

# L'INCIDENZA DELLA DEFINIZIONE “CONVENZIONALE” DI PENA SULLE PROSPETTIVE DI RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO\*

Osservazioni a margine della legge delega n. 67/2014

Francesco Mazzacuva

## ABSTRACT

Il progressivo recepimento nell'ordinamento interno della nozione di “pena” elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo non può che incidere anche sull'attuazione della riforma del sistema sanzionatorio delineata nella legge delega n. 67/2014. In particolare, nell'ottica di una diversificazione delle strategie sanzionatorie, attraverso una valorizzazione delle sanzioni amministrative e di quelle etichettate come “civili”, non pare comunque consentito un arretramento di determinate garanzie collegate al principio di colpevolezza, valevoli rispetto ad ogni manifestazione della potestà punitiva.

---

## SOMMARIO

1. La “materia penale” nella giurisprudenza della Corte europea. – 2. Punizione e riparazione: le “sanzioni civili” nella legge delega. – 3. Depenalizzazione e garanzie.

\*La presente relazione si inserisce in un più ampio studio in corso di realizzazione sul rapporto tra il concetto di punizione e le garanzie collegate al principio di colpevolezza e ripercorre, soprattutto nella prima parte, alcune considerazioni già svolte nell'articolo *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, pubblicato in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 1899 ss..

## 1.

## La “materia penale” nella giurisprudenza della Corte europea.

Come ogni definizione giuridica, la nozione di *matière pénale* elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo deve essere inquadrata nella prospettiva teleologica in cui prende forma, la quale è rappresentata dall'esigenza di determinare l'applicabilità di una serie di garanzie intimamente collegate all'*idea di colpevolezza*. Il fatto che nella giurisprudenza di Strasburgo il divieto di responsabilità obiettiva sia tuttora recepito in modo incerto<sup>1</sup>, infatti, non deve far passare in secondo piano la circostanza che i diversi diritti fondamentali collegati al concetto di “materia penale” – tra cui la stessa idea di legalità intesa come “accessibilità” e “prevedibilità” della legge penale<sup>2</sup> – trovino il loro fondamento ultimo proprio nella *Schuldidee*<sup>3</sup>. È quindi nell'ottica della personalizzazione della responsabilità che la Corte europea ha intrapreso un percorso di progressivo “affinamento” della nozione di materia penale che è passato attraverso una serie di “scelte” sulle quali conviene soffermarsi brevemente, anche al fine di verificarne l'incidenza rispetto a taluni profili della recente legge delega n. 67/2014 per la riforma del sistema sanzionatorio.

Anzitutto, come noto, sin dalla celebre sentenza *Engel* del 1976, la Corte di Strasburgo ha inteso emanciparsi dalle nomenclature nazionali e adottare la dottrina della “*interprétation autonome*” con riferimento al problema della qualificazione penale<sup>4</sup>. Si tratta di una soluzione che è stata certamente sollecitata dal confronto obbligato con un'ampia varietà di sistemi giuridici ma che trova la sua ragione ultima nell'esigenza di sottoporre ad un giudizio *critico-dimostrativo* ogni determinazione della pubblica autorità idonea ad incidere sull'esercizio di prerogative soggettive fondamentali<sup>5</sup>, ribaltando così l'ideologia giuspositivistica che individua nel legislatore il “padrone” delle qualificazioni giuridiche (secondo un'impostazione notoriamente recepita nel codice penale italiano, agli artt. 17 e 22).

Alla ricerca della “sostanza penale”, la Corte europea sposta presto il baricentro valutativo dalla natura dell'*illecito* a quella delle sue *conseguenze giuridiche*: se in alcune sentenze, infatti, viene affacciata una sottile distinzione tra illeciti penali ed illeciti disciplinari sulla base di parametri quali l'estensione del *novero dei destinatari* e la *tipologia degli interessi tutelati*, già nel caso *Engel* è soprattutto lo sguardo sulla *sanzione* a rivelarsi decisivo<sup>6</sup>. Questo tipo di impostazione, effettivamente, si rivela coerente con l'impronta teleologica sopra descritta, rispetto

<sup>1</sup> Se, infatti, nel *leading case Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988, si faceva valere una dimensione “sostanziale” della presunzione di innocenza (tale da imporre, se non altro, una traduzione delle ipotesi di responsabilità oggettiva in presunzioni relative di colpevolezza) e nella sentenza *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, 20 gennaio 2009, si ribadiva la necessità di imputazione soggettiva dell'illecito, nella successiva sentenza *G. c. Regno Unito*, 30 agosto 2011, la Corte pare ripiegare sull'inesistenza di un divieto di responsabilità oggettiva (tale da condurre addirittura ad una declaratoria di inammissibilità *ratione materiae* della questione), così compiendo un deciso passo indietro, come sottolineato da D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1244 ss..

<sup>2</sup> A parte la tesi “estrema” che inquadra la legalità come mera “specificazione” del principio di colpevolezza (su cui cfr. F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 92), si considerino i termini della stessa sentenza C. cost. n. 364/1988 sul fondamento comune tra la legalità come *riconoscibilità* della norma penale ed il principio di colpevolezza (sul punto, di recente, cfr. anche V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, 150 ss.).

<sup>3</sup> In questo senso, cfr. soprattutto H. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, 2 ss., che con tale termine individua la colpevolezza come principio-istanza fondamentale del diritto penale, dal quale si possono derivare regole sul piano della colpevolezza come categoria nella sistematica del reato (*Strafbegründungsschuld*) e della commisurazione della pena (*Strafzumessungsschuld*). Si tratta, peraltro, di un'impostazione autorevolmente ripresa nella letteratura italiana: cfr., ad esempio, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 72 ss.; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 112; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 803; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 553 ss..

<sup>4</sup> In proposito, cfr. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Le caractère «autonome» des termes et la «marge d'appréciation» des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, in F. Matscher-H. Petzold, a cura di, *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne – Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Köln, 1988, 201 ss., e F. OST, *Originalità dei metodi di interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. Delmas-Marty, a cura di, *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Padova, 1994, 312 ss., il quale osserva come tale tecnica interpretativa – che emerge nella sentenza *James* ma che trova una definitiva affermazione proprio nella pronuncia *Engel* sul concetto di materia penale – sia strettamente funzionale alla realizzazione degli obiettivi della Convenzione.

<sup>5</sup> Cfr. i significativi termini della sentenza *Engel e a. c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 81, secondo cui «*If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a “mixed” offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7) would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention.*».

