dai precedenti interventi depenalizzativi, dall’altro ha finalmente dettato una regolamentazione soddisfacente e destinata a durare nel tempo della parte generale dell’illecito amministrativo punito con sanzione amministrativa pecuniaria, unificando, in unico testo legislativo, la disciplina delle sanzioni depenalizzate e di quelle amministrative *ab origine*. Il salto qualitativo compiuto

³⁴⁴ PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l’esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 952.

con tale intervento normativo ha avuto il pregio di consentire al legislatore la possibilità di una *scelta permanente* tra illecito penale e illecito amministrativo.

Come si è accennato poc'anzi, però, l'esperienza della depenalizzazione ha messo in luce - specialmente fino alla riforma del 1981 - una certa disomogeneità d'intervento, ora agendo solo su particolari ambiti, ora in relazione a determinate fattispecie, prevedendo sempre un nutrito gruppo di esclusioni, a causa della particolare collocazione legislativa di alcune fattispecie, oppure dell'elevato allarme sociale causato dalla commissione di determinati illeciti penali³⁴⁵. Per garantire la chiarezza e la sistematicità dell'intervento legislativo, si è resa necessaria l'indicazione di criteri che chiarissero il ruolo da assegnare ai due tipi d'illecito.

1.1. I criteri generali della depenalizzazione di delitti e contravvenzioni. Un'importante Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

A tali obiettivi tende la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983³⁴⁶, indirizzata ai soli uffici legislativi dei vari Ministeri (i quali, peraltro, contribuiscono in larga parte alla redazione materiale dei testi di legge). Come sottolineato dall'allora Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, On. Giuliano Amato, la Circolare è stata redatta da un'apposita commissione di studio, composta da docenti di diritto penale e diritto amministrativo, da magistrati e da altri studiosi³⁴⁷. Si tratta di un atto che non ha precedenti nell'esperienza legislativa italiana: con esso la Presidenza del Consiglio dei Ministri impartisce direttive "agli operatori di tutte le p.a. chiamati alla predisposizione di schemi di provvedimenti legislativi contenenti norme sanzionatorie", indicando loro i criteri ai quali si deve attenere l'iniziativa legislativa governativa nella redazione delle disposizioni sanzionatorie, affinché si

³⁴⁵ PITTARO, voce *Depenalizzazione*, in *Enc. dir.*, X, Agg., 2007, p. 5.

³⁴⁶ Il testo della Circolare, pubblicato nel *Supplemento alla Gazzetta Ufficiale* del 23 gennaio 1984, n. 22 è reperibile altresì in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 640 ss.

³⁴⁷ GIAMPAOLINO, *Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative e la cd. depenalizzazione (Circ. P.C. 19 dicembre 1983)*, in *Foro amm. Consiglio di Stato*, 1984, p. 1635.

giunga a una scelta non casuale tra sanzione penale e sanzione amministrativa³⁴⁸. Il *deficit* di efficacia formale che caratterizza la Circolare (a causa della sua non equiparabilità a disposizioni normative, neppure di rango secondario) è stato ampiamente colmato dall'elevato valore materiale dei criteri in essa indicati i quali, in assenza di altre indicazioni valide per la scelta tra i diversi tipi di sanzioni, costituiscono un sicuro appiglio operativo-interpretativo per il lavoro dei vari uffici legislativi³⁴⁹.

Nella Circolare si distinguono due parti: la prima è dedicata alla descrizione dei criteri da utilizzare per la scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa; la seconda, invece, indica - nei casi di scelta della sanzione amministrativa - i canoni che il legislatore dovrebbe seguire, ovverosia "le regole attinenti alla formulazione delle fattispecie d'illecito amministrativo e alla quantificazione della relativa sanzione, affinché la scelta non finisca poi col risultare sostanzialmente disfunzionale al sistema".

Secondo la Circolare, i criteri che devono orientare la scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa sono due: il criterio di proporzione e il criterio di sussidiarietà.

Il criterio di proporzione prescrive che il contenuto afflittivo della sanzione penale, effettivamente o potenzialmente limitativa della libertà personale, debba essere confrontato con il grado di disvalore tipico del fatto illecito; solo quando tra questi due termini sussistesse un rapporto di proporzione sarebbe giustificata la previsione della sanzione criminale. Altrimenti, il legislatore avrebbe l'obbligo di escogitare meccanismi sanzionatori alternativi e meno afflittivi. In particolare, il livello di disvalore del fatto tipico andrebbe parametrato sui due diversi indici della gravità dell'offesa e del rango del bene giuridico offeso³⁵⁰. Questo criterio-guida di politica criminale, rivolto al legislatore, affonda le proprie radici nella

³⁴⁸ LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1984, V, p. 252, secondo cui "uno degli aspetti meno recenti ma certo non secondario della scadente qualità del prodotto legislativo concerne la parte sanzionatoria. All'interno del sistema penale la scelta tra delitti e contravvenzioni e tra pene pecuniarie e pene detentive sovente non appare guidata da apprezzabili ragioni e la stessa misura della sanzione comminata risulta talvolta squilibrata a paragone di fattispecie consimili, al punto da indurre i giudici a denunciarne l'irrazionalità alla Corte Costituzionale, anche se generalmente con scarso successo".

³⁴⁹ PADOVANI, *La distribuzione*, cit., p. 953.

³⁵⁰ PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. (Dalle leggi di depenalizzazione alla Circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 46.

vasta e articolata riflessione dottrinale sulle ascendenze costituzionali della teoria del bene giuridico, di cui in questa sede - per ovvie ragioni di spazio - non si potrà dare conto³⁵¹. Il criterio di proporzione svolge una funzione determinante soprattutto nell'area degli illeciti bagatellari, in quanto tali da assoggettare alla sanzione amministrativa. La scelta in favore della sanzione penale dipende in larga parte dalla gravità dell'offesa, e cioè dal grado di anticipazione della tutela del bene (danno, pericolo concreto, pericolo astratto, pericolo presunto). La Circolare stabilisce che "in linea di principio la sanzione penale dovrebbe essere limitata agli stadi della tutela che siano meno remoti dal bene e più intensamente connotati in termini di gravità"; quanto più elevato si profili il rango dell'interesse "tanto più giustificato apparirà il ricorso alla sanzione penale anche per offese anticipate e di modesta entità".

Il secondo criterio offerto dalla Circolare in commento è quello di sussidiarietà (o *extrema ratio*), secondo il quale il ricorso alla sanzione penale, in relazione ad un determinato illecito, sarebbe consentito solo in mancanza di sanzioni di diversa natura egualmente o maggiormente efficaci. A differenza di quanto visto nell'applicazione del criterio di proporzione, la valutazione sull'efficacia della sanzione non è influenzata dalla presenza di fattori etici, sociali e politici che incidono sul grado di disvalore dell'illecito: la valutazione dell'efficacia della sanzione si basa su criteri di tipo razionalistico-utilitaristico alla luce dei dati empirici a disposizione³⁵². La Circolare precisa che la valutazione comparativa dell'efficacia delle singole sanzioni va svolta alla luce del complesso della disciplina sostanziale e processuale che le riguarda. La sussidiarietà impone, dunque, una valutazione comparativa - tra sanzione penale e sanzione

³⁵¹ In argomento, sempre attuali i fondamentali lavori di ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 161 ss.; FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42 ss.; BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *NN. D.I.*, XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss. In merito alla possibilità di utilizzare il criterio di proporzione, lo stesso PALAZZO, *I criteri di riparto*, cit., p. 47, nutre alcuni dubbi in relazione ad alcuni limiti caratterizzanti la teoria costituzionale del bene giuridico. Infatti, oltre alla difficoltà d'individuare quali siano gli interessi di rango primario (implicitamente o esplicitamente costituzionalizzati) la cui aggressione giustifica l'impiego della sanzione penale, è noto che nel concetto di interesse convergono numerosi fattori etici, sociali, politici, i quali influiscono notevolmente sulla sua nascita e sulla sua stessa esistenza. Tali fattori si riflettono inevitabilmente, tramite l'interesse, nel momento di apprezzamento del disvalore oggettivo del fatto illecito.

³⁵² PALAZZO, *I criteri di riparto*, cit., p. 52.

amministrativa - alla luce non solo del contenuto, bensì anche del complesso della disciplina positiva stabilita per le sanzioni e per l'illecito cui esse si riferiscono³⁵³.

Non è possibile, in questa sede, ripercorrere tutto il percorso logico-giuridico presente nella Circolare del 1983; per quanto concerne la sanzione amministrativa (e dunque la sua complessiva disciplina contenuta nella l. n. 689 del 1981) è interessante notare che è proprio la norma maggiormente "deviante" dal modello penalistico a caratterizzare nel senso di un'elevata efficacia la sanzione amministrativa stessa. Infatti, se si guarda alla disposizione dell'articolo 6 della legge n. 689 del 1981 - che regola le ipotesi di solidarietà della sanzione amministrativa pecuniaria - ci si accorge come proprio tale meccanismo assicuri un elevato livello di efficacia alla sanzione amministrativa, in quanto slegato dai fondamentali principi penalistici del contributo causale alla realizzazione del fatto e quello di colpevolezza³⁵⁴. Non solo: per l'illecito penale-amministrativo non opera il meccanismo della sospensione condizionale della pena, previsto dall'articolo 163 c.p., che costituisce una forma di sospensione dell'esecuzione della condanna, spesso applicata automaticamente dal giudice, ispirata all'istituto della *probation* di origine anglosassone³⁵⁵.

Per gli illeciti consistenti nella sottrazione, al sistema di controllo amministrativo, di determinate attività d'interesse pubblico, è particolarmente idonea l'imputazione della responsabilità in capo al titolare formale dell'attività: rispetto a questi illeciti, e alla luce del criterio di sussidiarietà, potrebbe essere ideale la previsione dello strumento sanzionatorio amministrativo, in particolar modo del meccanismo della responsabilità solidale, piuttosto che quella concorrente.

Dal punto di vista procedimental-processuale, l'utilizzo della sanzione amministrativa troverebbe un maggior livello di efficacia a ragione delle minori garanzie (rispetto al processo penale) riconosciute al soggetto incolpato (*id est* principio del contraddittorio, *onus probandi*, terzietà e imparzialità dell'organo competente ad irrogare la sanzione, ecc.). Tuttavia, la previsione di una fase - successiva ed eventuale - di valutazione, da parte dell'autorità giurisdizionale

³⁵³ PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni*, cit. p. 955.

³⁵⁴ PALAZZO, *I criteri di riparto*, cit. p. 53.

³⁵⁵ In argomento si v. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 838-843.

ordinaria, della correttezza delle determinazioni assunte, *prima facie*, dall'autorità amministrativa, sembrerebbe colmare il *deficit* di garanzie caratteristico dei procedimenti innanzi all'autorità amministrativa³⁵⁶.

I due criteri della proporzione e della sussidiarietà sono entrambi necessari per orientare la scelta legislativa verso l'utilizzo della sanzione penale; mentre è sufficiente la presenza di uno dei due criteri per indirizzare il legislatore a servirsi della sanzione amministrativa. Se la sanzione penale risulta, in definitiva, sproporzionata rispetto al fatto tipico, oppure non indispensabile in relazione al grado di efficacia da essa raggiunto, è giustificato il ricorso alla sanzione amministrativa.

In relazione alla scelta dell'illecito penale, i due criteri operano come necessariamente cumulativi; ciò si spiega in base al fatto che in ciascuno di essi gioca un ruolo fondamentale la libertà personale. Quest'ultima è, infatti, limite della congruità della sanzione penale nel criterio di proporzione e limite della funzionalità nel criterio di sussidiarietà; in altre parole, i criteri in questione operano al fine di limitare il meno possibile il bene della libertà personale del soggetto. Sarebbe dunque irrazionale giustificare la scelta della sanzione alla luce di un unico criterio, come avverrebbe se si ritenesse sufficiente la valutazione della sola proporzione o della sola sussidiarietà, per giustificare il ricorso alla sanzione penale³⁵⁷.

³⁵⁶ PALAZZO, *I criteri di riparto*, cit., p. 54. L'A., nelle pagine seguenti, mette in guardia dal possibile sviluppo del processo di amministrativizzazione del diritto penale, che ben può essere definito come l'opposto del processo di penalizzazione dell'ordinamento giuridico, registratosi principalmente nella prima metà del XX secolo. Tale amministrativizzazione del diritto penale consisterebbe nell'abuso della sanzione amministrativa, a ragione del *surplus* di efficacia derivante dalla mancanza delle garanzie sostanziali e procedurali tipiche del diritto penale. Il legislatore sarebbe invogliato a utilizzare, in determinati settori ordinamentali, sanzioni amministrative altamente afflittive e particolarmente efficaci e celeri, in virtù delle scarse garanzie offerte all'incolpato. La considerazione per cui il principio di sussidiarietà, costituendo un limite all'utilizzo spropositato della sanzione penale, possa favorire la crescita scoordinata di altri tipi di sanzione, va intesa alla luce degli strumenti processuali mediante i quali l'applicazione sanzione amministrativa stessa viene sottoposta a rigide garanzie, potendo il giudice civile financo rideterminare l'entità della sanzione inflitta, qualora egli la ritenga eccessivamente gravosa o sproporzionata. Secondo l'A., tuttavia, il rafforzamento delle garanzie va perseguito mediante l'applicazione dei principi costituzionali in materia (si v. artt. 23 e 97 Cost.), per ciò che riguarda gli organi e le procedure di accertamento delle violazioni amministrative. Si tratta, in sostanza, di rendere gli organi amministrativi competenti per il procedimento sanzionatorio scevri da conflitti di tipo politico, per recuperare il loro carattere di efficienza e imparzialità.

³⁵⁷ PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni*, cit., pp. 955 - 956.

Il fatto che i due criteri - proporzione e sussidiarietà - siano concepiti come alternativi per giustificare l'utilizzo della sanzione amministrativa e come cumulativi per il ricorso alla sanzione penale, amplia la possibilità di utilizzo della sanzione amministrativa stessa. Infatti, anche in presenza d'illeciti non bagatellari (ove vi sia, dunque, un elevato tasso di proporzione), se si dimostri l'insussistenza della necessità di ricorrere alla sanzione penale (principio di sussidiarietà), il legislatore ben potrebbe prevedere la sola sanzione amministrativa³⁵⁸.

Per concludere sui criteri di scelta, può affermarsi che questi ultimi - pur nella loro inevitabile elasticità - risultino idonei a indirizzare i meccanismi sanzionatori su un binario costituzionalmente orientato, promuovendo interventi legislativi adeguati e razionali finalizzati a ricondurre il sistema penale entro confini più circoscritti e governabili, senza tuttavia attribuire alla Pubblica Amministrazione funzioni di controllo che essa non può svolgere³⁵⁹.

La seconda parte della Circolare presuppone che il legislatore abbia già operato la scelta in favore della sanzione amministrativa, e indica i criteri da seguire per formulare correttamente la fattispecie d'illecito amministrativo. La Circolare illustra i problemi connessi all'inserimento delle nuove fattispecie di diritto sanzionatorio amministrativo nel precedente sistema sanzionatorio, ed evidenzia le formule da utilizzare per derogare al principio di specialità stabilito ex art. 9 l. n. 689 del 1981, al fine della prevalenza di eventuali norme penali generali su norme amministrative speciali. Inoltre, vengono forniti indici orientativi sull'entità della sanzione da irrogare e sul giusto rapporto tra i limiti edittali.

Le due sezioni di cui si compone la Circolare del dicembre 1983 paiono operare su piani diversi: mentre la prima parte appartiene più propriamente alla cd. scienza della legislazione, la seconda esprime criteri di tecnica legislativa facilmente comprensibili, e potenzialmente concretantesi in immediate dimostrazioni di *best practices* nella redazione delle fattispecie sanzionatorie amministrative. Se riguardate, però, sotto il profilo della razionalizzazione complessiva del sistema punitivo, della riduzione dell'area della penalizzazione e dell'omogeneizzazione dei trattamenti sanzionatori per illeciti connotati da livelli

³⁵⁸ In presenza di un elevato tasso di proporzione (offese a beni giuridici di rango primario), tuttavia, il ricorso alla sanzione penale sarà spesso valutato come necessario e, dunque, inevitabile.

³⁵⁹ LATTANZI, *Sanzioni penali*, cit., p. 254.

di gravità simili, allora le due parti di cui la Circolare si compone possono essere ricondotte a unità³⁶⁰.

Si può quindi affermare che la Circolare si pone nell'ottica di contribuire significativamente allo sviluppo del sistema sanzionatorio amministrativo ampliando, al contempo, l'auspicato intervento di deflazione penale³⁶¹.

L'intervento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, avvenuto con l'emanazione della Circolare 19 dicembre 1983, indirizzata a tutti gli uffici legislativi ministeriali, avrebbe dovuto fornire criteri di rapida e immediata interpretazione per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. La Circolare in oggetto avrebbe dovuto caratterizzarsi per la sua novità nel prevedere, da un lato, le linee-guida per tutte le future politiche di depenalizzazione e, dall'altro, avrebbe dovuto fungere da modello per verificare la tenuta - ed, eventualmente, operare delle rettifiche - degli interventi di depenalizzazione già effettuati. Si deve registrare, tuttavia, non solo la mancanza di qualsivoglia analisi della legislazione precedente al 1983, ma anche la scarsa considerazione della Circolare stessa - da parte degli addetti ai lavori - nonostante gli apprezzamenti ad essa rivolti nell'immediatezza della sua divulgazione. Se si pone lo sguardo alla legislazione successiva ci si accorge che - probabilmente per soddisfare contingenti istanze di politica criminale, le quali spesso contrastano con un'accurata tecnica di redazione delle disposizioni legislative - i criteri dettati dalla Circolare per la costruzione di un più razionale sistema sanzionatorio sono stati in larga parte disattesi³⁶².

³⁶⁰ LATTANZI, *Sanzioni penali*, cit., p. 254; l'A. afferma che i criteri di proporzione e sussidiarietà previsti nella Circolare - desunti dagli articoli 13 e 27 della Costituzione - potrebbero costituire la base per censure d'illegittimità costituzionale in relazione alle macroscopiche disparità di trattamento sanzionatorio cui sono sottoposte violazioni analoghe.

³⁶¹ BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 739.

³⁶² Cfr. PITTARO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 5.

2. Gli sviluppi legislativi della depenalizzazione dopo la legge 24 novembre 1981, n. 689, di “Modifiche al sistema penale”.

2.1. Premessa.

A seguito della creazione di un'articolata disciplina dell'illecito amministrativo e dell'indicazione di una serie di criteri cui fare riferimento nella scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa, era lecito attendersi lo sviluppo di un'intensa stagione di depenalizzazione, nella quale il legislatore avrebbe potuto - e dovuto - proseguire l'opera intrapresa con la riforma del 1981, avendo ormai a disposizione un completo e articolato armamentario normativo finalizzato alla concretizzazione delle numerose esigenze di deflazione penale³⁶³. Viceversa, per circa un decennio non si è assistito al varo di significativi interventi di depenalizzazione: in questi anni la dottrina - sia penalistica che amministrativistica - si è concentrata sull'analisi del concetto e della portata del nuovo illecito amministrativo, indagandone i principi e le strutture normativamente definiti³⁶⁴. Il periodo in questione, inoltre, si caratterizza per la prima sperimentazione applicativa dei principi espressi nella legge n. 689 del 1981, per valutare l'impatto sul sistema sanzionatorio vigente e per comprendere quali fossero i percorsi indicati per proseguire l'opera di depenalizzazione³⁶⁵.

³⁶³ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 737.

³⁶⁴ SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983; M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo. Ambito di applicazione*, Milano, 1990.

³⁶⁵ In realtà, a soli cinque anni dalla riforma del 1981, era stata emanata una legge-delega per la depenalizzazione di un settore ben preciso e determinato: quello degli illeciti valutari. Per questo suo carattere estremamente settoriale, l'intervento in questione non può essere considerato come avente ampie finalità di depenalizzazione. La legge in questione (l. 599 del 1986, recante “Revisione della legislazione valutaria”) delegava il Governo ad emanare disposizioni atte a riordinare la legislazione valutaria vigente. la delega è stata esercitata con il D. Lgs. n. 454 del 1987 il quale, trasfuso nel D.P.R. 148 del 1988, è divenuto il Testo Unico in materia di leggi valutarie. L'ultimo intervento in materia è stato attuato con la l. n. 455 del 1988. L'articolo 1 del T.U. in materia d'illeciti valutari, utilizzando un criterio di tipo materiale, dispone la trasformazione in illeciti amministrativi degli illeciti penali in esso elencati. La presenza di numerose norme confliggenti con la disciplina contenuta nella l. n. 689 del 1981 (tra cui si segnala: la punibilità del tentativo, la diversa disciplina delle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della legge e le differenze in ambito di competenza a irrogare il procedimento) induce parte della dottrina a ritenere che il sistema degli illeciti amministrativi valutari costituisca un vero e proprio microsistema rispetto al più generale sistema dell'illecito penale-amministrativo

2.2. La legge 28 dicembre 1993, n. 561.

La pressante esigenza di alleggerire il carico di lavoro degli uffici giudiziari, riservando lo strumento criminale alla repressione degli illeciti di maggiore pericolosità, ha reso necessario un nuovo intervento di depenalizzazione, realizzato con la legge 28 dicembre 1993, n. 561, recante “Trasformazione di reati minori in illeciti amministrativi”³⁶⁶. Tale primo intervento normativo, avvenuto a distanza di oltre dieci anni dalla riforma degli anni Ottanta, si caratterizza per aver degradato in illeciti amministrativi alcune contravvenzioni individuate tramite l'utilizzo di due distinti criteri: il primo, incentrato sul modesto disvalore del fatto (ovverosia lo scarso livello d'offensività); il secondo, basato sull'effettiva incidenza della contravvenzione sul carico dei tribunali³⁶⁷.

La novità più rilevante della legge n. 561 del 1993 è l'adozione di un criterio interamente sostanziale nel procedere alla depenalizzazione delle contravvenzioni: l'articolo 1 della legge in commento, infatti, indica esplicitamente quali siano gli illeciti sottoposti a depenalizzazione, rifuggendo dall'utilizzo dei più semplici - e meno impegnativi - criteri di tipo formale, i quali basano la depenalizzazione sulla scorta del solo tipo di sanzione irrogata (v. art. 32 l. n. 689 del 1981). Inoltre, l'ammenda originariamente prevista per le contravvenzioni depenalizzate non si trasforma automaticamente nella corrispondente sanzione amministrativa pecuniaria, bensì - secondo criteri di gravità e proporzionalità - è riparametrata su nuovi limiti edittali, diversi da quelli precedenti, e proporzionati al livello di disvalore riconosciuto dalla coscienza sociale³⁶⁸.

(Cfr. DI NINO, *Gli itinerari della depenalizzazione dalla legge n. 689/1981 alla legge n. 205/1999*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 772).

³⁶⁶ La vigenza di tale legge, peraltro, è stata oggetto di una lunga disputa a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico delle disposizioni in materia d'intermediazione finanziaria), il cui articolo 214, comma 1, lett. gg, aveva abrogato la legge n. 561 del 1993. Tale abrogazione, frutto di una svista del legislatore, non solo non trova plausibili ragioni di politica criminale, ma esorbita dall'ambito della delega legislativa conferita al Governo per l'emanazione del Testo Unico. Con l'articolo 15, legge 25 giugno 1999, n. 205, è stata abrogata la lettera gg, con conseguente reviviscenza delle disposizioni di cui alla legge n. 561 del 1993.

³⁶⁷ Con il conseguente rischio - insito in questo secondo criterio - di non depenalizzare contravvenzioni che, seppur appartenenti alla fascia degli illeciti bagatellari, non incidono significativamente sull'operato degli uffici giudiziari.

³⁶⁸ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 739.

2.3. La legge-delega 28 dicembre 1993, n. 562 e il D.Lgs. 13 luglio 1994, n. 480.

Praticamente coeva alla precedente legge, la legge-delega n. 562 del 1993 conferisce “Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria contenuta nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e delle disposizioni ad esso annesse o complementari”. La riforma del T.U.L.P.S. si è resa necessaria per adeguare la disciplina della Pubblica Sicurezza (di stampo marcatamente fascista e autoritario) al mutato quadro della realtà sociale. Il D. Lgs. 13 luglio 1994, n. 480, ha attuato la delega conferita al Governo, introducendo una mini-riforma del T.U.L.P.S.³⁶⁹ - non corrispondente alla più volte auspicata revisione generale dello stesso Testo Unico - che ha sottratto larga parte delle disposizioni di Pubblica Sicurezza in esso contenute al previgente sistema contravvenzionale, per assoggettarle a meccanismi sanzionatori di carattere amministrativo³⁷⁰. Anche qui, come già visto per la legge n. 561 del 1993, le fattispecie depenalizzate sono state suddivise in distinti livelli in quanto a entità della sanzione prevista.

2.4. La legge-delega 6 dicembre 1993, n. 499 e i successivi decreti legislativi delegati.

Nel corso del 1994 la politica di depenalizzazione s'intensifica notevolmente, facendo registrare ben tre nuovi interventi riguardanti la normativa penale in materia di lavoro³⁷¹. Il processo di revisione di tale normativa ha avuto inizio con la legge-delega 6 dicembre 1993, n. 499, recante “Delega al Governo per la riforma dell'apparato sanzionatorio in materia di lavoro”.

La legislazione in tema di tutela penale del lavoro si presentava assai frammentata e poco razionale. Infatti, accanto a fattispecie dal carattere evidentemente bagatellare, si trovavano a convivere illeciti caratterizzati da un

³⁶⁹ D'ONOFRIO, *Legge di P.S. e depenalizzazione*, in *Riv. polizia*, 1994, pp. 640 ss.

³⁷⁰ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 739.

³⁷¹ In argomento, si v. PADOVANI, *Nuovo apparato sanzionatorio in materia di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, pp. 506 ss.; PULITANÒ, *Quale riforma del diritto penale del lavoro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, pp. 205 ss.

elevato coefficiente di offensività: in virtù di tale quadro composito, la scelta della legge n. 689 del 1981 era stata - tranne che per le violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatorie - quella di escludere tale ambito dall'intervento di depenalizzazione tramite essa realizzato³⁷². Infatti, il criterio formale di depenalizzazione adottato dalla legge del 1981 mal si conciliava con il complesso sistema sanzionatorio in materia di lavoro, la cui deflazione avrebbe avuto bisogno dell'utilizzo di criteri selettivi di carattere sostanziale, idonei a valutare l'opportunità di tenere in vita (o abrogare) le numerose disposizioni sanzionatorie proprie della materia *de qua*. Ed è proprio a tali criteri che si è ispirato il legislatore delegato nel tentare di mettere ordine nella materia del diritto penale del lavoro.

A seguito della delega conferita con legge n. 499 del 1993, sono stati emanati tre decreti legislativi delegati.

Il primo (D.Lgs. 24 marzo 1994, n. 211, recante "Norme in tema di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali"), introduce una causa di non punibilità (una sorta di "depenalizzazione assoluta" o decriminalizzazione tendente alla deflazione processuale³⁷³) consistente nel pagamento dei contributi omessi entro sei mesi dalla notifica della violazione.

Il secondo decreto (D. Lgs. 9 settembre 1994, n. 666, recante "Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in tema di lavoro minorile, delle lavoratrici madri e dei lavoratori a domicilio") si muove su due linee direttive contrapposte, attuando una depenalizzazione bilanciata³⁷⁴. Da una parte, mantiene la penale rilevanza delle condotte di aggressione alla salute psicofisica del lavoratore e quelle concernenti la sicurezza sui luoghi di lavoro (prevedendo, in alcuni casi, addirittura un rafforzamento delle sanzioni penali previste); dall'altra, trasforma in illeciti amministrativi tutte le restanti fattispecie, attinenti generalmente al controllo amministrativo sul rapporto di lavoro³⁷⁵.

³⁷² Erano stati sottratti alla depenalizzazione sia i reati previsti dalle leggi relative ai rapporti di lavoro (articolo 34, lett. *m*), sia quelli previsti dalle leggi in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro e di igiene del lavoro (articolo 24, lett. *n*).

³⁷³ PITTARO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 5.

³⁷⁴ PADOVANI, *Nuovo apparato sanzionatorio*, cit., p. 506.

³⁷⁵ PULITANÒ, *Quale riforma*, cit., p. 212, il quale sottolinea l'avvenuto inasprimento, anche nel caso di depenalizzazione, dei limiti edittali delle sanzioni; in alcuni casi, è stata anche prevista l'esclusione della possibilità di avvalersi del pagamento in misura ridotta.

Il terzo e ultimo decreto³⁷⁶ (D. Lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, recante “Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro”) introduce numerose novità in tema di legislazione sul lavoro. In particolare, il Capo I del decreto depenalizza tutte le contravvenzioni (ma anche il delitto di cui all’art. 509 c.p., “Inosservanza delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro”) in materia di lavoro punite con la sola pena dell’ammenda, a eccezione di talune fattispecie espressamente indicate alle lettere *a, b, c, d* dell’articolo 1 della legge-delega n. 499 del 1993. Nel Capo II s’introduce un particolare meccanismo di estinzione delle contravvenzioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro, consistente nella concessione di un termine per eliminare la contravvenzione accertata, mediante l’adempimento di una determinata prescrizione impartita dall’organo di vigilanza. Il capo III modifica l’apparato di sanzioni penali in materia di sicurezza e igiene sui luoghi di lavoro.

L’analisi dell’importante riforma in materia di sanzioni sul lavoro, dispiegatasi nel corso del 1994, merita una valutazione positiva in termini di obiettivi perseguiti e raggiunti dal legislatore. La riforma *de qua* risulta indirizzata verso un triplice scopo: riaffermare i caratteri di sussidiarietà e frammentarietà dell’intervento penale; restituire alla sanzione penale le caratteristiche proprie di proporzionalità ed effettività; favorire una rilevante deflazione del carico giudiziario. Pur tra possibili miglioramenti - prontamente segnalati dalla dottrina³⁷⁷ - la riforma in esame si pone come esempio di legislazione razionale e conforme allo scopo.

2.5. La depenalizzazione degli illeciti in materia tributaria.

Il già citato D. Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 introduce una disciplina uniforme in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie. Con tale decreto vengono riunite in unico testo legislativo tutte le norme relative agli

³⁷⁶ Su cui si v. GRILLI, *La nuova disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*, in *Giust. pen.*, 1995, II, pp. 370 ss.; MORANDI, *Nuove modificazioni della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*, in *Leg. pen.*, 1996, pp. 309 ss.

³⁷⁷ MORANDI, *Nuova disciplina*, cit., pp. 333 ss.

illeciti amministrativi tributari, abrogando - altresì - la legge 7 gennaio 1929, n. 4, che per lungo tempo ha rappresentato non solo l'unico testo di riferimento per la disciplina di settore, ma anche (insieme all'illecito disciplinare) l'unico modello d'illecito amministrativo avente una disciplina chiaramente individuabile, prima della riforma del 1981.

La disciplina dettata per gli illeciti amministrativi tributari diverge, in gran parte, dal sistema dell'illecito amministrativo punitivo disciplinato nella legge n. 689. È necessario ricordare che già l'art. 39, I comma, della legge del 1981, aveva depenalizzato tutte le sanzioni tributarie punite con la sola pena dell'ammenda (similmente a quanto avvenuto con la l. n. 705 del 1976) ma non quelle per cui fosse prevista (in aggiunta o in alternativa) la pena detentiva. La legge 28 dicembre 1993, n. 562, avrebbe esteso la depenalizzazione anche alle ipotesi di illeciti tributari puniti (esclusivamente, secondo la Cassazione³⁷⁸) con la pena della multa.

Il decreto legislativo del 1997 aumenta il novero delle deroghe alla disciplina contenuta nella l. n. 689 del 1981. In particolare, in tema di elemento soggettivo dell'illecito amministrativo tributario, l'art. 5 del D. Lgs. n. 472 del 1997 riporta le definizioni espresse di dolo e colpa grave, a differenza di quanto avviene nell'art. 3 della l. n. 689. Inoltre, per la sussistenza dell'illecito tributario, è richiesta la sussistenza della colpa grave, oltre al fatto che il dolo è configurato come specifico, richiedendosi l'intento di pregiudicare l'accertamento dell'imponibile o dell'imposta. Altra deroga si ha per i criteri d'imputazione: mentre la legge del 1981 fissa al compimento del diciottesimo anno d'età il superamento della presunzione assoluta d'inimputabilità, la legge in materia d'illecito amministrativo tributario richiama interamente i criteri stabiliti dal codice penale³⁷⁹.

L'art. 8 del decreto risolve negativamente l'interrogativo - affermatosi dopo l'entrata in vigore della l. n. 689 del 1981 - in merito alla trasmissibilità dell'obbligazione pecuniaria agli eredi del debitore; infatti, mentre nella legge del 1929 era espressamente prevista la trasmissibilità del debito (esaltando il carattere

³⁷⁸ Cass., 13 aprile 1994, n. 4135.

³⁷⁹ DI NINO, *Gli itinerari*, cit., p. 776.

civilistico dell'illecito tributario ivi configurato), l'art. 7 l. 689 del 1981 sanciva il principio d'intrasmissibilità della sanzione amministrativa pecuniaria.

Del tutto innovativi, rispetto alla legge generale sulla disciplina dell'illecito amministrativo pecuniario, sono gli istituti del ravvedimento operoso, dell'irrogazione immediata e dell'esecuzione delle sanzioni.

Anche per l'illecito amministrativo tributario, come già evidenziato per l'illecito amministrativo valutario, le deroghe e le eccezioni apportate dal D. Lgs. n. 472 del 1997 rispetto alla disciplina generale dell'illecito amministrativo contenuta nella legge del 1981, convergono verso la creazione di un microsistema parzialmente differente dal sistema principale. Tale microsistema risulta, però, più completo rispetto a quello delineato nella legge del 1981: a dimostrazione di ciò sta il fatto che, dopo l'intervento del 1997, il settore degli illeciti amministrativi tributari non ha subito modifiche rilevanti.

2.6. La depenalizzazione del 1999.

Il più importante - e finora l'ultimo - intervento di depenalizzazione successivo alla legge n. 689 del 1981 è rappresentato dal D. Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, recante "Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio. ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205" il quale, unitamente al D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, recante la "Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'art. 9 della legge del 25 giugno 1999, n. 205", costituisce attuazione della delega contenuta nella legge 25 giugno 1999, n. 205³⁸⁰, contenente la "Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario". Si tratta d'interventi estremamente importanti nell'ambito della politica di depenalizzazione, non solo per il numero di fattispecie coinvolte e per l'eterogeneità dei criteri deflativi utilizzati, ma anche per il fine di razionalizzazione complessivo del sistema

³⁸⁰ L'iter di formazione della legge è stato alquanto complesso. Nell'estate del 1996 vengono presentate due proposte di legge (la prima, Bonito *et al.*, n. 1850; la seconda, Grimaldi *et al.*, n. 2084), entrambe analizzate, dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in sede referente, il 3 ottobre 1996. Nel novembre 1996 la proposta Grimaldi viene riunita alla proposta Bonito per il seguito dell'esame in Commissione Giustizia.

sanzionatorio da essi perseguito³⁸¹. La portata normativa della legge-delega n. 205 del 1999 si evince da più considerazioni. In primo luogo, la legge delega il Governo a depenalizzare una serie di reati previsti sia nel codice penale, che nella legislazione accessoria³⁸². In secondo luogo, oltre alla riforma della disciplina sanzionatoria di numerosi settori dell'ordinamento³⁸³, il Governo è stato delegato ad adottare una nuova disciplina sia per i reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto (regolati, questi ultimi, dalla legge n. 516 del 1982) che per le misure alternative alla detenzione. Infine, sono stati abrogati numerosi reati contenuti nel codice penale³⁸⁴.

2.6.1. Profili strutturali della legge n. 205 del 1999. Meccanismi di depenalizzazione, ambito della riforma, criteri orientativi della deflazione penale.

La legge n. 205 del 1999 si caratterizza per essere intervenuta sia con una depenalizzazione in astratto (o secca), sia con una depenalizzazione in concreto³⁸⁵: infatti, se da un lato è stata disposta la depenalizzazione *tout court* di numerose fattispecie delittuose e contravvenzionali - anche codicistiche - dall'altra è stata introdotta la perseguibilità a querela di parte del furto non circostanziato (articolo 12, l. n. 205 del 1999) introducendo - per questo delitto - una forma di depenalizzazione in concreto a discrezione della persona offesa. Inoltre, l'intervento *de quo* si segnala anche per la degradazione a illeciti amministrativi di numerosi reati (delitti e contravvenzioni), contenuti sia nel codice penale che nella legislazione speciale³⁸⁶.

³⁸¹ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 746.

³⁸² Delitti di cui agli artt. 45, 350, 352, 465, 466, 498, 527, secondo comma, c.p.; contravvenzioni di cui agli artt. 666, 686, 706, 654, 663, 663-bis, 664, 675, 676, limitatamente alle ipotesi di cui al primo comma, 677, limitatamente alle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, 688, primo comma, 692, primo comma, 724 e 725 c.p.

³⁸³ Alimenti, navigazione, circolazione stradale e autotrasporto.

³⁸⁴ Articoli 275, 297, 298, 303, 327, 332, 341, 344, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 657, 670, 692, secondo comma, 710, 711, 726, secondo comma, e 732 del codice penale.

³⁸⁵ Per la definizione di depenalizzazione in astratto e in concreto, si v. il Cap I.

³⁸⁶ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 746.

Gli ambiti interessati dal processo di generale ridefinizione del sistema sanzionatorio sono molteplici. In primo luogo, è evidente la novità arrecata dalla modifica di numerose fattispecie contenute nel codice penale, il quale era stato solo minimamente lambito dalla legge n. 689 del 1981. Oltre a ciò, la legge in oggetto è intervenuta su specifiche fattispecie del diritto penale accessorio e - avvenimento estremamente rilevante - ha operato una depenalizzazione “a tappeto” di numerosi settori ordinamentali: alimenti, navigazione, circolazione stradale, assegni bancari, mercato mobiliare, violazioni in ambito doganale e finanziario. In questi settori viene mantenuta la rilevanza penale solo per determinati illeciti penali, caratterizzati da rilevante gravità oggettiva, aprendo la strada ad una depenalizzazione di massa delle rimanenti violazioni.

In relazione ai criteri utilizzati per depenalizzare i vari illeciti penali, accanto al criterio formale basato sulla tipologia di pena prevista, si fa ricorso anche al criterio sostanziale-materiale incentrato sulla valutazione del disvalore del singolo comportamento illecito e dell'efficacia della sanzione penale per reprimere la violazione. In particolare, mentre il criterio formale trova applicazione nella depenalizzazione “a tappeto” di diversi ambiti dell'ordinamento giuridico, il criterio sostanziale-materiale è utilizzato sia nella depenalizzazione secca delle singole fattispecie, sia nell'elenco delle esclusioni dall'ambito della depenalizzazione, tramite cui il legislatore salva determinati illeciti, appartenenti ai settori depenalizzati, considerati espressione di condotte particolarmente gravi e offensive³⁸⁷.

Da ultimo, è necessario fare riferimento ai criteri di politica criminale seguiti dal legislatore nel processo di depenalizzazione, che sono principalmente quelli di proporzione e di sussidiarietà (come si vede, in piena applicazione della Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983); a questi vanno aggiunti quelli di riduzione del carico giudiziario e di eliminazione delle fattispecie desuete o superflue.

In merito al criterio di proporzione, bisogna rilevare che questo è alla base della depenalizzazione di numerosi illeciti privi, oramai, di rilevante disvalore sociale: ci si riferisce, ad esempio, alle contravvenzioni di cui agli articoli 664

³⁸⁷ Cfr. BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 747.

(“Distruzione o deterioramento di affissioni”), 670 (“Mendicizia”), 727 (“Turpiloquio”) e 732 (“Omesso avviamento dei minori al lavoro”) del codice penale.

Il criterio di sussidiarietà postula - com'è noto - l'utilizzo della sanzione penale solo nel caso in cui il ricorso ad altre sanzioni risulti garantire una minore efficacia. Tale criterio è stato seguito dal legislatore nella depenalizzazione delle fattispecie previste in numerosi settori dell'ordinamento: si pensi alle violazioni in materia di assegni bancari, di circolazione stradale, di navigazione. In tali ultimi settori, infatti, la sostituzione delle sanzioni penali con elevate sanzioni amministrative pecuniarie e con assai severe sanzioni interdittive ha, di certo, innalzato l'efficacia preventiva e repressiva delle sanzioni stesse.

Un obiettivo di politica criminale che, da sempre, guida il legislatore nei processi di depenalizzazione è quello della riduzione del carico di lavoro degli uffici giudiziari. Tale linea di politica criminale, però, contrasta spesso con il principio della proporzionalità. Può avvenire, infatti, che vengano depenalizzate fattispecie statisticamente molto frequenti nella casistica giurisprudenziale, ma il cui livello di gravità oggettiva e di offensività non giustifica la fuoriuscita dall'area del penalmente rilevante. Per questi illeciti, la sanzione penale potrebbe essere poco efficace (a causa dell'enorme carico di lavoro dei tribunali, che impedisce agli uffici del Pubblico Ministero di perseguirli), ma proporzionale in ottica di prevenzione generale e speciale. Nell'impianto della depenalizzazione del 1999, tale contrasto è riscontrabile nella depenalizzazione degli illeciti in materia di violazioni tributarie e di assegni³⁸⁸.

