

## L'ILLECITO AMMINISTRATIVO "PUNITIVO", TRA ITALIA ED EUROPA.

*"Punitive" administrative offence, between Italy and Europe.*

Andrea De Lia<sup>1</sup>

**Abstract [ITA]:** il contributo si sofferma sul tema dell'illecito amministrativo "punitivo". La "depenalizzazione" (o meglio la "decriminalizzazione") rappresenta uno strumento deflattivo che il legislatore italiano ha impiegato, nel tempo, in più occasioni. In alcuni settori, quali il diritto penale dell'economia (esempio emblematico è rappresentato dalla disciplina delle "frodi" nelle sovvenzioni pubbliche in favore delle imprese), però, l'introduzione di sanzioni amministrative, in prevalenza, sino ad oggi, ha avuto (anche per via della "spinta europea") lo scopo di implementare lo strumentario di tutela, anziché quello di sostituire il diritto penale "classico", fondato sulla pena detentiva. Il tutto sollevando problemi nella prospettiva del *ne bis in idem* e del rispetto del principio di proporzionalità. In ogni caso, ai possibili vantaggi derivanti dall'impiego delle sanzioni amministrative in luogo di quelle (nominalmente) penali, tra i quali la maggiore efficacia dell'apparato, si affianca il rischio di una compromissione dei diritti dell'autore dell'illecito (o presunto tale) rispetto alle garanzie che, per il diritto interno e quello sovranazionale, contraddistinguono la c.d. "materia penale". La progressiva estensione dei principi cardine della materia penale alle misure amministrative "punitive", per opera della giurisprudenza delle Corti, nel ridurre il rischio di "truffe delle etichette", attuabili col ricorso da parte del legislatore allo strumentario amministrativo anziché a quello penale (o "in aggiunta" a questo), finisce col mettere in crisi, ulteriormente, la logica dei cumuli, rendendo ormai indifferibile un "cambio di rotta", con una revisione di interi ambiti del "diritto punitivo" e una razionale distinzione di ruoli tra *ius criminale* propriamente inteso e illecito amministrativo.

**Parole chiave:** sanzioni amministrative – materia penale – principi costituzionali

**Abstract [ENG]:** the paper focuses on the issue of "punitive" administrative offense. "Decriminalization" represents a deflationary tool that the Italian legislator has used, over time, on several occasions. In some sectors, such as the criminal law of the economy (an emblematic example is represented by the discipline of "fraud" in public aids in favor of companies), however, the introduction of administrative sanctions, mainly, up to now, has had (also because of the "European thrust") the aim of implementing the protective tools, rather than replacing the "classic" criminal law, based on the prison-penalty. This raises problems in the perspective of *ne bis in idem* and respect for the principle of proportionality. In any case, the possible advantages deriving from the use of administrative sanctions instead of nominally criminal ones, among which the greater effectiveness of the apparatus, is accompanied by the risk of compromising the rights of the author of the offense (or presumed such) with respect to the guarantees that, for domestic and supranational law, distinguish the so-called "Criminal matters". The progressive extension of the cardinal principles of criminal matters to the context of "afflictive" administrative sanctions, by virtue of the jurisprudence of the Courts, in reducing the risk of "label fraud", which can be implemented with the use of administrative tools by the legislator rather than criminal ones (or "in addition" to this), ends up further undermining the logic of heaps, making a "change of course" by now

<sup>1</sup> Avvocato cassazionista, Professore a contratto di Diritto penale presso l'Università Statale di Milano.

*indelible, with a revision of entire areas of the “punitive law” and a rational distinction of roles between ius criminale properly understood and administrative offense.*

**Key words:** *administrative sanctions - criminal matters - constitutional principles*

**SOMMARIO:** 1. Premesse. - 2. Il concetto di “materia penale” nella giurisprudenza della Corte EDU. - 3. Segue. Il “nodo gordiano” delle misure di prevenzione patrimoniale. - 4. Garanzie penalistiche e illecito amministrativo “punitivo”. - 5. Gli illeciti nell’ambito delle sovvenzioni pubbliche. Criticità e prospettive *de iure condendo*. - 6. Conclusioni.

## 1. Premesse.

1.1. Con l’avvento della Repubblica e del sistema costituzionale si è progressivamente modificata l’idea (propria della c.d. “terza scuola”, ovvero sia dell’indirizzo “tecnico giuridico”) del diritto penale quale mezzo arbitrariamente utilizzabile dal legislatore italiano per garantire la sicurezza sociale<sup>2</sup>, poichè i principi

---

2 S. VINCIGUERRA, *Le fonti culturali del diritto penale italiano*, Padova, 2008, *passim*. Sul tema della funzionalità del diritto penale in termini di difesa sociale nel contesto attuale (tema affrontato *ex professo* da D. GARLAND, *Pena e società moderna*, Milano, 1999) si vedano anche le recenti, lucide riflessioni critiche di D. PULITANÒ, *Problemi del penale e scenari di crisi*, in *Dir. Dif.*, 2020, 618 ss, il quale ha rilevato: «sul piano politico è attribuito un peso molto forte all’idea che l’incarcerazione dei condannati sia una risposta ad esigenze di sicurezza. Ciò può essere vero in una fascia di casi significativa ma ristretta; non è la ragione che fonda la pena detentiva come risposta di giustizia a un commesso reato. La condanna a pena detentiva non presuppone un giudizio di attuale pericolosità del condannato, ma solo l’accertamento di responsabilità e una commisurazione secondo criteri legalmente predefiniti. Nel caso di condanna per delitti gravissimi, accettiamo o esigiamo come giusta un’esecuzione anche a grande distanza temporale dal commesso delitto, indipendentemente dall’ipotesi di una pericolosità attuale, indebolita nel tempo (vedi caso Battisti, incarcerato dopo quarant’anni dagli omicidi per i quali è stato condannato). L’idea della rieducazione (cioè di una pena che possa avere un significato anche per il condannato) ha aperto l’ordinamento a percorsi alternativi al carcere (con l’esclusione, discussa e discutibile, dei casi di c.d. ergastolo ostativo). Vedere in qualsiasi condannato a pena detentiva, sol perché tale, una persona pericolosa, non è realistico né coerente con i principi (di rilevanza costituzionale) sui quali il diritto penale è costruito». Sulla “legittimazione” del diritto penale vd. anche S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992; F. CONSULICH – C. PERINI, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006, 13 ss; M. RUOTOLO, *Rileggendo Beccaria, oggi. Brevi riflessioni sui limiti del potere punitivo*, in *Dir. Pubbl.*, 2014, 669 ss; C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021. In argomento vd. altresì G. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità*, Napoli, 2019, *passim* e, nella (sterminata) letteratura tedesca, P.A. ALBRECHT, *Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem*, in *KritV*, 1986, 55 ss; M. BOCK, *Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention*, in *ZStW*, 1991, 636 ss; W. HASSEMER, *Strafrecht, Prävention, Vergeltung*, in *Zis*, 2006, 266 ss; U. SIEBER, *Der Paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht: Zur neuen Sicherheitsarchitektur der globalen Risikogesellschaft*, in AA.VV., *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Baden-Baden, 2016, 349 ss; K.L. KUNZ, *Das neue Strafrecht*, in *KritV*, 2020, 246 ss.

espressi dalla Carta costituzionale, attraverso la spinta della dottrina<sup>3</sup>, sono divenuti, col tempo, parametri ineludibili, per l'interprete e, a monte, per il legislatore<sup>4</sup>.

Detti parametri operano (o meglio dovrebbero operare), soprattutto, come "limite" rispetto alle scelte di incriminazione del Parlamento e nella prospettiva dell'interpretazione dello *ius criminale* affidato al giudice (oltre che degli interventi della Consulta), ponendo in risalto l'importanza della tutela del bene giuridico-libertà individuale, riconosciuto come valore-cardine del sistema attraverso l'art. 13 Cost.<sup>5</sup>

I principi proclamati o implicitamente ricavabili dalla Carta, dunque, hanno consentito la formazione di uno statuto di garanzie individuali (*tanto* sotto il profilo del diritto sostanziale *quanto* di quello processuale) e, in un percorso ancora non giunto a compimento (pur a fronte del consolidamento di un catalogo di valori e di alcune loro declinazioni)<sup>6</sup>, essi si sono intrecciati con quelli promananti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la "CEDU" (1950), adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa nonché, più di recente, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), o "Carta di Nizza", del 2000, nata in seno all'Unione europea<sup>7</sup>.

"L'incontro tra le Carte" fa registrare, allora, in materia penale (ma non solo), situazioni di c.d. "*overlapping protection*", ovverosia casi nei quali i medesimi principi, seppur con sfumature non insignificanti, vengono trasversalmente riconosciuti, ma anche degli evidenti disallineamenti<sup>8</sup>, come nel caso del principio di colpevolezza – nella particolare proiezione del divieto della responsabilità oggettiva e per fatto altrui – nonché di quello di offensività, che in Italia sono giunti ad un grado di evoluzione

3 Già negli anni '50 dello scorso secolo, con le opere di P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953, P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953 e poi, nel decennio successivo, attraverso gli studi di M. SPASARI, *Diritto penale e costituzione*, Milano, 1966 e M. SINISCALCO, *Giustizia penale e costituzione*, Roma, 1968. Il tutto attraverso una rinnovata visione che trovò ulteriori sviluppi negli anni '70 (vd. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, 7 s.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974).

4 Vd. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Milano, 2009, 650 ss; F. PALAZZO, *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 585 ss. M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, 21 giugno 2012, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022 (spec. 71 ss).

5 In argomento vd. le riflessioni di M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro It.*, 2001, V, 29 ss; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico: un consuntivo critico*, Torino, 2014. Sul tema, e sul diritto penale come *extrema ratio*, si vedano anche le recenti analisi di O. DI GIOVINE, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Bologna, 2022, 34 ss.

6 Vd. S. STAIANO, *Per orbite ellittiche: modello garantista, valore della certezza, diritto penale*, 15 marzo 2011, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); L. FERRAJOLI, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, 129 ss; M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 2019, 393 ss; G. PINI, *Interrogativi rapsodici sul precario stato di salute del garantismo penale*, 20 ottobre 2021, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

7 In tema, *ex multis*, vd. C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pisa, 2021.

8 Vd. A. AIDA TORRES PÉREZ, *Conflicts of rights in the European Union. A theory of supranational adjudication*, Oxford, 2009; AA.VV., *Human rights law in Europe. The influence, overlaps, and contradictions of the EU and the ECHR*, Londra, 2014.

particolarmente avanzato, mentre a livello sovranazionale essi non appalesano analogo grado di maturazione<sup>9</sup>.

Più in generale, attraverso il “diritto vivente”, vale a dire il formante giurisprudenziale<sup>10</sup>, nel tempo, sono emerse varie discrasie nel c.d. “sistema multilivello”, che hanno impegnato ed impegnano tutt’oggi le Corti in una difficilissima opera di razionalizzazione ed omogeneizzazione: emblematica, in questo senso, la c.d. “saga Taricco”, ed il serrato dialogo che si è attivato tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia sullo sfondo dei c.d. “controlimiti” e del pericolo di compromissione del *nullum crimen* derivante dalla posizione originariamente assunta dal Giudice di Lussemburgo<sup>11</sup>.

Altrettanto significativa, in prospettiva opposta, è la vicenda dei c.d. “fratelli minori di Contrada” in ordine al concorso esterno in associazione di stampo mafioso, sempre nel solco del rispetto del principio di legalità e di quello della *foreseeability*<sup>12</sup>, poiché la giurisprudenza interna ha opposto forti resistenze rispetto alla soluzione garantista emergente dal *dictum* della Corte EDU (Corte EDU, Quarta Sezione, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia)<sup>13</sup>, facendo leva su un presunto difetto di vincolatività di quest’ultimo<sup>14</sup>; si tratta, però, di un approccio la cui validità è stata clamorosamente smentita dalla sentenza Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. c. Italia (vd. § 252), che si è soffermata (anche) sull’efficacia “panprocessuale” delle pronunce di Strasburgo<sup>15</sup>.

9 In argomento vd. G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 1724 ss; V. MASARONE, *Il “diritto penale europeo” al vaglio dell’offensività: fondamento ed esiti*, 21 marzo 2019, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

10 Su questa terminologia vd. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014.

11 Sulla questione vd. anche C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *Dir. Un. Eur.*, 2018, 153 ss; E. AMATI, *L’enigma penale*, Torino, 2020, 61; P. SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Torino, 2022 (spec. 45 ss).

12 Frutto di una lunga elaborazione da parte della Corte EDU in ordine ai reati ed alle pene, richiamato frequentemente nella giurisprudenza della Corte. Vd. ad esempio Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna (§ 91-93). Cenni a questa importante pronuncia in A. GARGANI, *L’estensione selettiva del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione “storica”*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 253 ss; V. MONGILLO, *Manipolazione del linguaggio giuridico e vincoli di realtà: l’irretroattività in pejus irrompe nei confini dell’esecuzione penale*, *ibidem*, 1436 ss.

13 Su cui vd. M. RONCO, *Le aporie del concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Arch. Pen.*, 2016, 743 ss; A. CENTONZE, *Il concorso eventuale nei reati associativi tra vecchi dubbi e nuove conferme giurisprudenziali*, 12 dicembre 2016, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); G. FIANDACA, *Brevi note sulla portata della sentenza della Corte EDU (caso Contrada) in tema di concorso esterno*, in *Foro It.*, 2016, 742 ss; G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. Pen.*, 2016, 12 ss; V. PLANTAMURA, *Legalità costituzionale e convenzionale: tra misure di prevenzione e concorso esterno*, 23 novembre 2018, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

14 Vd. Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2019, n. 8544, “Genco”. Su questa pronuncia vd., tra i tanti, F.R. DINACCI, *Obblighi europei, resistenze giurisprudenziali e negazione dei diritti: Contrada è figlio unico*, 10 settembre 2020, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it); A. ESPOSITO, *Giochi di luce: quando il mostro diventa riconoscibile*, 18 maggio 2020, *loc. ult. cit.*; G. AMARELLI, *Le Sezioni unite negano efficacia “erga alios” alla Contrada: i fratelli minori vanno a Strasburgo?*, in *Giur. It.*, 2020, 1757 ss.

15 Su questa pronuncia vd. anche A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell’ente al processo: l’attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, 3 luglio 2018, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

1.2. Per altro verso, la dottrina ormai da anni sottolinea come il sistema interno sia stato interessato da una sorta di “deriva panpenalistica”, con la progressiva espansione dell’area del penalmente rilevante e con un continuo “gioco a rialzo” in ordine al carico sanzionatorio<sup>16</sup>.

Le ragioni del fenomeno sono molteplici<sup>17</sup>: la necessità di contrasto di nuove forme di criminalità, alcune delle quali alimentate dalla globalizzazione; la scarsa efficacia general-preventiva del diritto penale, specie in alcuni settori e rispetto a talune condotte illecite (si pensi al sistema dei reati contro il patrimonio, la cui frequenza, nell’ultimo periodo, caratterizzato da profonda crisi economica, è particolarmente allarmante, come dimostrano i dati raccolti dall’ISTAT e dal Ministero di Giustizia); l’impegno “mass-mediatico” dello *ius criminale* come mezzo di procacciamento del consenso politico, etc.<sup>18</sup>

Detta “ipertrofia” del diritto penale<sup>19</sup>, secondo alcuni, peraltro sarebbe stata in parte alimentata proprio dalle “istanze punitive” provenienti dall’Europa<sup>20</sup>; fatto è che ai fini di una auspicata inversione di tendenza la dottrina, nel tempo, ha proposto vari “rimedi” che, per approssimazione, si sostanziano:

- in una maggiore attenzione da parte del legislatore nelle nuove scelte di criminalizzazione, che – sottoposte ad un controllo più pregnante da parte della Consulta rispetto all’attuale<sup>21</sup> – dovrebbero essere correlate alla necessità di tutela di

16 Vd. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000; G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019. Sul particolare tema della *corruption*, M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, G.M. FLICK, *Ne valeva la pena? Sì, però...*, in *Cass. Pen.*, 2022, 2013 ss.

17 C. PIERGALLINI, *Pene “private” e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, in C.E. Paliero – F. Viganò – F. Basile – G.L. Gatta (a cura di), *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, 2018, 631 ss.

18 Vd. anche A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1488 ss; G. MARRA, *Extrema ratio e ordini sociali spontanei*, Torino, 2018, *passim*. In argomento cfr. altresì A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in Id. (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443 ss; M. PAVARINI (a cura di), *Silente poenologi in munere alieno!: teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006. Per un parallelo vd. J. SIMON, *Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford, 2007.