<sup>6</sup> In particolare, in quel caso la Corte, dopo aver risolto in senso disciplinare l'accertamento della natura degli illeciti ed aver riscontrato l'identità di tipologia e di natura delle sanzioni inflitte ai cinque ricorrenti (ritenute repressive e privative della libertà, salvo nel caso del ricorrente van der Wiel), accoglieva esclusivamente le doglianze dei ricorrenti Wit, Dona e Schul, poiché nei loro confronti il massimo della sanzione minacciata veniva a corrispondere a tre o quattro mesi, mentre nel caso del soldato Engel la misura applicabile non consisteva che in pochi giorni di *arrêts de rigueur*.

alla quale ogni priorità accordata agli inquadramenti sostanziali del reato finisce per operare un'indebita inversione metodologica. Anche nella più rigorosa teorizzazione dottrinale in questa direzione, a ben vedere, l'esclusione del rango costituzionale di determinate garanzie nel campo delle sanzioni amministrative non deriva dall'elaborazione di una definizione peculiare del concetto di reato, bensì da una ricostruzione "prescrittiva" della nozione di pena come sanzione incidente sulla libertà personale<sup>7</sup>.

È proprio su questo terreno, in effetti, che si registra la più importante divergenza tra un approccio di cui tuttora si risente l'influenza nella dottrina italiana (v. *infra*, § 3) e i tracciati della giurisprudenza di Strasburgo, in cui l'*argumentum libertatis* si rivela "debole" già nella sentenza *Engel*<sup>8</sup> e, soprattutto, viene "travolto" dal mutamento di indirizzo inaugurato con la sentenza *Öztürk*, in cui si afferma l'irrelevanza del *grado di severità* della sanzione – prima decisivo, ma inevitabilmente esposto a derive arbitrarie<sup>9</sup> – e la priorità dell'indagine sulle *funzioni* della medesima<sup>10</sup>. Tale soluzione, peraltro, veniva significativamente confermata dalla *Grande Chambre* nella (meno nota) sentenza *Jussila c. Finlandia* del 2006 in materia di sanzioni tributarie, nella quale si riaffermava la necessità di "scartare" gli approcci quantitativi (o *flou*) incentrati sull'entità percentuale delle maggiorazioni di imposta e di dare centralità al riconoscimento della finalità punitiva delle stesse<sup>11</sup>. In questo senso, non deve essere sopravvalutato il fatto che talvolta – come nella recente sentenza *Grande Stevens c. Italia* – venga nuovamente valorizzato il tema dell'entità della sanzione<sup>12</sup>, poiché tale elemento sembra richiamato più che altro come argomento *ad adiuvandum* al fine di corroborare conclusioni che sarebbero state comunque raggiunte muovendo dall'analisi delle funzioni, se è vero che gli *Engel criteria* sono tra loro alternativi e non cumulativi<sup>13</sup>.

In estrema sintesi, quindi, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si possono ricavare due indicazioni fondamentali.

Anzitutto, la valutazione circa l'operatività di determinate garanzie deve essere strettamente collegata all'analisi della funzione degli istituti, a conferma di quanto già osservato da autorevole dottrina secondo cui, in tema di principio di colpevolezza, «il punto di partenza, l'unico adeguato all'oggetto, è la teoria delle funzioni della pena: solo la giustificazione del perché si punisce può giustificare (o invalidare) particolari esigenze circa i presupposti – anche soggettivi – della responsabilità penale»<sup>14</sup>. In particolare, in questa prospettiva, la Corte distingue tre categorie di misure sulla base della loro finalità *riparativa, preventiva o punitiva*, non senza alcune incertezze nella distinzione tra questi ultimi due termini derivanti da una certa

<sup>7</sup> Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 3 ed., XIX, Torino, 1973, 48, e Id., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. De Acutis-G. Palombarini, a cura di, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 67 ss. e 78, in cui, infatti, laddove si accoglie la possibilità di un allentamento dello statuto garantistico a seguito di un processo di depenalizzazione (rispetto ad illeciti effettivamente meritevoli di tale dequalificazione in quanto non "sostanzialmente" penali), si precisa come ciò sia però consentito soltanto qualora la sanzione depenalizzata non costituisca una misura, anche solo potenzialmente, detentiva.

<sup>8</sup> In cui, come osservato (v. *supra*, nota 6), la Corte non ritiene determinante la natura restrittiva delle sanzioni, qualificando come "non penali" quelle ritenute di durata non significativa.

<sup>9</sup> Già guardando alle conclusioni della Corte nel caso *Engel*, infatti, emerge immediatamente un interrogativo: ammesso che due giorni di arresto non costituiscano una sanzione di una severità apprezzabile tale da giustificarne l'attrazione nel concetto di *matière pénale* e che, viceversa, tale caratteristica sussista in riferimento alla sanzione di tre mesi di assegnazione ad un'unità disciplinare, qual è la soglia oltre la quale è possibile qualificare la misura custodiale come pena?

<sup>10</sup> Cfr. *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 53 s., in cui per la prima volta veniva data assoluta centralità al concetto di "finalità punitiva" (*punitive purpose*) della sanzione a discapito della sua severità («*the relative lack of seriousness of the penalty at stake cannot divest an offence of its inherently criminal character*»). L'importanza di questo "nuovo" approccio era già puntualmente sottolineata da C.E. 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.

<sup>11</sup> Sentenza *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, §§ 35 ss., poi confermata dalla successiva *Paycar Yev Haghtanak Ltd c. Armenia*, 20 dicembre 2007, in ptc. §§ 33 ss., a ribaltare l'approccio quantitativo emerso nella decisione *Morel c. Francia*, 3 giugno 2003, in cui le maggiorazioni d'imposta del 10% erano ritenute non sufficientemente severe, sia in termini percentuali sia con riguardo all'ammontare totale, per attrarre le stesse nel concetto di sanzione penale nonostante una riconosciuta natura repressiva e preventiva delle medesime.

<sup>12</sup> Cfr. la sentenza *Grande Stevens e a. c. Italia*, 4 marzo 2014, § 97 s..

<sup>13</sup> In questo senso, tra le tante, cfr. le sentenze *Garyfallou Aebe c. Grecia*, 24 settembre 1997, § 33, *Lutz c. Germania*, 25 agosto 1987, § 55; *Janosevic c. Svezia*, 23 luglio 2002, § 67; *Lauko c. Slovacchia*, 2 settembre 1998, § 57; *Ezebe e Connors c. Regno Unito*, 9 ottobre 2003, § 86; *Jussila c. Finlandia*, cit., § 31.

<sup>14</sup> In questi termini, cfr. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 98.

pluralità semantica del concetto di “prevenzione”<sup>15</sup>. Tale categorizzazione, in effetti, si pone in sostanziale *continuità* con le strutture dell’ordinamento giuridico italiano, in cui il sistema della responsabilità civile segue modelli di imputazione evidentemente differenti da quella penale (v. *infra*, § 2) e nelle strategie di contrasto alla criminalità viene accolto, come in vari ordinamenti europei, un sistema a “doppio-binario” ricostruito proprio intorno ai diversi presupposti della *pericolosità* e della *colpevolezza*<sup>16</sup>.