L'ultimo criterio seguito dal legislatore nell'intervento depenalizzante del 1999 sembrerebbe l'eliminazione delle fattispecie desuete o superflue. Le prime sono fattispecie cui non si fa più ricorso, nel senso che esprimono costumi sociali e situazioni fattuali di difficile - se non impossibile - realizzazione nell'odierna

³⁸⁸ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 749.

realtà storica e sociale³⁸⁹. Le fattispecie superflue, invece, rappresentano meri doppioni o specificazioni di altre fattispecie già esistenti³⁹⁰.

2.6.2. Gli interventi riguardanti le fattispecie codicistiche.

La legge n. 689 del 1981 aveva sostanzialmente escluso dall'ambito della depenalizzazione le fattispecie previste nel codice penale. La legge n. 205 del 1999 interviene in duplice modo sulla parte speciale del codice penale: da un lato, indica le fattispecie da abrogare; dall'altro, individua i reati per cui si prevede la trasformazione in illeciti amministrativi. Numerose fattispecie abrogate erano espressione di una coscienza sociale retrograda e di un marcato autoritarismo legislativo. Pur non incidendo significativamente sul lavoro degli uffici giudiziari, si è ritenuto opportuno procedere alla loro abrogazione in virtù della mancata esigenza di tutela dei beni giuridici tutelati da tali disposizioni. La trasformazione di reati in illeciti amministrativi risponde, invece, a esigenze di sussidiarietà: si ritiene che i comportamenti in essi vietati possano essere repressi anche mediante l'utilizzo della sanzione amministrativa³⁹¹. Una delle novità più rilevanti della legge n. 205 del 1999 sta nel fatto che essa, nell'operare la trasformazione di alcuni reati in illeciti amministrativi, ha coinvolto anche fattispecie punite con pena detentiva alternativa, congiunta o concorrente con la pena pecuniaria: ciò che aveva rappresentato una sorta di tabù per tutte le leggi di depenalizzazione succedutesi fino al 1999, a causa della sfiducia mostrata dal legislatore nei confronti dell'efficacia della pena pecuniaria sostituiva della pena detentiva.

³⁸⁹ Si pensi ai reati in tema di accettazione di onorificenze da parte di Stato nemico, all'offesa a Capi di Stato esteri, alle offese contro rappresentanti di Stati esteri, al duello (articoli 275, 297, 298, 394 c.p.).

³⁹⁰ Come, ad esempio, taluni illeciti amministrativi in materia di alimenti i quali, in forza del nuovo III comma dell'articolo 9 della legge n. 689 del 1981 (introdotto dall'articolo n.95 del D. Lgs. n. 507 del 1999), nel caso di concorso apparente di norme con illeciti penali, sono destinati a non trovare mai applicazione, in quanto prevarranno sempre le disposizioni penali, pur se non speciali.

³⁹¹ DI NINO, *Gli itinerari*, cit., p. 790.

2.6.3. Le modifiche alla legge n. 689 del 1981.

Il Governo ha dato attuazione solo a due decreti legislativi su tre: infatti, la delega inerente la previsione di nuove misure alternative alla detenzione è scaduta senza che l'Esecutivo avesse provveduto ad emanare il relativo decreto legislativo. In particolare, con il D. Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, oltre all'attuazione della legge-delega secondo i principi e criteri direttivi espressi nella l. 205 del 1999, sono state apportate alcune modifiche al testo della legge di riforma del 1981. In realtà, la legge-delega prevedeva solo l'innalzamento dell'importo minimo della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 10 della legge n. 689, al fine di adeguarlo al tasso d'inflazione. Il decreto legislativo introduce, nella legge n. 689, un nuovo art. 8-*bis*, concernente la "Reiterazione delle violazioni": un vero e proprio caso di reiterazione amministrativa.

Importante, nell'economia generale del decreto legislativo n. 507 del 1999, anche l'analisi dell'articolo 100, in tema di applicabilità delle sanzioni amministrative ivi previste alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo. La disposizione riprende pedissequamente l'articolo 40 della legge n. 689; ciò non ha scarsa rilevanza, in quanto risolve l'annosa questione - qui già affrontata - dell'applicabilità della disciplina prevista dall'articolo 40 della legge n. 689 anche alle altre ipotesi di depenalizzazione. In mancanza di una disciplina transitoria espressa, sarebbe stata pacifica l'applicazione di tale disposizione. Il legislatore del 1999 ha pensato bene di fugare ogni dubbio, inserendo una disciplina espressa sulla sorte dei procedimenti penali - per i reati depenalizzati - pendenti alla data di entrata in vigore del decreto.

2.6.4. La riforma degli illeciti penali tributari.

L'articolo 6 della legge n. 205 del 1999 conteneva la delega al Governo per la riforma sanzionatoria delle violazioni in materia finanziaria e tributaria. *In primis*, è da segnalare l'abolizione (prevista dal comma secondo dell'articolo 6, l. n. 205

del 1999 e attuata dall'articolo 24, I comma, del D. Lgs. n. 507 del 1999) del principio di ultrattività delle norme penali tributarie³⁹², il quale - derogando alla regola della retroattività *in mitius* - costituiva una deroga espressa alla disciplina della successione di leggi penali nel tempo (articolo 2 c.p.). In base all'articolo 20 della l. n. 4 del 1929, infatti, le disposizioni di diritto penale finanziario avrebbero trovato applicazione, per i fatti commessi sotto il loro vigore, anche se successivamente fossero state abrogate. Il principio di ultrattività delle leggi finanziarie, legittimato da ben tre sentenze della Corte Costituzionale³⁹³ - le quali avevano ritenuto tale principio compatibile con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. - era posto a garanzia della certezza della riscossione del tributo ad opera dell'Erario.

Entrando nel cuore della riforma della disciplina in materia d'illeciti tributari, l'articolo 9 della legge n. 205 del 1999 delegava il Governo ad adottare una nuova disciplina dei reati in materia d'imposte sui redditi e d'imposte sul valore aggiunto. A ciò si aggiungeva la delega per abrogare le disposizioni della legge 7 agosto 1982, n. 516 (cd. "manette agli evasori") e delle altre norme incompatibili con la nuova disciplina. La delega esercitata dall'Esecutivo è sfociata nell'emanazione del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, contenente la riformulazione degli illeciti penali tributari. Il decreto legislativo emanato dal Governo prevede, per la maggior parte, nuove fattispecie delittuose collegate a illeciti economicamente rilevanti. La precedente legge n. 516 del 1982, difatti, anticipava eccessivamente la soglia del penalmente rilevante, punendo condotte semplicemente prodromiche all'evasione fiscale vera e propria, e strutturando gli illeciti in essa contenuti come illeciti di pericolo a consumazione anticipata per violazioni di meri obblighi formali. Tale situazione aveva causato un eccessivo ingorgo nel carico degli uffici giudiziari, obbligati a perseguire comportamenti forniti di scarso disvalore oggettivo, i quali non ledevano - se non in minima parte

³⁹² In argomento si v. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 109-110.

³⁹³ Si tratta di Corte Cost., 6 giugno 1964, n. 164, in *Foro it.*, 1965, I, pp. 28 ss., con nota di PADOVANI, *La cd. "ultrattività" delle leggi penali finanziarie e il principio di eguaglianza*; Corte Cost., 6 marzo 1975, n. 43, in *Giur. cost.*, 1975, pp. 175 ss., con nota di ANTONINI, *La ultrattività delle leggi penali finanziarie: una questione senza problemi?*; Corte Cost., 16 gennaio 1978, n. 6, in *Giur. cost.*, 1978, I, pp. 40 ss.

- il bene giuridico costituito dall'interesse dello Stato alla percezione dei tributi³⁹⁴. Il D. Lgs. n. 74 del 2000, al contrario, assoggetta a sanzione penale solo illeciti di danno dotati di rilevante offensività, prevedendo l'irrogazione d'illeciti amministrativi per le violazioni di obblighi formali. Il perseguimento di finalità preventivo-repressive nel settore dell'illecito tributario è garantito, oltre che dal D. Lgs. n. 74 del 2000, anche dalla natura - chiaramente penalistica - del D. Lgs. n. 472 del 1997, disciplinante il sottosistema dell'illecito amministrativo tributario.

2.6.5. Le problematiche connesse all'intervento di depenalizzazione del 1999. La particolare afflittività delle sanzioni amministrative ivi previste.

Dal confronto della legge-delega n. 205 del 1999 - e dei relativi decreti delegati - con i precedenti interventi di depenalizzazione, emerge la rilevanza del processo di deflazione posto in essere, oltre all'innovatività delle tecniche di depenalizzazione utilizzate e all'ampiezza dei settori interessati dalla novella legislativa. In particolare, va segnalato che la riforma del 1999 investe - per la prima volta e con un forte impatto pratico - il nucleo stesso del sistema penale, basato, com'è noto, sul codice Rocco del 1930. Infatti, numerose sono le fattispecie, di matrice codicistica, abrogate o depenalizzate; oltre a ciò, si assiste a un interventismo legislativo estremamente sviluppato anche nell'ambito della legislazione penale accessoria³⁹⁵.

Un dato di estrema importanza è costituito dalla amministrativizzazione di numerose fattispecie delittuose punite - in via esclusiva, congiunta o alternativa - con pena detentiva: nessuna riforma precedente aveva osato intaccare il "mito" della pena consistente nella reclusione o nell'arresto³⁹⁶. Oltre che per i profili già rilevati, la legislazione degli anni 1999 - 2000 si distingue perché predispone un

³⁹⁴ DI NINO, *Gli itinerari*, cit., p. 808.

³⁹⁵ BERNARDI, *Brevi note*, cit., p. 751.

³⁹⁶ La riforma del sistema sanzionatorio del 1999 ha inciso su vari settori della legislazione speciale. In alcuni di questi (come, ad esempio, quello degli alimenti) sono state depenalizzate fattispecie delittuose punite con una pena detentiva talmente elevata da non consentire l'applicabilità dell'istituto della sospensione condizionale della pena. In pratica, però, l'operare degli illeciti amministrativi (nel settore del diritto penale alimentare) potrebbe spesso essere preclusa, stante il disposto del III comma dell'articolo 9 della l. n. 689 del 1981, introdotto proprio ad opera del D. Lgs. n. 507 del 1999.

arsenale sanzionatorio di notevole gravità e severità, prevedendo, oltre a sanzioni amministrative pecuniarie dotate di limiti edittali di notevole entità, una serie di sanzioni amministrative accessorie a carattere interdittivo e inibitorio. In realtà, tali misure accessorie possono essere considerate alla stregua di vere e proprie sanzioni principali, a causa del loro carattere estremamente invasivo e repressivo (si pensi alla misura della chiusura temporanea o definitiva dello stabilimento o esercizio, articolo 8 D. Lgs. n. 507 del 1999).

Se, però, si analizzano compiutamente le soluzioni, in tema di strumenti sanzionatori, adottate dal legislatore del 1999, è consequenziale concludere nel senso che le sanzioni amministrative previste dalla riforma in esame, di amministrativo hanno ben poco.

È necessario porre in risalto, infatti, che la l. n. 205 del 1999, mediante il lungo elenco di sanzioni amministrative accessorie applicabili in via diretta alle persone giuridiche, ha cercato (prima dell'introduzione del D. Lgs. n. 231 del 2001) di supplire all'assenza della regolamentazione di una forma di responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato basata sul criterio del rischio d'impresa, i cui prodromi sono costituiti dagli articoli 31, l. n. 223 del 1990 (cd. Legge Mammi) e 15 e 19, l. n. 287 del 1990 (cd. Legge Antitrust). Tuttavia, la disciplina contenuta nel D. Lgs. n. 507 del 1999 opera una vera e propria truffa delle etichette, rendendo applicabili alle persone giuridiche sanzioni dotate di un eccezionale livello di afflittività (come la chiusura definitiva dello stabilimento), senza indagare sui criteri soggettivi di attribuzione della responsabilità all'ente, inquadrandola come una mera responsabilità di posizione, la cui affermazione si riduce alla sussistenza del fatto tipico di reato. Ciò - si badi - a differenza di quanto avviene nell'ordinamento tedesco: l'*Ordnungswidrigkeitgesetz* del 1968, infatti, nel prevedere sanzioni di tipo esclusivamente pecuniario a carico dell'ente, aggancia la responsabilità della persona giuridica al criterio della rappresentanza ovvero all'omessa assunzione di misure di sorveglianza.

La tendenza del sistema sanzionatorio amministrativo a inglobare un numero sempre maggiore di fattispecie penalistiche trova, nelle novità legislative del 1999, la prima evidente manifestazione concreta. Tale tendenza - che ha assunto,

nei primi anni del nuovo millennio, contorni sempre più chiari e definiti - dà vita a diverse problematiche:

a) in primo luogo, l'illecito amministrativo è notoriamente sfornito delle garanzie proprie dell'illecito penale. La continua estensione del campo degli illeciti amministrativi, a discapito di quelli penali, porta con sé un inevitabile indebolimento del sistema delle garanzie riconosciute al soggetto incolpato. Per evitare il completo assorbimento dell'illecito penale da parte dell'illecito amministrativo, nei settori interessati dalla depenalizzazione, si potrebbe pensare all'utilizzo del principio di sussidiarietà (al posto del principio di specialità) per risolvere il conflitto apparente di norme penali e norme amministrative. In ogni caso, va esclusa la possibilità di applicazione congiunta di entrambe le sanzioni in relazione alla medesima fattispecie concreta, specialmente nei casi in cui le sanzioni amministrative siano tali soltanto dal punto di vista del *nomen juris*; in tali ipotesi, infatti, si addiverrebbe ad un'inaccettabile duplicazione sanzionatoria, con applicazione di due sanzioni penali per il medesimo fatto e conseguente violazione del divieto di *bis in idem* sostanziale;

b) inoltre, un ricorso eccessivo all'amministrativizzazione del diritto penale estenderebbe la competenza giurisdizionale dell'autorità amministrativa, con il conseguente *vulnus* del principio della separazione dei poteri all'interno dello Stato, in quanto l'autorità competente ad irrogare la sanzione amministrativa è la stessa autorità titolare dell'interesse giuridico leso.

c) infine, da più parti è stata sottolineata la mancanza di efficacia della sanzione amministrativa³⁹⁷. In tal senso si evidenzia che le carenze connesse alla mancanza di organizzazione interna della Pubblica Amministrazione, unitamente all'impossibilità di svolgere indagini approfondite (similmente a quanto accade in ambito penale), provochino l'abbassamento degli standard di prevenzione e

³⁹⁷ GIUNTA, *Effetti e prospettive della depenalizzazione alla luce di una verifica empirica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 742 ss.; DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, p. 49. Ovviamente, i sostenitori della tesi in oggetto si contrappongono a quanti, facendo leva sull'ineffettività delle pene criminali e sul diverso e maggiore grado di efficacia delle sanzioni amministrative, militano a favore di una sempre maggior applicazione delle sanzioni amministrative, a causa anche della maggiore certezza e celerità nella loro irrogazione.

repressione³⁹⁸. L'affidamento al giudice civile della competenza a giudicare in sede di opposizione all'ordinanza-ingiunzione emessa dall'autorità amministrativa rende, in molti casi, inutile la fuoriuscita della fattispecie dalla competenza del giudice penale, in quanto questa vi rientra (seppur davanti ad altro giudice) in sede di opposizione a ordinanza-ingiunzione.

2.6.6. Conclusioni sulla depenalizzazione degli anni 1999-2000. In particolare, la sua riconducibilità ai paradigmi operativi della politica di depenalizzazione.

L'intervento di depenalizzazione del 1999, in definitiva, riveste un ruolo di enorme importanza nella cronologia storica delle politiche deflative registratesi in Italia, a partire dalla fine degli anni Sessanta in poi. Infatti, oltre al vasto numero di fattispecie penali abrogate o depenalizzate, l'aver interessato - per la prima volta in maniera sistematica - le fattispecie contenute nel codice penale, non può non significare che il legislatore ha finalmente preso atto (con diversi decenni di ritardo) dell'inevitabilità di uno svecchiamento - se non di una vera e propria riforma - della parte speciale del codice penale. Ciò, unitamente al rispetto dei principi di proporzione e di sussidiarietà nel procedere alla depenalizzazione e all'utilizzo di criteri sostanziali nella selezione delle fattispecie, conduce a un giudizio generalmente positivo dell'opera del legislatore.

Se si confronta l'intervento legislativo in questione con quelle che sono state definite le "manifestazioni concrete della politica di depenalizzazione" (v. *supra*, Cap. II, Sez. I, Par. 5) ci si accorge facilmente che il legislatore del 1999 ha operato in maniera differente dai precedenti interventi di depenalizzazione (limitati alla sola prospettiva della fiscalizzazione), in quanto, nel campo del diritto economico-sociale, non si è fermato a una mera monetizzazione dell'offesa (fenomeno avvenuto, viceversa, nei settori del diritto penale alimentare e tributario), ma ha altresì previsto meccanismi di controllo ulteriore. Né pare evidente l'ispirazione al canone della privatizzazione, poiché lo Stato ha

³⁹⁸ PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 432.

mantenuto (e in alcuni casi potenziato, come nel caso della disciplina in materia di assegni) il monopolio della risposta sanzionatoria. Testimonianza di tale tendenza emerge nell'introduzione della perseguibilità a querela per la sola fattispecie di furto semplice³⁹⁹.

Occorre avvertire, però, che se si guarda alla struttura dell'illecito amministrativo, non si può dire che l'utilizzo di questo nuovo modello d'illecito conduca a una progressiva bagatellizzazione della tutela⁴⁰⁰. L'illecito amministrativo, infatti, aveva una sua fisionomia tradizionale, rinvenibile nel modello para-penale delineato nella legge n. 689 del 1981, conformato - principalmente - sugli istituti della parte generale del codice Rocco. L'illecito amministrativo era stato dunque pensato per la repressione di semplici bagatelle, di facile accertamento, non implicanti valutazioni in merito alla punibilità di fatti caratterizzati da estrema gravità od offensività. Il diritto sanzionatorio amministrativo ha assunto, invece, negli ultimi anni, la tendenza a regolamentare interi settori di attività, specialmente quelli riguardanti attività economiche complesse (tra cui la repressione dei cd. *white-collar crimes*)⁴⁰¹. A tale ultima tendenza vanno ascritti alcuni interventi contenuti nel D. Lgs. n. 507 del 1999. Infatti, la previsione di sanzioni amministrative pecuniarie di rilevante entità, unita alla presenza di diverse sanzioni amministrative accessorie a carattere inibitorio, eleva il grado di afflittività dello strumento sanzionatorio amministrativo, rendendolo sempre più simile allo strumento penale e allontanandolo dal modello delineato nella legge n. 689 del 1981⁴⁰².

La crescita ipertrofica dell'illecito amministrativo (per utilizzare una terminologia precedentemente impiegata in relazione al settore penalistico) è inevitabilmente connessa ad un minor livello di garanzia, sia dal punto di vista sostanziale (diversa copertura costituzionale in ordine alla conoscibilità del precetto e al carattere personale della responsabilità) che processuale (mancanza di terzietà e imparzialità dell'autorità amministrativa nella fase procedimentale;

³⁹⁹ DI GIOVINE, *La nuova legge delega per la depenalizzazione dei reati minori tra istanze deflattive e sperimentazione di nuovi modelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1410.

⁴⁰⁰ Ead., *op. cit.*, p. 1447.

⁴⁰¹ Si v. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1993, *passim*.

⁴⁰² DI GIOVINE, *La nuova legge delega*, cit., p. 1448.

blanda attuazione del principio del contraddittorio e dell'onere della prova), rispetto alla disciplina dell'illecito penale. In tal modo, all'aumento della certezza e della celerità nell'applicazione della sanzione, corrisponde un affievolimento delle garanzie per il cittadino⁴⁰³.

In definitiva, sembra che la cifra più rilevante dell'intervento depenalizzativo del 1999 sia costituita non dalle fattispecie penali abrogate o depenalizzate (ciò che pure è da valutare positivamente, non foss'altro per le tecniche utilizzate e per il numero delle disposizioni coinvolte), bensì dalla creazione - probabilmente non del tutto esplicitata, da parte del legislatore - di una nuova tipologia d'illecito, diverso dal modello dell'illecito penale-amministrativo espresso nella legge n. 689 del 1981, e con caratteri simili a quelli più propriamente penalistici. Vi sarebbe da chiedersi, come ha fatto autorevole dottrina, se il modello d'illecito risultante dall'intervento legislativo *de quo* non sia definibile come un diritto sanzionatorio, più vicino al paradigma penale, ma che di quest'ultimo non condivide, innanzitutto, il *nomen juris* e l'autorità competente a giudicare sulla sua applicazione concreta⁴⁰⁴. L'obiezione che potrebbe muoversi alla considerazione svolta è che questo "nuovo" modello d'illecito non incide sul bene della libertà personale, limitando la sua azione ai soli beni patrimoniali o della libertà d'iniziativa economica (nel caso delle sanzioni interdittive). Ebbene, se è vero che le sanzioni contenute negli interventi normativi del 1999 (così come le sanzioni amministrative pecuniarie previste da leggi successive, come, ad esempio, il nutrito apparato di sanzioni pecuniarie previste dal Testo Unico delle disposizioni in materia d'Intermediazione Finanziaria) non sono di tipo detentivo, è però necessario valutare se il loro livello di afflittività non conduca all'affermazione della loro natura sostanzialmente penale, pur se formalmente

⁴⁰³ DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa*, cit., pp. 594 ss.; PALAZZO, *I criteri di riparto*, cit., p. 54.

⁴⁰⁴ L'espressione diritto sanzionatorio è intesa, da PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, cit., p. 1046, nel senso del risultato di una progressiva "omogeneizzazione tra diritto penale e diritto sanzionatorio amministrativo". Secondo l'A., tale diritto sanzionatorio rappresenta una categoria già esistente sia a livello concettuale (nella dottrina tedesca) che di diritto positivo (nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che lo ha eletto a modello di riferimento per la creazione di un sistema autonomo di regole e di principi). Proprio il settore della responsabilità delle persone giuridiche costituisce il banco di prova per questa nuova tipologia sanzionatoria, ontologicamente non-detentiva e riferibile - a differenza dell'illecito penale - non solo alla persona fisica, ma anche agli enti giuridici.

amministrativa, con conseguente applicabilità di tutto lo stuolo di garanzie inevitabilmente connesso a tale forma d'illecito.

2.7. La depenalizzazione del 2014. Tra illecito amministrativo e illecito civile.

2.7.1. L'articolo 1 della legge - delega e la riforma delle pene detentive non carcerarie.

Il 2 aprile 2014 la Camera ha approvato, in via definitiva, la proposta di legge n. 331-927-B, recante “Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”⁴⁰⁵. La legge, composta di 16 articoli, è suddivisa in tre capi: il primo capo contiene due deleghe al Governo, in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione; il secondo capo introduce nel codice penale e nel codice di procedura penale l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova; il terzo capo, infine, disciplina la sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ In argomento si v. DELLA BELLA, *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 aprile 2014.

⁴⁰⁶ Il capo II e III della legge contengono, invece, disposizioni immediatamente applicabili, una volta decorso l'ordinario termine di *vacatio* dalla data di pubblicazione della legge in G.U. Il Capo II (articoli 3-8) introduce nell'ordinamento l'istituto della sospensione del procedimento penale con messa alla prova, sino ad ora previsto nel solo sistema minorile dall'art. 28 del d.P.R. n. 448/1988 (artt. 3-8). La disciplina del nuovo istituto, inquadrato dogmaticamente come causa di estinzione del reato, riguarda i procedimenti per reati puniti con la pena pecuniaria o con la pena detentiva (sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria) non superiore nel massimo a quattro anni. Tale disciplina è collocata nel codice penale, ai nuovi articoli 168 *bis*, 168 *ter* e 168 *quater*, dunque subito dopo la disciplina della sospensione condizionale della pena (art. 3). I profili processuali sono invece disciplinati negli artt. 464 *bis* ss. del codice di procedura penale, collocati nel nuovo Titolo V *bis* del libro VI, dedicato appunto alla "Sospensione del procedimento con messa alla prova" (artt. 4-5), nonché nel nuovo Capo X *bis*, del titolo I delle “Norme di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di procedura penale”. Il Capo III della legge è infine dedicato alla disciplina della sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili: tale istituto, che comporta la sospensione della prescrizione per tutto il periodo di assenza dell'imputato, trova la sua disciplina nei nuovi artt. 420 *bis*-420 *quinquies* del codice di procedura penale (artt. 9-14). L'articolo 9 novella le disposizioni del codice di procedura penale, eliminando ogni riferimento alla contumacia. Il nuovo articolo 420 *bis* disciplina le ipotesi in cui il giudice può pronunciare l'ordinanza con cui si dispone di procedere in assenza dell'imputato; il nuovo articolo 420 *quater*, invece, descrive il procedimento da seguire nel caso di *assenza* dell'imputato

Quanto alle deleghe, con l'art. 1 (Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie) viene prevista una delega al Governo per la riforma del sistema delle pene, da operare essenzialmente tramite l'eliminazione della pena dell'arresto e l'introduzione, tra le pene principali, della reclusione domiciliare e dell'arresto domiciliare. Tra i principi e i criteri direttivi della delega si prevede:

a) l'applicazione dell'arresto domiciliare per tutte le ipotesi in cui attualmente è previsto l'arresto;

b) all'art. 1, lett b), l'applicazione della pena della reclusione domiciliare o dell'arresto domiciliare per i reati puniti con l'arresto o con la reclusione non superiore nel massimo a tre anni (da calcolarsi in astratto, sulla base dei criteri indicati nell'art. 278 c.p.p.);

c) la possibilità per il giudice di applicare, nei casi di conversione della pena detentiva in reclusione domiciliare o arresto domiciliare, in aggiunta, la sanzione del lavoro di pubblica utilità;

d) in relazione ai delitti puniti con la reclusione tra i tre e i cinque anni, l'art. 1 lett. c) prescrive al Governo di introdurre un meccanismo di sostituzione facoltativa della pena carceraria, ossia l'attribuzione al giudice del potere di valutare discrezionalmente l'opportunità di sostituire la reclusione carceraria con quella domiciliare.

La lettera m) dell'articolo 1 delega il Governo a introdurre la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto⁴⁰⁷, da applicare a tutte le condotte

(rinvio dell'udienza e notificazione all'imputato assente ad opera della P.G.; se non deve essere pronunciata sentenza di non luogo a procedere, e non è stato possibile notificare l'ordinanza, il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente). Infine, il novellato articolo 420 *quinquies* stabilisce che alla scadenza di un anno dall'ordinanza di sospensione, e per ogni anno successivo, il giudice disponga nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso; in caso di esito positivo delle ricerche, il giudice revoca l'ordinanza e fissa la data della nuova udienza. Per l'analisi del nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, si v. *infra*, paragrafo 9.

⁴⁰⁷ La delega è stata esercitata mediante l'emanazione del D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 67, recante "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo

punite con la sola pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore, nel massimo, a cinque anni, nelle ipotesi di particolare tenuità dell'offesa e di non abitudine del comportamento.

2.7.2. L'articolo 2 della legge - delega. La riforma del sistema sanzionatorio e la depenalizzazione.

L'articolo 2, introdotto durante l'esame del provvedimento al Senato della Repubblica, delega il Governo a operare, tra l'altro, un'articolata depenalizzazione⁴⁰⁸. Dall'ultima depenalizzazione, avvenuta con il D. Lgs. n. 507

l, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67". Sulla natura e sulle caratteristiche di tale, nuova, causa di non punibilità, si v. il par. 2.8 in questo stesso capitolo.

⁴⁰⁸ Si riporta il testo dell'articolo 2 della legge n. 67 del 2014, rubricato "Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria"

1. Il Governo È delegato ad adottare, entro i termini e con le procedure di cui ai commi 4 e 5, uno o più decreti legislativi per la riforma della disciplina sanzionatoria dei reati e per la contestuale introduzione di sanzioni amministrative e civili, in ordine alle fattispecie e secondo i principi e criteri direttivi specificati nei commi 2 e 3.

2. La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma È ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) trasformare in illeciti amministrativi tutti i reati per i quali È prevista la sola pena della multa o dell'ammenda, ad eccezione delle seguenti materie:

- 1) edilizia e urbanistica;
- 2) ambiente, territorio e paesaggio;
- 3) alimenti e bevande;
- 4) salute e sicurezza nei luoghi di lavoro;
- 5) sicurezza pubblica;
- 6) giochi d'azzardo e scommesse;
- 7) armi ed esplosivi;
- 8) elezioni e finanziamento ai partiti;
- 9) proprietà intellettuale e industriale;

b) trasformare in illeciti amministrativi i seguenti reati previsti dal codice penale:

1) i delitti previsti dagli articoli 527, primo comma, e 528, limitatamente alle ipotesi di cui al primo e al secondo comma;

2) le contravvenzioni previste dagli articoli 652, 659, 661, 668 e 726;

c) trasformare in illecito amministrativo il reato di cui all'articolo 2, comma 1-bis, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, purché l'omesso versamento non ecceda il limite complessivo di 10.000 euro annui e preservando comunque il principio per cui il datore di lavoro non risponde a titolo di illecito amministrativo, se provvede al versamento entro il termine di tre mesi dalla contestazione o dalla notifica dell'avvenuto accertamento della violazione;

d) trasformare in illeciti amministrativi le contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, previste dalle seguenti disposizioni di legge:

- 1) articolo 11, primo comma, della legge 8 gennaio 1931, n. 234;
- 2) articolo 171-quater della legge 22 aprile 1941, n. 633;
- 3) articolo 3 del decreto legislativo luogotenenziale 10 agosto 1945, n. 506;
- 4) articolo 15, secondo comma, della legge 28 novembre 1965, n. 1329;

5) articolo 16, quarto comma, del decreto-legge 26 ottobre 1970, n. 745, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 1970, n. 1034;

6) articolo 28, comma 2, del testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309;

e) prevedere, per i reati trasformati in illeciti amministrativi, sanzioni adeguate e proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche; prevedere come sanzione principale il pagamento di una somma compresa tra un minimo di euro 5.000 ed un massimo di euro 50.000; prevedere, nelle ipotesi di cui alle lettere b) e d), l'applicazione di eventuali sanzioni amministrative accessorie consistenti nella sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione;

f) indicare, per i reati trasformati in illeciti amministrativi, quale sia l'autorità competente ad irrogare le sanzioni di cui alla lettera e), nel rispetto dei criteri di riparto indicati nell'articolo 17 della legge 24 novembre 1981, n. 689;g) prevedere, per i casi in cui venga irrogata la sola sanzione pecuniaria, la possibilità di estinguere il procedimento mediante il pagamento, anche rateizzato, di un importo pari alla metà della stessa.3. La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: a) abrogare i reati previsti dalle seguenti disposizioni del codice penale:

1) delitti di cui al libro secondo, titolo VII, capo III, limitatamente alle condotte relative a scritture private, ad esclusione delle fattispecie previste all'articolo 491;

2) articolo 594;

3) articolo 627;

4) articoli 631, 632 e 633, primo comma, escluse le ipotesi di cui all'articolo 639-bis;

5) articolo 635, primo comma;

6) articolo 647;

b) abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia;

c) fermo il diritto al risarcimento del danno, istituire adeguate sanzioni pecuniarie civili in relazione ai reati di cui alla lettera a);

d) prevedere una sanzione pecuniaria civile che, fermo restando il suo carattere aggiuntivo rispetto al diritto al risarcimento del danno dell'offeso, indichi tassativamente:

1) le condotte alle quali si applica;

2) l'importo minimo e massimo della sanzione;

3) l'autorità competente ad irrogarla;

e) prevedere che le sanzioni pecuniarie civili relative alle condotte di cui alla lettera a) siano proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche.

4. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati entro il termine di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Gli schemi dei decreti legislativi sono trasmessi alle Camere, corredati di relazione tecnica, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni competenti per materia e per i profili finanziari, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei predetti pareri. Qualora tale termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal primo periodo o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. Nella predisposizione dei decreti legislativi il Governo tiene conto delle eventuali modificazioni della normativa vigente comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega. I decreti legislativi di cui al comma 1 contengono, altresì, le disposizioni necessarie al coordinamento con le altre norme legislative vigenti nella stessa materia.

5. Entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi di cui al presente articolo, possono essere emanati uno o più decreti correttivi ed integrativi, nel rispetto della procedura di cui al comma 4 nonché dei principi e criteri direttivi di cui al presente articolo.

del 1999 (basato sulla delega contenuta nella l. n. 205 del 1999), non sono più stati registrati interventi normativi finalizzati a ridurre il numero delle fattispecie penali. Dunque, si può affermare che la delega, indirizzata al Governo, affinché operi una depenalizzazione di alcune fattispecie di reato, costituisce il primo intervento depenalizzativo dopo oltre quindici anni di totale “quiescenza” del legislatore⁴⁰⁹.

Il comma secondo, lettera a), dell’articolo 2, delega il Governo a trasformare in illeciti amministrativi pecuniari tutti i reati per cui è prevista la sola pena dell’ammenda o della multa, ad eccezione di alcuni settori tassativamente elencati. Se si limita l’analisi al codice penale, emergono 32 reati da depenalizzare: 20 delitti puniti con la sola multa e 12 contravvenzioni punite con la sola ammenda⁴¹⁰. Peraltro, alcune di queste disposizioni non potrebbero essere depenalizzate, perché rientranti in una delle materie esplicitamente escluse dalla depenalizzazione.

La lettera b) dell’articolo 2, II comma, prevede la trasformazione in illecito amministrativo pecuniario di alcuni reati, contenuti nel codice penale, espressamente individuati. Si tratta dei delitti di cui agli articoli 527, primo comma e 528, limitatamente alle ipotesi di cui al primo e al secondo comma (“Atti osceni” e “Pubblicazione e spettacoli osceni”) e delle contravvenzioni di cui agli articoli 652, 659, 661, 668 e 726 del codice penale (“Rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto”, “Disturbo dell’occupazione e del riposo delle persone”, “Abuso della credulità popolare”, “Rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive”, “Atti contrari alla pubblica decenza”).

Alla data di stampa del presente lavoro (settembre 2015) la delega *de quo* non è ancora stata esercitata dal Governo. La delega scadrà il 17 novembre 2015.

⁴⁰⁹ Secondo i dati dell’Ufficio Studi della Camera dei Deputati (*Camera Dei Deputati. XVII Legislatura. Documentazione per l’esame del progetto di legge A.C. 331-927-B. Scheda di lettura n. 7/2, 5 febbraio 2014*) dal D.Lgs. n. 507 del 1999 fino al 30 giugno 2014 sono state introdotte, nell’ordinamento italiano, 321 nuove fattispecie penali, di cui 181 nuove contravvenzioni e 140 nuovi delitti. Peraltro, tale elenco non tiene conto delle novità apportate dal D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante “*Norme in materia ambientale*”, dal D. Lgs. 9 aprile 2008, di “*Attuazione dell’articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro*” e del D. Lgs. 15 marzo 2010, n. 66, recante “*Codice dell’ordinamento militare*”.

⁴¹⁰ Le fattispecie di maggior rilievo rientranti nell’ambito di operatività della depenalizzazione sono i reati di: favoreggiamento personale (art. 378 c.p.), rissa (588 c.p.) e minaccia (612 c.p.).

La lettera c) del comma secondo dell'articolo 2 trasforma in illecito amministrativo del reato di cui all'articolo 2, comma 1-*bis*, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638: si tratta dell'omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei propri dipendenti. La depenalizzazione riguarda solo l'omesso versamento inferiore a 10.000 euro.

La lettera d) del medesimo comma prevede la trasformazione in illecito amministrativo pecuniario di alcune specifiche contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda.

La lettera e) del comma secondo stabilisce i criteri a cui dovrà attenersi il legislatore nella determinazione della comminatoria edittale della sanzione amministrativa pecuniaria. In particolare, il Governo dovrà prevedere, nei decreti legislativi delegati:

a) sanzioni adeguate e proporzionate alla gravità della violazione, all'eventuale reiterazione dell'illecito, all'opera svolta dall'agente per eliminare o attenuare le conseguenze della propria azione, nonché alla personalità dell'agente e alle sue condizioni economiche (è evidente il richiamo alla disciplina contenuta nell'art. 11 della legge n. 689 del 1981);

b) la previsione, quale sanzione principale, del pagamento di una somma di denaro compresa tra euro 5.000 ed euro 50.000;

c) nelle ipotesi di trasformazione, in illeciti amministrativi, di reati previsti nel codice penale e nella legislazione penale accessoria, la previsione di eventuali sanzioni amministrative accessorie consistenti nella sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione.

La lettera f), prevede che il Governo indichi l'autorità competente a irrogare la sanzione nel rispetto dei criteri di riparto indicati nella legge n. 689 del 1981. La lettera g) indica al Governo la necessità di prevedere, nei casi in cui sia irrogata la

sola sanzione pecuniaria, la possibilità di definire il procedimento tramite il pagamento - anche rateizzato - della metà della sanzione irrogata.

La vera novità presente nella legge n. 67 del 2014 è rappresentata dal simultaneo utilizzo da parte del legislatore, in un unico intervento normativo, di due diversi criteri per selezionare le fattispecie da depenalizzare. Infatti, mentre la lettera a) s'ispira a un criterio formale di depenalizzazione (tipologia della sanzione prevista), le lettere b) e d) sono improntate a un criterio di natura sostanziale (enunciazione singole fattispecie depenalizzate, a seguito di una valutazione, compiuta dal legislatore, del disvalore oggettivo della singola ipotesi di reato). Peraltro, la stessa lettera a) prevede un nutrito elenco di esclusioni dall'ambito della depenalizzazione, parametrato non su singole fattispecie (come visto nelle precedenti leggi di depenalizzazione), bensì su interi campi di materia.

2.7.3. La previsione di sanzioni civili pecuniarie a seguito dell'abrogazione di alcune fattispecie codicistiche.

Il comma 3, lettera a), dell'articolo 2, delega il Governo ad abrogare i seguenti delitti:

a) delitti di cui al Libro II, Titolo VII, Capo III ("Della falsità in atti"), limitatamente alle condotte relative a scritture private e ad esclusione delle fattispecie previste dall'articolo 491, ovverosia delle ipotesi nelle quali, agli effetti penali, le scritture private siano equiparate agli atti pubblici;

b) delitto di ingiuria (art. 594 c.p.);

c) delitto di sottrazione di cose comuni (art. 627 c.p.);

d) delitti di usurpazione (art. 631 c.p.), deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi (art. 632 c.p.), invasione di terreni o edifici (art. 633, I comma, c.p.), danneggiamento (635, I comma, c.p., limitatamente alle ipotesi perseguibili a querela di parte);

e) delitto di appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o per caso fortuito (art. 647 c.p.).

In queste ipotesi, dunque, non può parlarsi propriamente di depenalizzazione, ma più correttamente di decriminalizzazione, in quanto le fattispecie delittuose non vengono trasformati in illeciti amministrativi, ma ne viene prevista l'abrogazione⁴¹¹. Il Parlamento, però, ha reputato inopportuno lasciare totalmente prive di tutela le posizioni giuridiche incise dalle fattispecie da abrogare; inoltre, ha ritenuto che la possibilità di esercitare, da parte del danneggiato, l'azione generale per il risarcimento del danno (art. 2043 c.c.) non garantisca una tutela sufficientemente ampia nei confronti dei soggetti titolari degli interessi lesi. In virtù di ciò ha stabilito, alla lettera c) del comma 3, che - fermo il diritto al risarcimento del danno - il Governo avrebbe dovuto istituire adeguate sanzioni pecuniarie civili in relazione ai reati da abrogare.

L'istituto in questione rappresenta un *novum* per l'ordinamento penale⁴¹². Nella Relazione al disegno di legge n. 110 della XVII Legislatura si legge che "l'articolo 3 del disegno di legge prevede che il giudice civile, quando accerti la lesione del diritto soggettivo (determinata, ad esempio, da comportamenti ingiuriosi o diffamatori o dalla commissione di una falsità in scrittura privata o da un danneggiamento o dall'appropriazione di cose smarrite), in aggiunta al tradizionale risarcimento del danno, possa applicare anche una ulteriore sanzione pecuniaria, che corrisponde al concetto di pena privata. Mentre il risarcimento ha una funzione riparatoria, la pena privata ha una funzione sanzionatoria e preventiva e si giustifica allorché l'illecito, oltre a determinare un danno patrimoniale, consente di ottenere un arricchimento ingiustificato. In tali casi, se il

⁴¹¹ MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla sanzione pecuniaria civile. In merito all'esercizio della delega di cui all'art. 2, co. 3, legge 28 aprile 2014, n. 67*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 aprile 2015, p. 2. L'A. qualifica le fattispecie oggetto della delega al Governo come semplici illeciti civili corrispondenti alla violazione di altrettante situazioni giuridiche soggettive riconosciute e protette dall'ordinamento civile, e tutelate con le modalità in esso previste.