19 Stigmatizzata dalla stragrande maggioranza della dottrina penalistica italiana. Vd. anche MANTOVANI, *Criminalità sommergente e cecità politico-criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, 1201 ss; C.F. GROSSO, *Su alcuni problemi generali del diritto penale, loc. ult. cit.*, 2003, 18 ss; G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale, ibidem*, 2013, 1654 ss; G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo, ibidem*, 2014, 2025 ss; G. FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, 28 maggio 2018, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); E.M. AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 397 ss. Su questo tema, inoltre, vd. D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea* (trad. L. Alunni), Milano, 2017.

20 Su questo problema cfr. anche L. SIRACUSA, *Il transito del diritto penale di fonte europea dalla “vecchia” alla “nuova” Unione post-Lisbona*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2010, 779 ss; A. GULLO, *Deflazione e obblighi di penalizzazione UE*, 10 febbraio 2016, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

21 In argomento vd. anche la ricostruzione di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 139 ss. In precedenza, V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 739 ss; V. MAIELLO, *“Il diritto penale che cambia” in una conversazione tra Francesco Palazzo e Francesco Viganò*, in *Cass. Pen.*, 2019, 4210 ss.

beni giuridici di particolare rilevanza e, nel contempo, a forme di compromissione di detti valori oltremodo intense e di alto allarme sociale<sup>22</sup>;

- in un ricorso a sanzioni diverse da quelle detentive (caratteristiche del diritto penale c.d. “classico”) e, in particolare, a quelle pecuniarie<sup>23</sup> e interdittive<sup>24</sup> (o addirittura “prescrittive”)<sup>25</sup> come pene principali, anche al fine di un auspicato abbandono del sistema “carcerocentrico”<sup>26</sup>, nonché di rinvigorire la funzionalità rieducativa della pena<sup>27</sup>, sinora scarsamente garantita dalle misure *intra moenia*<sup>28</sup>;

- nell’utilizzo, *post delictum* o *post processum* di nuovi (o riformati) strumenti che consentano, in vario modo, una modulazione delle conseguenze giuridiche del reato, “carata” sul caso specifico (nella prospettiva dell’offensività in concreto<sup>29</sup>, di

22 In argomento vd. T. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2015, 51 ss.

23 Secondo un modello sperimentato, con esiti confortanti, in altri ordinamenti, quale quello tedesco. A favore di un “rinvigorimento” della funzionalità delle pene pecuniarie nel nostro ordinamento si sono espressi, nel tempo, numerosi studiosi. In argomento, oltre al lavoro di E. MUSCO, *La pena pecuniaria*, Catania, 1984, vd., nella letteratura più recente, L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un’indagine storica e comparata*, Milano, 2008; M. MIEDICO, *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Milano, 2008; E. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 393 ss. Tuttavia, sulle problematiche della pena pecuniaria in contesti ove si registrano delle forti diseguaglianze sociali ed economiche, come in Francia, Stati Uniti e Italia, vd. L. WACQUANT, *Les Prisons de la misere*, Parigi, 1999; T. MESSANGER, *Profit and punishment. How America criminalizes the poor in the name of Justice*, New York, 2021 e A. DE LIA, *I complessi rapporti tra diritto penale e povertà*, 9 luglio 2022, in [www.camminodiritto.it](http://www.camminodiritto.it).

24 Sull’afflittività delle misure interdittive vd. però, di recente, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 207 ss. Sul punto vd. anche Corte cost., 25 settembre 2019, n. 222.

25 Sull’opportunità del ricorso da parte del Parlamento alle pene prescrittive, al fine di garantire un “pluralismo sanzionatorio” idoneo a modellare la risposta ordinamentale al caso concreto, vd., a livello monografico, M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017, M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L’esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, 443. In senso favorevole a questa soluzione A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 53-54; E. DOLCINI, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace*, in M. Catenacci – V.N. D’Ascola – R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma, 2021, 983. In argomento vd. anche, di recente, R.M. PALAVERA, *Condizioni e fattori di promozione della pena prescrittiva*, in *Ind. Pen.*, 2021, 318 ss.

26 In questo senso vd., ad esempio, A. MANNA, *È configurabile un sistema penale non carcerocentrico?*, 10 marzo 2021, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it). Su questo tema vd. inoltre E.R. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1998.

27 Posta in risalto anche dalla Corte di Strasburgo, nel contesto di una visione polifunzionale della sanzione criminale, attraverso la ben conosciuta sentenza Corte EDU, Prima Sezione, 13 giugno 2019, Viola c. Italia, intervenuta sull’annoso tema dell’ergastolo ostativo.

28 Vd. L. EUSEBI, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; C. MAZZUCATO – I. MARCHETTI, *La pena in castigo. Un’analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006; C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 447 ss.

29 E, in questo senso, il legislatore si è già mosso attraverso l’introduzione dell’art. 131-bis c.p. sul quale vd., nell’ampia letteratura, F. MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust. Pen.*, 2015, II, 321 ss; C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 517 ss; R. BARTOLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, *loc. ult. cit.*, 2015, 659 ss; G. AMARELLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dogmatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p.*, in *Studium Iuris*, 2015, 968-978 e 1102 ss; R. RAMPIONI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.*, 2016, 459 ss; I. GIACONA, *La uova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.), tra esigenze deflattive e di bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Ind. Pen.*, 2016, 38 ss; S. LARIZZA, *Particolare tenuità del fatto:*

comportamenti resipiscenti<sup>30</sup> o riparatori da parte del reo<sup>31</sup>), anche attraverso la sostituzione delle pene detentive affidata al giudice del merito ovvero a quello dell'esecuzione<sup>32</sup>;

- in un'ampia revisione del sistema criminale, con l'abolizione di un ampio catalogo di figure incriminatrici "minori", con loro "degradazione" ad illecito di diversa natura (*id est* amministrativo)<sup>33</sup>, ovvero sia attraverso un processo organico ed esteso di "depenalizzazione" (o meglio "decriminalizzazione")<sup>34</sup>, sulla scorta dell'esperienza tedesca, maturata a partire dagli anni '50 dello scorso secolo, con la trasformazione di numerose figure contravvenzionali in *Ordnungswidrigkeiten*<sup>35</sup>.

---

*l'art. 131-bis al vaglio della giurisprudenza*, in *Giur. It.*, 2018, 2766 ss. Sulle prospettive della riforma "Cartabia" (l. 27 settembre 2021, n. 134, contenente "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari", che è stata attuata con d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, con entrata in vigore postergata dal d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, al 30 dicembre) relative all'istituto vd. D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, 13 gennaio 2022, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it). Per le affinità e differenze rispetto al sistema tedesco e, in particolare, in ordine alla portata del § 153 StPO, in tema di "rinuncia all'azione per tenuità", vd. i cenni di K. SUMMERER, "Diversion" e giustizia riparativa. Definizioni alternative del procedimento penale in Austria, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 143 e, più diffusamente, E. ADDANTE, *La particolare tenuità del fatto: uno sguardo altrove*, 3 aprile 2015, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it). Nella letteratura tedesca, vd. S. UNTERSTELLER, *Der Begriff "öffentliches Interesse" in den §§ 153 StPO*, Münster, 2015.

30 Su tale fronte il legislatore è intervenuto con la disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato; in detto contesto la componente rieducativa appare prevalente rispetto a quella riparatoria/ripristinatoria (in argomento vd., tra i tanti, L. EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 1693 ss; G. MANNOZZI – F. CIVIELLO – V. MOLTENI, *La messa alla prova per adulti: riscontri applicativi*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2021, 105 ss). Anche in questa direttrice, peraltro, si è mossa la riforma "Cartabia", con l'ampliamento dell'operatività dell'istituto.

31 Sulla linea della "riparazione", il Parlamento ha introdotto, come ben risaputo, l'istituto dell'estinzione del reato per condotte riparatorie, di cui all'art. 162-ter c.p. [su cui vd. anche M. RIVERDITI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato (art. 162-ter c.p.): un primo sguardo d'insieme*, in *Giur. It.*, 2017, 2227 ss; C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162-ter c.p.: deflazione senza "Restorative Justice"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 1274 ss; C. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, 13 novembre 2017, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu); A. DE LIA, "I delitti senza pena": note a margine del nuovo art. 162-ter c.p., 20 febbraio 2020, *loc. ult. cit.*], al quale ha fatto seguito l'estensione del novero dei reati perseguibili a querela attraverso il d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36 (su cui vd. A. GARGANI, *Riforma Orlando: la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 579 ss; S. SEMINARA, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in *Criminalia*, 2018, 383 ss; C. PAONESSA, *Le modifiche al regime di procedibilità a querela*, 6 marzo 2019, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu); F. GIUNTA, *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 473 ss; L. RISICATO, *L'illecito civile punitivo tra intenti deflattivi incerti e ibridazione di categorie giuridiche eterogenee: un esperimento sostenibile?*, 9 settembre 2019, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it)), in ordine al quale pure si appuntano le linee programmatiche della già citata riforma "Cartabia" (ciò attraverso l'estensione dei reati procedibili a querela. Vd. G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, 15 ottobre 2021, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)). In Germania, invece, vige, dal 1994, l'istituto disciplinato dal § 46a StGB, che opera sull'alternativa conciliazione reo-vittima e risarcimento del danno. Per un'analisi di detto istituto (ed ampi richiami alla letteratura tedesca), vd., di recente, G. MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo. Nel caleidoscopio delle recenti riforme*, Milano, 2019, 11 ss. In precedenza, per richiami comparatistici all'istituto tedesco, A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, 41 ss; E. MEZZETTI, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto reo-vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. Pen.*, 2016, 3094 ss; G.P. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante*

1.3. La depenalizzazione<sup>36</sup>, o comunque l'impiego dell'illecito amministrativo, pone però il problema dell'applicabilità a questo settore dei principi fondamentali del diritto penale sostanziale riconosciuti nel sistema interno e a livello europeo. Il "rischio", infatti, è quello della c.d. "Etikettenschwindel", vale a dire che iniziative legislative volte a riformare il sistema anche attraverso una "degradazione" dell'illecito e una diminuzione del carico sanzionatorio (con l'abbandono della pena detentiva), nella proclamata idea di un "diritto mite", possano invece condurre, per l'effetto di scelte addirittura consapevoli dal parte del Parlamento, ad una "degradazione" delle garanzie individuali<sup>37</sup>.

---

*riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 437 ss. La disposizione tedesca, dunque, ha caratteri che consentono di accostarla, per un versante, al concetto di giustizia riparativa, sul quale "punta forte" la già citata riforma "Cartabia". Per la complessa definizione del concetto di "restorative Justice" vd. G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa: formanti, parole, metodi*, Torino, 2017; C. MAZZUCATO, *Dalla parte di Caino: Per una giustizia riparativa*, Agrate Brianza, 2018; G. FORNASARI – E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione*, Trento, 2019.

32 Sulle prospettive di riforma vd. E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, 30 agosto 2022, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

33 O ancora attraverso il ricorso al modello dei c.d. "punitive damages" caratteristici dei sistemi di *common law*, ma che ormai, dopo un lungo dibattito, hanno trovato legittimazione anche nel sistema nostrano (vd. Cass. Civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601). In argomento, nella letteratura penalistica, vd. M. BERTOLINO, *Il risarcimento del danno tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive nel canone del diritto penale*, 20 maggio 2019, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); L. RISICATO, *L'illecito civile punitivo come irrocervo giuridico: brevi considerazioni su pregi, difetti e possibili degenerazioni della privatizzazione del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 487 ss.

34 Sulla depenalizzazione come "rimedio" tradizionale all'inflazione penale vd. C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1984; A. BERNARDI – I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova, 2006. Nella manualistica vd. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 13 ss (che ha anche rammentato le indicazioni provenienti dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983, su cui vd. F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. Pen.*, 1986, 35 ss; T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, *ibidem*, 952 ss; E. DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, 778 ss). Tra i saggi: T. VORMBAUM, *Elementi autoritari nella storia penale, particolarmente nella storia penale tedesca*, in *IUS/17@UNIBO*, 2017, 105 ss; N. SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Arch. Pen.*, 2014, 417 ss; A. SERENI, *La depenalizzazione nella società di massa tra logica liberale e logica economica*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2015, 557 ss; R. ROMBOLI, *In tema di depenalizzazione*, in *Foro It.*, 2017, 1, 3593 ss; A. GARGANI, *Depenalizzazione e "materia penale". La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza*, in *Criminalia*, 2018, 143 ss. Si ricorda che i principali interventi di "depenalizzazione" attuati dal legislatore nel dopoguerra sono rappresentati dalla l. 3 maggio 1967, n. 317; dalla l. 24 dicembre 1974, n. 706; dalla l. 24 novembre 1981, n. 689; dal d.lgs. 13 luglio 1994, n. 480 e dal successivo d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507. A questi si aggiunge, da ultimo, il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. In argomento vd. anche G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 39 ss. Sull'ultima riforma vd. G. LOSAPPIO, *La delega di depenalizzazione specifica. Effetti pretesi e pretese senza effetto*, in *Cass. Pen.*, 2016, 2449 ss; G. MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, op. cit., 63 ss; nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Assago, 2017, 969 ss.

35 Su questa epocale riforma, nella letteratura italiana, per tutti, vd. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1984, 281 ss.

36 Che, in linea generale, può essere alimentata da vari fattori: dalla necessità di razionalizzare la risposta punitiva in ambiti disciplinati dal diritto penale, in ragione di valutazioni che attengono alla proporzionalità della stessa rispetto all'offensività di diversi illeciti; da motivi che attengono ad una rinnovata valutazione del

La presente disamina, volta a indagare altresì “pro e contro” di una simile opzione di politica criminale<sup>38</sup>, si volgerà, allora, soprattutto al diritto penale dell’economia; questo settore, infatti, è inevitabilmente interessato da un difficile equilibrio tra la necessità di tutela di beni giuridici di primario rilievo rispetto al crescente pericolo derivante dall’esercizio delle attività produttive, *da un lato*, e quella di evitare, *dall’altro*, che un eccessivo ricorso al c.d. “*ius terribile*” (o, comunque, a misure particolarmente afflittive) possa determinare ostacoli indesiderabili allo sviluppo<sup>39</sup>, specie in una fase di regressione e crisi, quale quella che l’Europa sta attraversando da oltre un decennio e che si è accentuato nell’ultimo periodo a causa dell’emergenza pandemica da COVID-19 e del conflitto tra Russia e Ucraina.

disvalore di determinate condotte; dall’esigenza di fruire di mezzi di contrasto dell’illecito più “maneggevoli”; dalla maggiore capacità deterrente, in alcuni contesti, di strumenti amministrativi, di carattere pecuniario o interdittivo, rispetto alla minaccia di una sanzione detentiva, specie se blanda.

37 La Consulta, con la sentenza Corte cost., 10 gennaio 2017, n. 43 (su cui vd. anche M.C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa “sostanzialmente penale”*: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2017, 293 ss), peraltro, ha sottolineato che la sempre maggiore attenzione alla problematica della definizione della *matière pénale* è stata alimentata, nel dibattito internazionale, in maniera determinante, proprio dai numerosi processi di depenalizzazione attuati negli ultimi decenni dagli Stati europei. Tale pronuncia, però, ha sposato il principio secondo il quale «l’attrazione di una sanzione amministrativa nell’ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri (europei) trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell’ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l’ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da essa approntato, volto a garantire una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali. Detto diversamente, ciò che per la giurisprudenza europea ha natura “penale” deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la “materia penale”; mentre solo ciò che è penale per l’ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna». In tal senso vd. anche Corte cost., 5 aprile 2017, n. 109. Uno statuto di garanzie asimmetrico (sul punto vd. anche F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull’irretroattività delle sanzioni amministrative*, 15 maggio 2017, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 12 ss), dunque, che solleva dubbi di legittimità nel momento in cui maggiori garanzie apprestate dal sistema interno dovessero essere negate all’individuo per l’effetto della mera qualificazione formale dell’illecito operata dal legislatore nazionale. Tanto è vero che si è potuto apprezzare un recente *revirement* con la sentenza Corte cost., 16 aprile 2021, n. 68 (su cui anche *infra*), che ha ammesso, nel prisma del principio di ragionevolezza, la necessaria estensione delle garanzie penalistiche interne in relazione a sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali. Su questa importante pronuncia vd. M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, 20 aprile 2021, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it); I. PELLIZZONE, *Afflittività della sanzione amministrativa punitiva dichiarata incostituzionale e legalità costituzionale della pena: prime prove per un’applicazione costituzionale della “frode delle etichette”*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2021, 697 ss; A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica*, in *Giur. Cost.*, 2021, 877 ss; A. CELOTTO, *Iper-retroattività e diritto vivente CEDU, loc. ult. cit.*, 889 ss. Si è al cospetto, allora, di orientamenti erratici da parte della Consulta, come emerge dall’analisi della giurisprudenza della Corte sul punto (operata anche F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 1775 ss).