In secondo luogo, una volta riconosciuta la natura punitiva di una misura, la Corte europea invita ad abbandonare ogni ulteriore distinzione e, in particolare, la tradizionale partizione tra *pene* e *sanzioni amministrative*. Tale conclusione, invece, segna una netta *discontinuità* con la tradizione dottrinale italiana (v. *infra*, § 3), in cui il tentativo di ricostruire le linee di confine tra diritto penale e diritto c.d. penale-amministrativo, proprio in relazione ai principi costituzionali rilevanti, caratterizza tuttora gran parte delle trattazioni istituzionali<sup>17</sup>.

Ora, se le influenze che le indicazioni della Corte europea possono avere sull’ordinamento italiano sono certamente molteplici, in questa sede ci si limiterà a considerarne l’incidenza rispetto ad alcuni profili rilevanti della recente legge delega n. 67/2014 per la riforma del sistema sanzionatorio.

## 2.

### Tra punizione e riparazione: la natura delle “sanzioni civili” nella legge delega n. 67/2014.

Una prima questione rilevante nella prospettiva sin qui tratteggiata concerne la determinazione della reale natura delle “sanzioni civili” previste dall’art. 2, comma 3, lett. c), d) e e), della legge delega in parola, la quale richiama il tema della distinzione tra finalità *risarcitorie* e *punitive*, accolta dalla Corte europea ed avente radici profonde nel pensiero giuridico occidentale<sup>18</sup>. Se, infatti, le misure riparative possono avere un contenuto *affittivo* – e, di conseguenza, anche il risarcimento del danno può svolgere una funzione *preventiva* –, tali aspetti non devono essere sopravvalutati, dato che l’incidenza negativa sulla sfera giuridica di un soggetto può accomunare istituti dalla natura eterogenea. In effetti, rispetto all’esigenza di eliminare le conseguenze dannose di una determinata azione, la dimensione affittiva non risulta realmente *voluta* o *necessaria*<sup>19</sup> – motivo per cui è possibile stipulare un’assicurazione sulla responsabilità civile ma non su quella penale<sup>20</sup> – e la stessa efficacia preventiva diviene essenzialmente

<sup>15</sup> Se in alcune pronunce, infatti, il concetto di prevenzione viene accostato a quello di repressione, non mancano casi in cui la Corte esclude la natura penale di determinate misure (ad es. la registrazione dei *sex offenders*, le misure di prevenzione antimafia) proprio sottolineando la contrapposizione tra le due finalità. Invero, si tratta di una contraddizione apparente derivante dalla pluralità semantica del concetto di “prevenzione”, che talvolta rinvia all’idea di impedimento della commissione di un *fatto* illecito attraverso l’infissione di un male (nelle prospettive della prevenzione generale, positiva e negativa, o di quella speciale di tipo monitorio), mentre in altri casi richiama piuttosto l’esigenza di neutralizzazione o di trattamento di una pericolosità di un *autore* (o di un bene). È chiaro che l’istanza di colpevolezza per il fatto (*Tatschuld*) emerge essenzialmente in relazione al primo significato della prevenzione, reclamata proprio dall’idea della sanzione come *necessariamente* o *volutamente* affittiva, mentre rispetto alla seconda accezione passa in secondo piano. Sul punto, anche per l’indicazione dei vari riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, sia consentito il rinvio a FR. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea*, cit., 1908 ss..

<sup>16</sup> La dualità tra *colpevolezza* e *proporzionalità* sul piano dei fondamenti e dei limiti nei due “binari” della politica criminale emerge, anche grazie all’espressa previsione del secondo canone nel § 62 *StGB*, soprattutto nella letteratura tedesca (limitandosi alla manualistica, tra i tanti, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht – AT*, I, VI ed., München, 2006, cit., 97; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts – AT*, V ed., Berlin, 1996, 76; E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht – AT*, Tübingen, 1982, 453). Nella recente dottrina italiana, sull’idea di una geometria delle garanzie a “cerchi concentrici” (dato che quelle vevoli nella *materia penale* tendenzialmente già implicano le altre), cfr. F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell’ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1361.

<sup>17</sup> Una significativa “eccezione” è rappresentata dal manuale di F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 49 ss., in cui, proprio facendo riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo, si richiama la necessità di estendere determinate garanzie anche al settore amministrativo.

<sup>18</sup> Sull’esclusione dal concetto di *matière pénale* delle misure riparative, cfr. AA. VV., *La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 1987, 837 ss., e, di recente, M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction*, in AA. VV., a cura di, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, 2013, 28. La distinzione tra misure riparative e punitive emerge, in effetti, già nel pensiero di A. Rocco, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in A. Rocco, *Scritti giuridici vari*, Roma, 1933, 449 s., ed in quello di Binding (come riferisce C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 6). Come segnalato da P.H. ROBINSON, *The criminal-civil distinction and the utility of desert*, in *Boston university law review*, 1996, 201, peraltro, una distinzione tra misure civili e misure penali, sebbene non sempre affidata ai medesimi criteri, esiste nella grande maggioranza degli ordinamenti giuridici.

<sup>19</sup> Tale profilo è ben evidenziato da AA. VV., *Simster and Sullivan’s Criminal Law*, Oxford, 2013, 4, i quali notano come, per l’appunto, la differenza tra misure civili e penali non risieda tanto nella portata affittiva, quanto nella sua *volontarietà*.

<sup>20</sup> Su tale profilo, cfr. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 15<sup>a</sup> ed., 2012, 267, nonché, nella dottrina anglosassone, AA. VV., *Simster and Sullivan’s Criminal Law*, cit., 4, e P.H. ROBINSON, *The criminal-civil distinction*, cit., 207.

*indiretta o riflessa*, ossia «nella dimensione generica in cui essa è connaturata all'idea stessa di diritto, come modello virtuale di rapporti intersoggettivi alla cui realizzazione ineriscono determinate tecniche coercitive»<sup>21</sup>.

Proprio in quest'ottica, allora, si comprende come al fine di determinare la natura riparativa di una misura non si riveli realmente decisiva la necessità di un'*iniziativa di parte*<sup>22</sup>, così come non può esserlo il riferimento al *destinatario* della prestazione, atteso che forme di penalità esistono anche tra privati e che, pertanto, quest'ultimo parametro può valere al più a distinguere le cc.dd. "pene private" dalle sanzioni di diritto pubblico<sup>23</sup>. Il fattore determinante, allora, risiede soprattutto nella *tecnica di quantificazione* della misura che, nel caso degli istituti risarcitori, non viene commisurata al *disvalore del fatto* (comprensivo delle sue note oggettive e soggettive) ovvero tenendo conto della *personalità del danneggiante*, bensì esclusivamente in relazione all'entità del c.d. *danno-conseguenza*.