⁴¹² Le sanzioni civili sono disciplinate nel Libro I del codice penale, al Titolo VII ("Delle sanzioni civili"), in cui si trova la disciplina delle restituzioni, del risarcimento del danno derivante dal reato (articolo 185) e della riparazione del danno mediante pubblicazione della sentenza di condanna (articolo 186). Le sanzioni richiamate in quella sede fanno parte delle sanzioni collegate alla commissione di un reato. In caso di abrogazione della fattispecie penale, dunque, viene meno anche la possibilità di comminare tali sanzioni.

legislatore si limitasse all'eliminazione dell'illiceità penale, gli autori - a prescindere dal risarcimento dovuto alla persona danneggiata - si gioverebbero del vantaggio patrimoniale provocato dal fatto illecito”⁴¹³.

Il modello cui pare essersi ispirato il legislatore del 2014 nell'introduzione delle sanzioni civili pecuniarie pare essere, in verità, più vicino all'istituto dei cd. *punitive damages* dell'esperienza nordamericana e anglosassone⁴¹⁴. I *punitive damages* svolgono una funzione ultracompensativa rispetto al danno effettivamente patito dal soggetto danneggiato, allo scopo di punire comportamenti dolosi e gravemente offensivi o riprovevoli. Tale istituto - diverso e ulteriore rispetto a quello dei cd. *compensatory damages*, più simili al modello dell'illecito civile risarcitorio così come disciplinato nel codice civile italiano - ha natura evidentemente punitiva, svolgendo una funzione di *deterrence* nei confronti dei comportamenti che mirano a prevenire. La loro natura non è compensativa del pregiudizio subito, bensì indennitaria, non essendo parametrati all'entità del pregiudizio subito dal danneggiato, bensì strutturati dal legislatore in via forfettaria.

Volgendo lo sguardo alle disposizioni normative presenti nel nostro ordinamento, è possibile individuare nell'articolo 96, III comma, c.p.c. (così come riformulato a seguito della novella del 2009) un primo, embrionale, esempio di fattispecie riconducibile alla categoria dei *punitive damages*. La disposizione de

⁴¹³ Cfr. Relazione al d.d.l. S. 110 della XVII Legislatura, d'iniziativa dei Senatori Caliendo e Palma, disponibile online su www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00698853.pdf. La dottrina italiana si è vivacemente interrogata sulla possibilità d'individuare un modello legale di *pena privata*. La dottrina tradizionale (DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1970) aveva escluso la funzione sanzionatoria dell'illecito civile, attribuendo ad esso esclusivamente funzione risarcitorio-ripristinativa. Altri autori, sulla base di precise indicazioni normative, hanno tentato d'individuare degli istituti che potessero rientrare in tale concetto, tra cui la delibera di esclusione dell'associato nelle persone giuridiche (BOSETTI, *Autonomia privata e formazioni sociali*, in BUSNELLI - SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 158) oppure la clausola penale di cui agli artt. 1382 ss. c.c. (PONZANELLI, voce *Penà privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p.2). All'esito del dibattito, però, non vi è stata un'indicazione sufficientemente suffragata da dati normativi per giungere alla compiuta definizione della categoria delle *pene private*. La giurisprudenza della Suprema Corte, tuttavia, ritiene di poter individuare, in relazione a talune determinate ipotesi, l'istituto della pena privata: si pensi all'art. 96, III comma c.p.c. (così come modificato dall'art. 45, II comma, l. 18 giugno 2009, n. 69). La responsabilità aggravata prevista da quest'ultimo articolo è stata qualificata, da recenti sentenze della Cassazione (Cass. civ., sez VI, 18 aprile 2014, n. 9035; Cass. civ., sez. I, 30 luglio 2010, n. 17902), come una pena privata. Per approfondimenti (anche bibliografici), si v. *amplius* MASIERI, *Decriminalizzazione*, cit., pp. 2-7.

⁴¹⁴ In argomento cfr. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 483.

qua prevedendo che il giudice, nello statuire sulle spese processuali, possa contestualmente pronunciare - anche d'ufficio - condanna della parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata, riprende pedissequamente la disposizione (ora abrogata) contenuta nell'art. 385, IV comma, c.p.c., che si riferiva ai soli giudizi davanti alla Corte di Cassazione. L'ipotesi di responsabilità aggravata introdotta (così recita la rubrica della norma), avente portata generale e suscettibile di essere applicata anche senza apposita istanza di parte, è stata interpretata dalla giurisprudenza alla stregua di una pena privata per prevenire possibili condotte di abuso degli strumenti processuali⁴¹⁵.

Le lettere c) e d) del comma terzo dell'articolo 2 delegano il Governo ad introdurre, in aggiunta rispetto al diritto al risarcimento del danno da parte dell'offeso, adeguate sanzioni pecuniarie civili in relazione ai reati del codice penale da abrogare, indicando tassativamente:

- a) le condotte a cui si applicherebbe la sanzioni civile;
- b) l'importo minimo e massimo della sanzione civile;
- c) l'autorità competente ad irrogare la sanzione stessa⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Cfr. *Camera Dei Deputati. XVII Legislatura. Documentazione per l'esame del progetto di legge A.C. 331-927-B. Scheda di lettura n. 7/2, 5 febbraio 2014*, p. 26. Nella giurisprudenza di merito, si segnala Trib. Bari, sez. III, 14 febbraio 2012, inedita, secondo cui l'articolo 96, III comma, c.p.c. "ha introdotto una vera e propria pena pecuniaria che prescinde dalla domanda di parte e dalla prova dei danni e si fonda sulla mala fede o colpa grave del soggetto risultato poi soccombente nel giudizio". Nella giurisprudenza amministrativa, si segnala Cons. Stato, 23 maggio 2011, n. 3083, inedita, la quale sottolinea il fatto che "in materia di spese di giudizio, la norma sancita dall'art. 96, co. 3, persegua lo scopo immediato di approntare una soddisfazione in denaro alla parte risultata vincitrice in un processo civile; indirettamente si coglie l'ulteriore intento della legge di arginare il proliferare di cause superflue che appesantiscono oggettivamente gli uffici giudiziari ostacolando la realizzazione del giusto processo attraverso il rispetto del valore (costituzionale e internazionale) della ragionevole durata del processo".

⁴¹⁶ Il Servizio Studi della Camera (*Camera Dei Deputati. XVII Legislatura. Documentazione per l'esame del progetto di legge A.C. 331-927-B. Scheda di lettura n. 7/2, 5 febbraio 2014*, p. 25) rileva che i principi e i criteri direttivi in relazione alla definizione delegata del nuovo istituto sono alquanto vaghi e indefiniti. Infatti, non sono esplicitamente previste né le condotte a cui applicare le sanzioni civili, né i limiti edittali massimi e minimi. Inoltre, indicazioni poco chiare sussistono in merito all'individuazione dell'autorità competente a comminare la sanzione, dovendo propendersi per l'autorità giurisdizionale ordinaria: se, infatti, si ammettesse la competenza dell'autorità amministrativa, non si vede come quest'ultima possa irrogare delle sanzioni di tipo civile. Per quanto riguarda l'elemento oggettivo delle condotte da sanzionare, secondo alcuni (MASIERI, *Decriminalizzazione*, cit., pp. 9-10) il legislatore delegato potrà restringere l'area di applicazione delle nuove sanzioni civili solo a determinate modalità di condotta rientranti nell'alveo delle fattispecie penali abrogate. Secondo altri, invece (PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv .it. dir. proc. pen.*, 1, 2015, p. 1720), "la delega prescrive che le condotte dei nuovi illeciti siano indicate *tassativamente*; e per il legislatore delegato, il modo ad un tempo più rigoroso e più semplice di adempiere a tale criterio direttivo, sarà di riprodurre le nuove fattispecie come esse erano formulate nel codice penale".

Peraltro, la legge-delega non fa nessun riferimento all'elemento soggettivo caratterizzante la nuova tipologia d'illecito civile. Se è vero che i delitti da abrogare costituiscono violazioni caratterizzate dalla presenza dell'elemento doloso, è noto il fatto che l'illecito civile possa essere imputato anche a titolo di colpa. L'unico riferimento - peraltro implicito - presente nella legge-delega è rinvenibile nella lettera e) del comma terzo (disciplinante i criteri che il Governo dovrà seguire nella quantificazione delle sanzioni civili pecuniarie), nel riferimento alla gravità della violazione quale criterio da utilizzare in sede di quantificazione legislativa delle sanzioni; nella gravità della violazione potrebbe rientrare - a quanto sembra - la valutazione sull'intensità (ma non sulla sussistenza) dell'elemento soggettivo caratterizzante la violazione.

I criteri elencati nella lettera e), come si è detto, sono rivolti al legislatore delegato per la quantificazione delle sanzioni civili pecuniarie. Considerata l'estrema somiglianza con il dettato dell'articolo 133 c.p. (inerente i poteri del giudice nella determinazione intra-edittale della sanzione penale), il Governo non potrà che riportare testualmente i criteri in questione nel decreto legislativo delegato; criteri che saranno concretamente applicati dal giudice in sede di determinazione della sanzione civile.

Il Governo dovrà dunque prevedere che le sanzioni civili pecuniarie siano proporzionate:

- a) alla gravità della violazione;
- b) alla reiterazione dell'illecito;
- c) all'arricchimento del soggetto responsabile;
- d) all'opera svolta dall'agente per eliminare o attenuare le conseguenze della propria azione;
- e) alla personalità dell'agente;
- f) alle condizioni economiche dell'agente.

2.7.4. Considerazioni conclusive sull'introduzione delle nuove sanzioni civili pecuniarie nell'ordinamento italiano.

La previsione, nella legge-delega n. 67 del 2014, di un modello sanzionatorio simile a quello dei cd. *punitive damages* d'ispirazione nordamericana, pone un rilevante e improrogabile problema di politica criminale. La dismissione della competenza degli uffici del Pubblico Ministero nella repressione dei reati di cui all'articolo 2, comma 3, lett. a) della legge, provocherebbe un sensibile abbassamento di tutela per il soggetto danneggiato (attualmente anche persona offesa) dal comportamento illecito. La nuova natura d'illecito civile renderebbe, infatti, estremamente difficile (per non dire impossibile) l'identificazione degli autori della violazione - il cui riconoscimento dovrebbe avvenire sul solo impulso della parte danneggiata, senza l'intervento della Polizia Giudiziaria - stante l'inevitabilità dell'identificazione dei presunti danneggianti quale *condicio sine qua non* per l'esercizio dell'azione civile⁴¹⁷.

In conclusione, i principi e i criteri direttivi contenuti nella legge-delega 28 aprile 2014, n. 67, risultano in gran parte vaghi e non soddisfacenti da un punto di vista strutturale, oltre che di politica del diritto. Infatti, l'ablazione della rilevanza penale di alcune condotte avvertite in maniera particolarmente elevata dai titolari dei beni giuridici lesi (si pensi, ad es., al reato di danneggiamento) potrebbe condurre a una vertiginosa diminuzione delle tutele accordate ai privati. L'ordinamento giuridico italiano, probabilmente, non è ancora maturo per l'introduzione - in questi termini - di un istituto fortemente innovativo in ordine alla natura della responsabilità civile.

⁴¹⁷ MASIERI, *Decriminalizzazione*, cit., p. 16. Lo stesso A., poche righe oltre, riconosce all'introduzione dell'istituto in questione la capacità di aprire l'ordinamento italiano alla delibazione delle sentenze straniere di applicazione dei cd. *punitive damages*. Infatti, la giurisprudenza è stata fino ad oggi granitica nel negare l'ingresso di tali sentenze all'interno del nostro sistema giuridico, in considerazione del fatto che le pronunce in questione si basano su un istituto civilistico dalla natura chiaramente sanzionatoria, sconosciuto all'ordinamento italiano. Per questo, si ritiene che le sentenze straniere che prevedano l'irrogazione di somme di denaro in funzione punitiva (cd. *punitive damages*) contrastino con l'ordine pubblico di cui all'art. 64, I comma, lett. g) della l. 31 maggio 1995, n. 218 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato").

2.8. Un'ipotesi di depenalizzazione in concreto: la non punibilità per particolare tenuità del fatto.

2.8.1. Le ragioni alla base dell'intervento e i precedenti normativi.

Il Decreto Legislativo 16 marzo 2015, n. 28, ha dettato “Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67”⁴¹⁸. L'articolo 1 del decreto introduce nel codice penale il nuovo art. 131-*bis*⁴¹⁹, collocato nel nuovo Titolo V del Capo I del codice, alle cui rubriche è stata aggiunta l'espressione “Della particolare tenuità del fatto”. L'articolo 2 disciplina i profili processuali del nuovo istituto (in particolare, la definizione del procedimento già nella fase delle indagini preliminari, mediante l'ordinanza del G.I.P. che accoglie la richiesta del P.M. di archiviazione perché il fatto è di particolare tenuità)⁴²⁰. L'articolo 3,

⁴¹⁸ Il Decreto Legislativo in oggetto recepisce le proposte elaborate dalla commissione ministeriale, nominata con d.m. 27 maggio 2014 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, per l'elaborazione di proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla delega contenuta nella legge n. 67 del 2014.

⁴¹⁹ Art. 131-*bis*. - (Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto). “Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69. La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante».

⁴²⁰ “1. All'articolo 411 [c.p.p.] sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, dopo le parole: «condizione di procedibilità» sono inserite le seguenti: «, che la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale per particolare tenuità del fatto»;

infine, detta sia la disciplina della sentenza predibattimentale di non doversi procedere per particolare tenuità del fatto (primo comma), sia quella dell'efficacia - nei giudizi civili e amministrativi - della sentenza di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto (secondo comma)⁴²¹.

L'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto non costituisce una novità assoluta per l'ordinamento italiano. Infatti, sia la disciplina del processo penale minorile (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) che quella del processo davanti al giudice di pace (D. Lgs. 28 agosto 2000, n. 274) conoscono - seppur sotto la diversa espressione di irrilevanza penale del fatto - l'istituto in esame. Il decreto legislativo, nel configurare la nuova causa di non punibilità, parte dal presupposto che l'irrilevanza penale del fatto particolarmente tenue sia ben distinta dall'inoffensività del fatto. Quest'ultima, infatti, dopo decenni di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, si ritiene espressione della cd. concezione realistica del reato e del principio di necessaria lesività del reato. Di fronte a condotte astrattamente rientranti nella fattispecie prevista dalla disposizione normativa ma del tutto incapaci di ledere o mettere in pericolo il

b) dopo il comma 1 È aggiunto il seguente: «1-*bis*. Se l'archiviazione È richiesta per particolare tenuità del fatto, il pubblico ministero deve darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, precisando che, nel termine di dieci giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Il giudice, se l'opposizione non È inammissibile, procede ai sensi dell'articolo 409, comma 2, e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa È inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'articolo 409, commi 4 e 5»”.

⁴²¹ “1. Al codice di procedura penale sono apportate le seguenti modificazioni:
a) dopo il comma 1 dell'articolo 469 È aggiunto il seguente: «1-*bis*. La sentenza di non doversi procedere È pronunciata anche quando l'imputato non È punibile ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale, previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare.»;
b) dopo l'articolo 651 È aggiunto il seguente: «651-*bis*. Efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno. - 1. La sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale.

2. La stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto a norma dell'articolo 442, salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato»”.

bene giuridico tutelato dalla norma, il fatto va qualificato come non offensivo (cd. fatti inoffensivi conformi al tipo)⁴²². Diversamente, l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto riguarda un fatto di reato completo in tutti i suoi elementi, ma ritenuto non punibile in ragione dei principi di proporzione e di economia processuale⁴²³. L'istituto in oggetto si situa, dunque, nello spazio esistente tra l'inoffensività del fatto e la sua piena rilevanza penale⁴²⁴. L'obiettivo della riforma è, in primo luogo, quello di alleggerire il carico giudiziario, favorendo la definizione del procedimento nelle sue prime fasi⁴²⁵.

Ai fini della presente indagine, risulta d'immediata evidenza il fatto che, mediante l'intervento in oggetto, il legislatore abbia realizzato una seria e organica forma di depenalizzazione cd. in concreto: infatti, il decreto legislativo non prevede la trasformazione in illeciti amministrativi di determinate fattispecie (depenalizzazione cd. secca o in astratto), bensì affida ad altri soggetti (Pubblico Ministero, G.I.P. e - in parte - persona offesa nel corso delle indagini preliminari; G.U.P. nell'udienza preliminare e nel rito abbreviato; giudice dibattimentale nella fase pre-dibattimentale e dibattimentale ordinaria) la valutazione in ordine alla sussistenza del requisito della meritevolezza di pena del fatto storico. Sotto questo profilo, la nuova causa di non punibilità tende a dare concreta attuazione dei principi di sussidiarietà della sanzione penale e di proporzionalità della risposta sanzionatoria alla gravità oggettiva della violazione, la cui mancata applicazione delegittimerebbe *in toto* l'utilizzo della sanzione penale⁴²⁶. Il nuovo art. 131-bis introduce una causa di non punibilità d'immediata applicazione (anche ai processi in corso alla data di entrata in vigore della nuova disposizione), cercando di realizzare il giusto equilibrio tra le esigenze di deflazione del carico di lavoro da

⁴²² La bibliografia in argomento è, com'è noto, vastissima. Si v., per tutti, NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, *passim*; ID, voce *Reato impossibile*, in *Dig. Disc. Pen.*, XX, Torino, 1996, pp. 260 ss.

⁴²³ Così la Relazione Governativa allo schema di decreto legislativo delegato presentato alle Camere per il parere previsto dalla legge-delega, disponibile online all'indirizzo http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0130_F001.pdf&leg=XVII#pagemode=none.

⁴²⁴ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, *Circolare esplicativa/applicativa sul D.lgs. 16 marzo 2015 n. 28 "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto"*, pp. 1-2, in www.penalecontemporaneo.it, 2 luglio 2015.

⁴²⁵ Relazione Governativa, cit., p. 6.

⁴²⁶ Relazione Governativa, cit., p. 5.

cui sono oppressi gli uffici giudiziari penali e i diritti dell'indagato/imputato e della persona offesa dal reato⁴²⁷.

2.8.2. Presupposti sostanziali e ambito applicativo dell'istituto.

L'ambito di applicabilità della non punibilità per particolare tenuità del fatto è determinato, dall'art. 131-*bis*, mediante il riferimento al limite edittale massimo della pena. Il nuovo istituto è applicabile ai reati puniti:

- con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni;
- con pena pecuniaria, sola o congiunta alla pena detentiva (sempre non superiore nel massimo a cinque anni).

Il legislatore non ha individuato *ex ante* le fattispecie rientranti nell'ambito applicativo della nuova causa di non punibilità, rimettendo la valutazione in ordine all'esistenza dei concreti presupposti applicativi ad altri soggetti.

Una volta individuata la cornice edittale all'interno della quale il nuovo istituto è applicabile, si passa alla valutazione della sussistenza dei presupposti applicativi, che consistono negli indici-criteri della:

- particolare tenuità dell'offesa
- non abitudine del comportamento

Ai fini della declaratoria di non punibilità, i requisiti in oggetto devono sussistere congiuntamente.

Il primo indice - costituito dalla particolare tenuità dell'offesa - è ricavabile, a sua volta, da due sotto-criteri: la modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo. La valutazione della modalità della condotta è delimitata, a sua volta, sia dal riferimento agli indici previsti dall'articolo 133 c.p.⁴²⁸, sia dall'esclusione

⁴²⁷ Relazione Governativa, cit., p. 6.

⁴²⁸ Vengono in rilievo, anzitutto, gli indici previsti dai nn. 1 e 3 del primo comma dell'articolo 133 c.p.

della particolare tenuità dell'offesa nel caso della ricorrenza di alcuni criteri⁴²⁹. L'esiguità del danno o del pericolo andrà valutata, da un lato, con riferimento agli indici previsti dall'articolo 133, I comma, n. 2 c.p. e, dall'altro, specificando alcuni criteri che escludono in radice la sussistenza di un pericolo o di un danno esigui⁴³⁰.

Il secondo requisito si sostanzia nella non abitualità del comportamento. Il legislatore delegato ha previsto, anche qui, una serie di criteri ostativi al giudizio di non abitualità, dai quali è possibile ricavare ulteriori criteri positivi. Il comportamento è abituale quando l'autore, alternativamente:

- sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza (articoli 102-108 c.p.);
- abbia commesso più reati della stessa indole (articolo 101 c.p.), anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità;
- abbia commesso reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali o reiterate.

Il richiamo al comportamento (e non al reato) lascia intendere che potranno avere rilevanza, ai fini della valutazione del comportamento come abituale, anche fatti non accertati in sentenze penali passate in giudicato⁴³¹.

2.8.3. Profili processuali della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Si esporranno qui, brevemente, le ricadute processuali conseguenti all'introduzione della nuova causa di non punibilità.

⁴²⁹ Non può ravvisarsi la causa di non punibilità in oggetto quando:

- l'autore ha agito per motivi abietti o futili;
- con crudeltà, anche in danno di animali;
- adoperando sevizie;
- profittando delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in relazione all'età della stessa.

⁴³⁰ Si tratta delle ipotesi in cui la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

⁴³¹ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2015, p. 16.

All'esito delle indagini preliminari, il P.M. deve ora chiedere l'archiviazione non solo quando la *notitia criminis* risulti infondata, quando manchi una condizione di procedibilità, quando il reato sia estinto o non sia previsto dalla legge come reato, bensì anche nei casi in cui l'indagato non sia punibile perché il fatto risulta di particolare tenuità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. (si v. il testo del novellato articolo 411 c.p.p.). L'introduzione del nuovo istituto ha reso necessaria la descrizione delle scansioni procedurali in cui si sostanzia il procedimento di decisione del G.I.P. sulla richiesta di archiviazione, presentata dal P.M., per particolare tenuità del fatto (assimilabili, in larga parte, alle cadenze previste per gli altri casi di archiviazione). Se il P.M. richiede al G.I.P. l'archiviazione per particolare tenuità del fatto, egli deve (ai sensi del comma 1-*bis* dell'articolo 411) informare di ciò l'indagato e la persona offesa dal reato che abbia chiesto di essere informata. Entro dieci giorni dalla notifica dell'avviso, l'indagato e la persona offesa possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare le ragioni del dissenso. L'indagato può proporre opposizione nelle ipotesi in cui aspiri al riconoscimento di una pronuncia archiviativa con formula più favorevole.

Il G.I.P., scaduto il termine per presentare opposizione, può assumere diverse determinazioni:

a) se non è stata presentata opposizione (o se questa è ritenuta inammissibile), e ritiene di accogliere la richiesta di archiviazione, il G.I.P. procede *de plano* (vale a dire, senza contraddittorio e in assenza di formalità) e accoglie la richiesta pronunciando decreto motivato;

b) se non è stata presentata opposizione (o se questa è ritenuta inammissibile), e tuttavia il G.I.P. ritiene di non dover accogliere la richiesta di archiviazione, il G.I.P. restituisce gli atti al P.M., eventualmente anche assumendo i provvedimenti di cui al comma 4 e al comma 5 dell'articolo 409 c.p.p. (indicazioni di ulteriori indagini e formulazione dell'imputazione coatta). Mentre secondo i primi commenti alla riforma il G.I.P. può assumere tali determinazioni anche *de plano* e senza necessità di tenere l'udienza camerale⁴³², altri uffici propendono per la

⁴³² Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, cit., p. 19.

necessità che il G.I.P. assuma le proprie determinazioni (nel caso di mancato accoglimento della richiesta del P.M., pur in assenza di opposizione) all'esito della procedura camerale⁴³³.

c) se viene presentata opposizione ammissibile, il G.I.P. è sempre tenuto a fissare la data dell'udienza in camera di consiglio, nella quale - dopo aver sentito le parti - potrà sia accogliere la richiesta di archiviazione che non accoglierla (in tale ultima ipotesi, il G.I.P. restituirà gli atti al P.M., oppure gli ordinerà nuove indagini oppure ancora lo inviterà a formulare l'imputazione).

All'esito dell'udienza preliminare (per i procedimenti che la prevedono, nel caso in cui il P.M. non abbia precedentemente richiesto l'archiviazione oppure il G.I.P. l'abbia rifiutata), il G.U.P. può pronunciare sentenza di non luogo a procedere perché il fatto è di particolare tenuità, rientrando tale causa di non punibilità nella norma di cui all'articolo 425, I comma, c.p.p., che impone la pronuncia di non luogo a procedere "quando l'imputato non è punibile per qualunque altra causa". La sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto può essere pronunciata anche all'esito del giudizio abbreviato (arg. *ex art. 651 bis*, II comma, c.p.p., introdotto dalla riforma in oggetto).

L'inserimento, nel corpo dell'articolo 469 c.p.p., del nuovo comma 1-*bis*, consente espressamente la pronuncia della sentenza predibattimentale di proscioglimento anche nel caso di non punibilità per particolare tenuità del fatto, sentenza pronunciabile dopo la costituzione delle parti ma prima dell'apertura del dibattimento.

All'esito dell'istruttoria dibattimentale, il giudice può dichiarare - *ex art. 529 c.p.p.* - l'imputato non punibile perché il fatto è di particolare tenuità. Nel solo caso di sentenza penale irrevocabile di proscioglimento per particolare tenuità del fatto pronunciata a seguito dell'istruttoria dibattimentale, il nuovo articolo 651-*bis* prevede che tale sentenza abbia efficacia di giudicato quanto alla sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato l'ha commesso,

⁴³³ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28. Prime riflessioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 giugno 2015, pp. 9-10.

nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti dell'imputato o del responsabile civile che sia stato citato o che sia intervenuto nel processo penale.

Infine, è da segnalare che la novella del 2015 non ha modificato l'articolo 129 c.p.p., in tema d'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità. L'articolo in oggetto impone al giudice la pronuncia della sentenza di proscioglimento, in ogni stato e grado del procedimento, in presenza di alcune cause di non punibilità. La mancata inclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto, all'interno dell'elenco tassativo previsto dall'articolo 129 c.p.p., fa ritenere inapplicabile alla nuova causa di non punibilità la disciplina contenuta nell'articolo *de quo*⁴³⁴.

⁴³⁴ In un primo momento era stata prevista - nello Schema di decreto legislativo trasmesso alle Camere per il parere previsto dalla legge delega - l'introduzione, al primo comma dell'articolo 129 c.p.p., dell'ipotesi di non punibilità dell'imputato per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'articolo 131 *bis* c.p.

2.9. Un altro caso di depenalizzazione in concreto: la sospensione del procedimento con messa alla prova.

Sulla Gazzetta Ufficiale del 2 maggio 2014 è stata pubblicata la legge 28 aprile 2014 recante “Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”. Come già visto (par. 7.1.) il capo II disciplina la “sospensione del processo con messa alla prova” (artt. 3 - 8). Il Capo II della legge contiene disposizioni immediatamente applicabili, decorso l'ordinario termine di *vacatio* dalla data di pubblicazione della legge in G.U.

L'innovazione consiste nell'aver sancito (con una disciplina peculiare) l'applicazione dell'analogia misura prevista nel processo minorile (artt. 28 e 29 del D.P.R. 448 del 1988) a soggetti che erano maggiorenni già al momento della commissione del reato.

In prima approssimazione, l'istituto realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita, riallacciandosi alla tradizione anglosassone delle *probation*.

Più precisamente, quella introdotta dalla legge n. 67 del 2014 è una *probation* giudiziale nella fase istruttoria, assimilabile al modello adottato nel procedimento minorile (art. 28 del d.p.r. n. 448 del 1988), nel quale la messa alla prova precede la pronuncia di una sentenza di condanna⁴³⁵.

2.9.1. Le finalità dell'istituto.

Le finalità perseguite dal legislatore consistono nell'offerta di un percorso di reinserimento alternativo ai soggetti processati per reati di minore allarme sociale, accompagnata dalla funzione deflattiva dei procedimenti penali attuata mercé l'estinzione del reato dichiarata dal giudice in caso di esito positivo della

⁴³⁵ Corte Suprema di Cassazione, *Relazione III/07/2014. Prime riflessioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, in www.italgiure.it, p. 3.

prova.

Senza essere priva di una necessaria componente afflittiva (che ne salvaguarda la funzione punitiva e intimidatrice), la sospensione con messa alla prova è chiamata a soddisfare nel contempo istanze specialpreventive e risocializzanti, mediante l'incentivazione dei comportamenti riparativi indirizzati alla persona offesa dal reato⁴³⁶.

L'istituto in questione ha una doppia natura: da un lato causa di estinzione del reato, collocata nel capo I del Titolo VI del codice penale, subito dopo la disciplina della sospensione condizionale della pena; dall'altro modulo di definizione alternativa della vicenda processuale, insediato in apposito titolo (V bis) del Libro VI (Procedimenti speciali) del codice di procedura penale.

2.9.2. Gli elementi essenziali della sospensione con messa alla prova.

La messa alla prova per i maggiorenni è applicabile in assenza di una pronuncia sulla responsabilità dell'imputato e in una fase anticipata del procedimento (fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422 c.p.p. o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio, oppure ancora entro il termine e con le forme stabilite dall'art. 458, comma 1, c.p.p. se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, o con l'atto di opposizione, nel procedimento per decreto, come prevede l'art. 464*bis* c.p.p).

Il giudice dispone la misura con ordinanza, su richiesta dell'imputato, qualora vi sia il consenso del pubblico ministero (art. 464-*ter* c.p.p.), sentita la persona offesa, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.

Si ritiene che, pur non richiedendosi la pronuncia di una formale sentenza di condanna, l'accertamento della responsabilità dell'imputato costituisca un presupposto necessario per la concessione della sospensione del procedimento. Infatti, "costituisce un presupposto concettuale essenziale del provvedimento di

⁴³⁶ Corte Suprema di Cassazione, *Relazione*, cit., p. 4.

sospensione del processo e messa alla prova [...]. il giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice, in quanto altrimenti si imporrebbe il proscioglimento”⁴³⁷.

Mentre nel processo penale minorile non esistono limitazioni basate sulla gravità del reato per cui si procede, nel processo penale ordinario la sospensione con conseguente messa alla prova è applicabile solo a reati di minima gravità, puniti con la sola pena pecuniaria o con una pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola o congiunta a pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'art. 550 c.p.p (articolo 168-*bis* c.p.)⁴³⁸.

Il giudice dispone la misura quando, in base ai parametri di cui all'art. 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritenga che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati (articolo 464-*quater*)⁴³⁹. La messa alla prova non può essere concessa più di una volta e nei casi di abitualità, professionalità nel reato o di tendenza a delinquere (artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p.).

Quando poi la sospensione sia stata concessa, il procedimento è sospeso per la durata di uno o due anni (a seconda della gravità del reato per cui si procede, articolo 464-*quater*, V comma, c.p.p.), durante i quali il giudice deve sovrintendere allo svolgimento della prova. Terminato il periodo di prova, il giudice dichiara con sentenza estinto il reato, se, tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite, ritenga che la prova abbia avuto esito positivo, sulla base di quanto emerge anche dalla relazione conclusiva dell'ufficio di esecuzione penale esterna che ha preso in carico l'imputato (articolo

⁴³⁷ C. cost., 14 aprile 1995, n. 125, in *Foro it.*, 1995, p. 2403 (seppur in relazione, com'è ovvio, al processo penale minorile).

⁴³⁸ MIEDICO, *Sospensione del processo con messa alla prova anche per i maggiorenni. Sulla proposta di legge n. 331-927-B, approvata in via definitiva dalla Camera il 2 aprile 2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 aprile 2014.

⁴³⁹ L'imputato che presenti l'istanza di sospensione e messa alla prova deve allegare - ai sensi dell'articolo 464*bis* c.p.p. - un programma di trattamento elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione esterna; oppure, ove non sia stato possibile presentare detto programma, l'imputato può allegare la richiesta di elaborazione del predetto programma. Tale programma deve essere sufficientemente dettagliato. Deve prevedere cioè: a) le modalità di coinvolgimento dell'imputato, nonché del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario e possibile; b) le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici che l'imputato assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni, nonché le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale; c) le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa.

464-*septies* c.p.p.). In caso di esito negativo (per grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte, ovvero in seguito al rifiuto della prestazione del lavoro di pubblica utilità; in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede), il giudice provvede alla revoca della messa alla prova (con ordinanza) e riprendere il procedimento dal momento in cui era rimasto sospeso (art. 464-*octies* c.p.p.). Da tale momento ricomincia a decorrere il termine di prescrizione sospeso durante la prova (art. 168-*ter* c.p.p.)⁴⁴⁰.

Con l'introduzione di un'ulteriore forma di *probation* giudiziale nel nostro ordinamento (diversa dalla sospensione condizionale della pena *ex* art. 168 c.p.), il legislatore ha modellato un istituto fortemente caratterizzato da finalità rieducative e risocializzanti. Infatti, l'attenzione della macchina giudiziaria si concentra sulla figura e sulla personalità dell'autore della violazione, il quale viene messo (se lo richiede) nelle condizioni di potersi velocemente reinserire, senza passare dal carcere, nell'ambito della società. Questo, però, non senza l'elaborazione e l'approvazione giudiziale di un programma di trattamento che contempli lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità e la messa in atto di condotte risarcitorie e ripristinatorie del danno conseguente al reato. Gli interessi della vittima, in ogni caso, trovano adeguato riconoscimento e sufficiente protezione sia nell'obbligo che il giudice ha di sentire la persona offesa prima della concessione del provvedimento, sia nella valutazione in ordine alla possibilità che il domicilio dell'autore del reato non assicuri adeguate esigenze di tutela alla persona offesa (art. 464, commi 1 e 3, c.p.p.).

La sospensione del procedimento con messa alla prova rappresenta un ulteriore esempio di depenalizzazione in concreto, introdotta dal legislatore. Infatti, non viene prevista la traslazione di determinati illeciti penali in corrispondenti illeciti amministrativi (oppure l'elisione *tout court* del loro carattere penale), bensì sono indicati alcuni parametri in base ai quali determinati soggetti (giudice, P.M., imputato, persona offesa) dovranno compiere le loro valutazioni⁴⁴¹ in ordine

⁴⁴⁰ MIEDICO, *Sospensione del processo*, cit.

⁴⁴¹ Valutazioni inevitabilmente differenti tra loro, in quanto non tutte vincolanti ai fini della concessione del provvedimento di messa alla prova.

all'opportunità e alla meritevolezza della sanzione penale nei confronti dell'illecito perpetrato.

Nel valutare positivamente l'estensione dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova anche al processo penale ordinario, è auspicabile l'innalzamento del limite al di sotto del quale la novità legislativa trova applicazione: infatti, un limite edittale così basso (reati puniti con pena massima di quattro anni) potrebbe scoraggiare l'imputato dal richiedere la concessione della messa alla prova, in quanto le gravose prescrizioni connesse a tale richiesta potrebbero far propendere l'imputato stesso per una legittima aspettativa in merito alla concessione della sospensione condizionale della pena (applicabile per le condanne fino a due anni di reclusione; art. 163 c.p.)⁴⁴².

⁴⁴² MIEDICO, *Sospensione del processo*, cit.

PARTE TERZA

**IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE E
CONVENZIONALE DELL'ILLECITO PENALE -
AMMINISTRATIVO**

CAPITOLO QUARTO

I PROBLEMI DEL NUOVO ILLECITO AMMINISTRATIVO: OVVERO IL “VOLTO COSTITUZIONALE” DELLA POTESTÀ SANZIONATORIA AMMINISTRATIVA

1. Premessa.

Una volta individuata la nozione di sanzione in generale, e di quella amministrativa in particolare, è tempo di rintracciare gli eventuali referenti costituzionali di quest'ultima. Un'analisi delle norme - eventualmente costituzionali - di riferimento dell'illecito amministrativo ha una valenza non soltanto metodologica, bensì soprattutto assiologica: comprendere le fonti di riferimento dell'illecito e della sanzione amministrativa significa affrontare il problema delle garanzie (sostanziali e processuali) cui, nel nostro ordinamento, è ancorata la disciplina generale del sistema sanzionatorio amministrativo.

In proposito si registrano nella dottrina posizioni non univoche e talvolta divergenti tra loro; a orientamenti che teorizzano l'assoggettamento delle sanzioni amministrative ai parametri costituzionali tradizionalmente ritenuti riferibili al solo illecito penale (articoli 25, II comma e 27, I e III comma, Cost.)⁴⁴³, si contrappongono teoriche che evidenziano l'autonomia e la specificità proprie del sistema sanzionatorio amministrativo, con differenti esiti in merito alle basi costituzionali cui ancorare la disciplina concreta dell'illecito amministrativo, da individuarsi negli articoli 23 e 97 della Carta Costituzionale⁴⁴⁴.

⁴⁴³ M.A. SANDULLI, *Sanzione*, cit., pp. 7 ss.

⁴⁴⁴ CASETTA, voce *Sanzione amministrativa*, cit., pp. 600 ss.; PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 1, pp. 130 - 131; GIAMPAOLINO, *Criteri orientativi*, cit., pp. 1637 - 1638; PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., pp. 135 ss.; BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta "reale" nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982, 3, pp. 361 - 362, il quale, pur senza prendere esplicita posizione sull'argomento, sottolinea le incongruenze che deriverebbero dalla sottoposizione della potestà sanzionatoria amministrativa alla disciplina dettata dagli artt. 25 e 27 Cost., i quali dettano una disciplina difficilmente riferibile ad illeciti di tipo non penale.

Il regime giuridico dell'illecito amministrativo è rinvenibile in un *triplice* ordine di fonti:

A. Il livello costituzionale, comprendente le norme presenti all'interno della Carta Costituzionale;

B. Il livello superprimario, in cui rientrano le disposizioni contenute nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), così come interpretate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo;

C. Il livello primario, al cui interno rientra la legge generale in materia di principi e strutture dell'illecito amministrativo, vale a dire la legge 24 novembre 1981, n. 689⁴⁴⁵.

L'attenzione si soffermerà, nei seguenti paragrafi, sul “volto costituzionale”⁴⁴⁶ dell'illecito amministrativo e delle correlative sanzioni. L'analisi delle implicazioni dovute al nuovo rango assunto dalla CEDU nel sistema delle fonti nazionali è invece rinviata al capitolo successivo, in cui si affronterà il tema dell'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sul concetto di materia penale, e sul conseguente “nuovo” statuto della sanzione amministrativa alla luce di tali interventi giurisprudenziali.

L'esame dei principi costituzionali in materia d'illecito amministrativo è stato portato avanti, dalla dottrina, in relazione ai principi-cardine validi per l'illecito (per tutti i tipi d'illecito): il principio di legalità (sostanziale e processuale) e il principio di imputazione della responsabilità.

2. Il principio di legalità sostanziale (e il corollario della riserva di legge).

Il legislatore del 1981, nell'articolo 1, I comma, ha riprodotto testualmente la formula presente nell'articolo 25, II comma, della Carta Costituzionale, il quale - con riferimento alla sanzione penale - esprime il principio del “*nullum crimen*,

⁴⁴⁵ L'illecito disciplinare è escluso, ex art. 12 l. 689 del 1981, dal campo di applicazione della legge stessa. L'illecito tributario - amministrativo è regolamentato dal D. Lgs. 472 del 1997.

⁴⁴⁶ Cfr. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *NN.D.I.*, XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss, in relazione all'insieme di principi costituzionali regolanti l'illecito penale e le connesse sanzioni.

nulla poena, sine proevia lege poenali". Il riferimento dell'art. 25, II comma, Cost., alle sole pene e misure di sicurezza si evince - oltre che dalle ragioni di ordine sistematico e politico-criminale - dalla lettura dei lavori preparatori della Carta Costituzionale, dai quali emerge chiaramente come l'ambito di applicazione dell'articolo 25, II e III comma, sia limitato esclusivamente alla materia penale⁴⁴⁷.

La scelta operata dal legislatore del 1981 può essere dunque qualificata come "sorprendente", sol che si guardi al dibattito che si era registrato, successivamente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana sul tema delle fonti dell'illecito amministrativo, dibattito in cui la dottrina (penalistica ed amministrativistica) era giunta a ritenere l'illecito amministrativo non incluso nella disciplina di cui all'articolo 25, II comma, Cost.⁴⁴⁸. Come si vedrà, il parallelismo esiste solo sul piano della formulazione della norma, ma non su quello dell'efficacia normativa.

In realtà, non erano mancate voci, provenienti da autorevole dottrina penalistica e amministrativistica⁴⁴⁹ che teorizzavano l'aggancio dell'illecito amministrativo all'articolo 25 Cost.; tale dottrina, riferendosi al carattere punitivo della sanzione amministrativa, aveva ricondotto le sanzioni amministrative al paradigma dell'articolo 25, II comma, della Costituzione. L'assunto *de quo* era rinforzato dal richiamo ad una - per la verità isolata - sentenza della Corte costituzionale⁴⁵⁰, in seguito contraddetta da altre, ben più numerose, pronunce del Giudice delle Leggi⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ PALADIN, *Il problema delle sanzioni nel diritto regionale*, in *Studi in onore di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 378.

⁴⁴⁸ Per questa conclusione si v. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, pp. 249 ss.; CORSO, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1982, pp. 59 ss.