38 Si tratta di una questione che ha destato ampio interesse da parte della dottrina, soprattutto a partire dagli anni ’80. Vd. ad esempio M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Milano, 1983; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie, principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; A. TRAVI – C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988.

39 In tema vd. le osservazioni di F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell’impresa. Profili costituzionali*, in Trattato di diritto penale dell’impresa diretto da A. Di Amato, I, *i principi generali*, Padova, 1990, 121 ss; G. FORNASARI, *Il*

Per il vero, c'è da notare anche che il legislatore italiano, negli ultimi decenni, ha fatto ampio ricorso in questo settore alla sanzione (nominalmente) amministrativa, come dimostra la disciplina degli illeciti tributari, ambientali, in ambito bancario e assicurativo, quella a tutela del mercato mobiliare, etc. Tuttavia, generalmente, si è al cospetto di misure che, assommandosi a quelle (formalmente) penali<sup>40</sup>, determinano problematiche anche sotto il profilo del *ne bis in idem*, sostanziale e processuale<sup>41</sup>.

Le stesse problematiche interessano, altresì, come meglio si preciserà in corso di trattazione, l'ambito delle sovvenzioni pubbliche in favore delle imprese, atteso che le violazioni del beneficiario possono importare tanto la responsabilità penale<sup>42</sup>, quanto (tra l'altro) l'applicazione delle severe misure previste dall'art. 9 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123, recante "disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese".

## 2. Il concetto di "materia penale" nella giurisprudenza della Corte EDU.

2.1. Il tema affrontato in questa sede presuppone, giocoforza, una definizione preliminare, seppur per brevi cenni, della "materia penale", rispetto alla quale debbono (o dovrebbero) trovare applicazione i principi che costituiscono, nel loro insieme, lo statuto delle garanzie caratteristiche.

Talché, non sembra inopportuno evidenziare come il processo di elaborazione di tale concetto, con l'irrompere del diritto e del formante giurisprudenziale sovranazionale, abbia condotto ad alcuni punti fermi, ma anche a molte questioni ancora irrisolte; secondo la Corte EDU, in particolare, occorrerebbe impiegare, come ben risaputo, un catalogo di indici elaborato, a livello embrionale, con la decisione sul *leading case* "Engel e altri c. Paesi Bassi"<sup>43</sup>.

In base agli orientamenti della Corte di Strasburgo, accolti anche dalla Corte di giustizia UE<sup>44</sup>, allora, non assumerebbe rilievo assorbente l'aspetto formale, ovverosia la qualificazione dell'illecito operata dal legislatore interno (a patto che non sia questi a definire come penale la norma e la sanzione correlata: cfr., per l'appunto, Corte EDU, Adunanza Plenaria, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, § 82). Difatti, «sarebbe contrario all'oggetto e allo scopo dell'art. 6 della Carta EDU, che protegge "chiunque sia soggetto ad un'accusa penale" il diritto a un giudice e ad un equo processo, se allo Stato fosse consentito di sottrarre dal campo di applicazione dell'art. 6 un'intera categoria di illeciti solo per il fatto che siano qualificati come minori»<sup>45</sup>.

*concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994, 4.

40 Per un'approfondita indagine sul tema vd. L. FORNARI, *Criminalità da profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997.

41 Su cui vd. anche N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Milano, 2020. Su tale argomento, con particolare riferimento al diritto penale dell'economia, vd. M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 1 ss.

42 Con le conseguenze accessorie di cui all'art. 32-*quater* c.p.

43 Su cui vd. anche A. NUSSBERGER, *The european Court of Human rights*, Oxford, 2020, 104 ss; W. SHABAS, *The European convention on human rights*, Oxford, 2020, 277 ss.

44 Vd., per tutte, la sentenza CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, causa C-524/15, Menci.

45 Corte EDU, Adunanza Plenaria, 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania. Su questa fondamentale pronuncia, che è intervenuta sulle sanzioni previste dall'OWiG, vd. C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica ad una svolta "radicale", in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, 894 ss.

Gli indici di maggior peso, dunque, sarebbero rappresentati dalla *natura dell'illecito*, da intendersi come gravità del fatto contestato sotto il profilo dell'offensività, anche nella proiezione della tipologia del bene giuridico tutelato, nonché dalla *severità della conseguenza giuridica*, in termini di impatto sulla sfera di libertà dell'individuo.

Col tempo, però, a questi tre *macro-criteri* (definizione formale, natura dell'illecito, gravità della sanzione), per l'effetto dell'evoluzione giurisprudenziale, se ne sono affiancati degli altri che, implementando le colonne della matrice valutativa, hanno reso assai complesso il compito dell'interprete, anche per via della loro "alternatività" e "cumulabilità"<sup>46</sup>.

In particolare, in estrema sintesi, secondo la Corte EDU, al fine di individuare la natura "penale" di una norma, occorrerebbe valutare anche la sua "proiezione soggettiva", poiché nel caso di precetti a c.d. "soggettività ristretta", caratteristici della materia disciplinare, connotati da esigenze di tutela di interessi particolarmente limitati, si sarebbe, di massima, al di fuori del *parterre* penalistico<sup>47</sup>; particolare significatività, inoltre, rivestirebbe il criterio "teleologico", rappresentato dalla finalità sottesa alla previsione normativa, che sarebbe riconducibile alla *matière pénale* nell'ipotesi in cui essa perseguisse scopi spiccatamente repressivi/retributivi/afflittivi<sup>48</sup>.

Vi è, tuttavia, che alcuni dei parametri sopra elencati si sono rilevati, al banco di prova della prassi, assai poco fruibili<sup>49</sup>; nella suddetta prospettiva si colloca certamente, allora, il riferimento alla limitazione dell'applicabilità delle norme dal punto di vista soggettivo, atteso che, proprio nel prisma del peso da attribuire nel complesso ai singoli parametri sopra descritti, non può essere escluso che un illecito disciplinare possa perseguire finalità afflittive, conducendo a conseguenze per l'individuo parificabili in quanto a severità a quelle caratteristiche di norme penali<sup>50</sup>. Per non tacere poi del fatto che, in effetti, tutti gli ordinamenti giuridici prevedono una vasta serie di illeciti "propri" (si pensi ai reati dei soggetti qualificati contro la

46 Cfr. Corte EDU, Adunanza Plenaria, 25 agosto 1987, Lutz c. Germania; Corte EDU, Quarta Sezione, 1 febbraio 2005, Zilibierberg c. Moldavia, per la quale «ciò non esclude che possa essere adottato un approccio cumulativo laddove l'analisi separata di ciascun criterio non consenta di giungere a una conclusione chiara sull'esistenza di una "accusa penale"».

47 In argomento vd. anche A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2002, 673 ss.

48 Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 9 ottobre 2003, Ezeh e Connors c. Regno Unito; Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2018, Navalnyy c. Russia.

49 Come attentamente rilevato da M. ROMANO, *Parole introduttive*, in M. Donini – L. Foffani (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 2 ss.

50 Sul punto vd. Corte EDU, Grande Camera, 22 dicembre 2020, Gestur Jónsson e Ragnar Halldór Hall c. Islanda che ha chiarito, infatti, come nel caso di illecito e sanzione disciplinari occorrerebbe comunque procedere ad una rigorosa verifica attraverso il riferimento agli altri criteri Engel. Più in generale, si può osservare che la Corte, in ordine alle previsioni disciplinari, pur mostrando un approccio assai restrittivo, non esclude a priori che un'infrazione di tal fatta possa essere ricondotta nell'ambito dello *ius criminale*; il che si verifica soprattutto nel caso in cui le conseguenze dell'illecito siano di rilevante impatto per la sfera dell'individuo (vd. anche Corte EDU, Quinta Sezione, 9 gennaio 2013, Volkov c. Ucraina; Corte EDU, Grande Camera, 6 novembre 2018, Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo). Vd. inoltre Corte cost., 16 luglio 2015, n. 170 sulla responsabilità disciplinare dei magistrati.

Pubblica Amministrazione), rientranti nell'alveo della materia penale già per l'effetto dell'applicazione del criterio formale<sup>51</sup>.

Particolarmente periclitante, altresì, è il riferimento al bene giuridico tutelato e alla gravità della relativa offesa, stante l'ormai acclarata incapacità selettiva di tali elementi, anche per l'effetto delle non sempre razionali scelte operate dal legislatore italiano<sup>52</sup>.

Del resto è necessario prendere in considerazione, nella medesima prospettiva, il fatto che la stessa giurisprudenza della Corte EDU, a più riprese, ha rilevato che gli Stati aderenti non sarebbero affatto limitati, nelle scelte di criminalizzazione, da un particolare catalogo di beni giuridici o dall'intensità della loro compromissione/messa in pericolo, né (generalmente) obbligati a introdurre misure di carattere penale per la violazioni più gravi che incidono su diritti fondamentali ma, al più, ad imporre misure effettive, proporzionate e dissuasive<sup>53</sup>.

In tal senso, ad esempio<sup>54</sup>, si è espressa la sentenza Corte EDU, Prima Sezione, 24 gennaio 2019, Cordella e altri c. Italia, con la quale il Giudice di Strasburgo si è pronunciato sulla richiesta di accertamento della violazione da parte dello Stato italiano di doveri di tutela dei diritti di cui agli artt. 8 e 13 della Convenzione EDU, a seguito dei danni provocati dalle emissioni dell'impianto siderurgico ILVA a Taranto<sup>55</sup>.

Talché, in effetti, ha mostrato una maggior attendibilità il terzo tra gli *Engel criteria*, che è stato valorizzato in più occasioni dalla Corte di Strasburgo che, ad esempio, con

51 E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 47; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea. Le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1899 ss.

52 Su questi temi vd. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; M. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 338 ss.; A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 159 ss.; M.N. MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1772 ss. Anche in Germania la dottrina ha più volte evidenziato la scarsa rilevanza del *Rechtsgut* come limite alle scelte punitive attuate dal legislatore (vd. ad esempio S. SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 2010, 24 ss.; per un'ampia ricostruzione del problema vd. G. JAKOBS, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, Tubinga, 2017, 65 ss). Tale conclusione è confermata dalla nota sentenza della Corte costituzionale sull'incesto (BVerfG, Sez. II, 26 febbraio 2008, BvR 392/07), sulla quale vd. anche M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. Cont. Riv. Trim.*, 2013, 4 ss. In detto pronunciamento la Corte ha rilevato che la Legge fondamentale impedirebbe scelte punitive «solo se e nella misura in cui la Carta stessa escludesse il perseguimento» di esse.

53 In argomento vd. D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1613 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 386 ss.; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, IV, 2011, 2645 ss. Sul punto vd. anche Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, secondo la quale «non può sfuggire che l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale, *impinge* nel più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti più efficaci per perseguire la effettività dell'imposizione di obblighi».

54 Oltre a Corte EDU, Grande Camera, 15 ottobre 2015, Kudrevičius e altri c. Lituania.

55 Sulla pronuncia vd. D. VOZZA, *Oltre la giustizia penale: la Corte EDU condanna lo Stato italiano nel caso dell'ILVA di Taranto per violazione del diritto al rispetto alla vita privata e del diritto ad un ricorso effettivo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2019, 707 ss.; S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA*, 19 marzo 2019, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Per le evoluzioni sul caso vd. M. GRECO, *Il caso "ex-ILVA" ritorna davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo: quattro nuove condanne per l'Italia*, 26 luglio 2022, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

la sentenza Corte EDU, Seconda Sezione, 27 settembre 2011, Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, negando carattere dirimente alla qualificazione operata dal diritto interno (nel caso di specie, per sanzioni applicate dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato per violazione dell’art. 2 l. 10 ottobre 1990, n. 287, in tema di pratiche anticoncorrenziali), ha posto l’accento sulla severità della pena pecuniaria irrogata, qualificandola, per l’appunto, come sostanzialmente penale<sup>56</sup>.

Si tratta di un canone di valutazione che è stato impiegato dalla Corte EDU anche in riferimento a misure interdittive, come nell’*affaire* “Boman”, relativo alla sospensione della patente per violazione delle norme sulla circolazione autoveicolare<sup>57</sup>.

2.2. Quanto al criterio da ultimo esaminato (gravità della sanzione), vi è da aggiungere, tuttavia, che la Corte (come dimostrano in effetti gli stessi *case law* sopra richiamati), ponendosi in linea con le riflessioni sviluppate da molti studiosi della materia<sup>58</sup>, frequentemente, ha giustamente posto in luce la riduttività del c.d. “*argumentum libertatis*”; infatti, non è affatto dimostrabile che misure a carattere detentivo possano sempre incidere sulla sfera dell’individuo in maniera più intensa rispetto a quelle pecuniarie<sup>59</sup> e interdittive (comunque caratteristiche anche dello *ius criminale*), specie laddove quest’ultime abbiano carattere perpetuo<sup>60</sup>.

Posto, dunque, che suddetto criterio (che ha connotati “tipologici” e “quantitativi”) si è rilevato inidoneo a fornire all’interprete un punto di riferimento certo, valido in assoluto, la Corte di Strasburgo talora ha focalizzato la propria attenzione sullo *scopo* della previsione, polarizzato sui concetti di punizione (tipico del diritto penale) e prevenzione (che sarebbe caratteristica invece, del diritto amministrativo); il tutto attraverso un’impostazione assai diversa dalla tradizione nostrana, fondata, a ben considerare, su un approccio eminentemente formalistico, per il quale sarebbe riconducibile al diritto penale soltanto quel precetto alla cui violazione segua l’irrogazione di sanzioni tipiche, siano esse privative della libertà personale, di natura pecuniaria, ovvero ad effetto interdittivo o comunque precettivo<sup>61</sup>.

56 Sulla pronuncia vd. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2013, 79 ss; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 685 ss; B. CORTESE – F. FERRARO – P. MANZINI, *Il diritto antitrust dell’Unione europea*, Torino, 2014, 195; M. INTERLANDI, *Fenomeni migratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, 184.

57 Corte EDU, Quarta Sezione, 17 maggio 2017, Boman c. Finlandia, su cui vd. anche A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 1047 ss.

58 Vd. M. DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, 738 ss; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 48 ss; G. FORNASARI – A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008, 118 ss.

59 Cfr. anche Corte EDU, Grande Camera, 22 dicembre 2020, Jónsson e Hall c. Islanda.

60 Per una posizione difforme, più aderente all’approccio diffuso nella dottrina tradizionale, vd. però G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, *op. cit.*, 49, per il quale potrebbero essere considerate penali soltanto quelle conseguenze giuridiche idonee a incidere, direttamente o indirettamente, sulla libertà personale del singolo, in termini di privazione reclusiva/detentiva.

61 Sul punto vd. M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, 40; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 17 ss. Occorre, però, sottolineare

Tale tendenza si riscontra attraverso una vasta serie di pronunciamenti della Corte EDU relativi agli illeciti amministrativi, dei quali si è declinata la natura “penale” specie in caso di loro correlazione con infrazioni formalmente qualificate dagli Stati aderenti come criminali, o di stretta interdipendenza tra di essi (tanto da autorizzare la conclusione che si sia al cospetto della formazione di un ulteriore criterio valutativo: quello della “*connessione*”, per l’appunto)<sup>62</sup>.

In ogni caso, utile a porre in luce l’emergere di tale orientamento, che importa la recessività del criterio della severità della conseguenza dell’illecito rispetto a quello della sua finalità, è il pronunciamento Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia* che, in materia di illeciti tributari<sup>63</sup>, ha affermato che anche una misura contenuta di natura pecuniaria mostrerebbe un *volet pénal* laddove essa abbia una finalità punitiva/afflittiva<sup>64</sup>.

Insomma, secondo il suddetto orientamento, sarebbe lo scopo principale della misura a determinarne la sua natura e quella della norma che la contempla, poiché laddove quest’ultima risultasse, invece, prevalentemente strumentale alla prevenzione dell’illecito, oppure al risarcimento/*reductio in pristinum* della situazione antecedente alla sua realizzazione, non troverebbe applicazione lo statuto delle garanzie penalistiche<sup>65</sup>.

Tanto è vero che (seppur con argomentazioni assai opinabili ed opiniate) nelle due pronunce della Corte EDU, Prima Sezione, del 17 giugno 2021, *Galan c. Italia e Miniscalco c. Italia*, intervenute sul tema della retroattività delle norme interdittive previste dal d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 (c.d. “decreto Severino”), si è esclusa la riconducibilità di dette previsioni nell’alveo della materia penale facendo leva sulla loro (pretesa) finalità preventiva e non punitiva<sup>66</sup>, con una soluzione che si colloca in linea con gli orientamenti espressi dalla Consulta (vd. Corte cost., 19 novembre 2015, n. 236 e Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276)<sup>67</sup>.

che già nelle prime espressioni della Consulta (vd. Corte cost., 26 giugno 1956, n. 6; Corte cost., 19 gennaio 1957, n. 21) si può intravedere un’impostazione diversa da quella descritta nel testo, imperniata sulla natura e afflittività delle conseguenze giuridiche dell’illecito.