È proprio quest'ultimo presupposto, allora, che rende gli istituti risarcitori (di matrice contrattuale o extra-contrattuale) non assimilabili a quelli punitivi<sup>24</sup>, tanto che gli stessi requisiti di imputazione soggettiva stabiliti dall'art. 2043 c.c. configurano una mera *tecnica* di ascrizione della responsabilità che non è imposta da alcun principio costituzionale<sup>25</sup> e che le varie ipotesi di responsabilità obiettiva o indiretta non possono essere ritenute realmente derogatorie<sup>26</sup>. Su di un piano diverso si pongono, di conseguenza, le cc.dd. "pene private", ossia quelle obbligazioni conseguenti alla violazione di una pattuizione o alla lesione di un diritto il cui importo, tuttavia, non viene determinato in relazione alle esigenze di riparazione del danno prodotto (paradigmatica, in questo senso, l'esperienza americana dei *punitive damages*)<sup>27</sup>. Nonostante la vicenda si esaurisca sul piano dei rapporti tra soggetti privati, infatti, proprio la circostanza che la prestazione non trovi giustificazione in alcuna perdita subita dalla controparte attrae inesorabilmente tali istituti nel novero delle sanzioni punitive<sup>28</sup>.

Ebbene, alla luce di tali premesse teoriche, si devono inquadrare le "sanzioni civili" previste dalla legge delega n. 67/2014, i cui criteri di quantificazione sembrano rinviare proprio al modello della "pena privata". Tali misure, infatti, non risultano commisurate in relazione ad un danno subito dalla persona offesa dall'illecito – e, anzi, si cumulano con il risarcimento dello stesso –, bensì sulla base di parametri quali la gravità della violazione (ossia del fatto illecito) e la sua reiterazione, la personalità del reo e le sue condizioni economiche. Si tratta, evidentemente, di indici che rinviano all'immagine di una misura che deve rivelarsi *necessariamente*

<sup>21</sup> Cfr. i termini puntuali di T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. Busnelli-G. Scalfi, a cura di, *Le pene private*, Milano, 1985, 60.

<sup>22</sup> Posto che tale elemento caratterizza notoriamente anche la procedibilità a querela di parte la quale, se in determinati casi può tradire una certa natura privatistica del bene giuridico tutelato (cfr. B. ROMANO-P. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 4° ed., Milano, 2012, 286, il quale comunque sottolinea come questa sia solo una delle diverse ragioni che possono condurre il legislatore ad introdurre la procedibilità a querela per un determinato reato), non vale certamente a fare assumere caratteri risarcitori alla pena.

<sup>23</sup> Tale parametro è ricondotto da C. ROXIN, *Risarcimento del danno*, cit., 6, al pensiero di Binding, ma appare condivisibile il "ridimensionamento" prospettato da F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in F.D. Busnelli-G. Scalfi, a cura di, *Le pene private*, Milano, 1985, 29.

<sup>24</sup> Condivisibili, pertanto, appaiono le conclusioni alle quali pervengono larghi settori della dottrina sul punto che escludono la natura "penale" del risarcimento: in proposito, cfr. M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 865 ss.; C. ROXIN, *Risarcimento del danno*, cit., in ptc. 21 s.; H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in M. Pisani, a cura di, *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, 284 ss..

<sup>25</sup> Cfr., tra i tanti, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 16° ed., Napoli, 2013, 725 s.. Nella letteratura penalistica, sul diverso ruolo del dolo e della colpa nell'illecito civile, cfr. soprattutto M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, 53.

<sup>26</sup> Aspetto che veniva già colto da F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 53, il quale osservava come l'allontanamento dell'illecito civile dal terreno della colpa verso i confini del "rischio" determinasse l'abbandono di una prospettiva retributiva in favore della funzione riparativa o reintegrativa. Si rinvia, in particolare, alle riflessioni già svolte da R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, in *Noviss. dig. it.*, 3 ed., IX, Utet, Torino, 1968, 171 ss., nelle quali si osservava come le varie ipotesi di responsabilità oggettiva e indiretta ostino ad una concezione unitaria dell'illecito ed alla riconduzione della responsabilità civile alla prospettiva dell'illecito. Sulla disciplina della responsabilità extra-contrattuale come tecnica di allocazione dell'onere risarcitorio, in contrapposizione ad una concezione etica della stessa, tale da consentire sistemi di imputazione fondati sul rischio, cfr. anche C.M. BIANCA, *La responsabilità*, 2° ed., Milano, 2012, 550 ss. e 689 ss., nonché, analogamente, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 726.

<sup>27</sup> Esempi "classici" di pene private si possono rintracciare nell'art. 96 c.p.c., così come nell'art. 12 della legge sulla stampa e nell'art. 140 del codice del consumo ma, più in generale, nella disciplina della penale e della caparra confirmatoria tuttora emerge un equilibrio instabile tra finalità punitive e risarcitorie, il quale finisce per dipendere soprattutto dai modi di esercizio del potere di riduzione da parte del giudice (e dall'ammissibilità della sua estensione analogica alla caparra confirmatoria). Sul punto, ad ogni modo, conviene rinviare all'importante approfondimento monografico a cura di F.D. BUSNELLI-G. SCALFI, *Le pene private*, cit., nonché alle riflessioni di G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit. 276 ss..

<sup>28</sup> In questo senso, come nota F. GALGANO, *La tutela civilistica*, in G. Borrè-G. Palombarini, a cura di, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1998, 154, le "pene private" si differenziano nettamente dal risarcimento del danno da reato. Per un'analoga impostazione, cfr. anche E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 780 ss..

affittiva nei confronti del soggetto che la subisce – particolarmente sintomatica, in questo senso, si rivela la considerazione delle condizioni economiche del reo, sulla falsariga di quanto stabilito dall'art. 133-*bis* c.p. –, indipendentemente dalle esigenze di ristoro della persona offesa<sup>29</sup>. Viene riproposto, in effetti, quel modello sanzionatorio già emerso nell'art. 187-*undecies* del t.u.f., in merito al quale la Suprema Corte ha significativamente respinto un primo orientamento della giurisprudenza di merito nel quale se ne era discutibilmente affermata la natura risarcitoria<sup>30</sup>.