⁴⁴⁹ NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pp. 60 ss. Per la dottrina amministrativistica, si v. A.M.SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*¹², Napoli, 1982, p. 138.

⁴⁵⁰ Corte Cost. 3 luglio 1967, n. 78, in *Giur. Cost.*, 1967, pp. 933 ss.

⁴⁵¹ Corte Cost. 15 maggio 1963, n. 68, in *Cons. St.*, 1963, II, 224 e Corte Cost. 18 febbraio 1970, n. 19, in *Sent. ord. Corte Cost.*, 1970, pp. 93 ss. La pronuncia più rilevante, ai fini della non riferibilità dell'articolo 25, II comma, Cost. alla materia dell'illecito amministrativo, è la sentenza 9 giugno 1961, n. 29 (in *Giur. Cost.*, 1961, pp. 551 ss.), la quale ha ritenuto non costituzionalmente illegittima una norma che consentiva l'applicazione retroattiva della confisca amministrativa. Anche dopo la legge n. 689 del 1981 l'orientamento della Consulta non è mutato: nella sent. 14 marzo 1984, n. 68 (in *Foro it.*, 1984, I, p. 906), seppur con riferimento al solo corollario dell'irretroattività, la Corte ha affermato che "il principio di irretroattività delle leggi di cui all'art. 25, II comma, Cost., è stato costituzionalizzato soltanto con riguardo alla materia

La dottrina successiva ha, invece, negato fermamente qualsiasi riferimento del principio contenuto nell'articolo 25, II comma, Cost., al sistema dell'illecito amministrativo⁴⁵².

In uno dei primi commenti organici alla riforma del 1981⁴⁵³ si sottolineava il fatto che l'art. 1, I comma, della legge generale di depenalizzazione, fosse in realtà una "parafrasi" dell'articolo 25, II comma, Cost. Per tale via, si è assistito all'introduzione, nell'ordinamento giuridico, di una norma parallela a quella costituzionale, avente, però, semplice rango di norma ordinaria.

Il referente, a livello costituzionale, del principio di legalità sostanziale nella materia dell'illecito amministrativo sarebbe stato individuabile tuttavia non nell'articolo 25, bensì nell'articolo 23, laddove esso prescrive che "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge". Articolo in cui, come noto, si ravvisa l'espressione di una riserva di legge non assoluta, bensì relativa. Le sanzioni amministrative, le quali si limitino ad imporre una prestazione personale (come le misure ripristinatorie o le sanzioni interdittive) o patrimoniale (nel caso delle sanzioni amministrative pecuniarie), ricadono sotto l'ombrello dell'articolo 23, sottostando alla più blanda riserva relativa di legge ivi contenuta; questo perché la sanzione amministrativa non incide, nemmeno potenzialmente, sulla libertà personale del cittadino⁴⁵⁴.

penale, mentre per le restanti materie l'osservanza del principio stesso è rimessa alla prudente valutazione del legislatore".

⁴⁵² BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 15 ss.; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, pp. 200 ss.

⁴⁵³ VIGNERI, *Modifiche al sistema penale. I) Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1983, 5, pp. 1131 ss. L'A., riferendosi alla sentenza della Corte Costituzionale n. 78 del 1967 - nella quale la Consulta pare propendere per la tesi secondo cui il principio di legalità per le sanzioni amministrative sia ricavabile ex articolo 25, II comma, Cost. - afferma che "la citata pronuncia lascia la possibilità di sostenere che non si tratti di una questione di "applicabilità" dell'art. 25 Cost. (che allora dovrebbe essere applicato per intero, con conseguente inammissibilità costituzionale di un sistema sanzionatorio afflittivo che faccia capo all'amministrazione anziché al giudice), quanto piuttosto di un principio contenuto *anche* nell'art. 25 Cost." (corsivo nostro).

⁴⁵⁴ PALAZZO - PALIERO, *sub art. 1, l. 24 novembre 1981, n. 689*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, p. 679; CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 594. Il coordinamento *sistematico* degli articoli 13 e 25 della Costituzione fornisce, invece, un'interpretazione pregnante del principio di legalità in materia penale (*sub specie* riserva di legge): tale coordinamento individua la *ratio* della riserva di legge nella garanzia della libertà personale (tutelata ex art. 13 Cost.), con la conseguenza che questa opera solo in presenza di situazioni almeno potenzialmente restrittive del diritto fondamentale protetto dall'articolo 13 Cost, non anche in fattispecie non destinate ad avere effetto sulla libertà della persona.

In merito, militerebbero altresì contingenti ragioni di politica criminale: difatti, se si ammettesse che la disciplina dell'illecito amministrativo ricada all'interno dell'articolo 25 Cost., s'impedirebbe alle Regioni di esplicare la propria potestà legislativa nel campo dell'illecito amministrativo. La riserva di legge di cui all'articolo 25 Cost., notoriamente interpretata come riserva di legge statale⁴⁵⁵, inibirebbe la possibilità, per le Regioni, di prevedere fattispecie d'illecito amministrativo; una conclusione, peraltro, facilmente censurabile già a livello di interpretazione sistematica delle norme contenute nella legge del 1981, la quale, all'articolo 9, II comma, contempla espressamente l'esistenza di disposizioni sanzionatorie amministrative regionali.

L'opinione maggioritaria, tendente a escludere l'illecito amministrativo dall'area di operatività dell'articolo 25, II comma, Cost., vide rafforzare le proprie affermazioni dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale. Della sentenza n. 68 del 1984 si è già detto; qui basterà richiamare altri tre interventi (ordd. nn. 420 e 421 del 1987; sent. n. 226 del 1986) i quali, operando un raffronto strutturale tra illecito penale e illecito amministrativo, ne sottolineano la diversa disciplina⁴⁵⁶.

L'articolo 23 della Costituzione impedisce (data la presenza, in ogni caso, di una riserva di legge, seppur relativa) che una disposizione di rango secondario (cioè un regolamento) introduca direttamente nell'ordinamento una fattispecie di

⁴⁵⁵ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, cit.*, pp. 56 ss., secondo cui “a sostegno di tale conclusione si adducono diversi argomenti: la scelta circa le restrizioni dei beni fondamentali della persona è così impegnativa che non può che essere di pertinenza dello Stato; la riserva di competenza alla legge statale è anche conseguenza della necessità che vi siano in tutto il territorio nazionale condizioni di uguaglianza nella fruizione della libertà personale, pena la violazione dell'art. 3 Cost.”. Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, si segnala, tra le tante, Corte Cost. n. 487 del 1989 (in *Foro it.*, 1990, I, p. 26, con osservazioni di FIANDACA, in *Giur. cost.*, 1990, p. 838, con nota di MUSCO, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1562, con nota di PIERGALLINI) la quale afferma che “la criminalizzazione comporta, anzitutto, una scelta tra tutti i beni e i valori emergenti nell'intera società: e tale scelta non può essere realizzata dai Consigli Regionali, (ciascuno per proprio conto) per la mancanza di una visione generica dei bisogni ed esigenze dell'intera società”. Unica pronuncia in controtendenza - assai risalente e rimasta del tutto isolata - è costituita da Corte Cost. 25 giugno 1957, n. 104, in *Le sentenze della Corte Costituzionale*, cit., p. 38, che ha ritenuto la Regione Sicilia competente a tutelare, mediante sanzione penale, l'osservanza delle proprie leggi regionali in materia elettorale. Per l'analisi delle questioni connesse alla potestà legislativa regionale in materia penale, si v. le sempre attuali considerazioni di VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali - Ricerca sulla controversa questione*, Milano, 1974.

⁴⁵⁶ In dottrina (CERBO, nota a Cons. St., sez. VI, ord. 9 luglio 2014 n. 3496, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3609) interpreta una recente pronuncia della Corte Costituzionale (Corte Cost., 4 giugno 2010, n.196, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 2308) nel senso che anche le sanzioni amministrative sarebbero ricomprese sotto le garanzie previste dall'articolo 25, II comma, Cost.

illecito amministrativo; consente, però, che una legge ordinaria successiva possa prevedere la possibilità, in deroga alla legge 689 del 1981, che la violazione di un regolamento venga sanzionata con l'applicazione di una sanzione amministrativa.

Per le motivazioni poc'anzi esposte, il principio di legalità sostanziale assume connotati e significati assai diversi, nelle due materie in esame: nel sistema dell'illecito criminale esso non ammette deroghe da parte della legge ordinaria, mentre una disposizione di rango primario ben potrebbe derogare - in tutto o in parte - all'articolo 1, I comma, della l. 689 del 1981 (prevedendo, ad esempio, che una fonte secondaria possa contenere una norma sanzionatoria amministrativa)⁴⁵⁷.

Attenta dottrina penalistica⁴⁵⁸ si è interrogata sull'impatto che la legge 689 del 1981 (e in particolare dell'articolo 1) ha avuto sulla legislazione allora vigente. Rinviando, per il rapporto con la normativa regionale e con la normativa statale precedente, a quanto si dirà nel capitolo dedicato all'analisi dettagliata della parte generale della legge del 1981, per comprendere la differente efficacia dei referenti normativi nel sistema delle fonti del diritto è sufficiente prendere in considerazione la relazione tra l'articolo 1 della legge 689 del 1981 e la legislazione statale successiva. La riserva di legge espressa nell'articolo in questione (definita dalla dottrina⁴⁵⁹ tendenzialmente assoluta⁴⁶⁰) ben potrà essere

⁴⁵⁷ Cass., sez. I, 16 novembre 1999, n. 12367, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Agricoltura*, n. 107, inedita, secondo cui la riserva di legge contenuta nell'art. 1 della legge 689 del 1981 è sì assoluta, ma derogabile in tutto o in parte da una legge ordinaria successiva, la quale potrebbe "introdurre così sanzioni amministrative mediante fonti subordinate". Come si vede, l'introduzione di una riserva di legge non a livello costituzionale, ma solo ordinario, si trasforma nella mera enunciazione del principio di legalità sostanziale (inteso nel senso di previa norma su cui fondare la successiva attività degli organi amministrativi). Su questa tematica, e sulla differenza tra riserva di legge relativa e principio di legalità nella riflessione costituzionalistica si v. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*⁵, II (*L'ordinamento costituzionale italiano*) Padova, 1984, pp. 55 ss.

⁴⁵⁸ PALIERO, *La legge 689 del 1981*, cit., pp. 135 - 136. L'illustre A., nell'affrontare compiutamente la disciplina prevista dall'articolo 1 della legge n. 689 del 1981, afferma che il legislatore della riforma è stato "più realista del re", in quanto ha parificato - sul piano delle fonti (nel senso del contenuto delle fonti) l'illecito penale all'illecito amministrativo: infatti, il principio di legalità espresso nell'articolo 1 della legge del 1981 va "riempito" degli stessi contenuti riferibili anche all'articolo 25, II comma, della Costituzione: riserva assoluta di legge, determinatezza e divieto di analogia, irretroattività. Poche pagine dopo, però, Paliero riconosce la diversa *forza formale* dei referenti normativi dei due tipi d'illecito.

⁴⁵⁹ PALAZZO - PALIERO, *Commentario breve*, cit., p. 681.

⁴⁶⁰ I commentatori della l. 689 del 1981 propendono, in larga parte, per la tesi della riserva *assoluta*. Si ritiene, tuttavia, che le eccezioni rinvenibili in dottrina (tra cui MARINI, voce *Sanzioni amministrative pecuniarie (Illecito colpito da)*, in *NN. D.I., App.*, VI, Torino, 1986, pp. 946 ss.), per cui la riserva sia da definire come relativa, colgano nel segno: se è vero che da un punto di vista formale la riserva in questione è certamente assoluta, sul piano degli effetti (potendo

derogata o finanche abrogata da una disposizione legislativa posteriore, secondo il noto criterio della *lex posterior*. Tale disposizione potrebbe limitarsi ad enunciare il precetto, il quale potrà essere integrato nel suo contenuto (anche non strettamente tecnico) da una norma di rango secondario. Tutto ciò premesso, è possibile affermare che il principio di legalità sostanziale contenuto nella legge n. 689 del 1981 funge da mera “indicazione di politica legislativa” per il legislatore futuro⁴⁶¹. La norma di chiusura vincolante per tutta la disciplina dell’illecito e della sanzione amministrativa è da individuare, invece, nell’articolo 23 Cost., contenente, com’è noto, una mera riserva di legge relativa⁴⁶².

La non riferibilità dell’articolo 25 Cost. alla materia dell’illecito amministrativo, con la conseguente possibilità, per leggi successive, di disporre in deroga ai principi contenuti nella legge del 1981, può agevolmente condurre alla conclusione che il legislatore della riforma pare aver modellato un sistema dell’illecito amministrativo come illecito autonomo e alternativo rispetto a quello penale, seppur avente caratteristiche strutturali di chiara derivazione penalistica, tra cui la struttura del principio di legalità e dei suoi corollari, la disciplina della commisurazione della sanzione amministrativa e quella del principio di specialità. Si giustifica, allora, la qualificazione di tale illecito come para - penale⁴⁶³.

3. Il principio di legalità procedimentale (o obbligatorietà procedimentale).

L’affermazione a livello costituzionale del principio di legalità sostanziale - pur se confinato entro i limiti sopra esposti - induce a domandarsi se sia dotato di copertura costituzionale anche il diverso (pur se contiguo) principio di legalità procedimentale, detto anche principio dell’obbligatorietà procedimentale.

essa venire derogata da una legge ordinaria successiva) esprime semplicemente il divieto che una fonte secondaria introduca, in via autonoma e diretta, una sanzione amministrativa; non invece che un regolamento (ad esempio), basandosi su una norma di legge ordinaria, introduca una fattispecie sanzionatoria amministrativa. In conclusione, si verificano i tipici effetti della riserva di legge relativa prevista ex articolo 23 Cost.

⁴⁶¹ PALIERO, *La legge 689*, cit., p. 136.

⁴⁶² Sul carattere soltanto relativo della riserva di legge contenuta nell’articolo 23 Cost. si veda, per tutti, FEDELE, *sub art. 23*, in AA.VV., *Rapporti civili (artt. 22-23)*, *Commentario alla Costituzione* (a cura di Branca), Bologna - Roma, 1978, pp. 50 ss.

⁴⁶³ PALIERO, *La legge 689 del 1981*, cit., *passim*.

Peraltro, la ricerca di tale principio, all'interno dell'ordinamento, implica necessariamente considerazioni sulla presenza - o meno - di poteri discrezionali in capo alla Pubblica Amministrazione nel perseguimento degli illeciti amministrativi.

La dottrina amministrativistica più attenta all'analisi dei principi che sovrintendono all'esplicarsi dell'azione amministrativa ha individuato un forte nesso tra il principio di legalità e il principio di doverosità dell'azione amministrativa: fissare nell'ambito del primo la doverosità amministrativa è operazione del tutto naturale, che consente di cogliere il legame tra il principio di legalità e l'altro principio costituzionale sulla pubblica Amministrazione, ovvero il principio del buon andamento⁴⁶⁴. È proprio il vincolo di scopo che, legando indissolubilmente l'esercizio della funzione amministrativa al perseguimento del fine imposto dalla legge, offre fondamento normativo alla doverosità amministrativa, che si esprime nel dovere di provvedere; sotto quest'aspetto, dunque, principio di legalità e doverosità dell'azione amministrativa finiscono quasi per confondersi⁴⁶⁵.

Interrogarsi sull'esistenza di un principio di obbligatorietà procedimentale gravante sull'Amministrazione, in tema di sanzioni amministrative, equivale a ricercare eventuali margini di discrezionalità previsti dalla legge in relazione all'*an* dell'irrogazione della sanzione, ovvero a verificare se l'autorità amministrativa sia obbligata - al pari del Pubblico Ministero nell'esercizio dell'azione penale *ex* articolo 112 Cost. - ad esercitare l'azione sanzionatoria amministrativa⁴⁶⁶.

Per individuare il referente normativo del principio di obbligatorietà dell'azione amministrativa, è necessario fare ancora riferimento alle disposizioni costituzionali, per verificare se sia eventualmente possibile agganciare il principio in commento a una di tali disposizioni. In primo luogo, bisogna chiedersi se la

⁴⁶⁴ Cfr. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in PERFETTI (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità e amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 16.

⁴⁶⁵ Si v. le monografie di CIOFFI, *Dovere di provvedere e Pubblica Amministrazione*, Milano, 2005, e GOGGIAMANI, *La doverosità amministrativa*, Torino 2005.

⁴⁶⁶ Volgendo lo sguardo a ordinamenti diversi dal nostro, si segnala che la legge sulle *Ordnungswidrigkeit* vigente nel sistema tedesco (alla cui disciplina si è, in larga parte, ispirato il legislatore italiano) dispone, all'articolo 25, che "il perseguimento degli illeciti amministrativi è rimesso alla discrezionalità vincolata dell'Autorità amministrativa".

doverosità dell'azione sanzionatoria amministrativa scaturisca dal principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.*, (ossia se l'Amministrazione, in presenza dei presupposti di legge, sia obbligata ad esercitare la funzione) oppure se l'Amministrazione stessa goda di margini di discrezionalità nell'*an* dell'applicazione della sanzione⁴⁶⁷ o semplicemente nel *quantum* della stessa⁴⁶⁸.

Si può concordare con le affermazioni di autorevole dottrina, nel senso che la norma costituzionale sull'obbligatorietà dell'azione penale derivi dall'esigenza di impedire ogni possibile valutazione discrezionale della magistratura inquirente sull'opportunità di punire un comportamento valutato come lesivo degli interessi della collettività. L'esigenza in questione, tuttavia, non emerge in relazione all'illecito amministrativo, in quanto qui è dato registrare una singolarissima coincidenza tra soggetto leso dal comportamento illecito e soggetto competente ad irrogare la sanzione: viene meno, dunque, l'esigenza d'impedire che si verifichino discriminazioni in ordine ai soggetti e ai comportamenti da punire⁴⁶⁹.

Beninteso, sebbene in passato si siano registrate posizioni dottrinali nel senso della sussistenza, in capo all'Amministrazione, del potere di rinunciare all'applicazione delle sanzioni (specie disciplinari)⁴⁷⁰, le impostazioni successive hanno evidenziato l'insussistenza di un potere discrezionale in capo all'Amministrazione nell'applicazione delle pene amministrative, in presenza dei presupposti di legge previsti per l'irrogazione della sanzione⁴⁷¹.

L'*an* della sanzione amministrativa sarebbe sottratto alla discrezionalità pura dell'autorità amministrativa: ricorrendo i presupposti di legge la sanzione andrebbe necessariamente applicata, non spettando all'amministrazione la valutazione sulla convenienza dell'applicazione della sanzione stessa⁴⁷². L'autore cui si deve quest'affermazione invoca a suo sostegno l'articolo 23 della Costituzione; ma la riserva di legge ivi prevista pare essere una garanzia più per il

⁴⁶⁷ Rinunciandovi nel caso di tutela di determinati interessi pubblici.

⁴⁶⁸ CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio di obbligatorietà*, in AA.VV., *Sanzioni amministrative in materia edilizia*, Torino, 2014, p. 6.

⁴⁶⁹ M.A. SANDULLI, voce *Sanzione. IV*. *Sanzioni amministrative*, cit., p. 15.

⁴⁷⁰ LANDI, voce *Disciplina (dir. pubblico)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 25 ss.

⁴⁷¹ CAPACCIOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno*, cit.

⁴⁷² CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative*, cit., p. 138.

cittadino (contro il rischio di incriminazioni arbitrarie da parte dell'Amministrazione) che per l'autorità amministrativa (nel senso della certezza dell'irrogazione della sanzione in presenza dei presupposti di legge).

Siamo giunti, dunque, alla conclusione che l'art. 112 Cost. non può fungere da referente costituzionale per l'affermazione di un generale principio di obbligatorietà procedimentale per le sanzioni amministrative. È necessario, a questo punto, ricercare - eventualmente - in altre norme costituzionali l'aggancio del principio in oggetto.

Partendo dalla distinzione tra discrezionalità penale (vincolata al rispetto delle cornici edittali, dei criteri di commisurazione, dell'obbligo di motivazione, ecc.) e discrezionalità amministrativa (finalizzata all'apprezzamento degli interessi amministrativi meritevoli di protezione, e dunque tendenzialmente più libera)⁴⁷³, autorevole dottrina, sulla base della disciplina della commisurazione della pena graduata fra un minimo e un massimo (disciplina accolta nella legge 689 del 1981) afferma che la decisione in ordine al *quantum* della sanzione amministrativa non costituirebbe ipotesi di discrezionalità amministrativa pura, bensì di discrezionalità cd. tecnica⁴⁷⁴.

Resta da valutare se il principio *de quo* trovi allora fondamento in altre disposizioni della Carta Costituzionale: in particolare, negli articoli 3 e 97 della Costituzione.

L'art. 3 Cost., nell'enunciare il principio di uguaglianza (interpretato alla luce del criterio di ragionevolezza) impone che le esenzioni da pena debbano essere stabilite dalla legge e possano avere solo natura generale, ossia per determinate categorie di soggetti o di fattispecie concrete. Quanto all'articolo 97 Cost., si afferma che questo non si limiti a imporre l'imparzialità della Pubblica

⁴⁷³ Per tale distinzione si v. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1964, *passim*.

⁴⁷⁴ RIVA CRUGNOLA, *La determinazione della misura delle sanzioni*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno*, cit., p. 482. In senso maggiormente rigoristico CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, pp. 125 ss., il quale inquadra il modello di commisurazione previsto dalla legge 689 del 1981 in "quella discrezionalità (...) che si può denominare discrezionalità del giudice".

Amministrazione, bensì offra la più pregnante garanzia di trattamenti uguali a parità di condizioni⁴⁷⁵.

Autorevole dottrina ricollega, altresì, il principio di obbligatorietà dell'azione sanzionatoria amministrativa al principio costituzionale di buon andamento della Pubblica Amministrazione, anch'esso contenuto nel citato articolo 97 Cost.⁴⁷⁶.

Le considerazioni poc'anzi esposte trovano conforto anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha individuato il fondamento della potestà sanzionatoria amministrativa negli articoli 23 e 97 Cost., affermando che “non può disconoscersi che anche rispetto alle sanzioni amministrative ricorre l'esigenza della predeterminazione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o non applicazione) di esse, in riferimento sia al principio d'imparzialità (art. 97), sia al principio di cui all'articolo 23” (corsivi aggiunti)⁴⁷⁷. È significativo, dunque, che nell'articolo 97 (oltre che nell'articolo 23) venga riconosciuto il fondamento dell'obbligatorietà - salvo deroghe generali espressamente enunciate dalla legge - del procedimento sanzionatorio amministrativo⁴⁷⁸.

In conclusione, pur non riuscendo a rintracciare nell'articolo 112 Cost., per le sanzioni amministrative, un principio analogo a quello dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, il principio della doverosità dell'azione sanzionatoria emerge dai principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (articolo 97 Cost.), in quanto l'autorità amministrativa che, adducendo ragioni di opportunità, non perseguisse illeciti lesivi di interessi affidati alla sua tutela, di certo violerebbe la *ratio* delle disposizioni costituzionali dettate per lo svolgimento dell'azione amministrativa⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 144. La dottrina giuspubblicistica (NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, pp. 67 ss.) tendeva a differenziare il principio d'imparzialità dell'Amministrazione dal principio di neutralità che caratterizza l'agire giurisdizionale in senso stretto, intendendo il primo come imparzialità dell'Amministrazione rispetto ai conflitti delle parti e come indifferenza nei confronti dei fini diversi dall'interesse generale perseguito dalla P.A. Nella potestà sanzionatoria, però, l'Amministrazione è contrapposta al cittadino: non c'è spazio, nel procedimento sanzionatorio, per la tutela di ulteriori interessi. Non ha senso, dunque, interpretare l'articolo 97, rispetto alla potestà sanzionatoria, come mera “imparzialità” dell'Amministrazione.

⁴⁷⁶ M.A. SANDULLI, voce *Sanzione*, cit., p. 15.

⁴⁷⁷ Corte Cost., 14 aprile 1988, n. 447, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 2057.

⁴⁷⁸ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 146.

⁴⁷⁹ CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio di obbligatorietà*, cit., pp. 8-9.

Il principio della doverosità dell'azione amministrativa trova espresso riconoscimento a livello di legislazione ordinaria, nella legge n. 689 del 1981.

Dalla lettura del combinato disposto degli articoli 14 (contestazione e notificazione) e 17 (obbligo del rapporto) l. 689 del 1981 emerge chiaramente l'esistenza del principio generale dell'obbligatorietà dell'azione sanzionatoria: il funzionario amministrativo ha, infatti, il dovere di contestare o notificare l'infrazione (arg. ex artt. 14 e 17); inoltre, l'omissione del rapporto di cui all'art. 17 si ritiene integri il delitto previsto dall'articolo 328, II comma, c.p. (Omissione di atti d'ufficio)⁴⁸⁰.

S'intravede chiaramente la non riconducibilità all'autorità amministrativa di alcun potere discrezionale nell'*an* dell'irrogazione della sanzione amministrativa⁴⁸¹. Come l'azione penale, ex art. 112 Cost., è obbligatoria per il Pubblico Ministero, così anche l'irrogazione della sanzione amministrativa non rientra nell'ambito della discrezionalità amministrativa. Il fondamento di tale obbligatorietà procedimentale è da ravvisare *in primis* nell'imperatività della disposizione sostanziale che prevede la sanzione amministrativa: in presenza dei presupposti di fatto, l'Amministrazione sarà obbligata ad irrogare la sanzione. Tale assunto è confermato dall'addentellato normativo previsto dalla legge n. 689 del 1981: ai sensi dell'articolo 17 della legge in questione, gli uffici competenti per la ricezione del rapporto hanno due alternative operative (archiviazione, nel caso in cui l'accertamento risulti infondato; irrogazione della sanzione mediante ordinanza - ingiunzione, se l'accertamento si dimostri fondato). Non sussiste, diversamente che dal normale esercizio dell'attività amministrativa, nessuno spazio per la valutazione discrezionale del mancato esercizio dell'azione sanzionatoria amministrativa⁴⁸². La Pubblica Amministrazione è sfornita del

⁴⁸⁰ CAPUTI - JAMBRENGHI, *Il principio di obbligatorietà*, cit., p. 9.

⁴⁸¹ Si è già visto che, relativamente al *quantum* della sanzione amministrativa da irrogare, manchi ugualmente (in capo alla Pubblica Amministrazione) la possibilità di esercitare poteri discrezionali, dovendo ricondursi la graduazione del *quantum* sanzionatorio ad ipotesi di discrezionalità tecnica (definita anche "discrezionalità del giudice", da CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative*, cit., p. 139).

⁴⁸² È da sottolineare il fatto che, in merito all'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa, non può propriamente parlarsi di *azione* (termine riferibile al solo esercizio dell'azione penale), perché l'adozione dell'ordinanza - ingiunzione non costituisce esercizio di alcuna azione, essendo - più propriamente - l'esplicazione di una potestà amministrativa *non discrezionale*.

potere di valutare, discrezionalmente e *ab origine*, se punire o meno un illecito amministrativo la cui sussistenza è stata indiscutibilmente accertata.

Ed è ancora una volta la *littera legis* a soccorrere in proposito: a mente dell'articolo 18 della legge n. 689 del 1981, difatti, "l'autorità competente, sentiti gli interessati, ove questi ne abbiano fatto richiesta (...), se ritiene fondato l'accertamento, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento (...); altrimenti, emette ordinanza motivata di archiviazione degli atti (...)". È evidente che il modulo operativo di fronte a cui si trova l'Autorità amministrativa non lascia spazio a valutazioni diverse da quelle legislativamente imposte.

Una differenza con le prescrizioni in tema di obbligatorietà dell'azione penale, tuttavia, persiste. Si fa riferimento alla mancanza di un qualsivoglia controllo sull'opzione di archiviazione degli atti operata dall'Autorità amministrativa procedente in seguito alla valutazione d'infondatezza dell'accertamento. A differenza della disciplina dettata dal codice di procedura penale in merito al controllo - effettuato dal Giudice per le Indagini Preliminari - sulla richiesta di archiviazione formulata dal Pubblico Ministero ⁴⁸³, l'archiviazione per infondatezza dell'accertamento avviene *de plano*, senza il controllo di un soggetto diverso da quello che ha compiuto l'accertamento. Se a ciò si aggiunge l'impossibilità di individuare la categoria di soggetti terzi controinteressati che possano formulare una sorta di opposizione a tale provvedimento (similmente a quanto avviene nelle indagini preliminari in ambito processual-penalistico), si può ben vedere come la legge rimetta l'osservanza del principio di obbligatorietà procedimentale al senso del dovere proprio dei pubblici funzionari deputati all'accertamento e alla conseguente irrogazione delle sanzioni amministrative⁴⁸⁴.

⁴⁸³ C.p.p., Parte II, Libro V, Titolo VIII; artt. 405 - 415bis.

⁴⁸⁴ PALAMARA - SALEMME, *La depenalizzazione*, cit., p. 733.

4. I criteri d'imputazione della responsabilità.

È necessario chiedersi, a questo punto dell'indagine, se la fisionomia personalistica dell'illecito amministrativo possa o meno evincersi da norme costituzionali.

La questione dell'applicabilità, in campo amministrativo, delle disposizioni costituzionali tradizionalmente riferite all'illecito penale, diviene qui più complessa, se si pensa che nell'art. 27, I comma, Cost. ("La responsabilità penale è personale") si fa esplicito riferimento alla natura penale della responsabilità ivi disciplinata. Precisazione, quest'ultima, mancante nell'articolo 25, II comma, Cost., il quale esprime principi spesso interpretati come riferibili anche alle sanzioni amministrative.

Per quanto riguarda le sanzioni disciplinari, la dottrina che si è occupata del loro inquadramento dogmatico è giunta alla conclusione che esse sarebbero sempre sottoposte al principio di responsabilità personale: l'assunto si basa sull'articolo 28 Cost., che, nel dichiarare i funzionari e i dipendenti dello Stato "direttamente responsabili secondo (...) le leggi amministrative degli atti compiuti in violazione di diritti", implicherebbe la necessaria personalità della responsabilità disciplinare⁴⁸⁵. Inoltre, oltre ad essere personale, la responsabilità per illecito disciplinare sarebbe altresì colpevole (nel senso di sussistenza quantomeno dell'elemento soggettivo colposo): l'illecito *de quo* è strutturato come illecito di comportamento, implicante un giudizio di disvalore etico - deontologico nei confronti del trasgressore del divieto, e non può dunque essere collegato a mere "responsabilità di posizione" per il rischio assunto⁴⁸⁶.

Per tutte le altre sanzioni amministrative non disciplinari, parte della dottrina è giunta alla conclusione che il principio della personalità della responsabilità amministrativa sia costituzionalizzato dall'articolo 27, I comma, Cost.⁴⁸⁷. L'orientamento maggioritario, invece, milita a favore della non inclusione della

⁴⁸⁵ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 146.

⁴⁸⁶ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 147; DUNI, *L'art. 28 della Costituzione*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesoro nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, Milano, 1968, II, p. 714, il quale esclude che i subordinati rispondano "secondo le regole della responsabilità oggettiva".

⁴⁸⁷ SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, p. 83.

responsabilità amministrativa all'interno delle garanzie apprestate dall'articolo 27, I comma, Cost. A favore di ciò si adduce, *in primis*, un dato di natura testuale: diversamente che nell'articolo 25, nell'articolo 27 compare l'aggettivo penale, il che lascia chiaramente intendere la delimitazione del campo di applicabilità dell'articolo 27. Inoltre, soccorre un argomento di tipo storico: se si guarda ai lavori della Costituente, risulta evidente l'intenzione del legislatore storico in merito all'estensione del concetto di responsabilità personale⁴⁸⁸.

La tesi della costituzionalizzazione del principio di personalità della responsabilità amministrativa ha indotto la dottrina degli ultimi anni del secolo scorso ad affermare che, in caso di accoglimento di tale tesi, ogni ipotesi di corresponsabilizzazione della persona giuridica per l'illecito commesso dal legale rappresentante o dal dipendente avrebbe presentato profili d'incostituzionalità. Si sarebbe trattato, allora, di utilizzare forme di responsabilità amministrativa per le persone giuridiche, svincolate dalle rigide strutture previste per la responsabilità penale, al fine di superare il principio "*societas delinquere non potest*"⁴⁸⁹. L'analisi dottrinale non poteva tenere in considerazione, com'è ovvio che sia, il fondamentale intervento normativo avutosi qualche anno dopo.

Come noto, un nuovo modello di responsabilità per prevenire la commissione di reati all'interno degli enti e delle persone giuridiche è stato inserito, nel nostro ordinamento, con il D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in attuazione della legge delega n. 300 del 2000, che ha disciplinato la responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato. La scelta di qualificare come amministrativa - anziché come penale - la responsabilità per gli enti, nasconde una sorta di "truffa delle etichette" perpetrata dal legislatore⁴⁹⁰; infatti, la responsabilità dell'ente è strettamente agganciata alla commissione di un fatto di reato, e viene accertata all'interno di un processo penale.

⁴⁸⁸ L'attuale formulazione dell'art. 27, I comma, Cost. è il frutto di una sostituzione: infatti, nella versione originaria, il testo risultava: "La responsabilità è personale". In tal modo, su proposta dell'On. Moro, fu approvata la formulazione definitiva, la quale mirava a circoscrivere il principio di personalità alla sola responsabilità penale, tenendo conto delle differenti funzioni che gli altri tipi di responsabilità (civile, amministrativa, ecc.) svolgono nella società moderna, ai quali non possono estendersi le medesime garanzie previste per la responsabilità penale.

⁴⁸⁹ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 150.

⁴⁹⁰ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 175.

L'accertata "truffa delle etichette" in merito alla natura formalmente amministrativa - ma sostanzialmente penale - della responsabilità da reato delle persone giuridiche⁴⁹¹ si è resa "necessaria" per evitare possibili frizioni con i principi costituzionali in tema di imputazione personalistica della responsabilità penale. La scelta del legislatore dimostra che i criteri d'imputazione della responsabilità derivante da illecito amministrativo non sono governati dai medesimi - e ben più garantisti - principi validi per l'imputazione della responsabilità penale.

La soluzione accolta dalla maggior parte della dottrina (nel senso della non estensione dell'art. 27, I comma Cost. alla responsabilità amministrativa) trova preciso riscontro nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha avuto modo di affermare che "l'intero testo dell'articolo 27 della Costituzione si applica soltanto alla responsabilità penale"⁴⁹² e che "il principio della personalità della pena opera esclusivamente nei confronti delle pene vere e proprie e non ha alcuna attinenza con le sanzioni di altra natura"⁴⁹³.

Come si vedrà nella parte dedicata all'analisi del Capo I, Sezione I, della legge n. 689 del 1981, il legislatore della riforma ha operato una scelta molto netta, individuando con chiarezza una regola generale caratterizzante l'imputazione della responsabilità, caratterizzando tale imputazione in senso personale e colpevole.

In un settore, dunque, non vincolato - dal punto di vista costituzionale - al rispetto del principio di responsabilità personale e colpevole, il legislatore ha rinunciato a schemi "semplificati" di attribuzione della responsabilità, che sarebbero risultati più utili nell'ottica di un accertamento rapido e celere.

⁴⁹¹ La Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla reale natura della responsabilità "amministrativa" degli enti derivante da reato, ha affermato che "il D.Lgs. n. 231 del 2001, sanzionando la persona giuridica in via autonoma e diretta con le forme del processo penale si differenzia dalle preesistenti sanzioni irrogabili agli enti, così da sancire la morte del dogma *societas delinquere non potest*. E ciò perché, ad onta del *nomen iuris*, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale, forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.); interpretabili in accezione riduttiva, come divieto di responsabilità per fatto altrui, o in una più variegata, come divieto di responsabilità per fatto incolpevole" (Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, Jolly Mediterraneo Srl).

⁴⁹² Corte Cost., ordd. nn. 420 e 421 del 1987.

⁴⁹³ Corte Cost., ord. 25 novembre 1987, n. 502.

Dopo la riforma del 1981, nel nostro ordinamento anche l'illecito amministrativo è sottoposto al principio di colpevolezza, che rappresenta principio fondamentale nell'organizzazione giuridico - penale degli ordinamenti liberaldemocratici⁴⁹⁴.

Il principio di colpevolezza, come noto, riveste un ruolo centrale nel sistema penale. La sua rilevanza è confermata dall'esplicita enunciazione del principio di personalità della responsabilità penale contenuta nell'articolo 27, I comma, Cost., la quale - secondo l'impostazione più recente e maggiormente condivisibile - non va intesa solo come divieto di forme di responsabilità per fatto altrui, bensì come responsabilità per fatto proprio colpevole. Il fatto di reato, in definitiva, deve essere psicologicamente attribuibile alla volontà antidoverosa del soggetto, affinché a questi possa essere irrogata la pena⁴⁹⁵.

Il ruolo cardine del principio di colpevolezza è confermato, altresì, dall'articolo 27, III comma della Costituzione, nella parte in cui sancisce la finalità rieducativa della pena. Il nesso tra il primo e il terzo comma della norma costituzionale (ovverosia tra colpevolezza e rieducazione) è presto spiegato: irrogare una pena nei confronti di un soggetto, verso cui non sia possibile muovere alcun tipo di rimprovero (neppure per semplice disattenzione o negligenza), frustrerebbe le finalità rieducative proprie dell'istituzione statale. L'assenza di dolo o di colpa denota la mancanza di disprezzo o d'indifferenza nei riguardi dei beni giuridici protetti, con la conseguenza che la risposta punitiva da parte dello Stato sarebbe avvertita come ingiusta dal destinatario. La reazione sanzionatoria, al contrario, finirebbe per provocare ostilità e risentimento nei confronti dell'ordinamento

⁴⁹⁴ PALIERO, *La legge 689 del 1981*, cit., p. 145.

⁴⁹⁵ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna, 2014, pp. 325-326; ALESSANDRI, *sub art. 27*, in BRANCA - PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1989; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, in *Studi di diritto penale raccolti da Giacomo Delitala*, Milano, 1976, p. 109; PALIERO, *La legge 689 del 1981*, cit., p. 146. La Corte Costituzionale, nelle storiche sentenze nn. 364 e 1085 del 1988, ha chiarito che l'imputazione del fatto di reato al soggetto agente deve avvenire in presenza di un coefficiente soggettivo di natura quantomeno colposa. Se anche uno degli elementi costitutivi della fattispecie penale dovesse, in ipotesi, non essere attinto dall'elemento soggettivo in parola, sarebbe impossibile l'imputazione della responsabilità penale, venendo meno il carattere personale della stessa.

giuridico⁴⁹⁶. Tale lettura dei rapporti tra colpevolezza e rieducazione ha ricevuto l'avallo anche della giurisprudenza costituzionale⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 326.

⁴⁹⁷ Nella sentenza n. 364 del 1988 la Corte Costituzionale afferma: “comunque si intende la funzione rieducativa (...) essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa (rispetto al fatto), non ha certo bisogno di essere rieducato”.

CAPITOLO V

IL LIVELLO SUPERPRIMARIO: L'INFLUENZA DEL SISTEMA CEDU SULLA FISIONOMIA DELL'ILLECITO PENALE-AMMINISTRATIVO INTERNO

1. Premessa.

Dopo aver delineato la fisionomia che l'illecito penale-amministrativo attualmente assume nell'ordinamento giuridico interno e averne ricercato gli eventuali referenti costituzionali, è giunto il momento di ampliare lo sguardo dell'analisi, per valutare la fisionomia che sistema del diritto amministrativo punitivo assume alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, così come interpretata dal suo giudice, ovverosia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con sede in Strasburgo. Com'è noto, il sistema CEDU (vale a dire il testo della Convenzione e dei relativi Protocolli, unitamente al formante giurisprudenziale costituito dalle pronunce della Corte di Strasburgo) riveste il rango di norma interposta tra la Costituzione e le leggi ordinarie, e come tale può costituire parametro di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative⁴⁹⁸.

Considerate le molteplici implicazioni cui da luogo la materia in oggetto ci si limiterà, in questa sede, a esporre i possibili profili di frizione della configurazione interna dell'illecito amministrativo con i principi dell'equo processo (art. 6 CEDU), di legalità sostanziale delle norme sanzionatorie (art. 7 CEDU) e del *ne bis in idem* (art. 4 Prot. n. 7 CEDU). In conclusione, si tratterà della pronuncia della Corte EDU *Grande Stevens e altri c. Italia* la quale, avente ad oggetto la violazione del principio del *ne bis in idem* ad opera delle disposizioni interne in materia di repressione del *market abuse*, denuncia il contrasto del doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo con i *dicta*

⁴⁹⁸ Corte Cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007.

provenienti dalla Corte di Strasburgo, evidenziando l'improrogabilità di una riforma della disciplina sanzionatoria nella materia degli abusi di mercato. Peraltro, le considerazioni espresse nella sentenza *Grande Stevens* possono riferirsi, altresì, agli altri settori ordinamentali in cui il legislatore espressamente consente l'applicabilità, a un medesimo soggetto e per i medesimi fatti, della sanzione penale in aggiunta alla sanzione amministrativa.