62 Vd. ad esempio Corte EDU, Grande Camera, 12 luglio 2013, *Allen c. Regno Unito*.

63 In parte distaccandosi dalla pronuncia Corte EDU, 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia* (che aveva fatto leva sulla gravità della sanzione pecuniaria applicata, in termini di “sovrattassa”).

64 Sulla pronuncia vd. anche A. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs. illecito penale personale*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 15; T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, Torino, 2020, 326.

65 Ed è la prevalenza della funzione sanzionatoria rispetto a quella ripristinatoria ad aver indotto, infatti, la Corte di Strasburgo a declinare la natura penale della confisca urbanistica con la sentenza Corte EDU, Seconda Sezione, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi S.r.l. c. Italia*. Su questa pronuncia vd. anche V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione di innocenza*, in *Giur. Cost.*, 2015, 421 ss; N. RECCHIA, *La proporzionalità della confisca urbanistica: dalla Corte EDU alla Corte costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 1229 ss.

66 In argomento vd. M. GAMBARDELLA, “*Legge Severino*” in materia di incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale, 20 aprile 2014, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it); N. D’ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c’è. La presunta retroattività della “legge Severino”, tra derive assiomatiche e suggestioni moralistiche*, in *Arch. Pen.*, 2014, 25 ss.

67 Sulle quali vd. F.S. MARINI, *La “legge Severino” tra le Corti: luci e ombre dell’incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, 6 febbraio 2016, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it); F. VIGANÒ, *La Consulta respinge le censure di legittimità costituzionale della c.d. Legge Severino in materia di sospensione dalle cariche politiche*

Quel che più conta rilevare in questa sede, però, è che un simile approdo è particolarmente indicativo della natura “fuzzy” del parametro in disamina che, con grande facilità, può essere impiegato dalla Corte EDU nelle più diverse direzioni, atteso che, peraltro, la finalità preventiva rappresenta una *costante* nello *ius criminale*<sup>68</sup>.

Così come, occorre soggiungere, la soluzione per la quale la funzione della misura costituirebbe indice portante della natura della stessa, che emerge da alcuni pronunciamenti della Corte EDU, non appare affatto convincente poiché punizione e retribuzione rappresentano, a loro volta, delle *costanti* nell’illecito amministrativo, come dimostra il banale esempio delle misure previste dal sistema interno in relazione a micro-violazioni delle norme che attengono alla circolazione stradale, per le quali l’attribuzione di un carattere penale si rivelerebbe un fuor d’opera.

In questi contesti, allora, l’individuazione di una prevalenza dell’uno o dell’altro scopo, tesa ad affermare o negare la riconducibilità del precetto e della conseguenza giuridica della sua violazione alla materia penale, non può non rivelarsi molto spesso l’effetto di una valutazione assai opinabile e, quindi, non verificabile; talché, dovrebbe essere la gravità della conseguenza sul fascio di libertà dell’individuo latamente intesa a costituire, di massima, l’indice di maggiore affidabilità per l’interprete<sup>69</sup>.

Certo, si discute di un criterio, non infallibile, che comunque dovrebbe fondarsi non sulla tipologia della misura correlata all’illecito, bensì sulla sua portata afflittiva, da valutarsi in astratto, laddove gli effetti concreti, sulla sfera del singolo individuo, potrebbero assumere il ruolo di “prova del nove”.

2.3. Le problematiche attinenti agli *Engel criteria*, o meglio agli “indici di penalità” che nel tempo sono stati elaborati dalla Corte EDU, succintamente descritti, ai quali probabilmente occorre aggiungere il c.d. “*stigma degree*”, ovvero sia il carattere “infamante” del *charge* e/o della *penalty* (che pure la Corte, nella sua più alta composizione, impiega ormai di frequente)<sup>70</sup>, oltre a determinare un alto tasso di imprevedibilità delle decisioni della Corte EDU su un vasto numero di questioni che

---

*in conseguenza di sentenze di condanna*, 19 dicembre 2016, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); L. MASERA, *Il decreto Severino di fronte alla Corte costituzionale, in attesa della decisione di Strasburgo sul caso Berlusconi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 1218 ss.

68 Cfr., diffusamente, L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Napoli, 1985; L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L’individualizzazione della pena tra legalità ed equità*, Milano, 2010; D. BERTACCINI, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario*, Bologna, 2020.

69 In senso difforme e per il ruolo prevalente del criterio teleologico, vd. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, op. cit., 86 ss. Tale conclusione, per questo autore, sarebbe corroborata dall’esempio dell’internamento in strutture psichiatriche del delinquente pericoloso che, pur incidendo sensibilmente sulla libertà dell’individuo, non potrebbe essere qualificata come penale per via dell’insussistenza di profili retributivi e della finalità esclusivamente preventiva. A tali rilievi, tuttavia, si può obiettare che la natura “amministrativa” delle misure di sicurezza è tutt’altro che incontrovertibile e che, proprio in ragione degli effetti dell’applicazione di misure limitative della libertà personale, sarebbe auspicabile una piena trasposizione in questo ambito delle garanzie penalistiche. Del resto, nel sistema vigente, anche il principio di colpevolezza trova una seppur parziale applicazione nel settore *de quo*, così come quello della funzione rieducativa della pena, seppure nella diversa declinazione, in taluni casi, della cura dell’individuo. Su questi argomenti, nella letteratura più recente, vd. A. MANNA, *Misure di Sicurezza*, in Trattato di diritto penale diretto da Id. – A. Cadoppi – S. Canestrari – M. Papa, I, Milano, 2022, 1072 ss. Vd. inoltre *infra*, sub nota 142.

70 Vd., ad esempio, Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia.

attengono all'applicabilità delle garanzie caratteristiche della materia penale (specie quelle di diritto sostanziale), rilevano, allora, nella prospettiva dell'opportunità delle scelte attuabili dal legislatore nei processi di depenalizzazione e, comunque, nell'orizzonte della fuga dal c.d. "sistema carcerocentrico", a più riprese caldeggiati da una larga parte della dottrina italiana, attraverso l'abbandono dell'opzione detentiva<sup>71</sup>, poiché vi è il rischio della produzione di "ibridi" – come le misure di prevenzione – che possono rivelarsi una medicina più dannosa dello stesso male che si intende curare.

### 3. *Segue. Il "nodo gordiano" delle misure di prevenzione patrimoniale.*

3.1. Esempio assai significativo delle problematiche applicative che sorgono dai criteri elaborati dalle giurisdizioni sovranazionali, in termini di ricadute sul piano delle garanzie individuali, è dato dalla controversa disciplina delle misure di prevenzione e, in particolare, da quelle di natura patrimoniale (sequestro e soprattutto confisca), da sempre in bilico tra il diritto amministrativo-di polizia e lo *ius criminale*.

Si tratta di misure che, a partire dalla l. 13 settembre 1982, n. 646 (c.d. "Rognoni-La Torre"), vennero indirizzate al contrasto alla criminalità mafiosa<sup>72</sup>, essendo ben noto che le associazioni delinquenziali di tal fatta, negli ultimi decenni, abbiano sostanzialmente cambiato volto, nonchè scelte operative, implementando le attività di reimpiego dei proventi da reato nell'acquisizione di beni e attività imprenditoriali, di per sé lecite, con ogni consequenziale effetto anche in termini di distorsione degli equilibri di mercato<sup>73</sup>.

In tempi più recenti, però, dette misure sono state "riscoperte" dal legislatore che, in effetti, con vari interventi di riforma, ha operato un'ampia revisione dei presupposti applicativi, ampliando la platea dei potenziali destinatari<sup>74</sup>.

Le misure a carattere patrimoniale, con ogni probabilità, costituiscono, allora, il settore di maggior interesse del microsistema preventivo; la magistratura, infatti, assai cauta nell'applicazione delle misure personali, negli ultimi anni ha decisamente

71 In argomento vd. anche il recente volume AA.VV., *Abolire il carcere. Una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*, Milano, 2022.

72 Vd. E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 1 ss; G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 123; V. MILITELLO, *La "lotta" alla criminalità organizzata*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 772 ss. Per ampie ricostruzioni storiche vd. G. VASSALLI, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dommatici*, Padova, 1951; D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 2006; L. LACCHÉ, *La paura delle "classi pericolose". Ritorno al futuro?*, in *Quad. Stor. Pen. Giust.*, 2019, 159 ss.

73 Vd. anche A.M. MAUGERI, *La riforma della confisca. Lo statuto della confisca allargata: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione*, in *Arch. Pen.*, 2018, 235 ss; V. PLANTAMURA, *Economia e mafie, tra esigenze di garanzia e di contrasto: stupefacenti, prostituzione e contanti*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2021, 593 ss.

74 In V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 988 ss si parla di una loro "renaissance". In argomento vd. anche M. PELISSERO, *La pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, loc. ult. cit., 429 ss; A. CERETTI – R. CORNELLI, *Il diritto a non avere paura. Sicurezza, populismo penale e questione democratica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 1481 ss.

rivolto la propria attenzione a quelle reali, rivela uno strumento formidabile per contrastare i più vari fenomeni di illecito arricchimento<sup>75</sup>.

La confisca di prevenzione, in particolare (atteso che il sequestro assume funzione cautelare, servente alla definitiva espropriazione), rappresenta uno dei tanti mezzi ablativi previsti dall'ordinamento, inserendosi essa nell'arcipelago delle confische che, dall'originario contesto codicistico, si è esteso attraverso quella per equivalente (o "di valore") nonché "allargata" (o "per sproporzione"), che si affiancano, altresì, alle varie forme di confisca "senza condanna"<sup>76</sup>; il tutto rendendo ancor più vivace l'antico dibattito sul *coté* penalistico del mezzo-confisca<sup>77</sup>, che ha assunto una struttura "proteiforme"<sup>78</sup>.

In questo complesso quadro, però, le misure preventive patrimoniali presentano delle peculiarità, rappresentate, tra l'altro, dal flebile collegamento con il fatto di reato, essendo esse applicabili non solo (o non tanto) *post* o *ante*, quanto *praeter delictum*, determinando, pertanto, forti dubbi – tra l'altro – al cospetto del principio di presunzione di innocenza, di cui all'art. 27 comma 2 Cost.<sup>79</sup>

Non è un caso, dunque, che la materia, un tempo estranea alle trattazioni manualistiche di diritto penale, o al più relegata a poche pagine a fine volume, negli

75 D. BIANCHI, "Psicanalisi" della c.d. confisca di prevenzione e prospettive di razionalizzazione ermeneutica, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 1469 ss.

76 In argomento vd. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1259 ss; A.M. MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. Dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 185. Un fenomeno analogo si registra in Germania, ove lo *Strafgesetzbuch*, ai §§ 73-76°, prevede, tra le conseguenze del fatto (*Rechtsfolgen der Tat*), una nutrita serie di misure ablative (attualmente, a seguito della *Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, del 23 marzo 2017, in vigore l'1 luglio dello stesso anno, definite unitariamente "Einziehung". Su questa riforma vd. anche K. VOLK, *Nuovi sviluppi del diritto penale dell'economia, dalla prospettiva tedesca*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2017, 623 ss; W. REITEMEIER, *Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, in *ZJJ*, 2017, 354 ss; M. KÖHLER, *Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 1/2*, in *NStZ*, 2017, 497 ss; ID. – C. BURKHARD, *Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 2/2*, *ibidem*, 666 ss), che presentano alcuni tratti comuni con quelle disciplinate nel sistema nostrano.

77 Su cui vd. anche A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1989, 42; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007.

78 D. CASTRONUOVO, "Nomen plurale tantum". *Le confische tra principi costituzionali e convenzionali. Una introduzione*, 27 maggio 2021, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu); in precedenza V. MONGILLO, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *Giur. Cost.*, 2019, 3343 ss; D. FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, 8 luglio 2019, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it). In tal senso vd. anche Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, "Impregilo" e Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880, "Spinelli": «all'esame della questione occorre premettere che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto la confisca un istituto "neutro", capace di assumere natura e fisionomia diverse, a seconda del regime normativo che la contempra. Appare, quindi, appropriata, e non solo suggestiva, la definizione dottrinale di istituto "camaleontico", ad eloquente sottolineatura della capacità della confisca di adattarsi all'ambiente normativo di riferimento e di recepirne le peculiari finalità, che, per suo tramite, il legislatore intenda, di volta in volta, perseguire [...]. Insomma, a fronte di identico effetto sostanziale, consistente nell'ablazione del bene, diversa può essere la fisionomia dell'istituto in rapporto alla specifica disciplina positiva, spettando all'interprete di individuarne la precipua connotazione nella fattispecie scrutinata».

79 Sui profili di criticità costituzionale vd. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962 nonché la ben conosciuta raccolta degli scritti AA.VV., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975.

ultimi anni abbia sollecitato un particolare interesse, che è sfociato nell'elaborazione di numerose opere, pure a carattere monografico<sup>80</sup>.

3.2. La confisca di prevenzione, come accennato, s'inserisce in un panorama particolarmente "affollato" di strumenti ablatori così definiti; una delle principali peculiarità di detta misura, però, è costituita dal fatto che le altre forme di espropriazione previste dall'ordinamento richiedono un preventivo accertamento della commissione di un illecito. Difatti, le confische di cui agli artt. 240 e 240-bis c.p. (introdotto nel codice dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21) presuppongono, di massima, la pronuncia di condanna, così come questa rappresenta un requisito per l'irrogazione della confisca per equivalente<sup>81</sup>.

Analoghe caratteristiche assume la confisca "senza condanna" di cui all'art. 578-bis c.p.p., introdotto dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 (e successivamente modificato dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3, c.d. "Spazzacorrotti"), poiché anche in questo caso la misura può, comunque, essere irrogata solo previo accertamento (anche se non definitivo) della commissione di un fatto illecito<sup>82</sup>.

---

80 Vd. A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019; E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale reale*, Napoli, 2020; F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione*, Torino, 2021; E. MARIANI, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamenti di interessi*, Milano, 2021; F. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture*, Milano, 2022; F.P. LASALVIA, *La prevenzione ragionevole*, Roma, 2022.

81 Da qui l'evocativa formula "pene del sospetto" impiegata in dottrina per le misure preventive: vd. T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2015, 195.

82 Su tale figura problematica vd. A. PULVIRENTI, *Il difficile connubio dell'art. 578-bis c.p.p. con la sentenza "GIEM" della Corte europea, tra arretramenti ermeneutici e ipotesi di innalzamento del livello (interno) di tutela*, 30 giugno 2019, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it). Sul tema della confisca senza condanna occorre rammentare che la questione si è innestata sul combinato disposto degli artt. 210 e 236 c.p. Con la sentenza "Carlea" (Cass., Sez. Un., 25 marzo 1993, n. 5) la suprema Corte aveva al riguardo stabilito, in estrema sintesi, che la confisca, quale misura di sicurezza patrimoniale, avrebbe potuto applicarsi in casi di mancanza di una sentenza di condanna solo per espressa previsione normativa in tal senso (come nell'ipotesi di cui all'art. 240 comma 2 n. 2 c.p.). Sotto certi profili, questo *dictum* era stato confermato dalla successiva pronuncia Cass., Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 38834, "De Maio", che però aveva mostrato una maggiore apertura in ordine al potere di cognizione dell'illecito da parte del giudice nel caso di intervenuta prescrizione del reato, con riferimento ad alcune forme di confisca obbligatoria, quale quella urbanistica. Successivamente sono intervenute le sentenze della Corte EDU sui casi "Sud Fondi" (sopra citato) e "Varvara" (Corte EDU, Seconda Sezione, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, su cui vd. anche A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, 15 luglio 2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, 20 giugno 2016, *loc. ult. cit.*), che si sono soffermate sul tema della confisca urbanistica-da lottizzazione abusiva senza condanna, censurando le ablazioni operate nei casi di specie, perché qualificabili come di natura penale e per l'accertata violazione delle garanzie applicabili a detta materia. Successivamente la Corte costituzionale, con la già richiamata sentenza Corte cost. n. 49/2015, ha però affermato la legittimità costituzionale e convenzionale della normativa di settore nella parte in cui avrebbe consentito – ad avviso della Corte – la confisca di lottizzazione di cui all'art. 44 comma 2 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 pur in difetto di un provvedimento di condanna definitivo, ma a fronte dell'accertamento dell'illecito urbanistico in tutti i suoi elementi costitutivi (con motivazione assai evanescente in ordine a quanto previsto dall'art. 129 c.p.p.). Successivamente, ancora nel 2015, è stata emessa la sentenza "Lucci" delle Sezioni Unite (su cui vd. anche *infra*) che (oltre al ribadire la definizione di "confisca diretta" resa dalla sentenza "Gubert", su cui vd. pure *infra*) ha affermato la confiscabilità del prezzo del reato ai sensi dell'art. 240 comma 2 n. 1 c.p., in quanto misura "obbligatoria", nell'ipotesi dell'intervento di una sentenza di condanna nel corso del processo, seppur non definitiva, e della successiva maturazione della prescrizione. Il tutto negando una simile

Così, la suddetta caratteristica delle misure di prevenzione patrimoniale, comune ai casi di “pericolosità specifica” e “generica”, determina giocoforza il fatto che il criterio applicativo preponderante (se non assorbente) finisce con l’essere la sproporzione tra il patrimonio riferibile, direttamente o indirettamente, al proposto ed il reddito da questi regolarmente prodotto e dichiarato<sup>83</sup>.