Emerge, in definitiva, una netta prevalenza (o esclusività) delle istanze punitive, cosicché la qualificazione come “civile” può suggerire l'individuazione del destinatario della prestazione nella persona offesa, la necessità di un'iniziativa di parte e la giurisdizione del giudice civile ma, certamente, non può autorizzare l'elusione delle garanzie sostanziali e processuali ricollegate al principio di colpevolezza. Non è un caso che, in punto di legalità, sia la stessa legge delega a stabilire la necessità di una descrizione tassativa delle condotte rilevanti (art. 2, comma 3, lett. *d*), n. 1). Allo stesso modo, il fatto illecito non potrebbe che essere ascritto secondo un modello di imputazione personale e colpevole nonché, sul piano processuale, essere accertato secondo modalità conformi al canone della presunzione di innocenza<sup>31</sup>.

### 3. Depenalizzazione e garanzie.

Una seconda direttrice di riforma della legge delega n.67/2014 è notoriamente rappresentata dal tentativo di rilancio del processo di depenalizzazione e, quindi, di valorizzazione della sanzione amministrativa in sostituzione di quella penale. Proprio in occasione delle varie tappe di tale processo, in effetti, sono storicamente emerse due tendenze in merito alla definizione del “penale”, solo apparentemente contraddittorie. Da un lato, infatti, si assiste ad una rinnovata attenzione, legislativa e dottrinale, ai tratti “sostanziali” della distinzione tra *illeciti penali* e *illeciti amministrativi* nell'ottica di una politica criminale più razionale ed efficace<sup>32</sup>: nella legge delega, in particolare, tale approccio affiora soprattutto nell'art. 2, comma 2, lett. *a*), il quale esclude la depenalizzazione in relazione a determinati oggetti di tutela (rinviando, quindi, all'idea di “sostanza” penale degli illeciti previsti in tali settori)<sup>33</sup>. Dall'altro, sorgono spontanei gli interrogativi circa lo statuto garantistico che deve “reggere” l'illecito depenalizzato, anche in considerazione dei rischi che la degradazione della risposta sanzionatoria si riveli soltanto “apparente” o strumentale<sup>34</sup>, con conseguenti aperture ad una nozione “allargata” di pena e ad

<sup>29</sup> In questo senso, cfr. le puntuali osservazioni di P. VENEZIANI-M. CELVA, *La delega per la «riforma della disciplina sanzionatoria» nell'art. 2 l. 28.4.2014 n. 67*, in corso di pubblicazione su *Legislazione penale*, 12 ss. del dattiloscritto.

<sup>30</sup> Secondo tale disposizione, infatti, la “riparazione del danno” viene commisurata a parametri quali l'offensività del fatto, le qualità personali del colpevole e l'entità del prodotto o del profitto, i quali richiamano evidentemente quelli stabiliti dall'art. 133 c.p. (laddove, invece, il tema del danno cagionato compare esclusivamente nella nomenclatura legislativa). Ne rileva opportunamente la natura punitiva, pertanto, A. TRIPODI, *Rapporti tra procedimenti e ruolo della Consob*, in F. Sgubbi-D. Fondaroli-A. Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario*, 2° ed., Padova, 2013, 243 ss., notando come nella sentenza Cass., 20 gennaio 2010, n. 8588, pur con un'argomentazione che non si sbilancia sulla qualificazione della misura come *punitiva damage* (a fronte dell'esistenza di diversi precedenti di segno contrario), anche riferendosi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Suprema Corte sembri aderire proprio a tale conclusione, così superando il criticabile orientamento espresso in alcune pronunce del Trib. Milano (citare dall'Autore alla nota 37).

<sup>31</sup> Il che dovrebbe implicare il rispetto dei vari corollari distillati da tale canone, dall'attribuzione dell'onere della prova all'accusa alla regola dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”, finanche alla tutela della posizione dell'incolpato sino ad un'affermazione definitiva di responsabilità e della sua libertà dall'autoincriminazione (*nemo tenetur se detegere*).

<sup>32</sup> Cfr., ad esempio, in occasione della depenalizzazione del 1981, la nota circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1983; in proposito, cfr. T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Ind. pen.*, 1986, 952 ss.; F.C. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, 35 ss.; E. DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 778 ss..

<sup>33</sup> In proposito, cfr. P. VENEZIANI-M. CELVA, *La delega per la «riforma della disciplina sanzionatoria»*, cit., 4 s., i quali osservano come la scelta di non basarsi esclusivamente sulla sanzione oggi prevista e di rinviare (anche se “per esclusione”) ad una valutazione sui beni giuridici tutelati sia apprezzabile, nonostante la norma preveda una gamma così ampia e indeterminata di ipotesi in cui è esclusa la depenalizzazione da comportare seri rischi di inefficacia.

<sup>34</sup> In questo senso, cfr. per l'appunto le riflessioni di P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 63, ad esporre una tesi che sarà poi ripresa e sviluppata dall'Autore in *Id.*, voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 787 ss..

una uniformazione delle garanzie applicabili ai vari sistemi punitivi<sup>35</sup>. Non è un caso, in effetti, che l'elaborazione del concetto di *matière pénale* nella giurisprudenza di Strasburgo segni un passo decisivo proprio in relazione alla diffusione dei processi di depenalizzazione in Europa<sup>36</sup>.

Come già osservato, tale diversa attitudine rispetto al tema della definizione della "materia penale" può essere ben compresa proprio alla luce della differente prospettiva di scopo che caratterizza le due riflessioni e, pertanto, l'adesione a quest'ultima soluzione non esclude certamente la validità e l'importanza del primo tipo di riflessione critica. Ciononostante, la dottrina italiana ha tradizionalmente mostrato una certa resistenza rispetto all'allargamento dello spettro di operatività delle garanzie penalistiche per ragioni che, evidentemente, non attengono ad un problema di valutazione delle funzioni, essendo pacificamente riconosciuta la natura della sanzione amministrativa come "pena in senso tecnico" o provvedimento sanzionatorio "puro"<sup>37</sup> soprattutto dopo l'adozione di un modello "parapenale" operata con la legge n. 689/1981, il quale risulta ampiamente recepito dalla stessa legge delega<sup>38</sup>.

Invero, pur non essendone possibile un adeguato approfondimento in questa sede, si deve segnalare l'esistenza di solidi argomenti a favore di una piena estensione delle garanzie penalistiche collegate al principio di colpevolezza anche al sistema delle sanzioni amministrative, i quali consentono di respingere la tradizionale obiezione secondo cui tale soluzione comporterebbe un'indebita riduzione dell'efficacia dei sistemi punitivi periferici<sup>39</sup>. Proprio considerando i fondamenti della *Schuldidee*, in particolare, si potrebbe osservare che, anzitutto, in chiave *personalistico-liberale*, se è vero che tale istanza si ricollega intimamente al concetto di punizione inteso come reazione *volutamente* afflittiva alla commissione di un illecito<sup>40</sup>, non si vede allora il motivo per cui l'utilizzo in chiave iper-deterrente della responsabilità incolpevole possa ritenersi legittimo richiamando *sic et simpliciter* l'argomento della "modestia" della

<sup>35</sup> L'autorevole posizione di Nuvoione, infatti, è stata sostanzialmente richiamata proprio in epoca immediatamente successiva all'entrata in vigore della legge n. 689/1981 da G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, così come un riferimento all'art. 27 Cost. in tema di sanzioni amministrative emerge in M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 83. Nello stesso senso, nella dottrina amministrativistica, cfr. in particolare la riflessione di M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983.