In definitiva, l'interrogativo che ci si pone è il seguente: quali sono le conseguenze che il sistema CEDU spiega sull'attuale configurazione assunta dall'illecito penale-amministrativo? Ha davvero senso prevedere sanzioni amministrative pecuniarie straordinariamente elevate - spesso in aggiunta a sanzioni penali - per la repressione di determinati comportamenti illeciti, sottraendo tali sanzioni amministrative allo statuto tipico della sanzione penale? Non è forse il caso che il diritto amministrativo punitivo torni a occuparsi - così come si è verificato fino alle riforme legislative degli anni 1999 - 2000, delle bagatelle, lasciando alla sanzione criminale il compito di tutelare i beni giuridici di maggiore rilevanza?

2. La nozione “autonoma” di materia penale nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali.

Per rispondere agli interrogativi emersi nel paragrafo precedente, è obbligatorio comprendere cosa, all'interno del sistema CEDU, costituisca un illecito penale.

L'ordinamento giuridico-penale interno è rigidamente conformato al principio di legalità formale, espresso nella concezione formale di reato: costituisce reato ogni comportamento illecito cui la legge ricollega una sanzione (qualificata dal diritto interno come) penale⁴⁹⁹. Il principio nominalistico non trova applicazione, viceversa, nel sistema CEDU, nella cui prospettiva assume importanza decisiva non tanto (e non solo, come si vedrà) la qualificazione della sanzione offerta dal diritto nazionale, quanto il contenuto sostanzialmente punitivo delle misure sanzionatorie predisposte dal diritto nazionale.

⁴⁹⁹ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 157.

Il concetto di *matière pénale* descrive il parametro di operatività non solo del principio di legalità convenzionale (art. 7 CEDU) e del diritto ad un equo processo (art. 6 CEDU), ma di diverse e ulteriori disposizioni, tra cui l'articolo 2, Prot. n. 7 (diritto alla revisione della condanna da parte di un'istanza giurisdizionale superiore per chi sia stato condannato per un illecito penale) e l'articolo 4, Prot. n. 7 (diritto a non essere processati due volte per il medesimo fatto).

La necessità di escogitare una nozione sostanzialistica di materia penale, cui ricondurre l'applicabilità delle garanzie convenzionali previste per gli illeciti penali, nasce dall'esigenza di superare le - spesso profonde - differenze esistenti tra gli ordinamenti giuridici dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa. L'accoglimento di una nozione formalistica di reato e di sanzione penale avrebbe facilitato una truffa delle etichette da parte dei legislatori nazionali, ai quali sarebbe bastato qualificare una sanzione come amministrativa o civile per sottrarla all'insieme delle garanzie penalistiche; sanzione che, per l'elevato contenuto afflittivo-repressivo, sarebbe dovuta sottostare allo stuolo delle garanzie previste per l'illecito penale⁵⁰⁰.

Il testo della CEDU e dei relativi Protocolli non offre, invero, una definizione esplicita di materia penale⁵⁰¹. La nozione *de qua* risulta il frutto di una lunga e copiosa elaborazione giurisprudenziale, di approccio marcatamente pragmatico e concreto, che ha man mano ampliato il novero delle sanzioni riconducibili nell'ambito della materia penale: tutto ciò al fine di dissuadere i singoli legislatori nazionali dal porre in essere facili - e poco garantiste - truffe delle etichette.

La valutazione in ordine alla riconducibilità di un certo illecito o di una certa sanzione all'interno della cd. materia penale si fonda su tre autonomi criteri, di regola considerati alternativi e non cumulativi⁵⁰² (in questo modo, il giudizio sulla natura penale può basarsi anche su uno soltanto di essi); spesso, però, tali criteri

⁵⁰⁰ MANES, *sub art. 7*, in BARTOLE - DE SENA - ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario*, cit., pp. 259-260.

⁵⁰¹ In alcuni articoli, infatti, si fa riferimento ai concetti di reato e pena; in altri, si fa uso dell'aggettivo penale (art. 6, art. 2 Prot. n. 7, art. 4 Prot. n. 7).

⁵⁰² Corte EDU, sentenza 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*.

sono stati apprezzati in via congiunta, specialmente se il ricorso a uno solo di essi non sarebbe stato in grado di orientare la decisione⁵⁰³.

I criteri in questione sono:

1. la qualificazione della sanzione nel diritto interno, la quale riveste un valore esclusivamente formale e indicativo
2. la natura dell'infrazione o dell'illecito (carattere e struttura della norma trasgredita, con riguardo alla generalità del precetto e dei destinatari; importanza della trasgressione, anche alla luce di un confronto comparatistico);
3. la natura e la gravità della sanzione, in cui la gravità si riferisce al contenuto concreto della misura (custodiale - non custodiale, pecuniaria - detentiva) mentre la natura si deduce sia dalla pertinenzialità rispetto a un fatto di reato, sia dallo scopo (preventivo o repressivo) della sanzione, sia, infine, alla luce delle procedure applicative della sanzione stessa (giurisdizione di merito o di legittimità, organo deputato all'irrogazione, caratteri del procedimento).

Il *leading case* in materia è, com'è noto, costituito dalla sentenza *Engel c. Paesi Bassi*⁵⁰⁴. Fin da tale pronuncia, per altro verso, i giudici di Strasburgo hanno affermato (senza smentite nella giurisprudenza successiva) che la qualificazione come penale della sanzione, a opera del diritto nazionale, opera *one way only*, nel senso che l'indagine sull'appartenenza di un illecito alla sfera penale scatta solo quando il diritto interno ne offra una definizione diversa, e non quando il legislatore nazionale - pur in assenza dei requisiti indicati dai giudici di Strasburgo - qualifichi espressamente la misura come *penale*. Un meccanismo, dunque, evidentemente pensato in chiave di estensione del *maximum standard di garanzie* per l'accusato.

⁵⁰³ Corte EDU, sentenza 24 settembre 1997, *Garyfallou Aebe c. Grecia*; sentenza 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*.

⁵⁰⁴ Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*. Nel caso *de quo*, ad alcuni militari olandesi erano state inflitte delle sanzioni disciplinari incidenti sulla libertà personale. Nell'occasione, la Corte EDU riconobbe la natura penale delle sanzioni disciplinari inflitte ai ricorrenti sulla base della natura degli illeciti contestati e, soprattutto, della gravità delle sanzioni previste dall'ordinamento militare olandese, in quanto avrebbero potuto determinare il deferimento - dai tre ai sei mesi - dei militari a un'unità disciplinare, determinando in tal modo una compressione della libertà personale degli stessi. La Corte riconobbe, dunque, l'applicabilità dell'articolo 6 CEDU al procedimento d'irrogazione della sanzioni disciplinari in questione, rilevando come in quest'ultimo fosse del tutto inattuato il principio della pubblicità dell'udienza.

La sentenza Engel ha espresso dei principi che hanno costituito la base per altri arresti giurisprudenziali, i quali si sono costantemente posti nel solco tracciato con questa prima storica sentenza. Nelle successive pronunce, la Corte EDU ha coerentemente fatto applicazione dei criteri elaborati nel 1976 - a volte anche per negare la riconducibilità alla *materia penale* delle sanzioni a essa sottoposte⁵⁰⁵ - in una continua opera di affinamento e approfondimento dei criteri da utilizzare nel *test* di valutazione in ordine alla vera natura (penale o meno) delle sanzioni e degli illeciti.

Ai fini dell'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'estensione dell'ambito della *materia penale*, è di fondamentale importanza la sentenza *Ozturk c. Germania*⁵⁰⁶, di alcuni anni successiva alla sentenza *Engel*. Il settore interessato è proprio quello delle *Ordnungswidrigkeiten* (Parte II, Sez. II, Cap. V). All'esito di un procedimento amministrativo di applicazione delle sanzioni amministrative depenalizzate previste dal codice della strada della R.F.T., al ricorrente era stata inflitta una sanzione amministrativa pecuniaria di lieve entità. La Corte EDU qualifica tale sanzione come avente natura penale, valorizzando sia il criterio della natura dell'illecito (riferibile, non diversamente dal precedente illecito penale, alla generalità dei cittadini), sia il criterio della natura della sanzione (*sub specie* dello scopo perseguito), ravvisando in essa le funzioni tipiche della sanzione penale, ovverosia quella generalpreventiva e quella repressiva. Non viene considerata, dunque, la gravità della sanzione, la cui esiguità avrebbe condotto i giudici di Strasburgo a concludere per la natura non penale, ai fini della Convenzione, dell'illecito esaminato nel caso *Ozturk*⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Corte EDU, sentenza 9 maggio 1977, *X C. Svizzera*. La Corte, in questo caso, afferma la natura non penale della sanzione disciplinare, inflitta a un detenuto colpevole di rientro tardivo, consistente in cinque giorni d'isolamento e nella soppressione di ogni permesso-premio. La misura in questione, secondo la Corte, non era caratterizzata da un particolare livello di gravità. Si v. anche Corte EDU, sentenza 6 novembre 1980, *Guizzardi c. Italia*, la quale esclude la riconducibilità della misura di prevenzione della sorveglianza speciale del detenuto al concetto di *materia penale*.

⁵⁰⁶ Corte EDU, sentenza 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Repubblica Federale Tedesca*. In argomento, si v. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 894 ss.

⁵⁰⁷ Sempre con riferimento alla materia della circolazione stradale, si v. Corte EDU, sentenza 7 dicembre 1990, *Duhs c. Svezia*, in cui la Corte nega la qualifica di penale, in ragione della natura dell'illecito e della scarsa afflittività della sanzione, a una violazione del codice della strada svedese.

Analizzando più approfonditamente i tre criteri predisposti dalla Corte EDU nel caso *Engel*, è da sottolineare il fatto che il primo (qualificazione dell'illecito nel diritto interno) ha un valore meramente indicativo e risulta scarsamente utilizzato nella giurisprudenza convenzionale⁵⁰⁸.

Il secondo criterio - in particolar modo per quanto riguarda la natura dell'infrazione - viene dedotto quasi esclusivamente dalla generalità dei destinatari cui si rivolge il precetto⁵⁰⁹.

Infine, il giudizio sulla natura della sanzione è fortemente influenzato dalla pertinenzialità della sanzione stessa rispetto a un fatto di reato⁵¹⁰, mentre il sottocriterio dello scopo della sanzione è spesso utilizzato come criterio principale - insieme al criterio della gravità oggettiva della sanzione - per decidere sulla natura penale della sanzione. In relazione a quest'ultimo aspetto, si segnala che la valutazione in ordine allo scopo della sanzione è risultata di particolare decisività nell'affermazione della natura penale di diverse ipotesi di misure patrimoniali previste nel diritto nazionale dei singoli Stati membri (si vedano, ad esempio, le varie ipotesi di confisca). A tal proposito, si segnala la sentenza resa dalla Corte EDU nel caso *Welch c. Regno Unito*⁵¹¹, riguardante un caso di confisca introdotta dopo la commissione del reato di traffico di sostanze stupefacenti da parte del ricorrente, e a questi applicabile, tuttavia, in modo retroattivo. Nel caso in esame, la Corte EDU ebbe modo di affermare la natura penale della sanzione (con conseguente violazione dell'art. 7 CEDU nel caso di applicazione retroattiva) alla luce non solo della pertinenzialità rispetto a un fatto di reato, bensì evidenziando la natura e lo scopo della misura in oggetto, la sua gravità, le procedure per la sua applicazione, sottolineando altresì che la presenza di finalità preventive non vale ad escludere la natura penale della sanzione se queste sono accompagnate da finalità repressivo-punitive.

⁵⁰⁸ La svolta sostanzialistica impressa alla giurisprudenza convenzionale dalla sentenza *Engel c. Paesi Bassi* è evidente se si pensa al fatto che, prima del 1976, il criterio della qualificazione formale dell'illecito nel diritto interno veniva spesso utilizzato dai giudici di Strasburgo per decidere della natura penale dell'illecito stesso: Corte EDU, sentenza 18 giugno 1971, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, in cui si afferma che non vi è violazione dell'articolo 7 CEDU in quanto "il vagabondaggio non costituisce reato nella legislazione belga".

⁵⁰⁹ Corte EDU, sentenza 4 ottobre 2007, *Anghel c. Romania*.

⁵¹⁰ Corte EDU, sentenza 23 settembre 1998, *Malie c. Francia*, la quale riconduce nell'ambito della *materia penale* la sanzione della decurtazione dei punti dalla patente di guida in conseguenza della condanna per un reato in materia di circolazione stradale.

⁵¹¹ Corte EDU, sentenza 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*.

Ciò premesso, va detto come proprio con riguardo a sanzioni reali, (*id est* di confisca di beni), in sede di Corte EDU sia emersa in modo espresso l'idea che il concetto di sanzione penale rilevante ai fini degli artt. 6 e 7 della CEDU ben tolleri al suo interno la compresenza di finalità afflittivo-dissuasive e, rispettivamente, di cura concreta dell'interesse pubblico, anche nel senso di diretta ripristinazione della lesione subita dall'interesse pubblico, o di cura preventiva dell'interesse pubblico⁵¹². Proprio nella sentenza *Welch c. Regno Unito* la Corte EDU afferma che “gli obiettivi di prevenzione e riparazione ben si conciliano con quello di repressione e possono essere considerati come elementi costitutivi della nozione di pena”. In conseguenza di ciò, la presenza di finalità preventive non vale di per sé a escludere la natura penale, se queste sono accompagnate da finalità punitive.

L'affermazione della non necessarietà, ai fini della qualifica come penale di una sanzione, della presenza di sole finalità punitive, si rinviene anche nella recente sentenza *Menarini Diagnostics c. Italia*⁵¹³. I giudici di Strasburgo, nel qualificare come *penale* ai fini delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, una sanzione pecuniaria irrogata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) - a fronte degli argomenti difensivi del Governo italiano che miravano a sostenere la natura sostanzialmente amministrativa (invece che penale) delle sanzioni, in quanto finalizzate più a tutelare l'interesse pubblico alla concorrenza che ad imporre una pena afflittiva - i giudici europei hanno preso una posizione coerente con la giurisprudenza precedente. Hanno difatti osservato che la specifica preordinazione dei provvedimenti sanzionatori dell'AGCM a tutelare un dato interesse pubblico (ossia la concorrenza nel mercato) non fosse affatto incompatibile con un carattere penalistico-punitivo, visto che è del tutto fisiologico (anche nel diritto penale) la coesistenza tra carattere punitivo e finalità deterrente-preventiva, intesa quest'ultima anche come tutela di determinati beni giuridici di interesse pubblico. Punire, cioè, non è che un modo (anche) di tutelare

⁵¹² GOISIS, *Introduzione al Seminario “Riflessioni sull'incertezza delle regole: le sanzioni amministrative “nascoste” e le nuove sanzioni pecuniarie introdotte dal codice del processo amministrativo”*, Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento di Giurisprudenza, 6 febbraio 2014, in *air.unimi.it*.

⁵¹³ Corte EDU, sentenza 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics c. Italia*.

(in via di prevenzione) dati interessi pubblici; in ogni caso la tutela - anche diretta - di questi ultimi non è affatto in contrasto con una finalità punitiva⁵¹⁴.

In sintesi, sanzioni che facciano seguito alla violazione di un precetto possono ben ritenersi penali ai fini CEDU anche se non abbiano, in realtà, una finalità esclusivamente punitiva, ma mirino piuttosto alla cura in concreto dell'interesse pubblico, ad esempio *sub specie* di ripristino dei beni lesi.

Emerge nella giurisprudenza della Corte EDU - ai fini della riconducibilità di una sanzione all'ambito della *matière pénale* - la decisiva rilevanza che assume la finalità repressiva della sanzione: se questa è orientata a reprimere il comportamento illecito mediante la predisposizione di misure particolarmente afflittive dei beni del soggetto destinatario, pur in presenza di finalità ripristinatorie e risarcitorie, ecco che ci si trova dinanzi a una sanzione da ricondurre nell'ambito della materia penale.

Traendo le conclusioni da quanto fin qui affermato, è possibile offrire una rilettura del concetto di sanzione amministrativa in senso stretto che si è esposto al principio della nostra trattazione (Parte I, Cap. I, Par. 2.1.).

Come si ricorderà, la dottrina interpreta la sanzione amministrativa *stricto sensu* intesa come una pena in senso tecnico, caratterizzata da un contenuto afflittivo-repressivo; sanzione non assimilabile ad altri strumenti di carattere non repressivo, aventi finalità risarcitoria o ripristinatoria, propri della P.A., che rientrano nella nozione di sanzione amministrativa *lato sensu* intesa. Orbene, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale registratasi a Strasburgo, si rende opportuna una rilettura generale della categoria interna dell'illecito penale-amministrativo, così come configurato dai vari interventi legislativi successivi al 1981. Per far ciò è necessario non solo ampliare il concetto di sanzione amministrativa in senso stretto, per farvi rientrare anche misure non aventi esclusive finalità afflittivo-repressive, ma altresì estendere il concetto stesso di sanzione penale, per ricomprendervi anche la nozione di sanzione amministrativa punitiva (*id est* sanzione amministrativa *in senso stretto*), la quale deve assicurare al destinatario (quantomeno) il livello di garanzie previsto dagli articoli 6, 7 e 4 Prot. n. 7 CEDU.

⁵¹⁴ GOISIS, *Introduzione*, cit., p. 4.

È importante sottolineare ancora una volta che, nell'ordinamento giuridico italiano, l'illecito amministrativo è stato progressivamente utilizzato - specialmente a seguito delle riforme degli anni 1999-2000 - spesso per punire anche comportamenti di rilevante gravità, lesivi di beni giuridici collettivi (ad es. stabilità del mercato finanziario), mediante la previsione di sanzioni amministrative dal contenuto straordinariamente afflittivo. Ebbene, non si può non rilevare l'evidente truffa delle etichette posta in essere dal legislatore, il quale - utilizzando l'illecito amministrativo come se fosse un illecito penale - non solo ha deciso di impiegare lo strumento sanzionatorio amministrativo per funzioni ad esso estranee (sfruttando la maggior celerità e certezza nell'irrogazione di quest'ultimo), ma ha altresì abbassato il livello di garanzie predisposto per il soggetto nei cui confronti si rivolge l'illecito amministrativo, sottraendo quest'ultimo all'imponente griglia delle garanzie sostanziali e processuali previste per la sanzione penale. La Corte EDU, denunciando l'uso improprio di sanzioni che di amministrativo possiedono solo il *nomen juris*, ha richiamato all'ordine il legislatore interno, per il contrasto dell'illecito amministrativo interno con le garanzie previste dalla CEDU.

3. Le conseguenze della qualificazione come penale, ai sensi della CEDU, dell'illecito penale-amministrativo.

3.1. Le garanzie dell'equo processo.

Vediamo allora, in sintesi, quali possano essere le principali conseguenze della qualificazione come sanzione penale, alla luce del sistema CEDU, dell'illecito penale-amministrativo nazionale.

In primo luogo, si discute dell'applicazione delle garanzie previste dall'articolo 6 CEDU (diritto a un equo processo) al procedimento applicativo delle sanzioni amministrative. L'applicabilità di tali garanzie alla fase procedimentale d'irrogazione della sanzione amministrativa è stata costantemente negata dalla

dottrina e dalla giurisprudenza, a causa del tenore letterale dell'articolo 6, il quale si riferisce alla sola materia processuale, stante l'esplicito riferimento a un "tribunale indipendente e imparziale". L'equo processo previsto dall'articolo 6 riguarderebbe, in sostanza, i soli procedimenti di natura giurisdizionale, ivi compresi quelli previsti dal codice del processo amministrativo, ma non anche la fase procedimentale amministrativa d'irrogazione della sanzione, precedente alla - solo eventuale - fase giurisdizionale di opposizione. Peraltro, tale lettura garantisticamente restrittiva è stata propugnata anche dalla giurisprudenza costituzionale la quale, in una recente pronuncia⁵¹⁵, ha affermato che "non è utilmente evocabile quale parametro di legittimità costituzionale l'art. 24 Cost., ove la disposizione censurata abbia ad oggetto non un procedimento di natura giurisdizionale ma esclusivamente una procedura di carattere amministrativo". Merita rilievo il fatto che la questione di legittimità costituzionale sollevata avanti ai giudici della Consulta riguardava la presunta violazione dell'articolo 24 Cost., in relazione al cumulo di funzioni requirenti e giudicanti nel medesimo soggetto, nell'ambito della procedura sanzionatoria amministrativa per l'emissione di assegni in bianco (art. 33 D.Lgs. 507 del 1999, che deroga all'applicazione degli articoli 18 e 19 della legge n. 689 del 1981); un profilo - evidentemente attinente alla terzietà e imparzialità dell'organo giudicante - che assume rilievo proprio nella prospettiva dell'articolo 6 CEDU e costituisce il nocciolo duro del diritto convenzionale a un equo processo.

Per risolvere quest'apparente discrasia - in base alla quale la garanzia dell'equo procedimento entrerebbe in gioco solo a "partita in corso" - è dirimente la nozione stessa di materia penale. Infatti, come affermato nel paragrafo precedente, l'elaborazione del concetto di *matière pénale* è dirimente per far scattare il complesso (e complessivo) sistema delle garanzie escogitato a Strasburgo. Detto altrimenti, constatata la riconducibilità di un dato illecito (alla stregua dei cd. *Engel criteria*) nell'ambito della materia penale, automaticamente si rendono applicabili gli articoli della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali dedicati alla disciplina sostanziale e processuale dell'illecito penale. Non importa se il diritto nazionale affidi la prima fase della tutela

⁵¹⁵ Corte Cost., ordinanza 22 febbraio 2010, n. 77.

giudiziale a un organo non definito come “tribunale”, né dotato della terzietà e imparzialità tipiche di quest’ultimo. Ciò che conta, per esigere il rispetto delle garanzie convenzionali del giusto processo non sono i profili organizzativi dell’organo o il modo con cui questi eserciti la *potestas iudicandi*, bensì la sola circostanza che un dato organo pubblico eserciti, per scelta dell’ordinamento nazionale, determinati poteri imperativi: ovverosia, quelli d’inflizione di sanzioni sostanzialmente penali⁵¹⁶. Anche in questo caso, come già visto per la perimetrazione del concetto di materia penale, non avrebbe senso “fidarsi” della qualificazione del soggetto competente a irrogare la sanzione fornita dal legislatore nazionale: per evitare facili truffe delle etichette, è necessario porsi in una prospettiva sostanzialistica dell’attività effettivamente esercitata dall’organo giudicante.

Le conclusioni cui si è giunti, in merito all’applicabilità dell’articolo 6 fin dalla fase procedimentale d’irrogazione delle sanzioni amministrative, suggerirebbero una piena giurisdizionalizzazione di tale fase attraverso, in particolare, la realizzazione di una posizione di reale parità delle armi tra accusa e difesa; in merito alla piena possibilità, per l’incolpato, di avere accesso alla documentazione e d’interloquire direttamente con l’organo decidente senza passare per il “filtro” dell’organo istruttorio; nonché, infine, di effettiva (e non puramente nominale) separazione della accusa dall’organo che decide la sanzione. Il modello è evidentemente quello del processo accusatorio⁵¹⁷. In merito, si segnala che la giurisprudenza della Corte EDU assume una posizione maggiormente flessibile e aperturista (rispetto a quanto succede in relazione ad altri principi, ad es. quello di legalità sostanziale *ex* articolo 7), nel senso che ammette la presenza - nella fase precedente al giudizio d’opposizione alla sanzione amministrativa irrogata - di una fase procedimentale amministrativa non rispettosa del principio dell’equo processo previsto dall’articolo 6 CEDU, a condizione, tuttavia, che a tale fase poco garantista segua un giudizio di piena giurisdizione: il giudice chiamato a pronunciarsi in sede d’opposizione deve, cioè, poter valutare pienamente - *de iure* e *de facto* - la questione sottoposta all’autorità amministrativa in prima battuta. Il tribunale deve, inoltre, essere in grado di modificare o riformare completamente la

⁵¹⁶ GOISIS, *Introduzione*, cit., p. 8.

⁵¹⁷ Id., op. cit., p. 9.

statuizione dell'organo amministrativo⁵¹⁸. Ciò al fine di garantire - seppure *ex post* - in via correttiva (rispetto a un procedimento amministrativo non pienamente in linea con le garanzie convenzionali), completa soddisfazione alle istanze del giusto processo.

La pretesa a un riesame pieno della pretesa punitiva, come ricordato da ultimo nel 2012 dai giudici di Strasburgo nel caso *Steininger*, è particolarmente sentita⁵¹⁹. Il concetto di piena giurisdizione deve essere inteso in senso forte e non meramente nominale: nella già citata sentenza *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia* della Corte EDU i giudici di Strasburgo hanno affermato la necessità di una *full jurisdiction* sulle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in quanto aventi natura sostanzialmente penale e necessariamente assoggettate, dunque, alle garanzie di cui all'art. 6 CEDU.

Il sistema italiano prefigurante il procedimento applicativo delle sanzioni amministrative pecuniarie, contenuto nella legge n. 689 del 1981, soddisfa solo parzialmente le garanzie del giusto processo sancite nell'articolo 6 CEDU. Infatti, se è vero che all'incolpato sono garantite la possibilità di essere sentito personalmente e la tempestiva comunicazione della contestazione dell'illecito, significative carenze si apprezzano in relazione alla realizzazione di un procedimento realmente accusatorio, in cui accusa e difesa sono poste sullo stesso piano e si assiste a una netta separazione tra funzioni requirenti, inquirenti e giudicanti. Tuttavia, per non incorrere in violazioni dell'articolo 6 CEDU, la Corte di Strasburgo ritiene sufficiente la presenza di una fase giurisdizionale di opposizione in cui il giudice chiamato a pronunciarsi possa esercitare poteri di piena giurisdizione sul provvedimento adottato *prima facie* dall'Autorità amministrativa. Ciò è assicurato, nel diritto interno, dal modello del procedimento di opposizione configurato dalla legge n. 689 del 1981. Una simile incisione nel merito della pretesa sanzionatoria è poi garantita anche al giudice amministrativo dall'art. 134, co. 1, lett. c), c.p.a., il quale prefigura un'ipotesi di giurisdizione di merito ogniqualvolta il giudice amministrativo abbia giurisdizione su sanzioni

⁵¹⁸ Corte EDU, sentenza 2 settembre 1998, *Kadubec c. Repubblica Slovacca*; Corte EDU, sentenza 23 ottobre 1995, *Schmautzer, Umlauf, Grading, Pramstaller, Palaoro e Pfarrmeier c. Austria*; Corte Edu, sentenza 13 febbraio 2003, *Chevol c. Francia*.

⁵¹⁹ Corte EDU, sentenza 17 aprile 2012, *Steininger c. Austria*.

amministrative pecuniarie. Come affermato da autorevole dottrina⁵²⁰ trova applicazione in tal modo - all'interno del procedimento amministrativo - il principio *nulla poena sine iudicio*.

A considerazioni almeno parzialmente diverse si deve giungere in relazione a quei procedimenti d'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie non regolamentati dal Capo II della legge n. 689 del 1981. Per tali ultime ipotesi⁵²¹ (ad es., i procedimenti che si svolgono davanti alla CONSOB per l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dagli artt. 187-*bis* e 187-*ter* T.U.I.F.) le censure in termini di violazione del giusto processo *ex* articolo 6 CEDU si fanno ancora più marcate, essendo solo marginalmente garantiti il diritto al contraddittorio e il diritto dell'incolpato a essere ascoltato personalmente, oltre alla totale assenza di una disciplina organica relativa alla possibilità di confronto con l'accusatore.

3.2. Il principio di legalità sostanziale.

La tutela del cittadino responsabile della commissione di un illecito amministrativo riceve una profonda rimediazione - nel senso della sua estensione - a seguito dell'applicabilità, al settore del diritto sanzionatorio amministrativo, delle garanzie in tema di stretta legalità, previste dall'articolo 7 CEDU.

L'articolo in questione, nel prevedere che “nessuno può essere condannato per una azione od omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale” e che a nessuno “può essere inflitta una pena più grave di quella prevista quando il reato è stato commesso”, sancisce il principio di legalità-irretroattività delle norme penali incriminatrici o aggravatrici del trattamento sanzionatorio⁵²².

La CEDU (e, di conseguenza, la Corte EDU), interpreta il principio di legalità sostanziale - sotto alcuni aspetti in maniera più garantista rispetto alla legalità

⁵²⁰ M.A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XXXII, Roma, 1994, p. 18.

⁵²¹ Su cui v. diffusamente *infra*, Parte III, Cap. VI, Par.

⁵²² MANES, *sub art. 7*, in BARTOLE - DE SENA - ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario*, cit., p. 259.

formale con cui è abituato a confrontarsi il penalista italiano. Legalità sostanziale, nell'ottica convenzionale, non significa semplice predeterminazione legislativa in ordine ai profili della pretesa sanzionatoria. È richiesta, invece, un'effettiva accessibilità e prevedibilità della sanzione penale (*accessibility and foreseeability*, nel linguaggio della Corte EDU), con conseguente divieto d'interpretazione analogica o estensiva. L'elaborazione di questi due parametri è emersa in relazione a giudizi aventi ad oggetto non la violazione dell'art. 7, bensì altri articoli della CEDU, ma in cui veniva in rilievo l'individuazione della previsione legale come presupposto necessario per la legittimità dell'interferenza nelle libertà tutelate da queste disposizioni⁵²³. Recentemente, nel noto caso *Scoppola c. Italia*⁵²⁴, la Corte EDU ha ulteriormente ampliato la portata garantista del principio di legalità sostanziale, includendovi anche il corollario della retroattività del mutamento legislativo più favorevole (cd. retroattività *in mitius*)⁵²⁵. La Corte EDU giunge a tale conclusione⁵²⁶ sulla base della considerazione che il principio della retroattività *in melius* appare ormai principio acquisito tra quelli garantiti

⁵²³ I concetti di *prevedibility* e *foreseeability* emergono, per la prima volta, nel caso *Sunday Times c. Regno Unito* del 26 aprile 1979, in cui era chiamata a in esame il rispetto della libertà di espressione (art. 10 CEDU). Nel definire il parametro della accessibilità, la Corte afferma che “il cittadino deve poter disporre di informazioni sufficienti, nella situazione concreta, sulle norme giuridiche applicabili ad un determinato caso”. Nelle pronunce successive la Corte ebbe modo di chiarire che l'accessibilità andasse valutata in base al grado di pubblicità delle norme stesse, tenendo conto anche delle caratteristiche dei destinatari. In ordine al requisito della prevedibilità, invece, la Corte di Strasburgo (sempre nella sentenza *Sunday Times c. Regno Unito*) è decisivo che la norma sia sufficientemente determinata, posto che “può considerarsi legge solo una norma enunciata con precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta” (corsi nostri). Il cittadino, insomma, deve avere la possibilità - anche mediante il ricorso a consigli chiarificatori - di poter prevedere con ragionevole approssimazione le conseguenze pratiche che una certa condotta sarà in grado di provocare. Peraltro, se si vuole operare un confronto con la legalità formale quale sancita nell'articolo 25, II comma, Cost., è importante sottolineare che i giudici di Strasburgo hanno sempre costantemente rifiutato un concetto assoluto e inderogabile della tassatività della norma penale - la quale difficilmente può verificarsi nella stesura delle norme incriminatrici - consentendo al giudice penale di poter concorrere alla definizione del precetto legale, specificando la portata del diritto positivo.

⁵²⁴ Corte EDU, sentenza 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*. Per un'applicazione recente del principio della retroattività della *lex mitior*, si v. Corte EDU, sentenza 24 aprile 2012, *Mihai Toma v. Romania*.

⁵²⁵ In generale, sul nuovo statuto della retroattività della *lex mitior*, si v. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012 (in particolare il capitolo V).

⁵²⁶ In contrasto, peraltro, con la sua giurisprudenza precedente: si v., per tutte, Corte EDU, sentenza 5 dicembre 2000, *Le Petit c. Regno Unito*.

dalle Carte internazionali e sovranazionali⁵²⁷, e dunque non può non ricevere accoglimento anche nell'ambito del sistema CEDU.

Peraltro, non si può sottacere il fatto che, nell'ottica convenzionale, i canoni della accessibilità e della prevedibilità della norma penale non devono necessariamente riferirsi al diritto scritto, ma possono riguardare anche il diritto non scritto. Detto altrimenti, nel sistema CEDU, a livello di fonti del diritto, il formante giurisprudenziale è equiparato al formante legislativo. Considerato che l'ambito convenzionale abbraccia ordinamenti giuridici anche molto diversi tra loro - alcuni dei quali vedono una prevalenza della fonte giurisprudenziale in materia penale - non poteva che realizzarsi una "fusione di orizzonti" tra universo di *civil law* e universo di *common law*⁵²⁸. Il metodo utilizzato dalla Corte di Strasburgo è, ancora una volta, evidentemente sostanzialistico e pragmatico: costituisce reato ciò che è stabilito come tale dal diritto dello Stato, non importa se di provenienza legislativa o se di matrice giurisprudenziale. L'importante è che il cittadino sia messo nelle migliori condizioni possibili per potere conoscere, preventivamente e con ragionevole probabilità, le conseguenze che gli atti da lui posti in essere saranno suscettibili di determinare. Tutto ciò al fine di garantire la maggiore calcolabilità possibile della reazione sanzionatoria alla propria condotta.

In estrema sintesi, legalità penale significa, nell'ottica CEDU, *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege certa*; non significa, necessariamente, *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege scripta*⁵²⁹.

Chiarita quale sia la portata che il principio di legalità sostanziale assume all'interno della prospettiva CEDU (in chiave maggiormente garantista per il cittadino, ci sembra), è tempo di valutare quali sia l'impatto che tale principio provoca sull'illecito penale-amministrativo così come configurato dal legislatore italiano. Infatti - rievocando il medesimo meccanismo già visto a proposito dell'applicabilità delle garanzie dell'equo processo ai procedimenti d'irrogazione delle sanzioni amministrative - la qualificazione (in base ai noti criteri *Engel*) come sanzione penale di una sanzione formalmente qualificata come

⁵²⁷ Articolo 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; articolo 49 CDFUE.

⁵²⁸ L'espressione è di MANES, *sub art. 7*, cit.

⁵²⁹ GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 1238.

amministrativa dal legislatore nazionale implica lo “scatto” delle garanzie previste dalla CEDU, ivi compresa quella della legalità-irretroattività *ex art. 7*. Se una sanzione risulta riconducibile alla *matière pénale*, dunque, ad essa vanno applicate sia le garanzie procedurali previste dall’art. 6 CEDU, che quelle sostanziali sancite dal successivo art. 7.

Questo cambio di prospettiva imposto dal sistema convenzionale, non può che provocare forti ripercussioni sulla fisionomia sostanziale dell’illecito penale-amministrativo interno⁵³⁰. Com’è noto, la legge n. 689 del 1981, nel disciplinare la parte generale dell’illecito penale-amministrativo, stabilisce (articolo 1) il principio di legalità, con i conseguenti corollari della riserva di legge, dell’irretroattività e del divieto di analogia (Parte I, Cap. II, Par. 3.2.1.). Tuttavia, la legalità penale-amministrativa (per usare un termine improprio) sancita nella legge del 1981 non ha che valore di legge ordinaria, come tale derogabile ad opera di *leges posteriores* di pari livello. A questo punto, nel ricercare un (nuovo) fondamento della potestà sanzionatoria amministrativa e della sanzione amministrativa *stricto sensu* intesa, potrebbe essere necessario riferirsi a un parametro che non è più quello dell’articolo 23 Cost. (come ha ritenuto, per lungo tempo, la giurisprudenza costituzionale e l’attuale giurisprudenza di legittimità), bensì quello (quantomeno per le sanzioni amministrative sostanzialmente penali) quello dell’articolo 7 CEDU, quale norma interposta ai sensi dell’articolo 117, I comma, Cost.

4. Conclusioni. La necessità di un nuovo “aggancio” costituzionale per la potestà sanzionatoria amministrativa alla luce della CEDU, tra esigenze di tutela e approccio sostanzialistico.

Alla luce del complessivo quadro riguardante i principi che presiedono all’applicazione delle sanzioni penali in base al sistema CEDU, è possibile tracciare alcune brevi conclusioni in merito al nuovo “volto” che il diritto amministrativo punitivo deve assumere nel nostro ordinamento.

⁵³⁰ Per gli aspetti procedurali-processuali, si v. il paragrafo precedente.

Nel capitolo precedente si è analizzato il fondamento costituzionale della potestà sanzionatoria amministrativa, indicando tale espressione l'aggancio che la disciplina della sanzione amministrativa trova nella Carta Costituzionale. Come si è avuto modo di vedere, la giurisprudenza e la dottrina assolutamente dominanti hanno, da sempre, inquadrato il fondamento dell'illecito penale-amministrativo nella blanda riserva di legge relativa prevista dall'articolo 23 Cost., sottraendo - al contempo - le sanzioni *de quibus* dalla più pregnante garanzia apprestata dall'articolo 25, II comma, Cost., ritenuta applicabile alle sole sanzioni formalmente qualificate come penali dal legislatore nazionale. Tuttavia, mai come oggi, si avverte forte la necessità di rifiutare una visione eccessivamente formalistica (che solo teoricamente è foriera di maggiori garanzie per il cittadino), per abbracciare una prospettiva che consideri - quale elemento dirimente nella qualificazione dell'illecito e della sanzione - la loro essenza sostanziale. Tale afflato pragmatico è, senza ombra di dubbio, il frutto dei *dicta* provenienti da Strasburgo, i quali impongono agli operatori del diritto interni una profonda rimediazione delle categorie giuridiche classiche, con cui questi ultimi si sono confrontati fino ad ora. E così è - *a fortiori* - per la sanzione amministrativa. Infatti, come accennato, la funzione marcatamente afflittivo-repressiva che l'illecito penale-amministrativo ha assunto nel nostro ordinamento rende non più spendibili le considerazioni - in merito alla sua natura e al suo fondamento - cui erano giunte la dottrina e la giurisprudenza nella vigenza di un diritto penale-amministrativo esclusivamente deputato alla repressione delle mere bagatelle, e reclamante - pertanto - un livello di garanzie estremamente più lieve, senza che si corresse il rischio d'incorrere in un'inopinata truffa delle etichette.

Il percorso logico-argomentativo appena esposto sembra caratterizzare la giurisprudenza della Corte Costituzionale, quantomeno negli ultimi anni. Con la sentenza n. 196 del 2010, infatti, i giudici della legge hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma della l. n. 125 del 2008, la quale consentiva l'applicazione retroattiva della confisca obbligatoria del veicolo utilizzato nei casi di guida in stato d'ebbrezza, per contrasto con l'art. 7 CEDU

quale norma interposta ex art. 117 Cost⁵³¹. La confisca *de qua* era applicabile anche alle violazioni commesse prima della sua entrata in vigore, sulla scorta della sua riconducibilità alle misure di sicurezza patrimoniale che - com'è noto - sottostanno al principio *tempus regit actum* (art. 200 c.p.). La Consulta sembra qui riprendere l'argomento espresso in una risalente - e, peraltro, isolata - sentenza⁵³², secondo cui il principio di legalità della pena di cui all'articolo 25, II comma, Cost., è riferibile anche alle sanzioni amministrative aventi contenuto afflittivo, perché è la legge che deve configurare i fatti da punire (e dunque, anche le sanzioni amministrative punitive). Come si è visto nel capitolo precedente, tale pronuncia è stata contraddetta dalla giurisprudenza costituzionale che ha avuto modo di indagare i referenti costituzionali della sanzione amministrativa punitiva. Tuttavia, nella sentenza del 2010, la Corte Costituzionale pare accogliere in pieno le sollecitazioni provenienti da Strasburgo⁵³³, giungendo ad una piena assimilazione - sotto il profilo delle garanzie costituzionali - delle sanzioni amministrative punitive con le sanzioni penali: entrambe, infatti, trovano aggancio nell'articolo 25, II comma, Cost., "il quale ... può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile ... a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato". Dopo anni di oblio, anche la Corte costituzionale italiana ha quindi adottato l'impostazione sostanzialistica propria della Corte EDU, riconoscendo - in relazione alle sanzioni

⁵³¹ Corte Cost., sentenza 4 giugno 2010, n. 196, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2323 ss., con nota di TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di 'sanzione'*; in *Cass. pen.*, 2011, pp. 534 ss., con nota di MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*; in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1211 ss., con nota di BIANCHI, *La cd. "successione impropria": una questione di garanzia*. La Corte, nel valutare la legittimità dell'applicazione retroattiva della misura in esame, passa in rassegna diverse decisioni della Corte EDU in materia di confisca: dal caso *Welch c. Regno Unito* (vero *leading case* in materia), passando per la sentenza *Phillips c. Regno Unito*, per giungere al recente *Grayson e Barnham c. Regno Unito*. Tutte sentenze - le ultime - aventi ad oggetto la legislazione inglese in materia di confisca dei proventi derivanti dal traffico di stupefacenti, in relazione alla quale la Corte di Strasburgo ha statuito che la confisca prevista dal legislatore inglese dovesse considerarsi una pena ai sensi della CEDU, con l'applicazione delle garanzie previste (anche) dall'art. 7 CEDU.

⁵³² Corte Cost., sentenza 3 luglio 1967, n. 78, in *Giur. cost.*, 1967, pp. 933 ss.