Inoltre, non si tratta di beni *ex se* pericolosi (come nel caso della confisca obbligatoria di cui al già citato art. 240 comma 2 n. 2 c.p.); né è richiesta, secondo la giurisprudenza dominante, l’attualità della pericolosità sociale dell’individuo, essendo invece sufficiente l’accertamento del fatto che i beni da confiscare siano stati acquisiti nel momento in cui il proposto abbia manifestato la pericolosità stessa, o comunque attraverso l’utilizzo di risorse accumulate in quel lasso temporale. Tant’è che la giurisprudenza ha elaborato l’idea che la pericolosità “si trasmette dalla persona alla cosa”, divenendo una caratteristica sostanzialmente immanente alla *res*<sup>84</sup>.

soluzione per la confisca per equivalente, in quanto misura a carattere eminentemente sanzionatorio. L’impostazione della Consulta, sotto il profilo della confiscabilità senza condanna in materia di lottizzazione abusiva, è stata poi confermata dalla Corte EDU con il pronunciamento “G.I.E.M.” (vd. *supra*). Quanto all’art. 578-bis c.p.p., inserito a sistema in attuazione del principio della c.d. “riserva di codice”, si tratta di una disposizione assai controversa. Una prima questione è sorta al riguardo del riferimento all’inciso «previste da altre disposizione di legge», che rileva ai fini della definizione del campo di applicabilità della disposizione. Sul punto è intervenuta la suprema Corte, che con la sentenza Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2020, n. 13539, “Perroni” ha stabilito (sulla scorta di quanto statuito dalla precedente Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2018, n. 6141, “Milanesi”) che tale inciso debba ritenersi riferito a tutte le forme di confisca previste da leggi speciali, con una soluzione che si rivela critica soprattutto nella prospettiva del rispetto della delega conferita al Governo (vd. A. DE LIA, *Confisca senza condanna e diritto intertemporale: il caso dell’estinzione del reato di omesso versamento dell’IVA per intervenuta prescrizione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2021, 164 ss; sulla decisione vd. anche A.M. MAUGERI, *La confisca urbanistica alla ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze dell’efficienza e i principi della materia penale*, 23 settembre 2020, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), nonché P. FIMIANI, *La confisca senza condanna nel giudizio di impugnazione*, 22 febbraio 2021, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)). Se, allora, con tale arresto è stata risolta in maniera accettabile l’ulteriore questione dei limiti di accertamento giudiziale nel caso di prescrizione del reato prima della pronuncia della sentenza di condanna, superando l’*impasse* generato dalla sentenza Corte cost. n. 49/2015, è rimasta aperta quella dell’efficacia retroattiva della nuova previsione codicistica in ordine alla confisca per equivalente, che è stata devoluta (con ordinanza n. 15229 della Sez. III, del 16 marzo 2022) alle Sezioni Unite (vd. T. TRINCHERA, *Rimessa alle Sezioni Unite una questione relativa alla definizione dell’ambito di applicazione temporale dell’art. 578 bis c.p.p. Un’occasione per ripensare alla natura giuridica della confisca per equivalente?*, 1 agosto 2022, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)) che, a seguito dell’udienza del 29 settembre 2022, come risulta dall’informazione provvisoria resa disponibile sul sito *web* della Corte, ha ritenuto che, trattandosi di misura penale, la stessa sia sottoposta al principio dell’irretroattività e non a quello del *tempus regit actum*.

83 In tal senso vd. anche A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 528.

84 Cfr., ad esempio, Cass., Sez. V, 13 novembre 2019, n. 49479. Detta questione è stata ampiamente affrontata dalle Sezioni Unite della Cassazione con la già citata sentenza “Spinelli”: «nelle misure di prevenzione patrimoniali l’attenzione si sposta sulla *res*, che si reputa “pericolosa”. È sin troppo ovvio considerare, a questo punto, che in natura, al di là delle cose dotate di intrinseca nocività i beni sono per lo più “neutri”, potendo acquisire connotazione di pericolosità solo in virtù di forza esterna dovuta all’azione dell’uomo. Così, nel caso di beni illecitamente acquistati, il carattere della pericolosità si riconnette non tanto alle modalità della loro acquisizione ovvero a particolari caratteristiche strutturali degli stessi, quanto piuttosto alla qualità soggettiva di chi ha proceduto al loro acquisto. Si intende dire che la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera *eo ipso* sul bene acquistato, ma ancora una volta non già in dimensione statica, ovvero sia per il fatto stesso della qualità soggettiva, quanto piuttosto in proiezione dinamica». In tal senso vd. anche Cass., Sez. II, 9 gennaio 2020, n. 4176. Sulla “immanenza” della pericolosità cfr. però Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335, che ha

Per gli stessi motivi, è stata così anche ammessa, ora con espressa previsione normativa (l'attuale art. 18 commi 2 e 3 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, c.d. "Codice antimafia"), la possibilità di attuare sequestro e confisca di beni riferibili ad un soggetto deceduto e, quindi, nei confronti degli eredi, oltre che di terzi<sup>85</sup>.

In materia di misure di prevenzione patrimoniale, peraltro, non sussistono termini di prescrizione, o "sbarramenti temporali". Il che rappresenta altra peculiarità di tali mezzi; non di rado l'azione preventiva viene così esercitata a distanza di molto tempo dal momento in cui il soggetto ha tenuto le condotte contestabili in termini di pericolosità, nonché dall'acquisizione della *res*. Si tratta, allora, di una questione assai delicata, anche perché il trascorrere del tempo può influire sulle capacità di controdeduzione del soggetto interessato e, conseguentemente, sul diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24 Cost. non limitatamente alla materia penale<sup>86</sup>.

3.3. La natura delle misure di prevenzione a carattere patrimoniale è assai dibattuta, sebbene elementi quali lo svincolo dalla pericolosità attuale del proposto al quale si riferiscono i beni<sup>87</sup>, nonché di questi ultimi, siano fortemente indicativi della natura penale/sanzionatoria del sequestro e della confisca *de quibus*; la giurisprudenza, in ogni caso, continua a ribadire la natura "amministrativa" delle misure in disamina, rimarcando che la funzione da esse rivestita sarebbe rappresentata non dalla sanzione di comportamenti illeciti, bensì dal contrasto di forme di arricchimento indebito<sup>88</sup>.

---

affermato che «la pericolosità del bene, per così dire, è considerata dalla legge derivare dalla pericolosità della persona che ne può disporre». Su questa pronuncia vd., allora, le considerazioni di V. MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn.24 e 25*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 107 ss, che ne ha rimarcato il disallineamento rispetto alle espressioni giurisprudenziali successive, che hanno invece sostenuto l'irrelevanza del requisito dell'attualità della pericolosità del proposto. Su questi caratteri della confisca, per certi versi assimilabile ad una *actio in rem*, vd. A.M. MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU?*, 17 luglio 2012, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Per una comparazione con la *civil forfeiture* statunitense vd. T. TRINCHERA, *Civile forfeiture e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?*, 14 luglio 2020, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

85 In argomento vd. S. ZOCCALI, *La tutela dei terzi e i profili processuali della confisca: fra questioni sostanziali e ricadute interne alla luce della giurisprudenza della Corte EDU*, 6 luglio 2021, in [www.camminodiritto.it](http://www.camminodiritto.it).

86 In argomento si rammenta, tuttavia, che la Corte di Strasburgo, con la sentenza Corte EDU, Quarta Sezione, 3 marzo 2015, *Dimitrovi c. Bulgaria* ha ravvisato la violazione dell'art. 1 Prot. Add. CEDU, in tema di protezione della proprietà, in relazione all'applicazione di una confisca avente ad oggetto beni di sospetta origine illecita, in assenza di alcuna limitazione normativa dal punto di vista temporale rispetto all'ablazione. Su questa pronuncia vd. anche F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 610 ss. Sicchè, ferme le molteplici criticità che solleva il sistema preventivo, è auspicabile che questa linea interpretativa possa indurre nel prossimo futuro il legislatore interno ad una riforma in tale direzione, trattandosi di uno degli *step* necessari ad una conformazione di questo strumentario alla Carta costituzionale.

87 Su questo concetto vd. A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017.

88 Vd. Cass., Sez. II, 17 ottobre 2018, n. 49772; Cass., Sez. I, 22 gennaio 2020, n. 11666. Soluzione, questa, accolta da alcuni studiosi della materia, seppur con alcune riserve. In tal senso v. S. FINOCCHIARO, *Il sequestro e la confisca di prevenzione*, 19 febbraio 2019, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), per il quale il mezzo ablatorio assumerebbe funzione ripristinatoria e, quindi, non penale/punitiva, nel caso in cui l'espropriazione si limitasse ad eliminare dal circuito beni acquisiti illegalmente, con esclusione di ablazioni di valori superiori all'indebito arricchimento. Fatto è, si potrebbe obiettare, che il difetto di prova dell'illecito a monte si riverbera in termini di mancata dimostrazione della natura illecita del patrimonio stesso, potendo tale requisito, al più, derivare da condotte valutabili in termini di evasione fiscale, per le quali, tuttavia, l'ordinamento ha apprestato mezzi di

Il tutto su una linea sposata altresì dalla Consulta che, con la sentenza Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24 ha così statuito: «in presenza di una ragionevole presunzione che il bene, di cui il soggetto risulti titolare o abbia la materiale disponibilità, sia stato acquistato attraverso una condotta illecita o, *a fortiori*, in presenza di prove dirette di tale origine illecita, il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta, bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico, o comunque di far sì (eventualmente attraverso la confisca per equivalente) che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere. In assenza di connotati afflittivi ulteriori, la finalità dell'ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene. Quest'ultimo potrà, così, essere sottratto al circuito criminale, ed essere invece destinato – quanto meno ove non sia possibile restituirlo a un precedente titolare, che ne fosse stato illegittimamente spogliato – a finalità di pubblico interesse, come quelle istituzionalmente perseguite dall'Agenzia nazionale dei beni confiscati»<sup>89</sup>.

La recisa negazione della natura sanzionatoria-afflittiva della confisca di prevenzione è, peraltro, conforme alla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo<sup>90</sup>, sebbene dall'analisi della giurisprudenza della Corte trapelino malcelate spinte utilitaristiche, ovverosia preoccupazioni derivanti da un possibile depotenziamento del sistema rispetto alla necessità di contrasto delle più varie forme di criminalità<sup>91</sup>.

Per altro verso, se talora la giurisprudenza interna ha qualificato la confisca di prevenzione come una sorta di *tertium genus* ablatorio<sup>92</sup> (rendendola una sorta di "ectoplasma", sottratto anche a talune garanzie previste dal diritto amministrativo "punitivo", su cui *infra*)<sup>93</sup>, l'accostamento alle misure di sicurezza, operato in altre occasioni, ha consentito di evitare l'impatto con la violazione del principio di legalità e del suo corollario di irretroattività, determinata dall'introduzione della possibilità di disporre il sequestro e la confisca disgiuntamente dall'applicazione di misure preventive a carattere personale, a seguito del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (conv. mod. l. 24 luglio 2008, n. 125), secondo un principio ora trasposto nell'art. 18 comma 1 del Codice antimafia<sup>94</sup>.

---

contrasto *ad hoc*, che prevedono garanzie, sotto certi profili, più elevate rispetto al sistema delle misure di prevenzione patrimoniali, tra le quali la prescrizione dell'azione recuperatoria erariale.

89 Su questo importante arresto vd. anche G. LAURICELLA, *Le misure di prevenzione patrimoniali e le garanzie: tra politica (criminale) e (Stato di) diritto*, 4 giugno 2021, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

90 Vd. anche Corte EDU, Grande Camera, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia; Corte EDU, Seconda Sezione, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia; Corte EDU, Seconda Sezione, 5 luglio 2001, Arcuri e altri c. Italia; Corte EDU, Prima Sezione, 4 settembre 2001, Riela c. Italia; Corte EDU, Seconda Sezione, 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. Italia; Corte EDU, Seconda Sezione, 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia.

91 Sul tema vd. anche A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, 6 marzo 2017, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

92 Vd. Cass., Sez. Un., 3 luglio 1996, n. 18, "Simonelli".

93 Per una critica serrata a questo approccio vd. G. CIVELLO, *La confisca di prevenzione come "nuova pena"*, in B. Romano (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino, 2015, 248 ss.

Si tratta, insomma, di impostazioni che, sinora, hanno in qualche modo garantito la tenuta del microsistema, che sarebbe fortemente minata dal suo accostamento alla materia penale, per via della tensione con lo statuto di garanzie specifiche e, quindi, con alcuni principi cardine, primo tra tutti, come già si è evidenziato, quello della presunzione d'innocenza<sup>95</sup>.

3.4. La soluzione giurisprudenziale, secondo la quale la confisca di prevenzione sarebbe spoglia di finalità sanzionatoria/punitiva, essendo essa caratterizzata da scopi ripristinatori (addirittura prevalenti sulla finalità preventiva che identifica nominalmente il microsistema), sembra il frutto – come meglio si preciserà da qui a breve – di una *fiction iuris*, con l'effetto del mantenimento in vita di uno strumento strategico per la tutela dell'ordine pubblico, anche per via della sua “maneggevolezza”, non essendo esso sottoposto ai più rigidi canoni, non solo probatori, del processo penale “ordinario”<sup>96</sup>.

Fondatamente, allora, taluni hanno segnalato come le misure di prevenzione patrimoniale, in virtù di tali caratteristiche, stiano sostanzialmente assumendo il ruolo di un accessorio dello *ius puniendi*, finalizzato a colpire soggetti che siano sfuggiti alla repressione “con mezzi ordinari”<sup>97</sup>.

Rispetto alla natura (*in thesi*) “amministrativa” della confisca di prevenzione, difatti, si possono individuare numerosi *argumenta a contrario*. Uno tra questi è rappresentato dalle analogie con la confisca c.d. “allargata”<sup>98</sup>, in ragione del rilievo

94 Il tutto nella lente dell'art. 200 c.p. (cfr. Cass., Sez. I, 18 luglio 2013, n. 44327 e, più recentemente, Cass., Sez. I, 14 ottobre 2020, n. 2304). Tra l'altro, una parte della dottrina ha giustamente rimarcato che siffatta riforma abbia contribuito ad innalzare i caratteri sanzionatori dell'istituto, per via dello svincolo da finalità preventive del crimine. In questo senso vd. A. MANGIONE, *La situazione spirituale della confisca di prevenzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 614 ss. Sulla riforma vd. anche R. BORGOGNO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di misure di prevenzione patrimoniale*, 12 dicembre 2014, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

95 M. DI LELLO FINUOLI, *Tutto cambia per restare infine uguale. Le Sezioni Unite confermano la natura preventiva della confisca ante delictum*, in *Cass. Pen.*, 2015, 3542 ss.

96 Su questi argomenti vd. anche M. BERTOLINO, *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell'efficienza*, in C.E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G.L. Gatta (a cura di), *La pena ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, op. cit., 847 ss.; A. ABUKAR HAYO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione a confronto: l'incerta linea di discriminazione tra la sanzione del passato e la prevenzione del futuro, nell'ottica del diritto interno e del diritto sovranazionale*, 24 dicembre 2017, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it); S. PREZIOSI, *Modelli di sviluppo economico e diritto penale. Sullo sfondo della crisi pandemica*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2020, 671 ss. (spec. 715, sub nota 101); A. CAVALIERE, *Punire per ottenere “sicurezza”: corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, 20 aprile 2021, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu).