<sup>36</sup> La misura oggetto di valutazione nel caso Öztürk, infatti, era precisamente una sanzione amministrativa introdotta in sostituzione di una penale pochi anni prima. Sulla contestualità tra elaborazione della nozione di pena e movimento di depenalizzazione, cfr. C. SOTIS, *Les sanctions administratives du point de vue dynamique*, in *Aa. Vv.*, a cura di, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, 2013, 567.

<sup>37</sup> In questi termini, rispettivamente, cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 38, e M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit..

<sup>38</sup> Osservano P. VENEZIANI-M. CELVA, *La delega per la «riforma della disciplina sanzionatoria»*, cit., 7, come la disciplina della sanzione amministrativa nella legge n. 67/2014 si ponga in piena continuità con il modello "parapenale" delineato dalla legge n. 689/1981.

<sup>39</sup> Sul punto, cfr. G. VASSALLI, *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 724, secondo cui «se si vuole veramente realizzare un proficuo largo ricorso a sanzioni amministrative in luogo di quelle penali, occorre anche una certa cautela prima di asserire l'estensione di tutte le garanzie proprie del diritto penale al diritto punitivo amministrativo. Non esiste solo il rischio tante volte sottolineate della "truffa delle etichette"; bisogna anche considerare quello attinente ad una totale perdita di funzionamento del sistema nel suo complesso». Analogamente, F.C. PALAZZO, *I criteri di riparto*, cit., 54 ss., osservava come la maggior efficienza della sanzione amministrativa dipenda dall'allontanamento della sua disciplina sostanziale e processuale dai fondamentali principi penalistici e come, pertanto, sia inopportuno "travasare" il modello penalistico nella disciplina dell'illecito amministrativo, pur segnalando i rischi di aggiramento di tali garanzie nelle "zone di confine". Tale linea di pensiero ha probabilmente rappresentato il principale argomento ostativo rispetto all'affermazione della quotazione costituzionale dei principi di legalità e di colpevolezza nell'ambito delle sanzioni amministrative, nonostante il definitivo riconoscimento della natura "parapenale" delle medesime, come emerge dallo studio di C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, 135 ss. e 149 ss., i quali, pur muovendo dal riconoscimento dell'omogeneità teleologica tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, sulla base di ragioni storiche e sistematiche ma anche di politica del diritto, escludevano il rango costituzionale dei principi di legalità e colpevolezza in relazione alle seconde.

<sup>40</sup> Sia qui sufficiente il rinvio ai termini puntuali di T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza*, cit., 822, secondo cui «è la tematica della legittimazione sostanziale cui riferire la pena intesa nel suo contenuto intrinseco di "sofferenza legalmente inflitta" che rilancia in primo piano il giudizio di colpevolezza», nonché alle osservazioni di cui alla nota 15.

sanzione<sup>41</sup> ovvero la sua non incidenza sulla libertà personale<sup>42</sup>. Non solo: la stessa prospettiva *funzionalistica* sembra poter incontrare maggior “fortuna” all’infuori del c.d. *Kernstrafrecht*<sup>43</sup>, dato che nei settori punitivi “regolativi” sussiste un interesse pubblico a che siano stimolate ed incoraggiate tutte le possibilità economico-imprenditoriali consentite dall’ordinamento, cosicché l’efficienza complessiva del sistema risulta garantita proprio da una nitida demarcazione tra lecito ed illecito<sup>44</sup>.

Si deve certamente apprezzare, allora, la scelta della Corte costituzionale di ribaltare la propria decennale giurisprudenza volta ad escludere la riferibilità dei canoni di legalità e di colpevolezza alle sanzioni amministrative. Nella nota sentenza n. 196/2010 sulla confisca del veicolo per guida in stato di ebbrezza, infatti, sebbene la questione sia accolta sotto l’angolo dell’art. 117 Cost. (secondo la dottrina del c.d. “parametro interposto” elaborata nelle note sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007), si assiste ad una sorta di rilettura “convenzionalmente orientata” dello stesso art. 25 Cost., prospettandone una estensione applicativa ad ogni misura avente finalità punitive<sup>45</sup>, con soluzione implicitamente riproposta con riguardo all’art. 27 Cost. nella successiva pronuncia n. 118/2011<sup>46</sup> (oltre che confermata, in tema di legalità, nella recente sentenza n. 104/2014). L’accelerazione al processo di depenalizzazione data dalla legge delega n. 67/2014, allora, potrebbe rappresentare l’occasione per una compiuta generalizzazione di tali conclusioni – considerata anche l’assenza di contro-interessi costituzionali in grado di giustificare una deroga rispetto agli *standard* convenzionali – e per un conseguente superamento di taluni profili di illegittimità che emergono nella stessa disciplina prevista dalla

<sup>41</sup> Estremamente significative, anche perché maturate in un contesto caratterizzato da una diffusione della *strict liability* nell’ambito degli illeciti minori, le considerazioni di J. HORDER, *Strict liability, statutory construction, and the spirit of liberty*, in *Law quarterly review*, 2002, 460 s. e 466 ss., il quale, richiamando la riflessione di Joseph Raz, nota come la libera auto-realizzazione meriti piena tutela anche nell’ambito delle *regulatory offences*. Nella letteratura italiana, nota G. FIANDACA, *Considerazioni su responsabilità obiettiva e prevenzione*, in A.M. Stile, a cura di, *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 54, come le ragioni a favore del distacco dal principio di colpevolezza siano in fondo le medesime e non si vede perché non debbano essere contrastate anche in settori con maggior connotazione preventiva.

<sup>42</sup> Pare superabile, infatti, il tradizionale riferimento all’*argumentum libertatis* come parametro di distinzione “interna” tra sistemi punitivi ai fini dell’estensione di determinate garanzie. A parte il problema della sua indeterminazione (ne dava già conto F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 209, richiamando le diverse interpretazioni (restrittive, estensive, intermedie), tale criterio reca comunque gli inconvenienti tipici degli approcci quantitativi – dato che non si può ritenere realmente dimostrabile (o falsificabile) la maggiore incidenza sulla sfera personale di un soggetto di un giorno di reclusione rispetto ad un’ingente sanzione patrimoniale o ad una misura interdittiva che gli proibisca in modo permanente l’esercizio della sua attività professionale –, così come risulta poco aderente alla “prassi penale”. Su quest’ultimo profilo, cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss., nonché M. DONINI, *Il volto attuale*, 52, secondo cui «la corrispondenza biunivoca fra reato e perdita effettiva della libertà è dunque erronea sul piano della realtà effettuale e normativa, ma anche dei principi».