⁵³³ Si legge nella sent. 196/2010: "Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli articoli 6 e 7 della CEDU, si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto".

amministrative dotate di contenuto afflittivo-repressivo - l'inderogabilità dell'applicazione dei principi di legalità sostanziale, di colpevolezza e di irretroattività⁵³⁴ La dottrina che ha commentato la sentenza n. 196 del 2010 della Corte Costituzionale⁵³⁵ ha sottolineato come le sanzioni amministrative pecuniarie (così come configurate dalla legge n. 689 del 1981) fossero certamente riconducibili al concetto di sanzione penale elaborato dalla CEDU e dal suo giudice: per questo tipo di sanzioni amministrative (cui è stato principalmente dedicato il presente lavoro) *nulla quaestio*, nel senso che sono molto più vicine al diritto penale che al diritto amministrativo. I problemi nascono se si considerano, invece, le molteplici sanzioni amministrative differenti da quelle modellate nella legge n. 689 del 1981, ovverosia alle misure di tipo interdittivo: si pensi, ad esempio, alle sanzioni interdittive, previste dalla legislazione in materia di contratti e appalti pubblici, per coloro che si siano resi responsabili di comportamenti penalmente rilevanti; oppure alle sanzioni interdittive consistenti nella perdita di un beneficio, di una carica o della possibilità di esercitare una professione. Ebbene, è proprio rispetto a queste sanzioni - diverse da quelle amministrative pecuniarie ma egualmente (spesso, anzi, più gravosamente) incidenti sui diritti del singolo - che dovrà svilupparsi la riflessione futura, nella prospettiva auspicabile di giungere alla definizione di una nozione finalmente unitaria di sanzione.

⁵³⁴ BIANCHI, *La cd. "successione impropria"*, cit., p. 1211. Anche la giurisprudenza amministrativa sembra porsi sul medesimo piano di quella costituzionale: a tal proposito, si v. TAR Lazio, sez. III-ter, 21 gennaio 2013, *Mmp Power srl c. G.S.E.*, con nota di GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 1238, che ha dichiarato l'impossibilità di procedere all'applicazione retroattiva di una sanzione amministrativa interdittiva (nella specie, l'esclusione della concessione di alcuni incentivi per la produzione di energie rinnovabili per un periodo di dieci anni, ex art. 43 d.l. n. 28 del 2011. Nell'occasione, i giudici laziali hanno osservato che "le sanzioni amministrative, siano esse meramente pecuniarie, ovvero siano dotate di un carattere afflittivo che prescindono dall'effetto ripristinatorio della situazione compromessa dalla violazione e/o dalla eventuale riparazione dell'interesse leso, hanno come scopo primario quello di punire il contravventore, nel presupposto che non ripeta più la condotta anti-giuridica". Ciò comporta che esse siano assoggettate alle regole comuni che governano le sanzioni penali, a cominciare dal divieto di retroattività di cui all'art. 25 Cost."; e ciò anche se, nell'ipotesi, non sussista la previsione legislativa espressa del principio d'irretroattività. Il Consiglio di Stato, nel pronunciarsi in sede di gravame sulla sentenza *de qua* (Cons. St., sez. VI, ord. 9 luglio 2014 n. 3498), ha mandato gli atti alla Corte costituzionale affinché si pronunci sulla legittimità costituzionale (in relazione all'art. 7 CEDU per il tramite dell'art. 117 Cost.) dell'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa in oggetto.

⁵³⁵ TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 2326.

Tuttavia, l'atteggiamento innovativo registratosi nelle giurisprudenze costituzionale e amministrativa, non ha ancora fatto "breccia" nel cuore degli orientamenti della Corte di Cassazione, la quale continua - tuttora - ad affermare che "in tema di sanzioni amministrative, la l. n. 689 del 1981, art. 1, non contiene - a differenza di quanto avviene per gli illeciti penali, per i quali opera il principio di stretta legalità di cui all'art. 25, II comma, Cost. - una riserva di legge tale da escludere la possibilità di integrare il precetto sanzionatorio, avente base nella legge, mediante norme regolamentari delegate, confacenti al particolare ambito tecnico-specialistico cui si riferiscono"⁵³⁶. Inoltre - e più significativamente - la Suprema Corte afferma che l'intero principio di legalità sostanziale così come configurato per l'illecito penale (con i suoi connessi corollari: riserva di legge, irretroattività, tassatività, determinatezza, e - in ottica CEDU - retroattività *in mitius*) non è *in toto* trasferibile alla disciplina della sanzione amministrativa. Pur sancito nell'articolo 1 della legge n. 689 del 1981, il principio di legalità sostanziale previsto per il sistema del diritto sanzionatorio amministrativo sarebbe derogabile in presenza di disposizioni successive, dotate di pari forza e di pari grado, essendo le sanzioni amministrative riconducibili non agli articoli 25 e 27, bensì agli articoli 23 e 97 della Costituzione⁵³⁷. Ciò argomenta richiamando precedenti - invero alquanto datati - della Consulta⁵³⁸.

La ragione di tale atteggiamento di chiusura della Cassazione nei confronti delle istanze convenzionali è comprensibile solo se si guarda alla motivazione dei provvedimenti con cui si conferisce valore attenuato al concetto di legalità sostanziale nell'ambito del diritto amministrativo punitivo. Infatti, bisogna tenere presente che un elevato livello di garanzie potrebbe compromettere la tenuta generale del sistema, se riguardato nell'ottica dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, al cui presidio sono poste le sanzioni - pecuniarie e interdittive - previste dal legislatore. Se è vero che la sanzione amministrativa persegue diverse e variegate esigenze di cura dell'interesse pubblico (ci si

⁵³⁶ Cass., sez. II, 21 febbraio 2013, n. 4342.

⁵³⁷ Cass., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5743 (in relazione al principio di determinatezza); Cass., sez. II, 7 agosto 2012, n. 14210 (in relazione alla tassatività). Si v., altresì, la sentenza n. 115 del 2011 della Corte costituzionale (in tema di potere dei sindaci nell'emanazione delle cd. ordinanze sindacali), in cui la Corte individua il fondamento della sanzione amministrativa nel principio di legalità *ex art. 23 Cost.*

⁵³⁸ Corte cost., sentenze nn. 447 del 1988, 250 del 1992 e 245 del 2003.

riferisce, in special modo, alle sanzioni interdittive), è pur vero - come si è visto nei paragrafi precedenti - che non è necessario, ai fini della qualificazione come sanzione penale nell'ottica CEDU, la presenza di soli caratteri afflittivo-punitivi, ben potendo questi ultimi coesistere insieme a finalità ripristinatorie dell'interesse pubblico leso. E se, dunque, sanzioni anche marcatamente afflittive possono perseguire obiettivi di cura dell'interesse pubblico è necessario che il legislatore - nel servirsi di queste ultime - assicuri la pienezza delle garanzie sostanziali e processuali, stante la forte incidenza di tali sanzioni sullo *status* del soggetto destinatario.

In definitiva, seguendo l'insegnamento della CEDU e della Corte di Strasburgo, è evidente la prevalenza da assegnare alle garanzie per il cittadino sull'efficacia e sul buon andamento dell'azione amministrativa.

La scelta in ordine all'adozione della sanzione amministrativa - anziché di quella penale - dovrebbe essere tendenzialmente corredata delle medesime garanzie previste per l'applicazione della sanzione formalmente penale; ancor più nei casi - oggi sempre più frequenti - in cui il legislatore usa nascondere, sotto le sembianze di sanzioni amministrative, misure di carattere afflittivo aventi la natura di vere e proprie sanzioni penali. Compito dell'interprete è, allora, quello di ricercare tali sanzioni "nascoste", per riportarle all'interno del rassicurante recinto delimitato dalla ghiera delle garanzie penalistiche.

Il problema della truffa delle etichette si aggrava, inoltre, quando il legislatore nazionale non solo pretende di qualificare come amministrativa una sanzione rientrante - in realtà - nella materia penale, ma si spinge addirittura a "clonare" la tutela, prevedendo che il medesimo fatto concreto possa essere punito come reato e come illecito amministrativo. All'analisi di un "caso esemplare" sarà dedicato il successivo e ultimo capitolo.

CAPITOLO VI

LA VIOLAZIONE “SISTEMICA” DEL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* CONVENZIONALE A OPERA DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA IN MATERIA DI *MARKET ABUSE*: LA SENTENZA DELLA CORTE EDU *GRANDE STEVENS C. ITALIA*

1. Premessa. I termini del dibattito attuale.

Come abbiamo cercato di chiarire nel capitolo precedente, il dibattito sulle sanzioni amministrative si caratterizza, attualmente, per la ricerca di criteri che consentano di giungere a una loro concreta distinzione dalla sanzione penale, al fine di individuare le garanzie necessariamente connesse all'applicazione di queste ultime; garanzie che verrebbero facilmente eluse, qualora si ricomprendessero all'interno del *genus* delle sanzioni amministrative anche risposte sanzionatorie che non siano dotate dei caratteri tipici delle sanzioni amministrative.

Abbiamo anche notato che la problematica di tale differenziazione concettuale sta calamitando l'attenzione della dottrina e, ancor di più, della giurisprudenza italiana, convenzionale ed eurounitaria. L'intervento delle Corti supreme esterne al sistema giuridico nazionale si è reso necessario (in verità già a partire dagli anni Settanta, ma con pronunce assai sporadiche ed isolate⁵³⁹) in virtù di un sempre maggior ricorso del legislatore interno allo strumento sanzionatorio amministrativo, utilizzato - come si è avuto modo di evidenziare - sia in chiave deflattiva (con illeciti amministrativi in origine formalmente penali) sia, soprattutto, in via autonoma (ovverosia con illeciti amministrativi creati *ex novo* dal legislatore nazionale). La previsione di sanzioni amministrative dal contenuto

⁵³⁹ Cfr. Corte EDU, sent. *Engel et al. c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976; sent. *Ozturk c. Turchia*, 21 febbraio 1984. A partire da queste due sentenze, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di migliorare ed approfondire i criteri elaborati per decidere della natura effettiva di una sanzione, chiarendone ulteriormente la portata.

fortemente afflittivo è stata alla base dell'intervento dei giudici di Strasburgo e di Lussemburgo, i quali hanno ricondotto nell'alveo delle garanzie penalistiche diverse misure sanzionatorie, formalmente qualificate amministrative nel *corpus* normativo interno, ma dense di contenuto repressivo, dunque sostanzialmente equiparabili alle sanzioni penali.

I supremi tribunali poc'anzi citati non si sono limitati alla dichiarazione d'incompatibilità tra il diritto interno e quello sovranazionale - convenzionale (incompatibilità i cui effetti variano a seconda che la norma violata appartenga all'uno o all'altro dei sistemi normativi), bensì hanno enucleato una serie di criteri utilizzabili dall'interprete, nel momento in cui questi si ritrovi a dover valutare la vera natura di una sanzione, inserendola nel campo amministrativo o in quello penale (al cui interno, per il reo, si trovano ben più numerose e rassicuranti garanzie).

Tali arresti giurisprudenziali offrono la possibilità di riflettere su un ripensamento complessivo di fondamentali categorie giuridiche appartenenti al nostro ordinamento, a seguito degli impulsi provenienti dalle Corti europee, con le cui pronunce la giurisprudenza interna è obbligata a confrontarsi (e a conformarsi) in quanto - come è noto - le suddette statuizioni entrano a far parte del diritto interno.

In estrema sintesi, sembra che il dibattito si stia concentrando su una duplice direttrice: da un lato, l'analisi dei profili caratterizzanti le diverse tipologie di sanzioni amministrative, delle loro finalità, delle garanzie inscindibilmente connesse e della distinzione con le reazioni sanzionatorie di carattere penale; dall'altro, la verifica della compatibilità dell'ordinamento interno con il complessivo sistema di tutela dei diritti elaborato nelle sedi sovranazionali e convenzionali, alimentato dai continui interventi delle rispettive Corti, veri "cuori pulsanti" della nuova stagione dei diritti⁵⁴⁰.

Ci soffermeremo, nel presente capitolo, su uno dei possibili problemi creati dal confronto tra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale, avendo specifico riguardo a una vicenda processuale che si è rivelata emblematica.

⁵⁴⁰ Anche nella dottrina amministrativista il tema *de quo* sta suscitando un rinnovato interesse: si veda P. CERBO, nota a Cons. Stato, sez. VI, n. 3496/2014, in *Giur. Cost.*, 3/2014, p. 3505.

Una volta accertata la natura sostanzialmente penale di alcune tipologie di sanzioni, è necessario prevenire l'eventualità che il medesimo soggetto venga sanzionato due volte per lo stesso fatto concreto (*idem factum*, per utilizzare il linguaggio della Corte EDU⁵⁴¹). Altra questione (che esula dalle finalità della presente indagine), concerne le modalità di applicazione della sanzione (qualificata come) penale: ci si chiede, cioè, se l'accertamento dell'illecito possa essere contenuto in una sentenza non di condanna (es.: sentenza che dichiara la prescrizione del reato), oppure se l'irrogazione della pena postuli necessariamente l'esistenza di una formale sentenza di condanna⁵⁴².

Problematiche, le ultime, che catturano l'interesse del giurista di oggi, e che coinvolgeranno le attenzioni del penalista del futuro: volgendo lo sguardo al passato, difatti, non si può che registrare il disinteresse della dottrina verso il sistema dell'illecito amministrativo autonomamente considerato; quest'ultimo, infatti, è stato oggetto di studio (da parte della dottrina quasi esclusivamente penalistica) dal punto di vista dell'illecito risultante dalla depenalizzazione dei reati cd. "bagatellari" (depenalizzazione funzionale ad un alleggerimento del carico degli uffici giudiziari, al fine di garantirne una maggiore efficienza); non nella prospettiva, oggi estremamente rilevante, dell'illecito amministrativo come illecito funzionalmente autonomo rispetto all'illecito penale, e a quest'ultimo spesso affiancato.

⁵⁴¹ Per il concetto di *idem factum* si vedano, nella giurisprudenza della Corte EDU, le sentenze 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine v. Russia*; 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*.

⁵⁴² Ci si riferisce al tema, particolarmente attuale nella dottrina penalistica, della cd. confisca senza condanna, ovverosia della necessità - ai fini dell'applicazione della confisca urbanistica prevista dall'articolo 44 del D.P.R. n. 380 del 2001 - di una formale sentenza di condanna, non essendo sufficiente l'accertamento in ordine alla responsabilità penale contenuto nella sentenza che dichiara estinto il reato per prescrizione. Sul tema, la Corte EDU si è pronunciata con le sentenze 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, e 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*. La Corte Costituzionale ha affrontato il delicato tema con la sentenza 26 marzo 2015, n. 49, commentata da VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015; MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione d'innocenza*, *ibidem*, 13 aprile 2015; BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, *ibidem*, 30 marzo 2015.

1.1. Il problema del “doppio binario” sanzionatorio e la violazione del *ne bis in idem*.

Nelle ipotesi in cui il legislatore, disciplinando un settore dell'ordinamento, strutturi la risposta sanzionatoria mediante il concorso di fattispecie penali e fattispecie amministrative, il concorso andrà risolto - come si è visto - alla stregua del principio di specialità, inteso (dalla giurisprudenza di legittimità nazionale) come raffronto logico - strutturale tra fattispecie astratte.

Nei casi in cui un medesimo fatto sia astrattamente riconducibile a due diverse disposizioni normative, aventi una natura penale e una natura amministrativa, un possibile argine all'operare del cumulo sanzionatorio è già previsto, a livello di legislazione ordinaria, dall'articolo 9, I comma, della legge n. 689/1981, che disciplina il concorso tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, risolvendolo mediante l'applicazione del principio di specialità⁵⁴³. Dunque il legislatore prevede, già *ex ante*, un criterio di scelta della sanzione da applicare (individuata nella sanzione prevista dalla norma speciale) nelle ipotesi in cui lo stesso fatto risulti punito da una disposizione penale e da una disposizione amministrativa. La particolarità di tale previsione legislativa è che essa, a differenza dell'omologo articolo del codice penale⁵⁴⁴, non tollera eccezioni: non sono utilizzabili, nella risoluzione del concorso apparente tra norme penali e norme amministrative, criteri diversi dal rapporto di specialità (quali ad esempio il principio della sussidiarietà o quello dell'assorbimento).

Il vero problema sorge, tuttavia, qualora il legislatore decida di utilizzare l'illecito amministrativo non come sistema sanzionatorio autonomo rispetto all'illecito penale (e a quest'ultimo alternativo), bensì in aggiunta a quest'ultimo. Si tratta dei casi in cui il legislatore inserisce delle clausole derogatorie espresse

⁵⁴³ L'art. 9, I comma, della legge n. 689 del 1981, recita così: “Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale”.

⁵⁴⁴ Articolo 15 c.p.: “Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito”.

che limitano l'operare del principio di specialità: si pensi al caso paradigmatico degli abusi di mercato⁵⁴⁵.

Se, in tali casi, le sanzioni amministrative previste non raggiungessero livelli di afflittività tali da mutare il giudizio nei loro confronti, *nulla quaestio*. Le ipotesi in cui la legge imponesse espressamente la coesistenza delle due sanzioni contrasterebbero soltanto con una norma di rango ordinario; e perciò, se successive alla legge n. 689 del 1981, prevarrebbero in virtù del criterio cronologico di risoluzione delle antinomie. Se la sanzione amministrativa sia tale non solo formalmente, ma anche sostanzialmente, infatti, pur insistendo su un medesimo soggetto, per il medesimo fatto, una pluralità di sanzioni tra loro diverse, non si ravviserebbero gli estremi della violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

I problemi sorgono, in realtà, quando la sanzione amministrativa si riveli tale solo dal punto di vista formale, ma non anche da quello sostanziale: in queste ipotesi, è evidente la frizione dell'ordinamento interno con i principi convenzionali, collegati alla valenza sostanzialistica della nozione di *matière pénale* che di esse segna il perimetro; nozione capace di inglobare - nella lettura dei giudici di Strasburgo - un ampio pacchetto d'illeciti e sanzioni etichettate come amministrative dal diritto nazionale. Tra le garanzie violate spicca il diritto a non essere giudicati o condannati due volte per lo stesso fatto (articolo 4,

⁵⁴⁵ Per quanto concerne i reati in materia di *market abuse*, l'operatività del principio di specialità ex art. 9 l. 689/1981 sarebbe preclusa dall'inciso iniziale dell'art. 187-ter del D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 ("Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato"), il quale imporrebbe l'applicazione congiunta delle due sanzioni. Tuttavia, si segnala la pronuncia resa da Cass., Sez. VI, 16 marzo - 3 maggio 2006, n. 15199, CED 234508, con cui (in riferimento alle medesime fattispecie oggetto della successiva sentenza *Grande Stevens c. Italia*) la Suprema Corte ha concluso per la sola applicazione, al caso di specie, della fattispecie penale di cui all'art. 187-bis, ritenuta *speciale* rispetto al corrispondente illecito amministrativo previsto dall'art. 187-ter (in applicazione del principio di specialità). In giurisprudenza, per l'affermazione secondo cui la clausola posta in apertura dell'art. 187-ter deroghi espressamente al principio di specialità ex articolo 9 l. 689/1981, si v. Trib. Milano, 23 novembre 2006, in *Foro ambr.*, 2006, 4, p. 483, e giurisprudenza ivi citata. Sempre in tema d'intermediazione finanziaria si segnala la previsione dell'art. 187-terdecies ("Esecuzione delle pene pecuniarie e delle sanzioni pecuniarie nel processo penale"), che sembrerebbe derogare alla soluzione del cumulo sanzionatorio; la previsione in oggetto recita infatti: "Quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-septies, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente dal reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa". In tal caso, non si applica né il principio di specialità, né il meccanismo del cumulo sanzionatorio, ma un particolare sistema di quantificazione della somma esigibile (scomputo, dalla sanzione pecuniaria penale, della sanzione pecuniaria amministrativa già irrogata).

Protocollo n. 7 CEDU), oltre all'imprescindibilità delle garanzie dell'equo processo (articolo 6, par.1, CEDU). In queste ipotesi il contrasto tra normativa interna e *dicta* convenzionali emerge a causa della coesistenza di due sanzioni sostanzialmente penali, e non è risolvibile proprio perché il meccanismo del doppio binario risulta ineludibile, a causa della presenza di clausole che limitano espressamente l'operare del principio di specialità, a favore di un'indiscriminata duplicazione sanzionatoria, la quale potrà essere evitata con gli strumenti di cui in seguito si dirà⁵⁴⁶.

Detto altrimenti, la previsione espressa del cumulo sanzione penale-sanzione sostanzialmente amministrativa non pare presentare profili di contrasto né con norme costituzionali, né con norme europee (convenzionali e/o sovranazionali), bensì soltanto con la disciplina del concorso apparente di norme contenuta nella legge n. 689 del 1981: tale ultima norma, a differenza dell'articolo 15 c.p., non consente deroghe all'operare del principio di specialità per risolvere i casi di conflitto apparente di norme penali e amministrative.

Il discorso muta radicalmente, però, se si guarda ai numerosi casi di “doppio binario” sanzionatorio presenti nel nostro ordinamento: le sanzioni amministrative ivi previste, infatti, vanno qualificate (seguendo le indicazioni provenienti dalle Corti sovranazionali) alla stregua di sanzioni sostanzialmente penali. Ecco che qui l'applicazione cumulativa obbligatoria di due sanzioni (da qualificarsi come) penali, nei confronti del medesimo soggetto, per il medesimo fatto, contrasta inevitabilmente con i precetti normativi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e nella Carta di Nizza (e interpretati dalle rispettive Corti), primo fra tutti il diritto a non essere giudicati due volte per il medesimo fatto (art. 4 Protocollo n. 7 CEDU e art. 50 CDFUE).

⁵⁴⁶ Secondo V. NAPOLITANO, *Illecito penale e illecito amministrativo: c'è ancora spazio per il doppio binario sanzionatorio?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 280, anche nelle ipotesi in cui il legislatore “implicitamente” (e cioè in mancanza di una deroga espressa al principio di specialità) opti per il cumulo di sanzioni, il principio di specialità non deve trovare applicazione. Ora, a parte la difficoltà di comprendere quando il legislatore scelga in via implicita la soluzione del cumulo sanzionatorio, così ragionando si assisterebbe a un'abrogazione implicita del principio di specialità, trovando sempre applicazione la disciplina del doppio binario sanzionatorio nell'ipotesi di pluralità di sanzioni per il medesimo fatto.

Ma v'è di più: oltre alle scelte legislative che, nella disciplina di alcuni settori dell'ordinamento penale (si pensi al caso paradigmatico dei delitti in materia di *market abuse*) paiono andare nella direzione di un cumulo esplicito di sanzioni penali e di sanzioni - solo nominalmente - amministrative, si segnala la pressoché costante giurisprudenza della Corte di Cassazione la quale, pur in mancanza di un espresso referente normativo a favore del cumulo sanzionatorio, ha in alcuni casi escluso l'applicazione del principio di specialità, aprendo così la strada alla duplicazione di sanzioni per la medesima condotta tenuta dal soggetto agente⁵⁴⁷. Orientamento, quest'ultimo, che si pone in evidente continuità con le scelte operate a livello legislativo, finalizzate esclusivamente ad approntare una risposta sanzionatoria dotata di elevato contenuto afflittivo, in quei settori in cui è fortemente avvertita l'esigenza di offrire tutela giuridica alle frequenti - ed altamente dannose - condotte aggressive di determinati beni giuridici.

In definitiva, la sussistenza d'ipotesi di "doppio binario" sanzionatorio è attualmente oggetto di analisi da parte della giurisprudenza delle Corti europee, in primo luogo di quella della Corte EDU, per i casi in cui la sanzione formalmente amministrativa risulti avere natura penale. Dal canto suo la giurisprudenza nazionale, di merito e di legittimità, sembra essersi disinteressata a lungo del tema in oggetto, non ravvisando ipotesi di contrasto delle ipotesi di "doppio binario" sanzionatorio con i principi costituzionali⁵⁴⁸. La presa d'atto della sussistenza di tale contrasto, attualmente, non è più rinviabile, atteso l'impatto da riconoscere alle pronunce rese dai massimi organi giurisdizionali europei sul tema in oggetto.

⁵⁴⁷ Il riferimento è a Cass., Sez. III, 8 aprile - 15 maggio 2014, n. 20266, che ha confermato l'orientamento espresso da Cass., Sez. Un., 28 marzo - 12 settembre 2013, n. 37425, Favellato, con nota di VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e per l'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10-bis e 10-ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 settembre 2013: in queste pronunce i giudici della Suprema Corte hanno escluso che tra i reati di omesso versamento di ritenute certificate o omesso versamento di IVA (artt. 10-bis e 10-ter D.Lgs. 74/2000) e gli illeciti amministrativi di omesso versamento periodico delle ritenute o dell'IVA (art. 13 D.Lgs. 471/1997) sussista un rapporto di specialità, trattandosi piuttosto di progressione criminosa, per la quale si rendono applicabili, in capo al trasgressore, entrambe le sanzioni (penale ed amministrativa).

⁵⁴⁸ E, di conseguenza, non ritenendo necessario sollevare questione di legittimità costituzionale delle norme legittimanti il "doppio binario" penale - amministrativo. La tendenza, come si vedrà, è stata invertita a seguito del prepotente "ingresso in campo" della giurisprudenza convenzionale.

2. Il nuovo sistema delle fonti del diritto.

2.1. L'impatto delle fonti "europee" sull'ordinamento giuridico nazionale.

La nuova gerarchia delle fonti del diritto interne risente, in maniera evidente, degli effetti dirompenti provocati dallo sviluppo degli ordinamenti giuridici emersi a livello europeo; con ciò intendendosi sia il complesso di norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (così come interpretate dal suo giudice, ossia la Corte EDU), sia il sistema normativo facente capo all'Unione Europea, che include sia il diritto cd. primario (TUE e TFUE) che il diritto cd. derivato (Regolamenti, Direttive, Decisioni, Raccomandazioni, Pareri), alla luce dell'interpretazione complessiva fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵⁴⁹.

2.1.1. Le fonti eurounitarie.

Muovendo dall'analisi dell'impatto delle norme del diritto UE sulla legislazione nazionale, è necessario distinguere a seconda che si tratti di norme aventi effetto diretto nell'ordinamento dei singoli Stati membri o meno.

Le norme del primo tipo (Trattati istitutivi e Regolamenti) s'innestano automaticamente nel sistema delle fonti del diritto degli Stati membri dell'Unione e, secondo giurisprudenza consolidata della CGUE⁵⁵⁰ (si v. il paragrafo precedente), impongono al singolo giudice nazionale la disapplicazione di qualunque altra norma di legge ordinaria statale con esse contrastante, senza investire della questione il supremo organo costituzionale dello Stato. Anche la Corte Costituzionale italiana, nel corso del suo "cammino comunitario", ha avuto modo di fare propri i principi giurisprudenziali espressi in sede comunitaria: nella sentenza *Granital* del 1984⁵⁵¹ si afferma che un'eventuale questione di legittimità

⁵⁴⁹ In argomento VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto penale europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2014, pp. 168 ss.

⁵⁵⁰ Per tutte, si v. CGCE, sent. 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*.

⁵⁵¹ Corte Cost., n. 170 del 1984.

costituzionale di una norma interna contrastante con una norma comunitaria dotata di effetto debba considerarsi inammissibile, in quanto è demandato al singolo giudice il compito di disapplicare la norma nazionale⁵⁵². Il controllo di conformità delle leggi nazionali al diritto eurounitario è affidato, in virtù della prevalenza del diritto eurounitario direttamente applicabile sul diritto nazionale⁵⁵³, ai singoli giudici: si tratta di un controllo di tipo diffuso.

Viceversa, alle fonti del diritto dell'Unione non dotate di effetto diretto (tra cui spiccano le Direttive e le Decisioni-Quadro) non possono applicarsi i principi espressi nelle sentenze *Simmenthal* e *Granital*, con conseguente impossibilità di prevalenza automatica sulle disposizioni interne contrastanti. Più di recente la Corte Costituzionale⁵⁵⁴ - in un caso avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale di una norma del T.U. in materia ambientale che non assoggettava a sanzione penale una determinata categoria di rifiuti, i quali avrebbero dovuto essere penalmente sanzionati in base alla Direttiva 2006/12/CE - ha stabilito che "l'efficacia diretta di una direttiva è ammessa – secondo la giurisprudenza comunitaria e italiana – solo se dalla stessa derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente. Gli effetti diretti devono invece ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale"⁵⁵⁵. Prosegue la Corte affermando che "l'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Cost.". Dunque la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma interna per contrasto con gli articoli 11 (in relazione alla limitazione di sovranità

⁵⁵² Norma che, dunque, continua ad esistere nell'ordinamento in quanto non abrogata né dichiarata illegittima, ma che non potrà essere applicata nei casi disciplinati dalla norma comunitaria.

⁵⁵³ La successiva giurisprudenza costituzionale ha chiarito che tale principio si applica anche alle statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia dell'UE (sentenza n. 113 del 1985), dalle sentenze d'inadempimento e dalle norme dei Trattati comunitari alle quali deve riconoscersi efficacia diretta (sentenza n. 389 del 1989) e, infine, dalle direttive aventi effetti diretti (sentenza n. 64 del 1990)

⁵⁵⁴ Corte Cost., sentenza n. 28 del 2010.

⁵⁵⁵ Corte di giustizia, ordinanza 24 ottobre 2002, in causa C-233/01, RAS; sentenza 29 aprile 2004, in causa C-102/02, *Beuttenmüller*; sentenza 3 maggio 2005, in cause C-387, 391, 403/02, *Berlusconi e altri*.

dell'ordinamento interno) e 117 Cost. (in relazione ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario), assimila le fonti comunitarie non dotate di effetto diretto alle fonti del diritto internazionale pattizio, relativamente alla loro idoneità a provocare l'illegittimità costituzionale della norma interna con esse contrastante⁵⁵⁶. Il controllo di conformità delle norme interne è, in questo caso, affidato esclusivamente alla Corte Costituzionale: si è in presenza di un sindacato di tipo accentrato.

2.1.2. Le fonti convenzionali.

Quanto affermato poc'anzi vale per le norme del diritto dell'Unione Europea. Cosa accade, invece, nel caso delle norme appartenenti al sistema CEDU ? Queste norme, al pari delle disposizioni contenute negli altri trattati internazionali, non hanno effetto diretto nell'ambito del sistema delle fonti interno. Il problema è stato risolto dalla Corte Costituzionale nelle cd. sentenze gemelle⁵⁵⁷, le quali hanno marcato nettamente la differenza esistente tra norme comunitarie dotate di effetto diretto e norme della CEDU o degli altri trattati internazionali: la risoluzione dell'antinomia norma nazionale-norma CEDU spetta esclusivamente alla Corte Costituzionale, che deve essere interpellata dal giudice ordinario affinché dichiari l'illegittimità della norma interna, per violazione dell'art. 117, I comma, della Costituzione⁵⁵⁸. L'ingresso delle norme CEDU nell'ordinamento nazionale non avviene infatti (come per il diritto comunitario) in virtù della limitazione di sovranità *ex* articolo 11 Cost., bensì sulla base degli obblighi internazionali liberamente assunti dall'Italia, i quali vincolano - ai sensi dell'articolo 117, I comma, Cost., la produzione normativa futura del legislatore statale e regionale. Di conseguenza, una norma interna di rango ordinario contrastante con una norma CEDU (così come interpretata, quest'ultima, dalla

⁵⁵⁶ VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Diritto penale e processo. Speciale Europa*, 2011, p. 16.

⁵⁵⁷ Sent. n. 348 e 349 del 2007.

⁵⁵⁸ Afferma la sentenza n. 348: "le norme della CEDU sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto".

Corte EDU) dovrà essere espunta dall'ordinamento per il tramite di una pronuncia della Corte Costituzionale, essendo inibito al singolo giudice il potere di disapplicare la norma interna contrastante. Il giudice, però, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale, dovrà tentare la strada dell'interpretazione convenzionalmente conforme. Le norme della CEDU (e degli altri trattati internazionali) assumono, in definitiva, la qualifica di norme interposte tra la Costituzione e le leggi ordinarie.

È importante precisare che, secondo la Consulta, le norme della CEDU non sono immuni da un controllo di costituzionalità il quale - a differenza di quanto accade per il diritto dell'Unione Europea - non è limitato alla verifica della compatibilità con i soli principi fondamentali dell'ordinamento giuridico interno, ma deve "estendersi a ogni profilo di contrasto tra le norme interposte e quelle costituzionali"⁵⁵⁹. Il controllo della Corte Costituzionale sulla compatibilità della norma CEDU con le norme della Carta Costituzionale può sfociare - nel caso di accertato contrasto tra la norma convenzionale e le disposizioni costituzionali - nella dichiarazione di non fondatezza della questione di legittimità costituzionale sottoposta alla sua attenzione, con conseguente "disapplicazione" della norma convenzionale e disconoscimento del suo effetto tipico di determinare l'incostituzionalità delle norme nazionali con essa contrastanti⁵⁶⁰. Il contrasto tra la CEDU e una disposizione costituzionale potrebbe, altresì, condurre alla dichiarazione d'illegittimità della legge di ratifica della CEDU⁵⁶¹ *in parte qua*, ovvero sia limitatamente all'introduzione - nell'ordinamento interno - della disposizione CEDU censurata, così come interpretata dalla Corte EDU⁵⁶².

⁵⁵⁹ Corte Cost., sent. n. 348 del 2007, par. 4.7.

⁵⁶⁰ Si veda, a tal proposito, la sentenza della Corte Costituzionale n. 264 del 2012. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenza nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra guerra e dialogo*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2014, p. 13.

⁵⁶¹ Legge 4 agosto 1955, n. 848.

⁵⁶² Illuminanti, a tale proposito, le statuizioni della Corte Costituzionale nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007: "[n]ell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano" (sent. n. 348 del 2007, par. 4.7). Ciò allo scopo di impedire che l'ordinamento costituzionale venisse a essere surrettiziamente "modificato da fonti esterne", in assenza di un'esplicita accettazione di "limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione" e realizzare così "un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto

3. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sul doppio binario sanzionatorio previsto dall’ordinamento italiano.

Ciò premesso quanto all’impatto che le fonti del diritto europeo provocano sull’ordinamento giuridico nazionale e prima di valutare la compatibilità della disciplina interna in materia di cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (cd. doppio binario sanzionatorio) con le norme della CEDU e con quelle del diritto eurounitario, è opportuno soffermarsi sulla giurisprudenza della Corte EDU, a seguito delle recenti e numerose pronunce che hanno evidenziato la violazione sistemica - da parte di alcuni settori del sistema sanzionatorio amministrativo italiano - di una serie di principi del sistema CEDU, tra cui spicca quello previsto dall’articolo 4, Prot. n. 7 (principio del *ne bis in idem*). Si comprenderà, in tal modo, meglio quale sia - oggi - la “posta in gioco”.

3.1. Il settore degli abusi di mercato: la sentenza della Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

3.1.1. La vicenda processuale.

Il 4 marzo 2014 la Seconda Sezione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha pronunciato la sentenza nella causa *Grande Stevens e altri c. Italia*, rilevando la violazione, da parte del sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato, del diritto a un equo processo (articolo 6.1 CEDU) e del diritto a non essere giudicati due volte per il medesimo fatto (articolo 4, Protocollo n. 7 CEDU)⁵⁶³.

La vicenda portata all’attenzione dei giudici di Strasburgo ha origine il 26 agosto del 2002, data della stipula da parte di Fiat S.p.a. di un prestito “convertendo” con alcune banche: il contratto prevedeva che, se entro il 20

dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un vulnus alla Costituzione stessa” (sent. n. 349 del 2007, par. 6.2).

⁵⁶³ La sentenza *Grande Stevens* è divenuta definitiva il 7 luglio 2014, a seguito del rigetto della richiesta di rinvio alla *Grande Chambre* effettuata dal Governo italiano.

settembre 2005 Fiat S.p.a. non avesse provveduto alla restituzione del prestito, le banche si sarebbero soddisfatte mediante la sottoscrizione di un aumento di capitale della società torinese, divenendo proprietarie del 28% di Fiat S.p.a. La quota di partecipazione in Fiat S.p.a. della IFIL Investments S.p.a. sarebbe scesa, di conseguenza, dal 30,06% al 22% circa. Nell'imminenza della scadenza del prestito Franco Grande Stevens (consulente legale di Fiat S.p.a. e membro del CdA IFIL) approntò, insieme ad altri soggetti, un piano di rinegoziazione di un contratto di *equity swap* - concluso da IFIL S.p.a. con la banca d'affari statunitense Merrill Lynch - riguardante circa 90 milioni di azioni Fiat S.p.a., la cui scadenza era stata fissata al 26 dicembre 2006. Il 12 agosto del 2005 Grande Stevens chiese alla CONSOB se, nel caso di rinegoziazione del contratto di *equity swap*, sussistesse l'obbligo di lanciare un'Offerta Pubblica di Acquisto. Alla risposta negativa della CONSOB seguì una comunicazione della stessa Commissione che chiedeva alla IFIL di divulgare, mediante comunicato stampa, le iniziative assunte in vista della scadenza del prestito "convertendo" con le banche. Il 24 agosto del 2005 la IFIL rispose affermando di "non aver intrapreso né studiato alcuna iniziativa in relazione alla scadenza del prestito convertendo", ribadendo l'intenzione della società di "rimanere nell'attuale posizione della compagine societaria". Il 15 settembre successivo, però, IFIL e Merrill Lynch conclusero l'accordo di rinegoziazione del contratto di *equity swap*, mediante il quale IFIL stessa - grazie all'acquisto nei confronti della banca d'affari americana di un determinato numero d'azioni FIAT - riuscì a mantenere la quota del 30,06% del capitale sociale di FIAT S.p.a., anche a seguito dell'aumento di capitale sociale di Fiat S.p.a. e della sottoscrizione delle nuove azioni da parte delle banche, a causa del mancato rimborso, alla scadenza, del prestito "convertendo"⁵⁶⁴.

A seguito della mancata menzione, nel comunicato del 24 agosto, dell'imminente negoziazione del contratto di *equity swap* da parte di IFIL (ciò che le avrebbe consentito di mantenere un ruolo predominante tra gli azionisti FIAT),

⁵⁶⁴ Per una ricostruzione analitica della vicenda processuale si v. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 5, pp. 616-618; TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014.

presero avvio i procedimenti per la violazione degli articoli 185 e 187 *ter* T.U.I.F., ravvisandosi un'ipotesi di manipolazione del mercato a carico sia di persone fisiche (Grande Stevens e altri), sia di persone giuridiche (IFIL S.p.a. e Giovanni Agnelli&C. Sa.p.a. Nel procedimento amministrativo la CONSOB ritenne realizzata la violazione dell'articolo 187-*ter*, I comma T.U.I.F., a causa della falsità del comunicato emesso da IFIL il 24 agosto 2005, e irrogò alle persone fisiche e agli enti pesanti sanzioni amministrative (fino a 5 milioni di euro), e alle sole persone fisiche anche sanzioni interdittive. La delibera CONSOB⁵⁶⁵ venne confermata dalla Corte d'Appello di Torino (che ridusse sensibilmente l'ammontare delle sanzioni amministrative per le persone fisiche)⁵⁶⁶ e, in via definitiva, anche dalla Corte di Cassazione⁵⁶⁷.

La vicenda penale si concluse, in primo grado, con l'assoluzione degli imputati dal reato di manipolazione del mercato (art. 185 T.U.I.F.)⁵⁶⁸. A seguito del ricorso *per saltum* in Cassazione, proposto dalla Procura della Repubblica, la Suprema Corte ha annullato parzialmente la sentenza assolutoria di primo grado, dichiarando la soluzione cui erano giunti i giudici di prime cure "non giuridicamente corretta", in quanto il delitto di manipolazione del mercato è un illecito d'evento e non di mera condotta, e rinviando, di conseguenza, gli atti al giudice competente per il rinvio⁵⁶⁹. La Corte d'Appello di Torino - in funzione di giudice del rinvio - ha concluso che la diffusione del comunicato falso "sia stata idonea a impedire la sensibile flessione del prezzo del titolo, che si sarebbe invece

⁵⁶⁵ Delibera CONSOB 9 febbraio 2007, n. 15760.

⁵⁶⁶ App. Torino, sez. I civ., 23 gennaio 2008.

⁵⁶⁷ Cass., Sez. Un. civ., 30 settembre 2009, nn. 20935, 20936 e 20939.

⁵⁶⁸ Trib. Torino, 18 marzo 2011. Il giudice torinese di prime cure ha ritenuto che "per la sussistenza del reato contestato (...) non è richiesto che si accerti l'avvenuta alterazione di strumenti finanziari, ma non è neppure sufficiente ipotizzare che il comunicato in parola avesse solo l'intrinseca capacità di provocare l'alterazione, perché occorre invece verificare se, in concreto, a seguito di tale comunicato, il pericolo per l'alterazione di strumenti finanziari si sia effettivamente prodotto"; dunque, il Tribunale piemontese ha ritenuto insussistente il pericolo di alterazione degli strumenti finanziari a seguito dell'emissione del comunicato da parte di IFIL. In merito, si v. CONSULICH, *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici*, in *Le società*, 2011, 7, pp. 823 ss.; SCOLETTA, *Prognosi e diagnosi del pericolo nel delitto di manipolazione del mercato*, in *Corr. merito*, 2011, pp. 844 ss.; FALCINELLI, *Il giudice, l'antifrasi e una "Fata Morgana": se il tipo del pericolo concreto esprime un'offesa di danno (di un bene astratto)*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 giugno 2011, pp. 1 ss.