97 G. COLAIACOVO, *Giustizia penale preventiva*, in *Cass. Pen.*, 2016, 1272 ss.

98 Prevista anche nell'ordinamento tedesco e, più di preciso, dal § 73a StGB. Tuttavia, nel sistema d'oltralpe tale forma di ablazione non è vincolata ad uno specifico catalogo di reati. Essa è subordinata alla condanna e ad un accertamento giudiziale della natura illegittima dell'acquisto (vd. BGH, Sez. III, 13 dicembre 2018, StR 307/18. Tuttavia, sulla labilità di tale ultimo requisito, che lascia campo aperto alla “intima convinzione” del giudice circa la derivazione illecita, vd. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch*, Monaco, 2022, 788). Su questa forma di confisca per sproporzione, per una esaustiva disamina della disciplina anteriforma, vd. T. RÖNNAU, *Die Vermögensabschöpfung in der Praxis*, Monaco, 2015, 422 ss, che ne aveva già sottolineato l'ampia diffusione nelle aule giudiziarie in Germania. Una parte della dottrina tedesca, anche all'esito della recente modifica, ritiene si tratti di misura a carattere ripristinatorio, o preventivo e, in quanto tale, non riconducibile nell'alveo della materia penale (vd. ad esempio U. KINDHÄUSER – E. HILGENDORF, *Strafgesetzbuch. Lehr und Praxiskommentar*, Baden-Baden, 2022, 511). Su questa linea si colloca la giurisprudenza, tanto è vero che su tale premessa la Corte costituzionale tedesca, all'indomani della novella del 2017, ha avallato la retroattività, a determinate condizioni, dell'intero strumentario confiscatorio di cui ai §§ 73 ss StGB, ritenendo evidentemente sussistente una sorta di

assunto dalla sproporzione del patrimonio e della presunzione di riconducibilità ad attività di natura illecita.

Sebbene, allora, la giurisprudenza abbia frequentemente ricondotto la confisca “allargata” nell’alveo delle misure di sicurezza<sup>99</sup>, in questo caso, la sfumata finalità preventiva (perlomeno quella a carattere speciale), caratteristica anche della confisca di prevenzione, nonché la mera presunzione della provenienza illecita del patrimonio (che rende opinabile la rispondenza del mezzo ad una vera e propria finalità di contrasto dell’arricchimento indebito), ad uno con la potenziale espropriabilità di interi patrimoni, sembrano avvalorare le conclusioni rassegnate da quella parte della dottrina che attribuisce a detta misura natura sanzionatoria<sup>100</sup>, con una soluzione che si pone in linea con la pronuncia della Corte di Strasburgo sul caso Welch (Corte EDU, Grande Camera, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito)<sup>101</sup> e che in alcuni casi è stata recepita dalla Cassazione<sup>102</sup>.

Ancor più chiara appare, poi, la componente afflittiva della confisca preventiva “per equivalente”<sup>103</sup> che, in linea generale, costituisce uno strumento ablativo

---

*ratio* comune nelle sue varie declinazioni (vd. BVerfG, Sez. II, 10 febbraio 2021, BvL 8/19); ciò rimarcando anche, nell’occasione, l’impossibilità per l’individuo di nutrire un legittimo affidamento in ordine all’acquisto di beni in maniera illecita. Secondo i più recenti orientamenti del *Bundesgerichtshof* si tratterebbe, nel caso del § 73a StGB, di una confisca non operabile, però, sui “surrogati” dei proventi del reato, vale a dire su ciò che sia stato acquisito dal reo sfruttando l’*indebitum perceptum* [vd. BHG, Sez. V, 17 aprile 2019, StR 603/18; BGH, Sez. III, 1 luglio 2021, StR 518/19; BGH, Sez. I, 29 giugno 2022, StR 156/22. In tal senso anche A. ESER – F. SCHUSTER, *sub* § 73a, in A. Schönke – H. Schröder (a cura di), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Monaco, 2019, 1257). Il che sembrerebbe dover indurre ad escludere, in tale contesto, l’applicabilità del c.d. “*Bruttoprinzip*”, che una parte della dottrina d’oltralpe aveva isolato come “spia” della natura afflittiva della misura in disamina (vd. ad esempio F. MEYER, *Die selbstständige Einziehung nach § 76a StGB-E, oder: Don’t bring a knife to a gunfight*, in *StV*, 2017, 449 ss)].

99 Vd. da ultimo Cass., Sez. I, 28 febbraio 2018, n. 16122; in precedenza Cass., Sez. Un., 30 maggio 2002, n. 29022, “Derouach”, nonché Cass., Sez. Un., 9 gennaio 2004, n. 920, “Montella”. Sulla questione, nonché sulla sentenza Corte cost., 7 novembre 2017, n. 33 (che ha riconosciuto la legittimità costituzionale di tale strumento), vd. anche G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri “reati-matrice”*, in *Giur. Cost.*, 2018, 307 ss. Si segnala che su questa forma di ablazione è intervenuta recentemente la sentenza Cass., Sez. Un., 7 ottobre 2021, n. 27421, “Crostella”, che ha posto alcuni limiti temporali all’espropriazione (costituiti dalla pronuncia della sentenza di accertamento del c.d. “reato spia” e dalla “ragionevolezza temporale”, ovverosia della connessione cronologica tra illecito penale accertato giudizialmente e acquisizione della *res*). Il tutto, però, ammettendo la confiscabilità del reimpiego. Il che, andando oltre alla previsione di cui al comma 2 dell’art. 240-bis c.p. (che sancisce la confiscabilità pure per equivalente), si traduce (anche in considerazione della non utilizzabilità dell’argomento difensivo rappresentato dall’evasione fiscale) in una sostanziale adesione al c.d. “*Bruttoprinzip*”.

100 In questo senso M. ROMANO - G. GRASSO - T. PADOVANI, *Commentario sistematico del Codice penale*, III, Milano, 2011, 635 ss; A. MANNA, *La confisca nel Codice antimafia*, 16 novembre 2021, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

101 Sulla quale vd. anche E. NICOSIA, *Quando la confisca è lesiva dei diritti dell’uomo*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2009, 680 ss.

102 Sul panorama giurisprudenziale particolarmente ondivago vd. L. DELLA RAGIONE, *La confisca allargata*, in E. Mezzetti – L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 269 ss.

103 Anche il sistema tedesco prevede una forma di confisca preventiva, operabile anche per equivalente. Si tratta della *Selbstständige Einziehung* di cui al § 76a StGB (che contempla un catalogo, invero abbastanza esteso, di reati “presupposto”) che, a mente del § 437 StPO, è irrogabile dal giudice laddove questi riscontri uno squilibrio tra il valore del patrimonio del proposto e quello dichiarato. Si tratta di una misura espropriativa che ha sollevato nella dottrina tedesca perplessità assimilabili a quelle emerse nel dibattito nostrano. Vd. K. HÖFT, § 76a Abs. 4

impiegabile in caso di impossibilità di espropriazione dei beni costituenti il profitto o il prodotto dell'illecito, consentendo l'apprensione di altri *asset* patrimoniali, di valore equivalente (per l'appunto), di cui il reo abbia comunque la disponibilità<sup>104</sup>.

Per quanto specificamente attiene alla natura giuridica delle forme di confisca per equivalente previste dal sistema (diverse da quella di prevenzione), la Consulta, con ordinanza Corte Cost., 2 aprile 2009, n. 97, ne ha affermato la natura «eminentemente sanzionatoria» stante «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni», che conferiscono per l'appunto «all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva»<sup>105</sup>.

Ad analogo approdo è giunta la suprema Corte di cassazione che, ravvisando in detta forma di ablazione uno strumento che «esime dallo stabilire quel "rapporto di pertinenzialità" tra reato e provvedimento ablatorio dei proventi illeciti, che caratterizza invece la misura *ex art. 240 c.p.*», per il quale non è «richiesto alcun rapporto tra il reato e i beni da confiscare, potendo essere detti beni diversi dal provento (profitto o prezzo) del reato stesso», ha qualificato la confisca *de qua* in termini di «prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti, che viene ad assumere un carattere preminentemente sanzionatorio»<sup>106</sup>. Il tutto attraverso una soluzione confermata, in tempi più recenti, dalle sentenze "Gubert"<sup>107</sup> e "Lucci"<sup>108</sup>.

---

*StGB – Ein neues und verfassungswidriges Instrument im deutschen Vermögensabschöpfungsrecht*, in *HRRS*, 2018, 196 ss. A livello monografico: M.L. MARSTALLER – T. ZIMMERMANN, *Non conviction-based confiscation in Deutschland?*, 2018, Baden-Baden; J. PASCAL, *Möglichkeiten und Grenzen des neuen Vermögensabschöpfungsrechts. Eine Untersuchung zur vorläufigen Sicherstellung und der Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft*, Berlino, 2019; B. HEUER, *Einziehung ohne Verurteilung?*, Baden-Baden, 2021.

104 In argomento vd. anche C. FORTE, *La confisca di prevenzione per equivalente: analisi di un dirompente strumento di contrasto ai patrimoni criminali*, in *Cass. Pen.*, 2015, 356 ss.

105 Su questa pronuncia vd. anche G. COCCO, *Breviario delle confische speciali*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2013, 727 ss.

106 Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2005, n. 41936, "Muci"; in tal senso anche Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 18374, "Adami".

107 Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 1056, che è stata annotata, con plurimi rilievi (specie in merito alla ricostruzione del concetto di "confisca diretta", rispetto al quale la pronuncia ha segnato l'abbandono della linea in precedenza assunta dalla Corte con la sentenza Cass., Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29951, "Focarelli"), da F. MUCCIARELLI – C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2015, 246 ss. Su questa decisione vd. anche le perplessità di P. VENEZIANI, *La confisca obbligatoria nel settore penale tributario*, in *Cass. Pen.*, 2017, 1694 ss, nonché di C. PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1010. La descritta linea giurisprudenziale, in ordine alla confisca diretta del danaro, tuttavia, è stata confermata anche dalla più recente Cass., Sez. Un., 27 maggio 2021, n. 42415, "Coppola", sulla quale vd. M. SCOLETTA, *La confisca di danaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il danaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*, 23 novembre 2021, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

108 Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, con la quale è stato statuito: «la confisca per equivalente viene ad assolvere una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza». E ciò in quanto «essendo la confisca di valore parametrata al profitto od al prezzo dell'illecito solo da un punto di vista "quantitativo", l'oggetto della

Tale impostazione è stata confermata da Cass., Sez. III, 22 maggio 2019, n. 41135, che, qualificando la confisca per equivalente come misura di carattere chiaramente sanzionatorio, ha affermato che, ai fini del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del profitto del reato, ciò che rileva è solo l'effettiva disponibilità giuridica dei beni da parte del reo, anche per interposta persona, nel momento in cui è stato disposto il vincolo, essendo irrilevante, proprio in ragione della natura affittiva dell'istituto, la circostanza che gli stessi siano stati acquisiti antecedentemente o dopo la commissione del reato<sup>109</sup>.

Quanto, invece, alla natura giuridica della confisca *preventiva* per equivalente, sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale, per la quale essa coltiverebbe, al tempo stesso, finalità "preventiva e compensatoria": «la presunzione relativa di origine illecita dei beni, che ne giustifica l'ablazione in favore della collettività, non deve condurre necessariamente – come talvolta si sostiene – a riconoscere la natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva delle misure in questione; e non comporta, pertanto, la sottoposizione delle misure medesime allo statuto costituzionale e convenzionale delle pene. In effetti, nell'ottica del sistema, l'ablazione di tali beni costituisce non già una sanzione, ma piuttosto la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, la quale determina un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità, risultando sin troppo ovvio che la funzione sociale della proprietà privata possa essere assolta solo all'indeclinabile condizione che il suo acquisto sia conforme alle regole dell'ordinamento giuridico» (Corte Cost. n. 24/2019 cit.)<sup>110</sup>.

Si tratta di una impostazione che non convince<sup>111</sup>, che non può affatto convincere, atteso che il difetto di pericolosità attuale, tanto in ordine alla persona quanto alla *res*, nonché la mancanza di stretta pertinenzialità tra questa e illecito rappresentano il contrassegno (anche) della confisca di prevenzione per equivalente<sup>112</sup>; sicché se *da un lato* una simile soluzione non sembra poter esser letta se non nell'esigenza di salvataggio del sistema dal baratro dell'incostituzionalità<sup>113</sup>, *dall'altro* essa si espone a insuperabili rilievi sotto il profilo della ragionevolezza, nella misura in cui con essa si

---

ablazione finisce per essere rappresentato direttamente da una porzione del patrimonio, il quale, in sé, non presenta alcun elemento di collegamento col reato; il che consente di declinare la funzione della misura in chiave marcatamente sanzionatoria». Per le diverse criticità sollevate da tale decisione vd. però G. BALBI, *Le misure di prevenzione personale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 505 ss.

109 Sulla finalità punitiva di tale forma di ablazione vd. anche, tra le più recenti, Cass., Sez. III, 8 settembre 2021, n. 39350; Cass., Sez. III, 4 febbraio 2022, n. 11086; Cass., Sez. VI, 5 aprile 2022, n. 18491.

110 Su questa pronuncia vd. anche il commento di A.M. MAUGERI – P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria*, 29 novembre 2019, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

111 E che si pone in controtendenza con alcune pronunce della Cassazione che, in taluni precedenti, aveva riconosciuto la natura sanzionatoria di tale forma di ablazione. Vd. ad esempio Cass., Sez. I, 28 febbraio 2012, n. 11768 e Cass., Sez. I, 11 marzo 2016, n. 27147.

112 Sulla carenza del nesso di pertinenzialità come indicatore della natura sanzionatoria della confisca vd. anche A. PERINI, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. It.*, 2009, 2075 ss.

113 Cfr. A.M. DELL'OSSO, *Sulla confisca di prevenzione come istituto di diritto privato: spunti critici*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 995 ss.

avvalla uno statuto di garanzie differenziato per misure ablativo dal carattere assolutamente analogo<sup>114</sup>.

3.5. All'esito della pronuncia della Grande Camera della Corte EDU nel ben noto caso "De Tommaso" (Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia)<sup>115</sup>, che (pur negando natura penale alle misure di prevenzione previste dal sistema italiano) aveva denunciato la "scarsa qualità" dell'impianto interno rispetto all'individuazione dei soggetti a pericolosità generica destinatari delle misure (art. 1 del Codice antimafia, lettere a e b)<sup>116</sup>, il legislatore – ancor prima dell'intervento della Corte costituzionale con le sentenze nn. 24, 25 e 26 del 2019<sup>117</sup> – ha apportato diverse modifiche al Codice antimafia (l. 17 ottobre 2017, n. 161)<sup>118</sup>.

Vivo interesse destano, in particolare, le misure previste dagli artt. 34 e 34-bis, che disciplinano l'amministrazione giudiziaria ed il controllo giudiziario dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende, che rappresentano (almeno per certi versi) un'alternativa al sequestro e alla confisca di prevenzione (applicandosi esse, per l'appunto, solo in caso di carenza dei presupposti di quest'ultimi)<sup>119</sup>.

A fronte di tali importanti novità, la novella, tuttavia, ha ribadito l'impossibilità per il proposto di evitare l'espropriazione dei propri beni giustificandone la provenienza dall'evasione fiscale; il tutto sulla scorta di uno sbarramento da tempo elaborato in via pretoria, cristallizzato nella sentenza "Repaci" (Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 33451), che, però, in effetti, sembra conferire alla confisca di prevenzione ulteriori caratteri di afflittività<sup>120</sup>.

Sicché, nonostante i correttivi apportati dal legislatore, tesi anche ad un riavvicinamento tra le regole del processo di prevenzione e quello "ordinario", le ablazioni di prevenzione continuano a sollevare perplessità, tanto sotto l'aspetto sostanziale quanto nella prospettiva del rito<sup>121</sup>; si tratta, allora, *de lege lata*, di arnesi da utilizzare con estrema cautela, anche perché gli effetti negativi che possono

114 Sull'inadeguatezza del sistema di garanzie nel sistema vigente vd. D. PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 656.

115 Sulla quale vd. anche V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 1039 ss.

116 Che rappresenta uno dei temi cruciali "classici" del sistema preventivo. Vd. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 329 ss; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 225.

117 Sulle quali vd. anche M. PICCHI, *Principio di legalità e misure di prevenzione nella ricostruzione dialogica fra Corte EDU, Corte costituzionale e Corte di cassazione. Gli sforzi "tassativizzanti" della giurisprudenza di legittimità possono sopperire alla cattiva qualità della legge*, in *Oss. Fonti*, 2019, 1 ss; N. PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 322 ss; A. DE LIA, *Misure di prevenzione e pericolosità generica: morte e trasfigurazione di un microsistema. Brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019*, 16 luglio 2019, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu).

118 Per un'analisi della novella vd. anche A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, 29 marzo 2018, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

119 In argomento vd. C. VISCONTI – G. TONA, *Misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del Codice antimafia*, 14 febbraio 2018, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu).