<sup>43</sup> Laddove la tutela di beni primari ha storicamente suggerito l’adozione di fattispecie elastiche (ad es. causalmente orientate) o di modelli di imputazione oggettiva al fine di scoraggiare *in radice* ogni condotta *prodromica* o *limitrofa* rispetto a quella propriamente lesiva (secondo lo schema del *versari in re illicita*).

<sup>44</sup> È proprio negli ambiti caratterizzati da “attività lecite di base” che una piena tutela della libertà di autodeterminazione – e, quindi, dell’affidamento incolpevole degli individui nella liceità della loro attività (tanto in rapporto al diritto, quanto in relazione al fatto) – ed una proporzione complessiva della risposta sanzionatoria (il che rinvia, evidentemente, al problema, emerso di recente, del divieto di cumulo tra sanzioni penali e amministrative) contribuiscono anche alla realizzazione di un sistema efficiente. In proposito, cfr. ancora G. RICHARDSON, *Strict liability for regulatory crime*, cit., 296 ss. e in ptc. 299, in cui si richiama la tesi di J.C. SMITH-B. HOGAN, *Criminal law*, 5° ed., London, 1983, 101 ss., secondo cui la *strict liability* finisce anche per scoraggiare “welcome activities”, quando il requisito della colpa si presterebbe meglio a contemperare le diverse esigenze di prevenzione e di tutela della libera autodeterminazione nell’ottica di una migliore realizzazione dell’interesse pubblico. Nella dottrina anglosassone, nello stesso senso, cfr. anche J. HORDER, *Strict liability*, cit., 466, e AA.VV., *Simester-Sullivan’s criminal law*, cit., 192. Nella letteratura italiana, cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni su responsabilità obiettiva*, cit., 55, il quale osserva come strategie di iper-prevenzione portino inevitabilmente all’astensione dell’attività che, tuttavia, sono lecite e sottoposte a normative di settore che ne disciplinano il regolare esercizio, nonché D. PULITANO, *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, in A.M. Stile, a cura di, *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 76, secondo il quale un sistema di responsabilità non colpevole «quanto più fosse davvero “motivante”, tanto più trarrebbe con sé effetti di insicurezza e di disorientamento e di possibile paralisi di interi campi di attività, che lo renderebbero socialmente intollerabile: e ciò non solo dal punto di vista della certezza dell’agire individuale, ma anche dal punto di vista del funzionamento della società e della effettiva tutela dei beni giuridici».

<sup>45</sup> Sulla rilevanza di tale “premessa maggiore” nel sillogismo della Corte (rispetto alla premessa minore rappresentata dallo riconoscimento, piuttosto scontato, della natura punitiva di quella forma di confisca), cfr. V. MANES, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *Cass. pen.*, 2011, 535 ss..

<sup>46</sup> Le questioni di legittimità concernenti la possibile violazione dei divieti di responsabilità indiretta ed oggettiva nella disciplina delle sanzioni per il proprietario del veicolo utilizzato per il trasporto di materie pericolose, infatti, sono state dichiarate non fondate nel merito proprio sulla base del riconoscimento di indici normativi nel senso di una responsabilità colpevole, e non manifestamente *inammissibili* come sarebbe dovuto avvenire se il parametro costituzionale fosse stato ritenuto inapplicabile *ratione materiae*.



legge n. 689/1981<sup>47</sup>; d'altra parte, tale conclusione non è certamente ostativa rispetto all'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa prevista per l'illecito depenalizzato e, anzi, pare rinvigorire la tesi della non necessità di un'apposita norma transitoria<sup>48</sup>.

Fatte queste premesse, ad ogni modo, in questa sede si intende soprattutto evidenziare che anche l'obiezione secondo cui un'estensione dello statuto garantistico penale finirebbe per scoraggiare i processi di depenalizzazione, rendendo meno "attraente" per il legislatore la prospettiva di una degradazione delle risposte sanzionatorie<sup>49</sup>, non pare cogliere nel segno. In primo luogo, infatti, si deve sottolineare che l'operatività dei principi di legalità/riconoscibilità e di colpevolezza non è certamente "negoziabile" con l'esigenza di diversificazione (e mitigazione) dei sistemi sanzionatori (la quale non può che essere orientata dai canoni di *offensività* e *proporzionalità*), anche perché altrimenti si accetterebbe un inaccettabile rischio di proliferazione di discipline punitive dettata da esigenze di "fuga" dalle garanzie, quasi a delineare una "zona franca" per un nuovo *diritto di polizia*<sup>50</sup>. Per altro verso, anche il rispetto di determinate garanzie processuali non esclude la possibilità di accogliere differenti modelli di accertamento che rendano l'applicazione delle sanzioni amministrative maggiormente rapida ed efficace<sup>51</sup>, cosicché certamente, anche sotto tale profilo, permane un interesse dell'ordinamento all'implementazione dei processi di depenalizzazione. Come è stato sottolineato da attenta dottrina anche di recente, in effetti, l'estensione di un determinato statuto garantistico non implica né logicamente, né giuridicamente, un'identità delle procedure applicative e, pertanto, il movimento di depenalizzazione non può dirsi veramente "frenato" da tale soluzione<sup>52</sup>.

A ben vedere, piuttosto, una considerazione "panpenalistica" delle sanzioni amministrative pare addirittura in grado di influire positivamente, già da un punto di vista "culturale", sull'atteso processo di diversificazione delle strategie punitive, dato che proprio l'idea che possa esservi una "pena" anche in assenza di conseguenze limitative della libertà personale potrebbe favorire l'ingresso di sanzioni esclusivamente *pecuniarie* (proporzionali, a tassi giornalieri, sul

<sup>47</sup> Ci si può limitare a segnalare, ad esempio, la responsabilità solidale prevista dall'art. 6 (e riproposta dagli artt. 195 e 196 t.u.f.) la quale pare violare, almeno nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 3, il principio di responsabilità per "fatto proprio", come peraltro già osservato da F. SCUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, 263, e da F.C. PALAZZO, *I criteri di riparto*, cit., 53. Ma si pensi anche alla giurisprudenza secondo cui l'art. 3 della legge n. 689/1981 porrebbe una presunzione di colpa a carico dell'autore, riservando a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa, con un'interpretazione sfavorevole in chiave processuale di una norma volta invece a sancire una garanzia sostanziale che sembra porsi in latente contrasto con la presunzione di innocenza.