⁵⁶⁹ Cass., sez. V, 15 ottobre 2012, n. 40393. Secondo gli ermellini, l'individuazione del contenuto della notizia vera si pone come presupposto indispensabile per formulare il giudizio sulla falsità della notizia stessa e verificare le conseguenze che avrebbe prodotto sul mercato la diffusione della notizia vera.

immediatamente prodotta laddove fosse stato diffuso invece un comunicato veridico”. La Corte d’Appello piemontese condannò gli imputati a un anno e quattro mesi di reclusione, oltre al pagamento di 400.000 euro di multa⁵⁷⁰. La Corte di Cassazione, investita della questione in ordine alla correttezza giuridica della qualificazione operata dal giudice del rinvio, ha dichiarato i reati estinti per prescrizione, ponendo definitivamente fine alla complessa vicenda processuale penale⁵⁷¹.

3.1.2. Le eccezioni sollevate dalle difese degli imputati nel procedimento amministrativo e nel processo penale davanti ai giudici nazionali.

Prima di entrare nel merito della sentenza della Corte EDU sulla vicenda *Grande Stevens*, è opportuno ricordare che i ricorrenti avevano sollevato già nei procedimenti svoltisi davanti alla CONSOB e al giudice ordinario le censure poste successivamente alla base del ricorso alla Corte di Strasburgo.

In particolare, già la Corte d’Appello civile (nel pronunciarsi sul ricorso avverso la delibera CONSOB d’irrogazione della sanzione amministrativa *ex art. 187 ter T.U.I.F.*) era stata chiamata ad esprimersi in merito alla legittimità del procedimento sanzionatorio svoltosi dinanzi alla CONSOB, in quanto lesivo sia dei principi del giusto processo (art. 111 Cost.), sia del principio del contraddittorio (sancito anche dall’articolo 187-*septies* T.U.I.F.)⁵⁷². La Corte d’Appello, però, ritenne che i principi in questione fossero stati rispettati, in quanto “le disposizioni costituzionali in materia di processo equo e di diritto alla difesa si applica[no] soltanto ai procedimenti giudiziari e non al procedimento per l’applicazione di sanzioni amministrative”; la Consob - sempre secondo il giudice d’appello nel procedimento amministrativo - non aveva violato il principio del contraddittorio, perché gli incolpati erano stati informati delle accuse mosse a loro carico, con possibilità di replicare alle accuse stesse.

⁵⁷⁰ App. Torino, sez. I, 28 febbraio 2013, n. 702.

⁵⁷¹ Cass., sez. I, 17 dicembre 2013, in *www.italgiure.it*.

⁵⁷² D’ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., p. 618.

Nel processo penale le difese degli imputati avevano sollevato - fin dal processo di primo grado - la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 649 c.p.p., per violazione dell'articolo 117, I comma della Costituzione in relazione al principio del *ne bis in idem* sancito dall'articolo 4, Prot. n. 7 CEDU, nella parte in cui consente la prosecuzione del processo penale per i medesimi fatti già sanzionati in via definitiva dall'autorità amministrativa. Il Tribunale di Torino, nonostante avesse assolto nel merito gli imputati per i fatti loro ascritti, rigettò l'eccezione di costituzionalità dell'articolo 649 c.p.p. sollevata dalle difese, dichiarandola manifestamente infondata per due ordini di ragioni. In primo luogo, i giudici sottolineano la diversità strutturale tra la fattispecie *ex art. 185 T.U.I.F.* e quella *ex art. 187 ter T.U.I.F.*: mentre l'illecito penale di manipolazione del mercato è un reato di pericolo concreto ed è punibile solo a titolo di dolo, il corrispondente illecito amministrativo è strutturato nella forma del pericolo astratto ed è punibile anche a titolo di colpa. Inoltre, è lo stesso diritto comunitario a imporre la coesistenza di sanzioni penali e sanzioni amministrative per i fatti di manipolazione del mercato (si fa riferimento alla Direttiva MAD, *Market Abuse Directive*, su cui v. *infra*)⁵⁷³.

Com'è stato giustamente osservato, è possibile oggi ritenere che nei procedimenti svoltisi dinanzi alle giurisdizioni nazionali si siano risolte con estrema superficialità le questioni, sollevate dalle difese, inerenti le possibili violazioni dei principi del giusto processo e del *ne bis in idem* presenti nella legislazione italiana in materia di abusi di mercato. Legislazione che, come si vedrà nel prossimo paragrafo, ha creato un sistema caratterizzato da un evidente eccesso repressivo, soprattutto a seguito dell'indiscriminata moltiplicazione dei livelli sanzionatori realizzatasi con il duplice intervento sanzionatorio del 2005. Il livello di afflittività delle cornici edittali di pena, insieme ai cervellotici

⁵⁷³ Trib. Torino, sez. I, 18 marzo 2011, in www.penalecontemporaneo.it, p. 40. I giudici torinesi si riferiscono, evidentemente, al precedente costituito da Cass., sez. VI, 3 maggio 2006, n. 15199, Labella, in *Cass. pen.*, 2007, p. 56, con nota di MAGRO, *Le manipolazioni del mercato tra illecito penale e illecito amministrativo*. Secondo i giudici della Suprema Corte "il reato di manipolazione del mercato si caratterizza, differenziandosi dall'omologo illecito amministrativo, per la presenza di condotte qualificabili *lato sensu* come truffaldine o artificiose, idonee a concretizzare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari". Si v., nella dottrina, D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., p. 619.; VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'articolo 50 della Carta? A margine di Corte EDU, Sez. II, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens e a. c. Italia, ric. n. 18640/10 e a., in www.penalecontemporaneo.it, 30 giugno 2014, p. 3.*

meccanismi di duplicazione e moltiplicazione sanzionatoria, hanno fatto assumere al sistema sanzionatorio *de quo* i toni enfatici di una condanna religiosa contro gli “empi mercanti”⁵⁷⁴.

3.1.3. Le censure sollevate dinanzi alla Corte EDU dai ricorrenti.

Nel corso del processo penale di primo grado i ricorrenti - sia persone fisiche che persone giuridiche - sollevarono le seguenti doglianze nei confronti dei procedimenti amministrativo (già definito con sentenza della Cassazione) e penale (ancora in svolgimento):

- violazione dell'articolo 6 CEDU (diritto a un equo processo) in relazione al procedimento d'irrogazione delle sanzioni amministrative dinanzi alla CONSOB e al successivo giudizio di opposizione davanti alla Corte d'Appello;
- violazione dell'articolo 1, par. 1 CEDU (diritto di proprietà), in relazione alle sanzioni amministrative divenute definitive in seguito alla sentenza della Suprema Corte;
- violazione dell'articolo 4, prot. n. 7 CEDU (divieto del *ne bis in idem*), relativamente al diniego - opposto dal Tribunale penale di Torino - di pronunciare sentenza di non luogo a procedere per essere gli imputati già stati giudicati definitivamente dalla CONSOB per i medesimi fatti;

Il 4 marzo 2014 la Corte EDU ha accolto la prima e la terza doglianza dei ricorrenti. In particolare, quanto alla violazione del diritto a un equo processo, la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia esclusivamente per la violazione del diritto degli imputati ad avere una pubblica udienza nel procedimento di opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB. Infine, è stata dichiarata la violazione dell'articolo 4, Prot. n. 7 CEDU, in relazione alla mancata chiusura in rito del procedimento penale, una volta che le sanzioni amministrative - irrogate per i medesimi fatti - erano divenute definitive.

⁵⁷⁴ ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 6, 2014, I, p. 857.

3.1.4. La legislazione italiana in materia di abusi di mercato: le condotte di manipolazione del mercato e di abuso d'informazioni privilegiate.

La sentenza dei giudici di Strasburgo mette in discussione il sistema italiano di repressione degli illeciti in materia di mercati finanziari, strutturato sul sistema di doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo. Infatti, a seguito delle modifiche apportate al Testo Unico delle Disposizioni in materia d'Intermediazione Finanziaria (T.U.I.F.) dalle leggi n. 62 e n. 262 del 2005, alle fattispecie penali di abuso d'informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato previste dagli articoli 184 e 185 T.U.I.F. vengono affiancate gli omologhi illeciti amministrativi di cui agli articoli 187-*bis* e 187-*ter* dello stesso Testo Unico.

Il sistema normativo in tema di repressione degli abusi di mercato trae origine dalla Direttiva comunitaria 2003/6/CE (cd. MAD, *Market Abuse Directive*), che imponeva agli Stati membri l'adozione di misure di carattere amministrativo, lasciando alla loro discrezionalità la previsione di sanzioni penali⁵⁷⁵. Dunque, la stessa Direttiva europea consentiva la presenza di sanzioni penali accanto alle necessarie sanzioni amministrative, con ciò legittimando il sistema del doppio binario sanzionatorio. Ciò che non era consentito ai legislatori nazionali - e che costituisce la ragione del contrasto insanabile del sistema italiano di repressione degli illeciti in tema di abusi di mercato con le norme della CEDU - consisteva nella previsione di sanzioni formalmente amministrative dotate di un tale livello di afflittività da risultare sostanzialmente penali alla luce dei criteri interpretativi sviluppati dalla Corte EDU, con conseguente attrazione di queste ultime nella sfera delle garanzie necessariamente connesse al concetto di *matière pénale*⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Articolo 14.1 Direttiva MAD: "Fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri sono tenuti a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive".

⁵⁷⁶ La Direttiva MAD del 2003 è stata recentemente sostituita da un nuovo intervento del legislatore europeo. Il Parlamento e il Consiglio hanno emanato - il 16 aprile 2014, la Direttiva 2014/57/UE, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, la quale impone agli Stati membri di prevedere sanzioni penali per la repressione degli abusi di mercato. Ciò in conseguenza

Le condotte su cui verte la pronuncia *Grande Stevens* riguardano gli articoli 185 e 187-ter T.U.I.F. (manipolazione del mercato), ma analoghi rilievi possono essere mossi anche agli articoli 184 e 187-bis (abuso d'informazioni privilegiate). L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato di cui all'articolo 187-ter punisce due tipi di condotte, le manipolazioni informative e quelle operative. Le prime sono integrate dalla diffusione, tramite mezzi di informazione, "d'informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari"⁵⁷⁷. La manipolazione operativa, invece, attiene a operazioni o ordini di compravendita che alterino o siano in grado di alterare il regolare funzionamento del mercato finanziario⁵⁷⁸. Le sanzioni amministrative pecuniarie previste possono arrivare fino a 25 milioni di euro (sanzioni ulteriormente innalzabili, in base al comma quinto, fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito); inoltre, sono stabilite anche pesanti sanzioni di tipo interdittivo (articolo 187-*quater*).

L'illecito penale di manipolazione del mercato è previsto, viceversa, dall'articolo 185 T.U.I.F., il quale punisce "chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una

del fatto che quasi tutti gli Stati, a seguito della Direttiva MAD del 2003, avevano introdotto solo sanzioni amministrative, le quali si erano dimostrate scarsamente dissuasive nella repressione degli illeciti in tema di mercati finanziari. Inoltre, con il Regolamento 596/2014 del 16 aprile 2014, Parlamento e Consiglio prevedono la facoltà, per gli Stati membri, di prevedere sanzioni amministrative per gli abusi di mercato. La prospettiva accolta nel 2003 si è sostanzialmente rovesciata: mentre prima era privilegiata la scelta di sanzioni amministrative, adesso la preferenza va alle sanzioni penali. La Direttiva e il Regolamento del 2014 sembrano ammettere la possibilità del *doppio binario* sanzionatorio. Ma è possibile che la legislazione eurounitaria si distacchi in maniera evidente dalla giurisprudenza della Corte EDU, proprio negli stessi mesi in cui quest'ultima riafferma con forza l'inderogabilità del principio del *ne bis in idem*? In realtà, se si legge il Considerando n. 23 della Direttiva 57/2014/UE ("gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali ... non violi il principio del *ne bis in idem*"), ci si accorge che anche il legislatore eurounitario ha preso atto della necessità di evitare il cumulo sanzionatorio, atteso che le sanzioni amministrative, previste in ordine agli illeciti in materia di abusi di mercato dai legislatori nazionali, rischierebbero di assumere natura sostanzialmente penale se portate dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Un segnale, dunque, di dialogo fecondo tra istituzioni appartenenti a organismi differenti (UE e Consiglio d'Europa). Per tali tematiche si v. ALESSANDRI, *Prime riflessioni*, cit., pp. 860-864.

⁵⁷⁷ Ex articolo 182 T.U.I.F., è necessario che le condotte di manipolazione del mercato attengano a strumenti finanziari ammessi o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o in un sistema multilaterale di negoziazione italiano.

⁵⁷⁸ VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 701.

sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari”: è evidente che, mentre l’illecito amministrativo è strutturato intorno al pericolo astratto della diffusione di informazioni false o fuorvianti, il corrispondente illecito penale richiede l’idoneità delle condotte vietate a provocare una sensibile alterazione del mercato (pericolo concreto). Inoltre, l’elemento soggettivo richiesto per la commissione dell’illecito amministrativo è quantomeno la colpa, essendo necessario - per l’illecito penale - la presenza del dolo⁵⁷⁹. La sanzione penale è della reclusione da uno a dodici anni, oltre alla multa (negli stessi limiti edittali della sanzione amministrativa pecuniaria) e alle sanzioni interdittive accessorie.

L’*insider trading* è punito dagli articoli 184 (illecito penale) e 187-*bis* (illecito amministrativo). A differenza della fattispecie di manipolazione del mercato, nell’ipotesi dell’abuso d’informazioni privilegiate la sovrapposibilità dei due illeciti è praticamente piena, essendo la formulazione letterale delle due disposizioni sostanzialmente identica, tranne che per alcune qualifiche soggettive⁵⁸⁰.

L’applicazione del sistema del doppio binario sanzionatorio si concretizza per mezzo dell’inciso con cui si aprono entrambe le disposizioni che prevedono le sanzioni amministrative (artt. 187-*bis* e 187-*ter*): “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisca reato”. Tale espressione consente espressamente, nel caso in cui il fatto costituisca reato, l’applicazione delle sanzioni amministrative, fatta salva comunque l’applicazione di quelle penali. In questo modo, il legislatore del 2005 deroga espressamente alla disciplina contenuta nell’articolo 9 della legge n. 689 del 1981, per la quale - in caso di concorso apparente di norme penali e amministrative - avrebbe dovuto trovare applicazione la norma speciale⁵⁸¹. Nel settore degli abusi di mercato le due sanzioni si cumulano, e ciò è confermato non

⁵⁷⁹ VENTORUZZO, *Abusi di mercato*, cit., p. 702.

⁵⁸⁰ Infatti, l’illecito amministrativo si differenzia da quello penale per l’applicabilità ai cd. *insiders secondari* (coloro che, essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose, abusano di tali informazioni). A questi ultimi non si applica l’illecito penale.

⁵⁸¹ La clausola contenuta negli articoli 187-*bis* e 187-*ter* non è, infatti, una clausola di sussidiarietà, ma una clausola derogatoria al principio di specialità.

solo dall'inciso di apertura delle disposizioni amministrative ora esaminato, bensì anche dal disposto degli articoli 187-*duodecies*⁵⁸² e 187-*terdecies*⁵⁸³ del T.U.I.F.

L'evidente ipertrofia sanzionatoria cui la legislazione del 2005 ha dato vita, unitamente alla cattiva tecnica legislativa impiegata nella formulazione delle diverse fattispecie, ha attirato le immediate critiche della dottrina prevalente⁵⁸⁴.

Il sistema varato dal legislatore del 2005 si caratterizza per la sua "ipermuscolarità" e per il suo "efficientismo"⁵⁸⁵, prevedendo - oltre alla *duplicazione* d'illeciti penali e amministrativi - un meccanismo che impedisce espressamente l'operare del principio di specialità *ex* articolo 9 legge n. 689 del 1981, consentendo il cumulo di sanzioni nel caso in cui queste ultime concorrano sul medesimo fatto concreto. Il *bis in idem processuale* che si viene in tal modo a creare non è neppure temperato da un ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti: il processo penale e l'*iter* amministrativo procedono contemporaneamente, in piena autonomia, benché attengano al medesimo fatto *concreto*⁵⁸⁶. Le istanze efficientistico-repressive risultano, in tal modo, ampiamente soddisfatte; ciò che risulta violato, invece, è il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'articolo 4 del Protocollo n. 7 della CEDU.

⁵⁸² Articolo 187-*duodecies* (Rapporti tra procedimento penale e procedimento amministrativo e di opposizione). "Il procedimento amministrativo di accertamento e il procedimento di opposizione di cui all'articolo 187-septies non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione".

⁵⁸³ Articolo 187-*terdecies* (Esecuzione delle pene pecuniarie e delle sanzioni pecuniarie nel processo penale). "Quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa".

⁵⁸⁴ PALIERO, *La riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corr. merito*, 2006, pp. 615 ss.; ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 542 ss.; SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 11; FOFFANI, *Artt. 180-185 d.lgs. 58 del 1998*, in PALAZZO - PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, pp. 713 ss.; SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, p. 55. Inoltre, la novella legislativa del 2005 ha altresì introdotto, in aggiunta agli illeciti amministrativi sovrapponibili a quelli penali, le disposizioni di cui agli articoli 187-*septies* (in tema di procedimento sanzionatorio dinanzi alla CONSOB) e 187-*decies* - 187-*quaterdecies*, riguardanti i rapporti tra procedimento penale e procedimento amministrativo.

⁵⁸⁵ FLICK - NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni amministrative: doppio binario o binario morto?* ("Materia penale" giusto processo e *ne bis in idem* nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse), in *Riv. soc.*, 2014, p. 954.

⁵⁸⁶ FLICK - NAPOLEONI, *Cumulo di sanzioni*, cit., p. 954.

3.1.5. Il concetto di *materia penale* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (rinvio).

La sentenza *Grande Stevens* ha dunque affermato che il sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato (in particolare, oggetto della pronuncia era la fattispecie di manipolazione del mercato) contrasta con due principi sanciti dalla CEDU: il diritto a un equo processo (articolo 6.1. CEDU)⁵⁸⁷ e il diritto a non essere giudicati o puniti due volte per il medesimo fatto (articolo 4, Protocollo n. 7 CEDU)⁵⁸⁸. Le ragioni che hanno condotto i giudici di Strasburgo a questa conclusione risiedono nell'ormai consolidato orientamento della Corte EDU (ripreso, anche della Corte di Giustizia dell'Unione Europea) in ordine alla qualificazione sostanzialistica della natura delle norme interne che prevedono illeciti amministrativi, a prescindere dal *nomen iuris* concretamente utilizzato dai singoli legislatori nazionali.

Nella sentenza *Grande Stevens* la Corte EDU si richiama alla sua costante giurisprudenza (a partire dalla famosa sentenza *Engel*)⁵⁸⁹ in base alla quale, per

⁵⁸⁷ “1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia”.

⁵⁸⁸ “1. Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato.

2. Le disposizioni di cui al paragrafo precedente non impediranno la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso

3. Nessuna deroga a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione”.

⁵⁸⁹ Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi*. L'orientamento sostanzialistico della Corte EDU è stato confermato in numerose, successive, pronunce: si v. sentenza 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*; sentenza 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*. Si v. anche PALIERO, “*Materia penale*” e illecito amministrativo secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 894 ss.

ritenere sussistente un “*accusation en matière pénale*”, è necessario tenere presenti tre criteri (noti come criteri *Engel*):

- 1) la qualificazione giuridica della misura operata dal diritto nazionale;
- 2) la natura dell’infrazione o dell’illecito;
- 3) la natura e il grado di severità della sanzione.

Nel caso *Grande Stevens c. Italia* la Corte di Strasburgo constata il fatto che, secondo il diritto nazionale, i fatti ascritti ai ricorrenti nel procedimento dinanzi alla CONSOB non assurgono al rango d’illeciti penale, bensì meramente amministrativi *ex art. 187-bis T.U.I.F.* La Corte EDU ribadisce che la qualificazione formale offerta dalla norma nazionale non sia decisiva ai fini dell’applicabilità delle garanzie convenzionali, in quanto la sussistenza di un’accusa in materia penale va valutata sulla base di canoni sostanzialistici, quali la natura dell’illecito e la natura e il grado di severità della sanzione.

La conclusione della Corte, nel senso della natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative previste dal T.U.I.F., risulta, nei fatti, praticamente obbligata.

Che la sentenza *Grande Stevens* della Corte EDU evidenziasse una sostanziale “bocciatura” del sistema italiano di repressione penale degli abusi di mercato, era tutt’altro che imprevedibile. L’assunto di base dei giudici di Strasburgo è chiaro: l’illecito amministrativo previsto dal T.U.I.F. per i fatti di manipolazione del mercato ha natura penale ai fini della Convenzione. A ciò si giunge facendo semplice applicazione dei cd. *Engel criteria*: se per il diritto nazionale la sanzione è penale, *nulla quaestio*: le garanzie convenzionali scattano in ogni caso, a prescindere dalla concreta natura della sanzione. Se, però, la sanzione è qualificata come amministrativa dal legislatore statale, scatta il meccanismo di verifica alla luce dei noti criteri Engel: criteri non formali, bensì sostanziali e alternativi fra loro⁵⁹⁰. A conclusioni diverse sarebbe stato impossibile giungere, considerata anche la recente giurisprudenza della stessa Corte EDU la quale si era già in tal senso espressa nel caso d’irrogazione di sanzioni amministrative da parte delle Autorità amministrative indipendenti⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ FLICK - NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., pp. 957-958.

⁵⁹¹ Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics c. Italia*. Nello specifico settore degli abusi di mercato, la Corte EDU era stata preceduta dalla sentenza della CGUE, 23 dicembre 2009,

In conseguenza di ciò, la Corte EDU ingiunge allo Stato italiano di chiudere nel più breve tempo possibile il procedimento penale (all'epoca della pronuncia i giudici convenzionali, infatti, non avevano ancora avuto notizia della pronuncia della Cassazione del dicembre 2013 che aveva dichiarato estinto il reato per prescrizione), oltre a liquidare in favore dei ricorrenti una somma di denaro a titolo di risarcimento per i danni morali e per le spese processuali sostenute dai ricorrenti⁵⁹².

Per un'approfondita analisi del concetto di *matière pénale*, si rinvia al capitolo V, par. 2.

3.1.6. La violazione dell'articolo 6, par. 1, CEDU sul diritto a un equo processo.

Dalla natura convenzionalmente penale dell'illecito amministrativo contestato ai ricorrenti discende, in primo luogo, la violazione del diritto a un equo processo sancito dall'articolo 6 CEDU. La Corte EDU ha ripercorso tutte le varie tappe del processo svoltosi dinanzi alla CONSOB e ai giudici ordinari (Corte d'Appello e Corte di Cassazione), riscontrando una serie di vizi. Nella fase procedimentale svoltasi davanti alla CONSOB, infatti, la procedura non ha rispettato le esigenze del giusto processo, in relazione alle carenze di contraddittorio, alla mancata possibilità di esaminare i testimoni, alla disparità di posizione processuale tra accusa e difesa (impossibilità di comparire personalmente per difendersi e mancata comunicazioni del rapporto dell'Ufficio Sanzioni Amministrative) , soprattutto, all'assenza di una pubblica udienza. La Corte di Strasburgo conclude nel senso che la CONSOB non rientri nella nozione di "giudice" ai sensi dell'articolo 6 CEDU. Tuttavia, in accordo con la sua costante giurisprudenza, la Corte rammenta che la non conformità ai requisiti espressi nell'articolo 6 non è sufficiente per concludere nel senso della violazione dei principi del giusto

C-45/08, *Spector Photo Group NV e altri*, in cui la Corte di Lussemburgo afferma che le sanzioni penali in materia di abusi di mercato devono ritenersi penali - anche se formalmente amministrative - a causa della gravità delle sanzioni e della natura degli illeciti.

⁵⁹² VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio*, cit., pp. 6-7.

processo: infatti è possibile che, in una procedura amministrativa, una pena sia irrogata da un'Autorità amministrativa. Per non incorrere in una violazione dell'articolo 6 è necessario, però, che tale decisione subisca il controllo ad opera di un "giudice" rispettoso dei dettami del citato articolo, e capace di riformare, annullare o modificare la decisione dell'organo amministrativo. La Corte d'Appello - competente per il giudizio di opposizione alla sanzione irrogata dalla CONSOB - soddisfa i requisiti d'indipendenza, terzietà, imparzialità e piena giurisdizione richiesti dalla Convenzione. Il procedimento svoltosi in sede d'appello era, ciononostante, viziato in relazione alla pubblicità dell'udienza: vizio non sanabile nel successivo giudizio di Cassazione il quale, a causa dell'impossibilità del giudice di legittimità a operare un valutazione di piena giurisdizione. Pertanto, la violazione dell'articolo 6 CEDU è ravvisata, dai giudici di Strasburgo, relativamente all'assenza di una pubblica udienza nel giudizio svoltosi dinanzi alla Corte d'Appello⁵⁹³.

3.1.7. La violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU.

La natura convenzionalmente penale dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato contribuisce a rendere operante un'altra garanzia: quella prevista all'articolo 4 del Protocollo n. 7 CEDU⁵⁹⁴, secondo cui "nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso

⁵⁹³ V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni CONSOB, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU*, in *Giur. it.*, 5, 2014, pp. 1197-1198; BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 634-641. La Corte Edu, nell'affermare che un "non-giudice" (ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione) possa irrogare una sanzione formalmente qualificata come amministrativa, ma sostanzialmente penale alla luce della *giurisprudenza convenzionale, pare ammettere l'eventualità che un soggetto sfornito dei requisiti di imparzialità e d'indipendenza si trovi a dover comminare sanzioni dotate di un livello di afflittività estremamente elevato*. Per questo, si ritiene di accogliere quanto proposto da V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni CONSOB*, cit., p. 1198, secondo cui "[più incisive dovrebbero essere le modifiche alla procedura sanzionatoria Consob rispetto alla rilevante legislazione nazionale. Esse dovrebbero essere addirittura tali da trasformare profondamente il sistema, se si volesse fare della Consob un "tribunale indipendente e imparziale" ai sensi dell'art. 6 Cedu".

⁵⁹⁴ Protocollo approvato nel 1984, ratificato dall'Italia con legge 9 aprile 1990, n. 98 ed entrato in vigore l'1 febbraio 1992.

Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato". La norma in commento tutela l'individuo non solo (e non tanto) contro la possibilità di essere sanzionato due volte per il medesimo fatto, quanto piuttosto dalla possibilità che egli sia processato una seconda volta per un reato per cui è già stato giudicato, non importa se condannato, assolto o prosciolto. Dunque, l'articolo 4 del Protocollo n. 7 afferma il principio del *ne bis in idem* processuale, il quale - derivante dalla mediazione tra la logica continentale della cd. efficacia preclusiva del giudicato e quella anglosassone del divieto di *double jeopardy* - svolge una duplice funzione: assicurare la certezza giuridica conferendo alle decisioni penali definitive l'*auctoritas* della *res iudicata* e proteggere l'individuo dal rischio di nuove persecuzioni penali per il medesimo fatto⁵⁹⁵.

La medesima garanzia prevista a livello convenzionale la si ritrova nell'ordinamento interno, precisamente all'articolo 649 c.p.p., significativamente rubricato "Divieto di un secondo giudizio", a mente del quale "L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo". Tuttavia, è bene evidenziare che nel nostro ordinamento il principio del *ne bis in idem* processuale sancito dal

⁵⁹⁵ ALLEGREZZA, *Sub art. 4 Prot. n. 7*, in BARTOLE - DE SENA - ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 895. Secondo BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, pp. 1 ss., il *ne bis in idem* processuale si pone su un piano diverso dal *ne bis in idem* sostanziale. Infatti, la violazione del divieto di un doppio processo non comporta automaticamente la violazione del divieto di una doppia condanna, poiché il secondo giudizio potrebbe concludersi con un'assoluzione o con un proscioglimento. Inoltre, il *ne bis in idem* processuale potrebbe essere violato anche senza che si possa astrattamente contravvenire al *ne bis in idem* sostanziale: si pensi al caso in cui l'imputato nel secondo processo sia stato assolto o prosciolto nel primo procedimento. Viceversa, il divieto di doppia condanna può essere infranto anche senza violare il *ne bis in idem* processuale, come nel caso in cui la seconda condanna venga irrogata nell'ambito del medesimo procedimento. Dunque, il *ne bis in idem processuale* opera su un piano autonomo e ulteriore rispetto al *ne bis in idem sostanziale*, tale che entrambi verrebbero rispettati anche se mancasse la disciplina normativa dell'altro.

codice di procedura penale riveste non ha rango costituzionale, bensì semplicemente ordinario; mentre, nel sistema CEDU, il principio in questione non solo ha natura di diritto fondamentale dell'individuo, ma non è derogabile neppure in caso di guerra o in situazioni di emergenza (art. 4, par.3, Prot. n. 7 CEDU). Inoltre, la disposizione del diritto nazionale opera esclusivamente in presenza di una pluralità di giudizi penali, vietandone la duplicazione; non così quella convenzionale, la quale non richiede la formale qualificazione come sentenza penale del primo provvedimento definitivo, utilizzando - al fine di verificare se nel caso di specie l'illecito oggetto della prima sentenza risulti sostanzialmente di natura penale, per poi ritenere operante la garanzia del *ne bis in idem* processuale in relazione al soggetto già giudicato - i criteri enunciati a far data dalla nota sentenza *Engel*⁵⁹⁶.

Come più volte anticipato, la Corte non ha dubbi nel qualificare le sanzioni previste dall'articolo 187-ter T.U.I.F. come sanzioni sostanzialmente penali, con conseguente operatività del divieto di *bis in idem* processuale: a nulla vale la considerazione che, nel momento della pronuncia della Corte EDU, il procedimento penale non si era ancora chiuso definitivamente, in quanto la garanzia convenzionale vieta non (solo) di condannare, bensì anche di perseguire due volte lo stesso soggetto per il medesimo fatto⁵⁹⁷.

Ai fini dell'accertamento della violazione dell'articolo 4 Prot. n. 7 CEDU residuava unicamente la verifica della convergenza dei due procedimenti (amministrativo e penale) sul medesimo fatto. La Corte EDU richiama, sul punto, la propria giurisprudenza in ordine all'interpretazione del concetto di "infrazione per cui [il soggetto] è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva": a partire dal caso *Zolotoukhine c. Russia* la giurisprudenza convenzionale afferma con chiarezza che il concetto di *idem* va individuato non nel cd. *idem legale* (ossia nell'identità delle fattispecie di reato astratte imputate al soggetto), bensì nel cd. *idem factum*, vale a dire nella coincidenza dei fatti materiali contestati al soggetto da un punto di vista storico-naturalistico⁵⁹⁸. Per

⁵⁹⁶ VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio*, cit., pp. 7-8.

⁵⁹⁷ BOZZI, *Manipolazione del mercato*, cit., p. 636.

⁵⁹⁸ Corte EDU, sentenza 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine c. Russia*. In tale sentenza, la Corte di Strasburgo ha ritenuto necessario, mediante un approccio dinamico ed evolutivo, procedere all'armonizzazione dell'interpretazione della nozione di *idem*, ponendo fine a quell'insicurezza

verificare la compatibilità della disciplina nazionale con il principio del *ne bis in idem* non rileva se gli elementi costitutivi delle fattispecie astrattamente tipizzate siano identici, ma solo se i fatti concreti che hanno dato luogo ai due procedimenti siano o meno i medesimi⁵⁹⁹. Anche a voler ragionare in termini di raffronto tra fattispecie astratte, però, ci si accorge facilmente che l'illecito penale di cui all'articolo 185 T.U.I.F. è sicuramente speciale rispetto all'illecito amministrativo previsto dal successivo articolo 187-ter. Infatti, l'illecito penale si caratterizza per la presenza del pericolo concreto e dell'elemento soggettivo del dolo: tali elementi (come rilevano i giudici Karakas e Pinto de Albuquerque nella loro *dissenting opinion*, che si caratterizza per esprimere una posizione ancora più netta rispetto alla violazione del *ne bis in idem* ad opera della legislazione italiana) non sono altro che elementi specializzanti dell'illecito penale rispetto all'illecito amministrativo. Anche ragionando in termini logico-formali, le due fattispecie previste dal T.U.I.F. sono - almeno in parte - sovrapponibili, in quanto l'art. 187-ter abbraccia tutte le condotte riconducibili all'art. 185. Le due norme sono in rapporto di specialità tra di loro; la duplicazione dei procedimenti (formalmente) amministrativo e penale (e delle corrispondenti sanzioni irrogate) costituirà la regola, non l'eccezione⁶⁰⁰.

derivante dalla presenza di molteplici interpretazioni nella stessa giurisprudenza convenzionale. La Corte EDU, dunque, accoglie la lettura maggiormente garantista per l'individuo, mutuando l'insegnamento proveniente dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dalla Corte interamericana dei diritti dell'Uomo, secondo il quale il principio espresso nell'art. 4 Prot. n. 7 va letto come divieto di giudicare un individuo per una seconda infrazione qualora questa scaturisca dagli stessi fatti o da fatti che sono sostanzialmente identici. Il "cuore" del *ne bis in idem* risiede nell'identità dei fatti materiali, non nel formalismo dell'identità della qualificazione giuridica. Peraltro, anche l'articolo 649 c.p.p., nella parte in cui vieta la celebrazione di un secondo giudizio per il "medesimo fatto", pare accogliere un'interpretazione sostanzialistica della nozione di *idem*. Per approfondimenti sull'articolo 4 Prot. n. 7 (e sulle diverse posizioni dottrinali relative all'art. 649 c.p.p.), si v. ALLEGREZZA, *Sub art. 4 Prot. n. 7*, cit., pp. 894-905.

⁵⁹⁹ FLICK - NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., p. 967

⁶⁰⁰ La Corte EDU, nell'accogliere una nozione sostanzialistica del termine reato utilizzato dalla CEDU (*infracion* nella versione francese e *offence* in quella inglese), respinge l'obiezione - formulata dal Governo italiano - della non sovrapponibilità logico-formale degli illeciti di cui agli artt. 185 e 187 ter. Peraltro, è importante ricordare che la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva avuto modo di affermare, proprio con riferimento all'illecito di manipolazione del mercato, che l'illecito penale si caratterizza "per la presenza di condotte qualificabili *lato sensu* come truffaldine o artificiose, idonee a concretizzare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari". Tuttavia, nel caso di specie, la cassazione ritiene insussistente l'identità delle fattispecie considerate, a causa della presenza dell'alterazione del prezzo di strumenti finanziari nella sola fattispecie penale e della caratterizzazione dell'illecito amministrativo in termini di pericolo astratto (Cass., sez. VI, 16 marzo 2006, n. 15199, Labella, Rv. 234508).

La conclusione è unica, granitica e quanto mai preoccupante per le sorti dell'intero sistema italiano di repressione degli abusi di mercato (e non solo, come si avrà modo di accennare): se l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato ha natura convenzionalmente penale, lo stesso soggetto non può essere sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto per il quale gli è già stata irrogata definitivamente la sanzione (formalmente) amministrativa. La Corte EDU ordina allo Stato italiano di vigilare affinché il procedimento penale sia chiuso nel più breve tempo possibile e senza conseguenze dannose per i ricorrenti⁶⁰¹. La vera questione, però, è un'altra: *quid iuris* nei casi identici a quello oggetto del ricorso deciso dalla Corte EDU?

3.1.8. Le prime risposte della giurisprudenza ai dettami provenienti dalla Corte EDU.

3.1.8.1. La giurisprudenza di legittimità.

Era facilmente prevedibile che la sentenza *Grande Stevens* avrebbe determinato importanti conseguenze nella giurisprudenza di merito e di legittimità, in relazione alla necessità di adeguare l'ordinamento interno ai vincoli derivanti dagli obblighi assunti in sede convenzionale. Le risposte dei giudici nazionali non si sono fatte attendere troppo.

Con ordinanza del 10 novembre 2014⁶⁰², la Suprema Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative che prevedono la duplicazione sanzionatoria amministrativo-penale in materia di *market abuse*. È interessante evidenziare alcuni spunti di riflessione offerti dall'ordinanza della Suprema Corte. In primo luogo, il procedimento all'esame degli ermellini aveva ad oggetto non fatti di manipolazione del mercato (art. 185

⁶⁰¹ La sentenza della Cassazione dichiarativa della prescrizione dei reati contestati (17 dicembre 2013) ha permesso un adempimento *indiretto* dello Stato italiano alla sentenza *Grande Stevens*.

⁶⁰² Cass., sez. V pen., ord. 10 novembre 2014 (dep. 15 gennaio 2015), n. 1782, Pres. Vessichelli, Rel. Caputo, Imp. Chiarion Casoni, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 novembre 2014, con nota di SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*.

T.U.I.F.), bensì il delitto di cui all'articolo 184 del medesimo Testo Unico, ovvero sia quello di abuso d'informazioni privilegiate (cd. *insider trading*), il quale viene "raddoppiato" dall'illecito amministrativo di cui all'art. 187 *bis* T.U.I.F. Nel caso di specie, anzi, la duplicazione sanzionatoria appare ancora più evidente, stante il dettato letterale delle due disposizioni, praticamente identiche (se si esclude la condotta dei cd. *insiders secondari*) tra loro. Quanto alla questione d'incostituzionalità, vengono sollevate ben due autonome questioni: entrambe, però, basate sulla violazione - da parte delle norme interne - dell'articolo 117, I comma, Cost., in relazione all'articolo 4, Prot. n. 7 CEDU (così come interpretato dalla Corte EDU), che sancisce il principio del *ne bis in idem*. La norma nazionale oggetto di censura nella questione principale è quella di cui all'articolo 187-*bis* del T.U.I.F., nella parte in cui prevede "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato", anziché "salvo che il fatto non costituisca reato". La Cassazione auspica, in tal modo, una pronuncia manipolativa ad opera dei giudici della Consulta, in parte di accoglimento e in parte sostitutiva: l'operazione sostitutiva renderebbe residuale, anziché aggiuntivo, l'illecito amministrativo rispetto all'omologa fattispecie delittuosa⁶⁰³. La questione di costituzionalità sollevata dalla Cassazione implicitamente ammette che non sia possibile operare un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'articolo 649 c.p.p., interpretazione che contrasterebbe con il dato letterale e sistematico⁶⁰⁴. La questione di costituzionalità sollevata in via subordinata, viceversa, fa leva sulla presunta violazione dell'art. 117, I comma, Cost. (in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU nell'interpretazione fornita dal "suo" giudice) da parte dell'articolo 649

⁶⁰³ L'illecito amministrativo non troverebbe, allora, praticamente mai applicazione, in conseguenza della (quasi) perfetta sovrapposibilità con l'illecito penale. In argomento, si v., FLICK - NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, cit., p. 982.

⁶⁰⁴ FLICK - NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, in corso di pubblicazione sulla *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 10 dell'elaborato; SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio*, cit. Peraltro, la questione di legittimità costituzionale proposta in via *principale* corre il rischio di essere dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale per difetto di rilevanza: la norma censurata (art. 187-*bis*), infatti, è stata già applicata una volta per tutte nel procedimento amministrativo chiuso con sentenza definitiva. L'imputato, nel processo penale pendente davanti alla Cassazione, si trova a dover rispondere del delitto previsto dall'art. 184 T.U.I.F., che resterebbe immutato dalla - eventuale - sentenza di accoglimento della Corte Costituzionale. Secondo FLICK - NAPOLEONI, *A un anno di distanza*, cit., p. 10, è necessario che la questione di costituzionalità sia sollevata in una sede processuale adatta, dal punto di vista delle dinamiche del giudizio incidentale, a garantire concreta soddisfazione al soggetto (già) condannato per il medesimo fatto.

c.p.p., nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU e dei suoi Protocolli. L'accoglimento della questione avrebbe sicura e immediata rilevanza anche nel giudizio *a quo*, attribuendo rilevanza (per l'applicazione dell'art. 649 c.p.p.) anche alla pronuncia definitiva che chiude il procedimento solo formalmente amministrativo, ma nei fatti di natura penale, comportando l'obbligo per il giudice nazionale (nel caso di specie, la Cassazione) di pronunciare sentenza di proscioglimento *ex art. 649, II comma, c.p.p.*⁶⁰⁵. Se venisse accolta la questione di costituzionalità prospettata in via subordinata, si avrebbe l'effetto opposto rispetto all'accoglimento della questione principale: non una generalizzata applicazione della norma che prevede l'illecito penale, bensì una diffusa operatività dell'illecito amministrativo di abuso d'informazioni privilegiate, a causa della maggiore celerità del procedimento amministrativo, il quale sarà - inevitabilmente, visti i tempi della giustizia penale ordinaria - il primo a concludersi con sentenza passata in giudicato⁶⁰⁶.