120 In questo senso anche A. DE VITA, *Il codice antimafia III*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2018, 378 ss.

121 Sul tema vd. V.N. D'ASCOLA, *Il confine di carta. Prevenzione e punizione nel prisma della pericolosità da reato*, 15 dicembre 2020, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

discendere dalla loro applicazione (specie laddove si tratti di patrimoni aziendali), nel caso in cui il procedimento preventivo sfoci in una conclusione favorevole per il proposto o per terzi interessati, possono rivelarsi devastanti e irreversibili. Tangibile è, più in generale, il rischio che l'efficientismo prevalga sul garantismo<sup>122</sup>, nonché sulle esigenze di tutela del diritto di proprietà e dell'iniziativa economica, che rappresentano valori di rango costituzionale (artt. 41-42 Cost.)<sup>123</sup>.

Nate per contrastare soggetti ai margini della società e forme di devianza di particolare allarme sociale, impiegate nel secolo scorso in maniera massiva per reprimere il dissenso politico, le misure di prevenzione, oggi protese verso ben più ampi orizzonti, debbono essere, dunque, guardate con estremo scetticismo; peraltro, specie con riferimento alle tendenze applicative rispetto agli "appartenenti" ai sodalizi mafiosi, che muovono (nonostante alcune espressioni di senso più garantista)<sup>124</sup> dal "brocardo" *semel sodalis semper sodalis*, vi è il rischio che il sistema possa impedire la risocializzazione dei soggetti interessati, di determinare o cristallizzare la loro emarginazione, conducendo, addirittura, ad un effetto criminogeno (*id est* ad una vera e propria eterogenesi dei fini)<sup>125</sup>.

3.6. Tirando ora le fila del discorso, si può rilevare che la disciplina della confisca di prevenzione, come già si è anticipato, mette a nudo l'estrema opinabilità dei risultati cui conduce l'impiego degli *Engel criteria* e, più in genere, dei parametri elaborati dalla Corte EDU al fine di individuare la natura penale delle norme, nella proiezione della loro sottoposizione ai principi che regolano la materia penale.

122 Su questo argomento vd. anche S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. Pen.*, 2009, 2216 ss.

123 Vd. sul punto le lucide notazioni di M. ESPOSITO, *Un caso di «truffa delle etichette»: l'uso alternativo delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Giur. Cost.*, 2012, 3518 ss: «... si è indotti pertanto a ritenere che la confisca definitiva dia luogo ad una punizione che, per essere del tutto indipendente dall'accertamento in sede penale di piena cognizione dell'effettiva sussistenza di quelle condotte di cui, ai fini della prevenzione, sono sufficienti indizi neppure gravi, abbia una funzione surrogatoria di questa, che, nelle intenzioni del legislatore, non dovrebbe incorrere in vizi di illegittimità costituzionale in quanto colpisce il patrimonio e non già (direttamente) la persona: su tale erroneo assunto (che confonde gli effetti sanzionatori con la loro causa e prescinde, per di più, dalla tutela costituzionale della proprietà in rapporto alle garanzie di autodeterminazione e di sviluppo autonomo della persona), la disciplina del procedimento, mentre, come si è visto, non si occupa *ex professo* degli indizi (ancorché semplici) di pericolosità del soggetto, è incentrata sul valore indiziario del tenore di vita e delle disponibilità finanziarie e patrimoniali del soggetto, tuttavia ricostruite con ampio ausilio di presunzioni, con l'effetto di addossare sul "proposto" l'onere di smentirne la significatività». Sui rapporti tra diritto della proprietà e confisca, per una panoramica sulla giurisprudenza europea, vd. anche A.M. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella CEDU e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca nel sistema penale*, Torino, 2017, 4 ss. In argomento vd. anche G.P. DOLSO, *Le misure di prevenzione personali prima e dopo la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale: passi avanti e problemi aperti*, in *Giur. Cost.*, 2019, 1867 ss.

124 In argomento vd. L. DELLA RAGIONE, *"Appartenenza mafiosa" e "attualità della pericolosità sociale" nell'applicazione delle misure di prevenzione per fatti di mafia*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 83 ss, a commento della sentenza Cass., Sez. Un., 30 novembre 2017, n. 111, "Gattuso", che ha affermato la necessità dell'accertamento dell'attualità della pericolosità sociale nell'applicazione delle misure di prevenzione personale, rimarcandone la natura "afflittiva". Ciò, si potrebbe chiosare, ponendo ancor più in crisi la diversa soluzione sposata dalla giurisprudenza della Corte nel contesto della confisca.

125 M. CATENACCI, *Le misure personali di prevenzione fra critica e progetto: per un recupero dell'originaria finalità preventiva*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 526 ss.

Il confronto con i principi promananti dal diritto sovranazionale e il dialogo tra le Corti ha così condotto, sino ad oggi, a risultati non esaltanti sotto il profilo del livello delle garanzie in tale settore (per quanto invece auspicato da quella parte della dottrina che ha evidenziato l'essenza afflittiva di tali mezzi di ablazione patrimoniale, attraverso, dunque, il riferimento alla severità della misura, ma anche sottolineandone lo svincolo da finalità genuinamente preventive o ripristinatorie, per via dell'operatività di una presunzione della provenienza illecita)<sup>126</sup> così come, del resto, è accaduto per altre forme di espropriazione, quali la confisca urbanistica<sup>127</sup>.

Per altro verso, detto confronto ha aperto ad una ulteriore evoluzione (o involuzione?) del principio del *nullum crimen*, tenendo conto del risultato al quale è approdata la Corte costituzionale con la sentenza n. 24/2019 cit., che ha avallato l'idea della "interpretazione tassativizzante" (o meglio della "tassatività senza determinatezza"), nonché degli sviluppi giurisprudenziali sulla disapplicabilità della norma incriminatrice (anche in ordine all'illecito urbanistico)<sup>128</sup>, seppur al fine di garantire la proporzionalità della risposta sanzionatoria, specie nel caso di cumuli punitivi<sup>129</sup>.

Si tratta di tendenze, forse ormai inarrestabili (anche perché esse sono in parte dettate dal diritto UE)<sup>130</sup>, che, nell'esaltare il ruolo dell'interpretazione e l'idea del *judge-made law* (caratteristica dei sistemi di *common law*, cui si ispira il diritto europeo-sovrannazionale), non convincono affatto i nostalgici della *lex scripta*, dell'illuminismo penale. Insomma, gli "ingenui" ...<sup>131</sup>.

3.7. Valga, inoltre, considerare che per quanto riguarda, ad esempio, il settore delle frodi nelle pubbliche sovvenzioni, l'ordinamento prevede una pluralità di mezzi ablativi, che si sostanziano nella confisca obbligatoria del profitto del reato, operabile anche per equivalente (art. 322-ter c.p., come richiamato anche dall'art. 640-quater c.p.); nella confisca "allargata" (art. 240-bis c.p.); nella confisca "senza condanna" (art. 578-bis c.p.p.), nonché, per l'appunto, nella confisca di prevenzione (trattandosi, peraltro, di ipotesi di reato che determinano la c.d. "pericolosità specifica", di cui all'art. 4 del Codice antimafia).

Si è, dunque, al cospetto di un vero e proprio "reticolo", idoneo ad attrarre una vasta serie di ipotesi. Forse troppe, considerando che, al di là dei casi di pieno accertamento della responsabilità penale, l'ablazione può interessare, con la confisca di prevenzione, il mero indiziato di delitto. Il che costituisce riprova della

126 Oltre che per lo *stigma* derivante dall'applicazione di dette misure.

127 Sulla quale vd. anche A. ESPOSITO, *La confisca urbanistica. Un dialogo a più voci*, Torino, 2020.

128 Cass., Sez. III, 5 febbraio 2020, n. 12640; Cass., Sez. III, 20 novembre 2020, n. 3727; Cass. Sez. IV, 25 marzo 2021, n. 11464.

129 Sugli abusi di mercato, vd. Cass. Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49868; Cass., Sez. V, 10 ottobre 2018, n. 45829; Cass., Sez. V, 9 novembre 2018, n. 5679; Cass., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999; Cass. Sez. V, 22 novembre 2019, n. 397. Si tratta di una linea, peraltro, avallata anche dalla Consulta (vd., in tema di *bis in idem*, seppure in altro settore del diritto penale, Corte cost., 10 maggio 2022, n. 149, su cui *infra*).

130 In argomento vd. V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. Pen.*, 2017, 955 ss; A.M. STILE – S. MANACORDA – V. MONGILLO (a cura di), *Civil law e common law: quale grammatica per il diritto penale?*, Napoli, 2018; D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, Torino, 2020, *passim*.

131 R. RAMPIONI, *Dalla parte degli "ingenui". Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. "giurisprudenza creativa"*, Padova, 2007.

funzionalità di tale strumento a colpire soggetti che, per vari motivi, siano comunque sfuggiti al processo penale, vale a dire il ruolo (improprio) di supplenza che ha assunto la confisca di prevenzione nel contesto attuale.

#### 4. Garanzie penalistiche e illecito amministrativo “punitivo”.

4.1. L’opportunità dell’utilizzo da parte del legislatore delle sanzioni amministrative al fine del contrasto delle più varie condotte antisociali, nonché le linee di fondo che dovrebbero guidare siffatte scelte di politica criminale sono state oggetto di analisi precoci e assai approfondite da parte della dottrina italiana<sup>132</sup>, che si è soffermata anche sulle potenzialità “preventive” di tale strumentario, che oggi, nel nostro ordinamento, è “polverizzato” (così come, ad esempio, in Germania) in un numero assai rilevante di contesti normativi, che compongono un panorama più ampio e articolato, definibile come “diritto punitivo” (nel cui coacervo si inserisce anche il diritto penale “classico”)<sup>133</sup>.

L’evoluzione di questo ampissimo dibattito non può essere, ovviamente, affrontata *ex professo* in questa sede<sup>134</sup>; tuttavia, si può notare che deve ritenersi oramai superato l’approccio che intendeva distinguere il campo di operatività (e la cifra caratteristica) del diritto penale esclusivamente sulla base dell’interesse protetto<sup>135</sup> (che, come si è accennato, rappresenta elemento recessivo anche nelle valutazioni condotte dalla Corte EDU): interi settori – e in particolar modo il diritto dell’economia (vd. ad esempio l’ambito delle sovvenzioni pubbliche) – sono caratterizzati dalla compresenza di sanzioni penali e amministrative, che scattano talora in combinazione al ricorrere del medesimo illecito<sup>136</sup>.

Il che, verosimilmente, mostra la sfiducia del legislatore nella capacità deterrente di tali strumenti, singolarmente intesi, vale a dire del diritto penale, come proibizione

132 Vd. Art. ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1909, 1, 385 ss.; G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; ALF. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925; C. GIROLA, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative*, Tivoli, 1929.

133 Su questa terminologia vd. anche S. CARDIN, *L’illecito punitivo-amministrativo: principi sostanziali, procedurali e processuali*, Torino, 2013.

134 A completamento della bibliografia già segnalata, per le monografie, vd. G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984; A. VIGNERI, *La sanzione amministrativa*, Padova, 1984; G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988; C. PEPE, *Illecito e sanzione amministrativa tra valori costituzionali e discrezionalità legislativa*, Padova, 1990; A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1988; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999; G. COLLA – G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001; R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009; A. CAGNAZZO – S. TOSCHEI, *La sanzione amministrativa: principi generali*, Torino, 2012; V. SCALESE, *Le sanzioni amministrative e il procedimento di opposizione*, Milano, 2015; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, 2017; S. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e europeo*, Torino, 2018; G. NAPOLITANO, *Manuale dell’illecito amministrativo. Depenalizzazione e funzione sanzionatoria della Pubblica amministrazione: nozioni e disciplina, accertamento, irrogazione delle sanzioni pecuniarie e accessorie, contenzioso e processo*, Santarcangelo di Romagna, 2021.

135 Tesi sostenuta originariamente, in Germania, da J. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlino, 1902. Nel senso indicato nel testo vd. C.E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, 439.

136 In argomento, di recente, vd. anche C. D’ORAZI, *Sanzioni amministrative sostanzialmente penali: è davvero la svolta?*, in *AmbienteDiritto.it.*, 2022, 1.

assoluta/divieto, e del diritto sanzionatorio amministrativo, quale espressione di oneri<sup>137</sup>.

La disamina sopra sviluppata ha messo in evidenza, d'altra parte, come i criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU, condivisi dalla Corte di Giustizia, non consentano un'agevole distinzione dell'illecito amministrativo "non punitivo" da quello sostanzialmente penale<sup>138</sup>.

Ora è il tempo, comunque, di soffermare brevemente l'attenzione sugli orientamenti delle Corti sovranazionali e della giurisprudenza interna sul tema dell'estensione dei principi di diritto penale sostanziale e delle garanzie penalistiche, per l'appunto, all'illecito amministrativo "punitivo". Il tutto rammentando che la l. 24 novembre 1981, n. 689, nel porre una disciplina generale *ad hoc* (sul modello tedesco, ovvero sia al c.d. "*Ordnungswidrigkeitengesetz*", in sigla "OWiG", la "legge sugli illeciti amministrativi")<sup>139</sup>, ha mutuato una parte dei principi cardine della *matière pénale*, gettando le basi, come da qui a breve si illustrerà, per una lenta, ma progressiva omologazione<sup>140</sup>.

4.2. Quanto al principio di legalità, del *nullum crimen sine lege* di cui all'art. 25 comma 2 Cost., la Consulta, dopo un approccio contrario alla sua estensione al contesto dell'illecito amministrativo "punitivo"<sup>141</sup>, ha mutato indirizzo con la sentenza Corte cost., 12 maggio 2010, n. 196.

La *quaestio iuris* sottoposta al vaglio era rappresentata, più precisamente, dall'efficacia retroattiva delle misure di sicurezza (definite dal legislatore del 1930, per l'appunto, come "misure amministrative di sicurezza")<sup>142</sup> e, in particolare, della confisca del veicolo per guida in stato da alterazione per l'assunzione di sostanze alcoliche introdotta *illo tempore* dal legislatore. Una soluzione siffatta, ad opinione del giudice remittente, si sarebbe posta in contrasto, oltre che con il parametro costituzionale sopra richiamato, con l'art. 7 della Carta EDU, che stabilisce il dell'irretroattività della norma sanzionatoria con effetti *in malam partem*<sup>143</sup>.

137 Secondo la ricostruzione di J.C. COFFEE, *Paradigms lost: the blurring of the criminal and civil law models, and what we can do about it*, in *Yale Law Journal*, 1991-1992, 1875 ss.

138 Su questo tema vd. anche L. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2014, 337 ss.

139 In argomento, per un veloce ed aggiornato affresco, vd. U. SIEBER, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 35 ss.

140 F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, op. cit.

141 In Germania, invece, il principio di legalità, sancito dall'art. 103 Abs 2 della *Grundgesetz*, nelle declinazioni della riserva di legge, della determinatezza-tassatività, irretroattività e divieto di analogia, ripreso pressoché letteralmente nel § 3 OWiG, è pacificamente esteso ad ogni misura di natura afflittiva (vd. ad esempio, BVerfG, Sez. I, 15 settembre 2011, BvR 519/10; BVerfG, Sez. I, 3 marzo 2014, BvR 1128/13; BVerfG, Sez. I, 8 dicembre 2015, BvR 1864/14). Su questo argomento vd. W. MITSCH, *Einleitung*, in Id. (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Monaco, 2018, 17 ss.

142 Sulla natura amministrativa-preventiva vd. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, III, Torino, 1934, 175 ss. Si tratta di una qualificazione assai contestata, poiché gran parte della dottrina identifica dette misure con la pena vera e propria. Vd. ad esempio P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 632; A. PAGLIARO, *Il diritto penale tra norma e società*, IV, Milano, 2009, 60 ss. Sulla confisca, in particolare, più di recente, vd. D. FALCINELLI, *La confisca nel quadro costituzionale*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, op. cit., 95.

143 Vd. anche l'art. 49 CDFUE, secondo il quale: «1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto

La Corte, allora, nel ribadire la natura “polifunzionale” della confisca, soffermandosi sulla deroga al principio di irretroattività per le misure di sicurezza ricavabile dall’art. 25 comma 3 Cost. e ravvedendo la *ratio* di tale eccezione nell’opportunità di garantire al legislatore spazi di manovra al fine del contenimento del pericolo sociale, ha affermato, in via preliminare, la necessità di individuare, di volta in volta, la funzione di tale mezzo ablatorio, nella dialettica tra contenuto “preventivo” e “repressivo”, al fine dell’allineamento del diritto interno (nella lente dei criteri elaborati dalla Corte EDU sull’individuazione della *matière pénale*) ai principi sovranazionali, quali quello del *nullum crimen*.