<sup>48</sup> In proposito, anche di recente, le Sezioni Unite hanno ritenuto che, in assenza di apposita norma transitoria, il reato depenalizzato da un lato non sia punibile (ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p.) e, dall'altro, la sanzione amministrativa successivamente introdotta non possa essere applicata retroattivamente (cfr. Cass., Sez. Un., 29 marzo 2012, n. 25457). Tale soluzione, che comporta una sorta di "amnistia" certamente non giustificabile alla luce del principio di uguaglianza, è giustificata tra l'altro aderendo alla "teoria della diversità" (*Altudtbeorie*) secondo cui sarebbe da escludere ogni rapporto di continuità tra l'illecito penale e l'illecito amministrativo (in questo senso, in dottrina, cfr. anche M. GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 148 ss.). Una considerazione "panpenalistica" delle sanzioni amministrative, invece, potrebbe condurre ad inquadrare finalmente la depenalizzazione in un fenomeno successorio quale quello previsto dall'art. 2, commi 3 e 4, c.p., anche in assenza di una specifica previsione transitoria la quale, peraltro, viene frequentemente "dimenticata" dal legislatore (e, infatti, nella legge delega n. 67/2014 non si fa alcun cenno rispetto a tale profilo).

<sup>49</sup> Tale osservazione, sottotraccia negli stessi termini dell'opinione dissenziente espressa dal giudice Matscher in calce alla sentenza Öztürk (in particolare, al punto B.3), era già formulata a commento della medesima sentenza da AA. Vv., *La "matière pénale"*, cit., 852. In senso analogo, da ultimo, cfr. P. CAEIRO, *The influence of the EU on the "blurring" between administrative and criminal law*, in F. Galli-A. Weyembergh, *Do Labels still matter?*, Bruxelles, 2014, 18 del dattiloscritto, il quale osserva precisamente come l'arretramento delle garanzie avrebbe il pregio di rendere maggiormente "attraente" per il legislatore la prospettiva della depenalizzazione e come, di conseguenza, un'omogeneizzazione delle medesime potrebbe sortire l'effetto perverso (non voluto) di scoraggiare tali processi di riforma.

<sup>50</sup> Sui rischi di una "fuga" dal garantismo penale attraverso depenalizzazioni strumentali, ossia di una sorta di "amministrativizzazione del diritto penale", cfr. già F.C. PALAZZO, *I criteri di riparto*, cit., 54 ss.. Nello stesso senso, richiamando proprio l'immagine di un "nuovo diritto di polizia", cfr. anche le osservazioni di V. MANES, *Il dialogo fra le Corti: formazione progressiva della fattispecie penale?*, relazione al Terzo convegno dell'Associazione italiana dei Professori di diritto penale, Napoli, 7 novembre 2014.

<sup>51</sup> A ben vedere, infatti, molte delle preoccupazioni "efficientistiche" rispetto ad una considerazione "panpenalistica" delle sanzioni amministrative guardano (più o meno dichiaratamente) alla sfera processuale e, in particolare, al pericolo di "intasamento" degli apparati giurisdizionali. Tuttavia, anche nella prospettiva di allargamento dell'ambito di operatività di determinate tutele processuali, risultano certamente ammissibili sistemi caratterizzati dall'imposizione della sanzione da parte dell'autorità amministrativa e da un controllo giurisdizionale *differito* ed *eventuale*, come ampiamente confermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento al diritto di accesso ad una giurisdizione sancito dall'art. 6, § 1, Cedu (cfr. *Bendenoun* ed *Janosevic*, 24 febbraio 1994, §§ 46 e 81, e, più di recente, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, 27 dicembre 2011, §§ 57 ss., e *Grande Stevens e a. c. Italia*, cit., §§ 138 ss.). Sul punto, cfr. già C.E. PALIERO, *"Materia penale"*, cit., 925 ss., nonché, di recente, G. DANNECKER, *Country analysis - Germany*, in O. Jansen, a cura di, *Administrative sanctions in the European Union*, Antwerpen-Oxford-New York, 2013, 253.

<sup>52</sup> In questo senso, cfr. ancora le puntuali osservazioni di C. SOTIS, *Les sanctions administratives du point de vue dynamique*, cit., 567. In senso analogo, cfr. anche G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e 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 *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, 4, i quali però segnalano il problema che potrebbe porsi con riferimento al tema dell'immediata esecutività del provvedimento sanzionatorio amministrativo, atteso il latente contrasto con il canone della presunzione di innocenza.

modello dell'ablazione "per equivalente", ecc.) o *interdittive* già nel novero delle pene principali<sup>53</sup>. Da questo punto di vista, la legge delega n. 67/2014 si rivela alquanto deludente nella misura in cui tradisce la solita difficoltà a concepire una conseguenza qualificata come "penale" che non abbia un qualche contenuto restrittivo. Molte delle ambizioni di riforma del sistema sanzionatorio nella branca *stricto sensu* penale, infatti, sono affidate alle misure della *reclusione domiciliare* e dell'*arresto domiciliare*, a dispetto della dubbia efficacia preventiva, dell'inesistente ritorno economico per lo Stato e della latente diseguaglianza implicata dalle modalità di esecuzione delle medesime. L'attenzione richiamata dalle sentenze di Strasburgo sul problema del sovraffollamento carcerario, invece, avrebbe potuto rappresentare la migliore occasione per un commiato definitivo dal paradigma restrittivo in favore di una reale differenziazione del sistema sanzionatorio. E, rispetto a tale prospettiva, non si vede quale ostacolo avrebbe potuto rappresentare l'accoglimento di una nozione ampia di pena ai fini della determinazione dello statuto garantistico applicabile.

<sup>53</sup> Il discrimine tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, sempre nella diversa ottica della razionalità e "riconoscibilità" delle scelte politico-criminali, finirebbe allora per risiedere proprio nelle diverse modalità di accertamento, con il processo penale (in quanto caratterizzato da una particolare invasività sulla sfera personale del reo sia relativamente alla disciplina dei mezzi di ricerca della prova, sia in ordine a quella delle misure cautelari) chiamato ad esprimere la maggior efficacia espressivo-stigmatizzante delle prime. Che quest'ultimo dato, in fondo, rappresenti l'autentico elemento caratterizzante le pene "in senso stretto", è affermazione piuttosto condivisa: cfr. A. VON HIRSCH, *Censure and sanctions*, Oxford, 1993, J. FEINBERG, *The expressive function of punishment*, in Id., *Doing and deserving*, Princeton, 1970, 96 ss.; M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine*, Bruxelles, 2009, 269 ss.; nella dottrina italiana, cfr. G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 311 s.; P. NUVOLONE, voce *Pena*, cit., 788; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 621.