Negli stessi giorni la Sezione tributaria-civile della Corte di Cassazione⁶⁰⁷, in un procedimento avente ad oggetto fatti di manipolazione del mercato, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'articolo 187-*ter* del T.U.I.F. per contrasto con l'articolo 117, I comma, Cost. (incredibilmente assente nel testo dell'ordinanza), in riferimento agli articoli 2 e 4 del Prot. n. 7 CEDU, così come interpretati dalla Corte EDU nella sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*. In questo caso, però, la situazione dei procedimenti è "rovesciata" rispetto a quanto verificatosi nel giudizio innanzi alla Quinta sezione penale della Cassazione. Il procedimento ancora pendente, infatti, è quello per l'irrogazione delle sanzioni formalmente amministrative (ma sostanzialmente penali) da parte della

⁶⁰⁵ SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio*, cit.

⁶⁰⁶ Evidenzia, SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio*, cit., che l'eventuale accoglimento della questione di legittimità costituzionalità dell'articolo 649 c.p.p. potrebbe porre complicati problemi con la disciplina residuale prevista dal T.U.I.F. (art. 187-*duodecies*), in base alla quale i due procedimenti (penale e amministrativo) devono espressamente proseguire in contemporanea.

⁶⁰⁷ Cass., sez. trib.-civ., ord. 6 novembre 2014 8dep. 21 gennaio 2015), n. 950, Pres. Merrone, Rel. Chindemi, Imp. Ricucci, con nota di VIGANÒ, *Anche la Sezione tributaria civile della Cassazione manda gli atti alla Corte Costituzionale su abusi di mercato e ne bis in idem*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 gennaio 2015.

CONSOB; gli imputati si sono rivolti alla Suprema Corte per l'annullamento della sentenza della Corte d'Appello che ha deciso in sede di opposizione alla delibera CONSOB d'irrogazione delle sanzioni amministrative. Il procedimento penale, avente a oggetto i medesimi fatti di manipolazione del mercato, si è già concluso con sentenza definitiva (gli imputati hanno patteggiato la pena). La dottrina che ha avuto modo di commentare, in via di prima lettura, l'ordinanza della Corte, non ha mancato di rilevare la grave assenza, nel formulare della questione d'incostituzionalità, del parametro che si ritiene violato dalla disposizione interna. Inoltre, il *petitum* appare di oscura e incomprensibile decifrazione: non si comprende se la Corte richieda una sentenza di accoglimento secca (in tal caso, verrebbe completamente elisa la fattispecie d'illecito amministrativo) oppure una sentenza additivo-sostitutiva, simile a quanto richiesto dalla Quinta sezione penale (con conseguente applicazione del principio di sussidiarietà tra illecito penale e illecito amministrativo)⁶⁰⁸.

4. Conclusioni.

4.1. Prospettive *de lege lata*. Il (possibile) ricorso al principio di specialità.

Traendo le conclusioni in ordine all'illecito amministrativo visto nell'ottica europea, si può affermare che gli ultimi arresti della Corte EDU hanno radicalmente bocciato il sistema di doppio binario sanzionatorio approntato dal legislatore italiano. In particolare, la sentenza *Grande Stevens* della Corte di Strasburgo demolisce il cumulo sanzionatorio in materia di *market abuse*; le considerazioni ivi espresse valgono, tuttavia, anche per gli altri settori caratterizzati dalla duplicazione di sanzioni penali e amministrative, *in primis* quello degli illeciti tributari. Le pesanti sanzioni previste dal T.U.I.F., per quanto riguarda la repressione degli abusi di mercato, sono state qualificate - senza alcuna incertezza - come sostanzialmente penali, irrogate al termine di un

⁶⁰⁸ VIGANÒ, *Anche la sezione tributaria civile*, cit.; FLICK - NAPOLEONI, *A un anno di distanza*, cit., p. 11.

procedimento anch'esso penale. Date queste premesse, la conclusione è intuitiva (nell'ottica convenzionale): l'aver già esercitato la pretesa sanzionatoria, mediante l'irrogazione di sanzioni indebitamente qualificate come amministrative, impedisce allo Stato di "ritornare sui propri passi", per percorrere la medesima strada che lo aveva portato, in prima battuta, all'irrogazione delle sanzioni sostanzialmente penali. Ma v'è di più: accertata la natura convenzionalmente penale del procedimento diversamente qualificato, quanto a *nomen iuris*, dal legislatore interno, ne consegue che anche quest'ultimo deve rispettare gli *standards* fissati dall'articolo 6 CEDU, in materia di equo processo⁶⁰⁹.

Per gettare uno sguardo sulla giurisprudenza di legittimità nostrana, è interessante segnalare che già in tempi non sospetti (per i nostri giudici, non certo per quelli europei) la Corte di Cassazione avesse, sia pure in un *obiter dictum*, sottolineato l'estrema irrazionalità del sistema italiano di repressione degli abusi di mercato, potenzialmente foriero - quest'ultimo - di non meglio precisati "problemi applicativi"⁶¹⁰. Un segnale significativo, sottovalutato nella sua portata, che evidenziava già all'epoca le notevoli discrasie cui avrebbe potuto dar luogo l'addentellato normativo ideato da un legislatore schizofrenico, orientato verso il raggiungimento di obiettivi ultra-efficientistici e disorientato dal fortissimo

⁶⁰⁹ VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 26. Nel caso *Grande Stevens*, la Corte EDU ha ritenuto - a maggioranza - che la violazione, nel procedimento svoltosi dinanzi alla CONSOB, dei principi del giusto processo sanciti nell'articolo 6 CEDU, sarebbe stata sostanzialmente sanata dalla presenza di un giudizio di opposizione rispettoso dei canoni garantistici sanciti in sede convenzionale; ipotesi che si è, nei fatti, verificata nel processo celebratosi avanti alla Corte d'Appello in funzione di giudice dell'opposizione (residuando, tuttavia, la violazione del diritto ad avere un'udienza pubblica). In prospettiva futura, tuttavia, sarebbero da ripensare *in toto* le regole dello svolgimento dei giudizi dinanzi alla CONSOB, i cui profili critici emergono in relazione alla mancanza di contraddittorio, alla concentrazione delle funzioni inquirenti, requirenti e giudicanti sotto la titolarità formale del medesimo soggetto (il Presidente CONSOB), all'assenza di un diritto al silenzio riconosciuto all'incolpato, all'impossibilità per l'accusato di essere sentito oralmente, all'assenza di un vero e proprio controesame testimoniale.

⁶¹⁰ Cass., sez. VI, 16 marzo 2006, n. 15199, Labella, secondo cui "l'intero intervento sanzionatorio nella materia del cd. *market abuse*, attuato dalla legge n. 62 del 2005, si caratterizza per una ricorrente replica di norme incriminatrici penali in identici illeciti amministrativi, come ad esempio per le previsioni in tema di abuso d'informazioni privilegiate (artt. 184 e 187-bis D. Lgs. n. 58 del 1998) secondo una tecnica legislativa inconsueta, destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi". Peraltro, secondo i giudici della Suprema Corte, nel caso oggetto della sentenza Labella non si verserebbe in un'ipotesi di *idem factum*, in quanto la valutazione in ordine alla sussistenza del concorso apparente di norme è condotta, ancora una volta, utilizzando il criterio della specialità in astratto e non - secondo l'insegnamento contenuto nella sentenza *Zolotoukhine* della Corte EDU - quello della specialità in concreto (nel senso che il medesimo fatto concretamente verificatosi è riconducibile a entrambe le norme).

strepitus fori conseguente alle note vicende finanziarie che vedevano coinvolti, in quel periodo, i vertici della Banca d'Italia e dei maggiori gruppi bancari del Paese.

Si potrebbe intravedere una possibile soluzione del contrasto con il diritto penale europeo del meccanismo del “doppio binario” sanzionatorio, mediante l'applicazione non derogabile del principio di specialità *ex art. 9 l. 689/1981*⁶¹¹: meccanismo - quest'ultimo - che eviterebbe d'incorrere in una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale⁶¹². L'applicazione di una sola sanzione, infatti, testimonia l'omogeneità funzionale e la fungibilità intercorrente tra la sanzione amministrativa e la sanzione penale⁶¹³. Se tale soluzione può valere per i casi “ordinari” di cumulo sanzionatorio, in cui non si registrano “forzature” da parte del legislatore all'applicazione alternativa delle due sanzioni, discorso diverso va fatto per le deroghe espresse all'operare del principio di specialità, le quali impongono *expressis verbis* l'applicazione del cumulo sanzionatorio, in cui il meccanismo di cui all'articolo 9 della legge n. 689 del 1981 non può trovare applicazione: è proprio ciò che si verifica - come si è ampiamente visto - nel T.U.I.F.⁶¹⁴.

⁶¹¹ Principio che non può trovare applicazione - *ça va sans dire* - nei casi in cui ciò non sia consentito dalla presenza di clausole che impongano *espressamente* la doppia procedibilità.

⁶¹² L'introduzione (*rectius*: estensione) del principio di specialità al concorso apparente tra disposizione penale e disposizione amministrativa è stata vivacemente discussa in dottrina; l'opinione tradizionale riteneva configurabile il concorso apparente solo tra norme omogenee, appartenenti al medesimo ramo dell'ordinamento. Prima dell'introduzione dell'articolo 9 l. 689/1981, il principio di specialità era ritenuto applicabile solo nell'ambito del diritto penale.

⁶¹³ A tale prospettiva di “omogeneizzazione funzionale” tra sanzioni penali e amministrative è riconducibile la sentenza della Corte Costituzionale, 4 giugno 2010, n. 196, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2306; in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 10, p. 2017, con nota di DIES; in *Arch. giur. circ.*, 2010, 7-8, p. 581; sul presupposto che “tutte le misure di carattere punitivo - afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto”, la Consulta ha concluso, rifacendosi esplicitamente all'art. 25, II c., Cost., che “la legge deve configurare (...) i fatti da punire anche per le sanzioni amministrative”.

⁶¹⁴ COLUCCI - DIMA, *Il principio di specialità*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 380, secondo i quali la duplicazione delle sanzioni non può sottrarsi a uno scrutinio forte in termini di ragionevolezza e di proporzionalità. Gli stessi Autori, nel testo citato, ritengono che l'applicazione della sola norma speciale (in omaggio al principio di specialità) costituisca applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. Si ritiene di non condividere la tesi esposta: il principio del *ne bis in idem* (quantomeno nell'ordinamento italiano) non postula l'impossibilità di irrogare allo stesso soggetto, per il medesimo fatto, la sanzione penale in aggiunta alla sanzione amministrativa. Problemi ben diversi si pongono (con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale) quando la sanzione amministrativa, concorrente con quella penale, presenti un tale grado di afflittività da dover essere necessariamente considerata come sostanzialmente penale. Da ultimo, è necessario riconoscere che proprio l'omogeneità funzionale dei due tipi di sanzione (omogeneità che è alla base della regola contenuta nell'articolo 9 della legge 689/1981) consente di qualificare la sanzione amministrativa come vera e propria “pena in senso tecnico”, ma la presenza di

È necessario rammentare, in ogni caso, che - pur ammettendo la piena operatività dell'articolo 9 l. n. 689 del 1981 - il vero interrogativo sorge in merito al concetto di specialità. Infatti, come visto in precedenza (Parte II, Cap. III, Par. 3.11.1) il principio di specialità può essere inteso in un duplice significato: secondo il primo, la specialità va identificata secondo criteri strutturali, come confronto tra le singole fattispecie astratte⁶¹⁵. Per il secondo orientamento, viceversa, il richiamo allo “stesso fatto” contenuto nell'articolo 9 va inteso come richiamo allo stesso “fatto in concreto”, con l'adozione di un criterio non più logico-formale, bensì concreto-sostanziale, fondato non più sugli elementi costitutivi delle singole fattispecie, bensì sulla riconducibilità dell'*idem factum* a due diverse disposizioni normative, l'una penale e l'altra amministrativa, con la conseguenza di ritenere operante il principio di specialità qualora un medesimo fatto sia riconducibile a due diverse fattispecie normative, pur non sussistendo tra queste nessun rapporto di *genus a species*⁶¹⁶. È questo, come dimostrato, l'orientamento proprio della Corte EDU, a partire dalla nota sentenza *Zolotoukhine c. Russia* del febbraio 2009.

Il principio di specialità, posto dal legislatore a base della disciplina del concorso apparente d'illeciti penali con illeciti amministrativi, non si rivela idoneo, tuttavia, a risolvere i problemi posti dal “doppio binario” sanzionatorio, nei casi in cui sia la legge stessa a imporre *expressis verbis* l'applicazione di due sanzioni per il medesimo fatto; e ciò in quanto tale principio (diretto a evitare una violazione del *ne bis in idem* sostanziale) è pur sempre contenuto in una semplice legge ordinaria, come tale da considerarsi soccombente nei confronti di altre successive disposizioni aventi la medesima forza formale.

disposizioni legislative che impongono il cumulo sanzionatorio evidenzia che, nella *intentio legislatoris*, la sanzione amministrativa è deputata ad essere utilizzata come strumento a presidio della funzione amministrativa; una visione totalmente disattesa dalla legge del 1981 la quale, come si è visto, interpreta la sanzione amministrativa come limitrofa a quella penale.

⁶¹⁵ In dottrina si v. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 550; G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p. 40. In giurisprudenza si v. Cass., 28 novembre 2007, n. 2168, in *Riv. Pen.*, 2008, 4, p. 390.

⁶¹⁶ In dottrina si v. DE ROBERTO, *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella legge 24 novembre 1981 n. 689* (nota a Trib. Lanciano, 19 luglio 1982), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 1584 ss.; CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Nss. D.I.*, II, Torino, 1958, p. 1013.

Di conseguenza, nei casi in cui la sanzione amministrativa (prevista in concorso con la sanzione penale) debba essere considerata come sostanzialmente penale (alla stregua dell'approccio sostanzialistico propugnato dalla giurisprudenza eurolunitaria e convenzionale), il meccanismo di "doppio binario" sanzionatorio che ne risulta potrà essere scongiurato solo in assenza di una clausola derogatoria *espressa* all'operare del principio di specialità.

4.2. Prospettive *de lege ferenda*.

L'Ufficio del Massimario del supremo organo giurisdizionale italiano - probabilmente temendo le forti ripercussioni che la pronuncia *Grande Stevens* avrebbe potuto determinare su alcuni settori del sistema legislativo - ha proposto un'interpretazione "di salvaguardia" delle disposizioni esistenti, tentando di trarre indicazioni normative proprio da ciò che rende, allo stato attuale, *ineludibile* il cumulo sanzionatorio penale-amministrativo. In un documento redatto subito dopo l'arrêt *Grande Stevens*, l'Ufficio del Massimario della Cassazione propone un'interpretazione convenzionalmente conforme della clausola "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisca reato", posta in apertura dell'articolo 187-*ter*⁶¹⁷, come una "clausola di specialità che richiami il concorso apparente di norme quando si sia in presenza delle condizioni di configurabilità dell'illecito penale, che, in tal caso, andrebbe applicato in via esclusiva come norma più speciale rispetto all'illecito amministrativo"⁶¹⁸. Pare che l'Ufficio del Massimario inquadri il rapporto tra gli illeciti penale e quelli amministrativi in termini di sussidiarietà: nel senso che l'illecito amministrativo debba trovare applicazione solo nei casi "non coperti" da quello penale⁶¹⁹. La Corte di Cassazione insomma - sulla base dei principi espressi nella sentenza *Labella* - cerca di risolvere il problema del

⁶¹⁷ Non si comprende perché, nella Relazione dell'Ufficio del Massimario, la clausola di apertura venga riferita al solo articolo 187-*ter*, quando essa è pedissequamente replicata anche nell'articolo 187-*bis*.

⁶¹⁸ Corte di Cassazione. Ufficio del Ruolo e del Massimario - Settore penale, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, Roma, 8 maggio 2014, p. 25.

⁶¹⁹ Situazione possibile, come detto prima, praticamente nel solo caso dell'illecito di manipolazione del mercato, in quanto l'illecito amministrativo di *insider trading* è praticamente identico al corrispondente illecito penale.

doppio binario sanzionatorio tentando di eludere la clausola, posta in apertura degli articoli del T.U.I.F. che prevedono gli illeciti amministrativi, la quale pare costituire, invece, una condizione espressa di doppia procedibilità. Ora, a parte il fatto che leggere in questo modo la clausola d'apertura significherebbe farle assumere una funzione propria delle clausole di sussidiarietà espressa⁶²⁰, è lo stesso dato normativo a impedire una siffatta lettura: infatti, l'art. 187-*duodecies* inibisce che la sospensione del procedimento amministrativo in pendenza di quello penale, e il successivo art. 187-*terdecies* - limitando, in caso di doppia sanzione, l'esazione della pena pecuniaria alla sola porzione eccedente la sanzione amministrativa già irrogata - considera come "naturale" l'ipotesi del cumulo sanzionatorio penale-amministrativo⁶²¹. Il problema si pone, dunque, per tutti i processi penali attualmente in corso (ma anche per quelli futuri), aventi ad oggetto i medesimi fatti già giudicati nel procedimento d'irrogazione delle sanzioni amministrative previste dal T.U.I.F.: si vedrà in che modo i giudici, soprattutto di merito, tenteranno di risolvere il contrasto di tali processi con i dettami della Corte EDU. Vista la gran mole di possibili questioni di legittimità costituzionale, è auspicabile un rapido e risolutore intervento con cui il legislatore, *bon gré mal gré*, si adegui ai *dicta* provenienti da Strasburgo⁶²². Il quadro normativo di riferimento a livello europeo - con cui il legislatore interno è chiamato a confrontarsi - ha subito, proprio nei mesi successivi alla sentenza *Grande Stevens*, notevoli mutamenti, a seguito dell'introduzione della Direttiva 2014/57/UE e del Regolamento 596/2014. È evidente, nei nuovi atti normativi eurounitari,

⁶²⁰ In tal senso, la disposizione avrebbe dovuto esordire con la clausola "salvo che il fatto non costituisca reato".

⁶²¹ Ritengono che non sia sostenibile l'interpretazione convenzionalmente conforme della clausola d'esordio delle disposizioni in materia d'illeciti amministrativi proposta dall'Ufficio del Massimario VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 27; FLICK - NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, cit., pp. 981-982; AMATI, *La disciplina degli abusi di mercato*, in MAZZACUVA - AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2010, p. 404. Sostengono la fondatezza di tale interpretazione TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 4; D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., p. 930.

⁶²² Come auspica D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., pp. 630-631, secondo il quale "il legislatore potrebbe approfittarne per raccogliere le sollecitazioni ad adottare un provvedimento di riforma coerente e organico, ritoccando le fattispecie di cui agli artt. 184, 185, 187 *bis* e 187 *ter* T.U.I.F., per meglio coordinarle con i principi sanciti dalla sentenza *Grande Stevens vs. Italia* e, a questo punto, abrogare le disposizioni relative al rapporto tra i procedimenti e al cumulo sanzionatorio, rese superflue dalla necessità di introdurre comunque un "doppio binario progressivo" (nella variante formale o prasseologica, a seconda delle esigenze di tutela ritenute preferibili)".

diversamente da quanto avvenuto con la Direttiva MAD del 2003, l'opzione netta a favore della sanzione penale, reputata indispensabile a fronte della dimostrata inadeguatezza delle sanzioni amministrative rispetto all'esigenza di presidiare l'integrità del mercato, la sua efficienza e il suo carattere integrato, nella prospettiva di rafforzare la fiducia degli investitori, i quali costituiscono gli attori principali del *circus* economico-finanziario⁶²³.

⁶²³ MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 settembre 2015, p. 1.

CONCLUSIONI

1. “C’è un giudice a Strasburgo”. Illecito penale e illecito amministrativo alla prova della giurisprudenza convenzionale.

L’analisi della figura dell’illecito penale - amministrativo nei suoi rapporti con la sanzione penale, nella sua evoluzione storica e, infine, alla luce delle influenze provenienti da sedi diverse da quella nazionale, ha perseguito il tentativo di mostrare al lettore la fisionomia attuale del diritto sanzionatorio amministrativo, senza pretesa di completezza ed esaustività, caratteristiche - le ultime - peraltro difficilmente raggiungibili nella stesura dell’elaborato finale del percorso di studi universitario.

L’approfondimento relativo alla questione della - ormai acclarata - violazione del principio del *ne bis in idem* convenzionale con riferimento alla disciplina legislativa italiana in materia di *market abuse* voleva meramente esemplificare la portata dei problemi con cui dovrà necessariamente, nel prossimo futuro, confrontarsi l’ermeneuta del diritto. D’altronde, è facilmente intuibile che gli imminenti arresti giurisprudenziali (tra cui le questioni di legittimità costituzionale delle norme presenti nel T.U.I.F., tuttora pendenti davanti alla Corte Costituzionale), indipendentemente dal loro esito, contribuiranno ad alimentare il già corposo dibattito che si sta registrando, da ultimo, nella dottrina penalistica, amministrativista e costituzionalistica. Tale constatazione è valida, *a fortiori*, solo se si pensa che i settori ordinamentali interni passibili di censure in ordine alla violazione del principio del *ne bis in idem* convenzionale sono, in verità, molteplici: oltre al già esaminato settore del *market abuse*, forti dubbi di compatibilità convenzionale aleggiavano intorno alla disciplina degli illeciti tributari e degli illeciti disciplinari. Materie, le ultime, in cui il legislatore italiano pare aver fatto un uso “sconsiderato” della tecnica del doppio binario sanzionatorio, senza considerare non solo la fisionomia e la funzione del diritto amministrativo

punitivo così come configurato dalla legge n. 689 del 1981, ma neppure i *dicta* provenienti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ai quali, dopo il lungo "cammino convenzionale" svolto dalla Corte Costituzionale, l'ordinamento interno è obbligato a conformarsi.

Ai fini del nostro studio, poi, le conclusioni esposte nell'ultimo capitolo (al termine del percorso di analisi della fisionomia complessiva dell'illecito amministrativo) dimostrano quali possano essere i risultati concreti di un uso poco sapiente della tecnica normativa che - unito alla tendenza del legislatore ad attuare facili truffe delle etichette, approfittando del poco netto confine tra illecito penale e illecito amministrativo - porti inevitabilmente a un abbassamento delle garanzie previste per il destinatario della reazione sanzionatoria statale, il quale si trova così esposto a una pluralità di procedimenti penali per l'*idem factum* a lui ascritto.

Resta la difficoltà - davvero di non poco conto - di riuscire a individuare criteri di demarcazione tra le due forme d'intervento che sviluppino e rendano stringenti le indicazioni fornite al legislatore già nel 1983 da una "saggia" Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Parte II, Cap. III, Par.1.1).

A riguardo, tuttavia, è opportuno svolgere alcune precisazioni. Si è visto (cap. V) come la giurisprudenza della Corte EDU interpreti in maniera sostanzialistica il concetto di materia penale, facendovi rientrare sanzioni amministrative dotate di elevati livelli di gravità ma aventi uno scopo repressivo e generalpreventivo, assoggettando le sanzioni così riqualificate al complesso delle garanzie sostanziali e processuali previste dalla CEDU per l'illecito penale.

L'utilizzo dei cd. *Engel criteria*, per decidere della vera natura dell'illecito considerato, non è tuttavia esente da considerazioni problematiche quanto alla reale tenuta dei suddetti indici. Infatti, l'impressione che si ha analizzando l'intera giurisprudenza convenzionale in materia d'illeciti amministrativi è che, a forza di estendere la nozione di *matière pénale*, si finisca per esautorare la figura dell'illecito amministrativo, con notevoli ricadute sul piano del diritto interno. La dilatazione di una categoria giuridica determina spesso, come reazione, una fuga dalle garanzie a essa collegate, anche tramite l'individuazione di una sottocategoria per cui quelle stesse garanzie non trovano applicazione. In altre parole, allargando a dismisura l'ambito del penale, si corre il rischio di dover poi

differenziare il trattamento da riservare a sanzioni che, pur riconducibili alla materia penale in base ai criteri Engel, vanno considerate (per la loro funzione) sanzioni a tutti gli effetti amministrative.

Come si è avuto modo di notare (Parte III, Cap. V, par. 2) i tre criteri Engel elaborati dalla Corte EDU vanno utilizzati, in prima battuta, in via alternativa fra di loro: ciò significa che il giudizio sulla natura penale della sanzione può essere condotto anche su uno soltanto dei criteri elaborati (e.g. quello della gravità). In questo modo, ci sembra che la nozione di sanzione *penale* assuma progressivamente contorni più sfumati e imprecisi, dimenticando il suo tradizionale aggancio con la funzione punitiva, per abbracciare anche misure aventi finalità prevalentemente risarcitorie o ripristinatorie.

Quale sarà la sorte degli *Engel criteria* nella giurisprudenza - fino ad ora granitica - della Corte EDU lo dimostrerà l'elaborazione che i giudici di Strasburgo metteranno in atto nei prossimi anni. È certo, però, che nella giurisprudenza della Corte EDU lo spostamento del *discrimen* tra penale e amministrativo abbia proceduto di pari passo con l'estensione delle garanzie del singolo.

In conclusione, si assiste ad un ulteriore passo verso una tutela piena ed effettiva dei diritti fondamentali del cittadino. Parafrasando l'esclamazione con la quale il mugnaio di Potsdam esprimeva la sua ferma convinzione di trovare giustizia presso l'Imperatore Federico il Grande (“*Ci sarà pure un giudice a Berlino!*”), possiamo affermare che oggi, qualche chilometro più a est, c'è finalmente un giudice a Strasburgo.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 542 ss.

ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 6, 2014, I, pp. 855 ss.

ALESSANDRI, *sub art. 27*, in BRANCA - PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1989.

ALLEGREZZA, *Sub art. 4 Prot. n. 7*, in BARTOLE - DE SENA - ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, pp. 1 ss.

AMATI, *La disciplina degli abusi di mercato*, in MAZZACUVA - AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2010.

AMATO, *Art. 13*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione - Rapporti civili, Artt. 13 - 16*, Bologna - Roma, 1977, pp. 1 ss.

AMATUCCI, *Depenalizzazione ed illecito amministrativo*, in BERTONI - LATTANZI - LUPO - VIOLANTE (a cura di), *Modifiche al sistema penale*, Milano, 1982, I, p. 5.

ANGELETTI, voce *Sanzioni amministrative*, in *NN.D.I.*, App.VI, Torino, 1986, p. 940.

ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Milano, 1930.

ANTONINI, *La ultrattività delle leggi penali finanziarie: una questione senza problemi?*, in *Giur. cost.*, 1975, pp. 175 ss.

ART. ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, p. 385 ss.

BACHELET, *Problemi e prospettive della "depenalizzazione" delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974, IV, p. 2293.

BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 537 ss.

BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, pp. 223 ss.

BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, pp. 727 ss.

BETTIOL, *Diritto penale*¹¹, Padova, 1982.

BIANCHI, *La cd. "successione impropria": una questione di garanzia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1211 ss.

BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015.

BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, pp. 1 ss.

BOSETTI, *Autonomia privata e formazioni sociali*, in BUSNELLI - SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 158.

BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 634 ss.

BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in AA.VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1976, p. 63.

BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta 'realE nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982, 3, p. 360 ss.

BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1964.

BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, pp. 249 ss.

BRICOLA, *sub art. 25*, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979.

BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984.

BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *NN.D.I.*, XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss.

CAMERA DEI DEPUTATI, *XVII Legislatura. Documentazione per l'esame del progetto di legge A.C. 331-927-B. Scheda di lettura n. 7/2*, 5 febbraio 2014 in www.camera.it.

CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, pp. 112 ss.

CAPACCIOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1982.

CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983.

CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, a cura del Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Roma, 1979, p. 132.

CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio di obbligatorietà*, in AA.VV., *Sanzioni amministrative in materia edilizia*, Torino, 2014, p. 6.

CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996.

CASSETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in *Le sanzioni amministrative - Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1982.

CASSETTA, voce *Illecito amministrativo*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1993.

CASSETTA, voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, 1997.

CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*², I, Milano, 2003.

CERBO, nota a Cons. St., sez. VI, ord. 9 luglio 2014 n. 3496, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3609.

CERRONI, *Formalità e socialità nel diritto postliberale*, in *Democrazia dir.*, 1981, p. 75.

CIOFFI, *Dovere di provvedere e Pubblica Amministrazione*, Milano, 2005.

COLLA - MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001.

COLUCCI - DIMA, *Il principio di specialità*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 358.

CONSULICH, *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici*, in *Le società*, 2011, 7, pp. 823 ss.

CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *NN.D.I.*, II, Torino, 1958.

CORSO, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1982, pp. 59 ss.

CORSO P., *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Milano, 1969.

CORTE DI CASSAZIONE, *Relazione III/07/2014. Prime riflessioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Roma, 2014, p. 3

CORTE DI CASSAZIONE. Ufficio del Ruolo e del Massimario - Settore penale, *Relazione n. 35/2014. Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, Roma, 8 maggio 2014.

CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*⁵, II (*L'ordinamento costituzionale italiano*) Padova, 1984.

D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 5, pp. 614 ss.

D'ONOFRIO, *Legge di P.S. e depenalizzazione*, in *Riv. polizia*, 1994, pp. 640 ss.

DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980.

DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988.

DE ROBERTO, *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella legge 24 novembre 1981 n. 689* (nota a Trib. Lanciano, 19 luglio 1982), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 1584 ss.

DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964.

DELLA BELLA, *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2014.

DI GIOVINE, *Giudice di pace e legislazione penale complementare*, in *Foro it.*, 2000, V, pp. 317 ss.

DI GIOVINE, *La nuova legge delega per la depenalizzazione dei reati minori tra istanze deflattive e sperimentazione di nuovi modelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1427 ss.

DI NINO, *Gli itinerari della depenalizzazione dalla legge n. 689/1981 alla legge n. 205/1999*, in *Ind. pen.*, 2000, pp. 772 ss.

DOLCINI - PALIERO, *I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "Modifiche al sistema penale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 1171.

DOLCINI - PALIERO, *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 1134.

DOLCINI, *sub artt. 5 - 6 - 7 - 9 - 11*, in DOLCINI - GIARDA - MUCCIARELLI - PALIERO - RIVA CRUGNOLA (a cura di), *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982.

DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, p. 780.

DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, p. 49.

DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in *Dir. pen. e processo*, 2000, pp. 1652 ss.

DUNI, *L'art. 28 della Costituzione*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauro nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, Milano, 1968, II, p. 714.

FALCINELLI, *Il giudice, l'antifrasi e una "Fata Morgana": se il tipo del pericolo concreto esprime un'offesa di danno (di un bene astratto)*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 giugno 2011.

FEDELE, *sub art. 23*, in AA.VV., *Rapporti civili (artt. 22-23), Commentario alla Costituzione* (a cura di Branca), Bologna - Roma, 1978.

FERRARA F., *Diritto di guerra e diritto di pace* (1918), ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1954, pp. 65 ss.

FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna, 2014.

FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42 ss.

IORE, *Prospettive della riforma penale: il ruolo della legislazione speciale*, in *Democrazia dir.*, 1977, pp. 685 ss.

FLICK - NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, in corso di pubblicazione su *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015.

FLICK - NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni amministrative: doppio binario o binario morto? ("Materia penale" giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. soc.*, 2014, pp. 954 ss.

FOFFANI, *sub artt. 180-185 d.lgs. 58 del 1998*, in PALAZZO - PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007.

GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 55.

GIAMPAOLINO, *Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative e la cd. depenalizzazione (Circ. P.C. 19 dicembre 1983)*, in *Foro amm. Consiglio di Stato*, 1984, pp. 1635 ss.

GIANNINI, *Diritto amministrativo*², II, Milano, 1988.

GIARDA - SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, 2001.

GIOVAGNOLI - FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Roma, 2009.

GIUNTA, *Effetti e prospettive della depenalizzazione alla luce di una verifica empirica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 742 ss.

GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in VASSALLI (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986.

GOGGIAMANI, *La doverosità amministrativa*, Torino 2005.

GOISIS, *Introduzione al Seminario "Riflessioni sull'incertezza delle regole: le sanzioni amministrative "nascoste" e le nuove sanzioni pecuniarie introdotte dal codice del processo amministrativo"*, Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento di Giurisprudenza, 6 febbraio 2014, in www.air.unimi.it.

GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 1238.

GREVI, *Giudice unico e giudice onorario nel processo penale*, in *Atti dell'incontro sul giudice onorario, Bologna 5 febbraio 1977*, Milano, 1979, p. 27.

GRILLI, *La nuova disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*, in *Giust. pen.*, 1995, II, pp. 370 ss.

IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1963.

LAGOSTENA BASSI - RUBINI, *La depenalizzazione*, Milano, 1969.

LAMBERTUCCI, *sub artt. 3 - 6 - 7 - 8 - 11 - 12, legge 24 novembre 1981, n. 689*, in PALAZZO - PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003.

LANDI, voce *Disciplina (dir. pubblico)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.

LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, V, pp. 251 ss.

LUPO, *La recente legge sulla depenalizzazione*, in *Giustizia e Costituzione*, 9, 1976, p. 67.

MAGRO, *Le manipolazioni del mercato tra illecito penale e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 56 ss.

MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione d'innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 aprile 2015.

MANES, *sub art. 7*, in BARTOLE - DE SENA - ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

MANZINI, *Diritto penale italiano*, Torino, 1950.

MARINI, voce *Sanzioni amministrative pecuniarie (Illecito colpito da)*, in NN.D.I., App. VI, Torino, 1986.

MARINUCCI - ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in AA.VV., *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di Nuvolone, Milano, 1972, p. 98.

MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla sanzione pecuniaria civile. In merito all'esercizio della delega di cui all'art. 2, co. 3, legge 28 aprile 2014, n. 67*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 aprile 2015.

MAZZA, *Il sistema sanzionatorio in materia forestale*, in *Giur. agr.*, 1976, p. 588.

MIEDICO, *Sospensione del processo con messa alla prova anche per i maggiorenni. Sulla proposta di legge n. 331-927-B, approvata in via definitiva dalla Camera il 2 aprile 2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 aprile 2014.

MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970.

MORANDI, *Nuove modificazioni della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*, in *Leg. pen.*, 1996, pp. 309 ss.

MORZENTI PELLEGRINI - MONZANI, *La sanzione amministrativa pecuniaria*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 391.

MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 settembre 2015.

NAPOLITANO V., *Illecito penale e illecito amministrativo: c'è ancora spazio per il doppio binario sanzionatorio?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 280.

NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965.

NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, XX, Torino, 1996.

NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 755.

NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966.

NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pp. 60 ss.

PADOVANI - STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1996.

PADOVANI, *La cd. "ultrattività" delle leggi penali finanziarie e il principio di eguaglianza*, in *Foro it.*, 1975, I, pp. 28 ss.

PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 432 ss.

PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 952 ss.

PADOVANI, *Nuovo apparato sanzionatorio in materia di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, pp. 506 ss.

PAGLIARI, *Il principio di legalità*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 29.

PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988.

PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*², 1980.

PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.

PALADIN, *Il problema delle sanzioni nel diritto regionale*, in *Studi in onore di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 378.

PALAMARA - SALEMME, *La depenalizzazione e la ripenalizzazione*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 722.

PALAZZO, *Commento articolo per articolo alla l. 24/11/1981 n. 689 di Modifiche al sistema penale, sub art. 58*, in *Leg. pen.*, 1982, p. 337.

PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. (Dalle leggi di depenalizzazione alla Circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *Ind. pen.*, 1986, pp. 41 ss.

PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1981.

PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2015, p. 1720.

PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.

PALIERO - TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989.

PALIERO, *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 894 ss.

PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, pp. 117 ss.

PALIERO, *La riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corr. merito*, 2006, pp. 615 ss.

PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1993, pp.

PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decodificazione dei reati bagatellari*, Milano, 1985.

PALIERO, *Profili comparatistici del “diritto penale amministrativo” (Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera)*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di Studi di scienza dell’amministrazione di Varenna*, Milano, 1982.

PALIERO, voce “*Ordnungswidrigkeiten*”, in *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino, 1995.

PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989.

PATANÈ, *Concorso apparente di norme, criteri selettivi. La legge 24 novembre 1981, n. 689, e il suo art. 9 per le sanzioni amministrative e i reati*, in *Giust. pen.*, I, 1982, p. 211.

PEDRAZZI, *Considerazioni generali sulle sanzioni penali nel progetto di riforma delle società commerciali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, pp. 782 ss.

PELLIZZER - BURANELLO, *Disciplina sulle sanzioni amministrative ed ambito di applicazione*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 15.

PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del «tipo»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 470 ss.

PITTARO, voce *Depenalizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Agg., Roma, 2007.

POLICE, *Doverosità dell’azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in PERFETTI (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità e amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 16.

PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 483.

PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990.

POTOTSCHNIG, *Presentazione del tema del convegno*, in *Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione di Varenna*, Milano, 1982.

PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2015.

PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI PALERMO, *Circolare esplicativa/applicativa sul D.lgs. 16 marzo 2015 n. 28 "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto..."*, pp. 1-2, in www.penalecontemporaneo.it, 2 luglio 2015.

PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28. Prime riflessioni*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 giugno 2015.

PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, in *Studi di diritto penale raccolti da Giacomo Delitala*, Milano, 1976, p. 109.

PULITANÒ, *Quale riforma del diritto penale del lavoro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, pp. 205 ss.

RAGGI, *Lo svolgimento del diritto amministrativo penale*, in *Il Filangieri*, 1907, p. 344.

RAMACCI, *Principi ispiratori della depenalizzazione*, in *Studi senesi*, III serie, XXIX, 1980, p. 162.

RELAZIONE GOVERNATIVA allo schema di decreto legislativo delegato presentato alle Camere per il parere previsto dalla legge-delega, in http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0130_F001.pdf&leg=XVII#pagemode=none.

RIVA CRUGNOLA, *La determinazione della misura delle sanzioni*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione di Varenna*, Milano, 1982.

RIVIEZZO, *La persona offesa protagonista del processo davanti al giudice di pace*, in *Dir. giust.*, 2000, 31, pp. 9 ss.

ROMAGNOLI, *La reiterazione delle violazioni*, in CAGNAZZO - TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Profili generali*, Torino, 2012, p. 404.

ROMANO, *I poteri disciplinari delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Giur. It.*, 1898, ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1950.

ROMEO, *Le Sezioni Unite sulla successione tra reato e illecito amministrativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 luglio 2012.

ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo. Ambito di applicazione*, Milano, 1990.

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*¹², Napoli, 1982.

SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983.

SANDULLI M.A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XXXII, Roma, 1994.

SANDULLI M.A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992.

SANDULLI, M.A., voce *Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992.

SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937.

SAVONA, *La regolazione del mercato della criminalità*, in *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993.

SCHLESINGER, *Il tramonto del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, pp. 80 ss.

SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2014.

SCOLETTA, *Prognosi e diagnosi del pericolo nel delitto di manipolazione del mercato*, in *Corr. merito*, 2011, pp. 844 ss.

SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 11.

SENATO DELLA REPUBBLICA, *Relazione al d.d.l. S. 110 della XVII Legislatura*, d'iniziativa dei Senatori Caliendo e Palma, in www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00698853.pdf.

SGUBBI, FONDAROLI, TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008.

SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983.

SOPRANI, *sub art. 94 D. Lgs. 507 del 1999*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 950.

TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.

TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: una alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pp. 929 ss.

TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di 'sanzionÈ*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2323 ss.

TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983.

TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014.

VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012.

VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e per l'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10-bis e 10-ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 settembre 2013.

VASSALLI F., *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), ora in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, pp. 337 ss.

VASSALLI F., *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, I: *Filosofia e teoria generale del diritto*, Padova, 1950, pp. 492 ss.

VASSALLI G., Voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.

VENEZIANO, *L'estensione dell'ambito di depenalizzazione e la ripenalizzazione di illeciti depenalizzati*, in BERTONI - LATTANZI - LUPO - VIOLANTE, *Modifiche al sistema penale*, I: *Depenalizzazione e illecito amministrativo*, Milano, 1982, pp. 100 ss.

VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 701.

VIGANÒ, *Anche la Sezione tributaria civile della Cassazione manda gli atti alla Corte Costituzionale su abusi di mercato e ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 gennaio 2015.

VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenza nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra guerra e dialogo*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2014.

VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'articolo 50 della Carta? A margine di Corte EDU, Sez. II, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens e a. c. Italia, ric. n. 18640/10 e a.*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 giugno 2014.

VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Diritto penale e processo. Speciale Europa*, 2011, p. 16.

VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto penale europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2014, pp. 168 ss.

VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015.

VIGNERI, *Commento alla legge 24 novembre 1981, n. 689. I: Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1982, p. 1113.

VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali - Ricerca sulla controversa questione*, Milano, 1974.

VON LISZT, *Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuch in Aussicht zu nehmen?* In *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlino, 1905.

WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it. a cura di DE STEFANO, Milano, 1965.

ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni CONSOB, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU*, in *Giur. it.*, 5, 2014, pp. 1197-1198.

ZANOBINI, *La sistemazione delle sanzioni fiscali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, p. 501.

ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924.