Sicché, individuato il carattere “punitivo” della previsione indubbiata (dedotto anche dalla circostanza dalla scarsa funzionalità della confisca rispetto al pericolo di recidiva, attesa l’utilizzabilità da parte del reo di altro veicolo), la Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata<sup>144</sup>.

Quanto invece alla riserva di legge statutale, la Corte cost., 11 marzo 2014, n. 104, nel riconoscere (seppur implicitamente) la potestà regionale in tema di sanzioni amministrative “punitive”, ha comunque statuito l’irretroattività con effetti *contra reum* di dette misure, mentre con altre pronunce la Consulta ha sottolineato l’esigenza del rispetto, anche in questo settore, del principio di “prevedibilità” (che riecheggia la *foreseeability*, che si pone a cavaliere tra i principi di legalità-determinatezza e colpevolezza nostrani) da parte dell’individuo della natura illecita della condotta e delle sue conseguenze<sup>145</sup>.

---

internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest’ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un’azione o di un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

144 Su questa pronuncia vd. V. MANES, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *Cass. Pen.*, 2011, 534 ss; M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d’illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 825 ss.

145 Su tale principio vd. anche D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”. Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, 5 giugno 2017, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu); F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità delle decisioni giudiziarie (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. Pen.*, 2022, 941 ss. Esso è stato pienamente recepito anche dalla Corte di Giustizia (vd. da ultimo CGUE, Plenaria, 22 febbraio 2022, causa C-157/21, Polonia e altri c. Commissione e altri: «secondo una costante giurisprudenza della Corte, il principio della certezza del diritto esige, da un lato, che le norme di diritto siano chiare e precise e, dall’altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell’ordinamento, in particolare quando esse possono avere conseguenze sfavorevoli. Detto principio impone in particolare che una normativa consenta agli interessati di conoscere con esattezza la portata degli obblighi che essa impone loro e che essi possano conoscere senza ambiguità i loro diritti e i loro obblighi e regolarsi di conseguenza. Tuttavia, tali esigenze non possono essere intese nel senso che ostano a che il legislatore dell’Unione, nell’ambito di una norma che esso adotta, utilizzi una nozione giuridica astratta né nel senso che impongono che una simile norma astratta menzioni le diverse ipotesi concrete in cui essa può essere applicata, in quanto il legislatore non può determinare in anticipo tutte le suddette ipotesi. Di conseguenza, il fatto che un atto legislativo conferisca un potere discrezionale alle autorità preposte alla sua attuazione non disattende di per sé l’esigenza di prevedibilità, a condizione che l’estensione e le modalità di esercizio di un simile potere vengano definite con sufficiente chiarezza, in considerazione del legittimo obiettivo in gioco, per fornire una protezione adeguata contro l’arbitrio»).

Tra queste, occorre rammentare<sup>146</sup> Corte cost., 29 maggio 2019, n. 134, con la quale la Corte, *in primis*, ha rilevato che il principio di riserva di legge statutale, di cui all'art. 25 comma 2 Cost., troverebbe applicazione solo in riferimento alle norme penali "in senso stretto", essendo le Regioni dotate di potestà legislativa e, pertanto, nei limiti di competenza segnati dalla Carta costituzionale, legittimate a introdurre illeciti amministrativi "punitivi" in base all'art. 23 Cost.<sup>147</sup>, così come esse sarebbero legittimate a legiferare rinviando, per l'integrazione del precetto, a fonti *sub-legislative*<sup>148</sup>.

Il tutto soggiungendo che «ciò che, invece, anche le leggi regionali che stabiliscono sanzioni amministrative debbono garantire ai propri destinatari è la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie: requisiti questi ultimi che condizionano la legittimità costituzionale di tali leggi regionali, al cospetto del diverso principio di determinatezza delle norme sanzionatorie aventi carattere punitivo-afflittivo, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost.»<sup>149</sup>.

Si tratta di un pronunciamento che si pone in linea con altra, risalente decisione della Consulta, vale a dire Corte cost., 3 luglio 1967, n. 78 che, in effetti, affermò assai precocemente l'applicabilità dei principi di determinatezza-tassatività, promananti dall'art. 25 comma 2 Cost., alle sanzioni amministrative<sup>150</sup>.

Quanto, poi, al fenomeno dell'*abolitio criminis*, disciplinato per la materia penale dall'art. 2 comma 2 c.p., la Consulta, con la sentenza Corte cost., 18 giugno 2018, n. 215, ha stabilito che il divieto di punire, in questo caso, pur non essendo contemplato espressamente dall'art. 25 Cost., non sarebbe affatto privo di un fondamento costituzionale. «Per il principio di uguaglianza, infatti, l'*abolitio criminis*, disposta dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, deve riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa. Il principio della retroattività della legge penale favorevole, dunque, è suscettibile di limitazioni e deroghe, ma – in ragione della peculiare rilevanza

146 Oltre alla recente Corte cost., 11 maggio 2021, n. 151.

147 Come si avrà modo di constatare da qui a breve, è proprio questo il punto di maggior distacco tra lo statuto di garanzie valido per il diritto penale e quello degli illeciti amministrativi "punitivi". Su questo tema vd. S. VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversa questione*, Milano, 1974; E. DOLCINI – T. PADOVANI – F. PALAZZO (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, 1994; C. RUGA RIVA, *Diritto penale, Regioni e territorio. Tecniche, funzioni e limiti*, Milano, 2012; F. CONSULICH, *Diritto penale "locale"? L'efficacia scriminante di norme di liceità di fonte regionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1283 ss; V. NAPOLEONI, *Riserva di legge e norme regionali in materia penale*, in AA. VV., *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2015, 121 ss; M. PICCHI, *Il potere "punitivo" delle Regioni*, in *Oss. Fonti*, 2020, 623 ss.

148 Il che richiama l'annoso problema della legittimità costituzionale delle c.d. "norme penali in bianco". Su questo argomento vd. M. PECORARO ALBANI, *Riserva di legge, regolamento, norma penale in bianco*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1959, 762 ss; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 23 ss; G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008, 6 ss; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, 37 ss; A. ABUKAR HAYO, *La titolarità soggettiva del diritto di punire*, Torino, 2015, 106 ss.

149 Si tratta di principi successivamente ribaditi in Corte cost., 2 dicembre 2020 (dep. 18 gennaio 2021), n. 5, annotata da P. CERBO, *Sistemi sanzionatori e autonomia regionale*, 25 agosto 2021, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

150 Su questo argomento vd. M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, 22 febbraio 2017, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

dell'interesse da esso tutelato, dimostrata dal grado di protezione accordatogli dal diritto interno, come pure dalla sua appartenenza alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione europea (Corte di giustizia, sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, "Berlusconi e altri") e al diritto internazionale (art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881) – tali limitazioni e deroghe devono giustificarsi in relazione alla necessità di preservare interessi contrapposti di analogo rilievo»<sup>151</sup>.

Il *dictum* della Corte (in base al quale, in estrema sintesi, il principio di eguaglianza/ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost. renderebbe difficilmente "plausibili" discriminazioni punitive fondate sul mero criterio "del prima e del poi), è stato così esteso, dopo una timida apertura<sup>152</sup>, all'illecito amministrativo "punitivo" con la sentenza Corte cost., 5 febbraio 2019, n. 63, per la quale «l'estensione del principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione "punitiva" è conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali. Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura "punitiva", di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo "vaglio positivo di ragionevolezza", al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius* nella materia penale»<sup>153</sup>.

Talchè l'evoluzione successiva in tema di effetti sul giudicato dell'abolizione dell'illecito amministrativo, segnata da ultimo da Corte cost. n. 68/2021 cit.<sup>154</sup>; il tema s'innesta nel più ampio alveo della retroattività *in mitius* della legge incidente sull'illecito amministrativo "punitivo", che ha impegnato la Consulta a più riprese, nel contesto di un dibattito che è stato rinvigorito dal pronunciamento della Corte di Strasburgo sull'*affaire* "Scoppola" (Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia)<sup>155</sup> che, dall'art. 7 della Carta EDU ha ricavato il principio generale secondo il quale «se la legge penale in vigore al momento della commissione del

151 In tal senso vd. anche Corte cost., 22 giugno 2011, n. 236, che richiama ulteriori precedenti conformi.

152 Vd. Corte cost., 6 luglio 2016, n. 193.

153 Sulla pronuncia vd. anche il commento di M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, 2 aprile 2019, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); P. PROVENZANO, *Illecito amministrativo e retroattività in bonam partem: da eccezione alla regola a regola generale*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2020, 52 ss.

154 Su questa pronuncia vd. anche A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, 6 luglio 2021, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it); V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2021, 1 ss. Sull'applicabilità dell'*abolitio criminis* alle sanzioni amministrative vd. peraltro CGUE, Seconda Sezione, 9 dicembre 2014, causa T-83/10, Riva Fire S.p.A. c. Commissione.

155 Sul principio della retroattività *in mitius* della norma penale, quale principio cardine dell'Unione, vd. CGUE, Quinta Sezione, 6 ottobre 2016, causa C-218/15, Paoletti e altri.

reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato»<sup>156</sup>.

Detta evoluzione fa registrare, in particolare, l'integrale parificazione tra disciplina degli illeciti amministrativi "punitivi" e materia penale in merito agli effetti riconosciuti allo *ius superveniens*, tanto che con la sentenza Corte cost., 28 luglio 2020, n. 171 si è sancito, in conformità con quanto del resto previsto dall'ultimo inciso dell'art. 2 comma 2 c.p., lo sbarramento alla *lex mitior* (vale a dire alla retroattività della legge più favorevole), in caso di cristallizzazione della sanzione<sup>157</sup>.

Con la sentenza Corte cost., 25 ottobre 2018, n. 223 la Consulta, invece, è intervenuta sul diverso tema della degradazione dell'illecito penale in amministrativo "punitivo" e sul tanto delicato quanto complicato tema degli effetti della successione temporale tra norme, premettendo che: «dal punto di vista formale, le nuove sanzioni amministrative, previste in luogo di quelle penali applicabili in precedenza, si connotano qui come sanzioni nuove, delle quali in via generale dovrebbe predicarsi l'applicabilità solo per il futuro in forza dell'art. 11 delle Preleggi. Le leggi di depenalizzazione, tuttavia, di solito prevedono – a mezzo di apposite discipline transitorie – l'applicabilità retroattiva di tali nuove sanzioni ai fatti commessi prima della loro entrata in vigore; e ciò sul duplice presupposto che, da un lato, tali fatti erano già qualificati in termini di illiceità al momento della loro commissione; e che, dall'altro, la sanzione penale all'epoca prevista era più grave di quella, di natura amministrativa, introdotta con la legge di depenalizzazione. In via generale, una simile tecnica legislativa si sottrae a censure di illegittimità costituzionale. L'applicazione retroattiva delle nuove sanzioni amministrative – ancorché di natura sostanzialmente punitiva, e in quanto tali attratte dall'orbita di garanzia dell'art. 25, secondo comma, Cost. – è di solito compatibile con la norma costituzionale in parola, non venendo in questione l'applicazione retroattiva di un trattamento sanzionatorio più severo di quello vigente al momento del fatto, bensì – all'opposto – l'applicazione retroattiva di un trattamento sanzionatorio che risulta normalmente più favorevole»<sup>158</sup>.

Tuttavia, ha soggiunto la Corte, non è affatto scontato che la sanzione amministrativa presenti carica afflittiva inferiore a quella caratteristica dello *ius terribile*: «vero è, infatti, che la sanzione penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale o potenziale, sul bene della libertà personale (la stessa pena pecuniaria potendo essere convertita, in caso di mancata esecuzione, in sanzioni

156 Sulla pronuncia, tra i tanti commenti, vd. M. GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. Pen.*, 2010, 2020 ss; C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. Cost.*, 2011, 3047 ss; C. SOTIS, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 464 ss. Il principio della retroattività in *mitius* è stato ribadito, tra le tante, da Corte EDU, Grande Camera, 18 luglio 2013, Marktouf e altro c. Bosnia-Erzegovina.

157 Sul tema della successione delle leggi nel tempo vd., *ex professo*, M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008.

158 Su tale statuizione vd. G.L. GATTA, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitive" più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, 13 dicembre 2018, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

limitative della libertà personale stessa), incidenza che è, invece, sempre esclusa per la sanzione amministrativa. Vero è, altresì, che la pena possiede un connotato speciale di stigmatizzazione, sul piano etico-sociale, del comportamento illecito, che difetta alla sanzione amministrativa. Cionondimeno, l'impatto della sanzione amministrativa sui diritti fondamentali della persona non può essere sottovalutato: ed è, anzi, andato crescendo nella legislazione più recente». Talché, nel caso di maggiore afflittività della sanzione amministrativa, a seguito di una valutazione comparativa complessiva delle conseguenze giuridiche dell'illecito, il necessario approdo dell'irretroattività *in malam partem*<sup>159</sup>.

Si tratta di una pronuncia articolata ed assai interessante<sup>160</sup> che, nell'affrontare il complesso tema della c.d. "successione impropria"<sup>161</sup>, in ordine alla disciplina del diritto intertemporale, ha sposato una soluzione che certamente è stata condizionata dalla valutazione circa le potenziali conseguenze derivanti da una rigida applicazione del principio di irretroattività dello *ius superveniens* di cui all'art. 1 l. n. 689/81, a fronte della depenalizzazione, in ordine a future, auspicabili scelte attuabili dal legislatore in questa direzione, che sarebbero altrimenti frenate per via dell'effetto-amnistia<sup>162</sup>.

Il tutto sebbene sia evidente che, in taluni casi, la disomogeneità tipologica delle sanzioni previste tra le disposizioni in comparazione possa rendere particolarmente difficoltoso il compito dell'interprete nell'individuazione del trattamento meno favorevole e della disciplina applicabile, anche in ragione delle diverse prospettive che dovrebbero informare tale valutazione (in astratto o in concreto)<sup>163</sup>.

Talché, in definitiva, sarebbe certamente auspicabile che il legislatore, nelle future iniziative di depenalizzazione, regoli con particolare attenzione la disciplina transitoria, tenendo conto del grado di afflittività della norma incriminatrice e di quello caratteristico del "subentrante" illecito amministrativo<sup>164</sup>.

4.3. Quanto al principio costituzionale (inespresso, ricavabile dal termine "fatto" di cui all'art. 25 comma 2 Cost.)<sup>165</sup> di offensività, è ben noto che, per certi versi, esso rappresenti un prodotto originale della scienza penalistica italiana<sup>166</sup> e che, a

159 Sulla *ratio* del divieto vd. M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969.

160 Su cui vd. anche F. CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 467 ss; F. MAZZACUVA, *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2018, 2591 ss.

161 Sulla quale vd. C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008, *passim*; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013 (anche qui diffusamente).

162 Su questi argomenti vd. anche V. TIGANO, *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, 7 dicembre 2019, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

163 C. NARDOCCI, *Retroattività sfavorevole e sanzione amministrativa: esiste ancora un'autonomia per le garanzie costituzionali in materia penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 612 ss; V. TIGANO, *Questioni aperte su retroattività in mitius e sanzioni amministrative punitive: verso l'affermazione di un principio nazionale di fonte sopranazionale?*, 10 gennaio 2020, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

164 Sul tema della difficile valutazione del rapporto intertemporale tra norme incriminatrici vd. anche E.M. AMBROSETTI, *Abolitio criminis e modifiche della fattispecie*, Padova, 2004.

165 M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1577, lo definisce come il «più inespresso dei principi».

166 Vd. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005 (spec. 246).

tutt'oggi, esso non trovi una reale corrispondenza nel diritto sovranazionale<sup>167</sup>. Altrettanto risaputo è che, in passato, autorevole dottrina negò la possibilità di estendere tale principio penalistico al settore degli illeciti amministrativi<sup>168</sup>; tuttavia, il progressivo riavvicinamento tra le due tipologie di illecito, nel senso sopra descritto, più di recente, ha indotto una parte della dottrina a propugnare una soluzione diversa<sup>169</sup>.

Per il vero, la parificazione dell'illecito amministrativo "punitivo" alla materia penale implica che la compromissione della sfera dell'individuo, attraverso l'imposizione di un obbligo comportamentale e l'irrogazione di una sanzione in caso di violazione del precetto, debba essere giustificata dalla necessità di protezione di un interesse meritevole di tutela (nell'ottica dell'*an* dell'imposizione del divieto), anche nella prospettiva di bilanciamento tra i costi (a carico del fascio di libertà dei consociati) e benefici (di una scelta di tipizzazione e di repressione di taluni comportamenti, altrimenti leciti)<sup>170</sup>.

In questa prospettiva si colloca, del resto, il concetto di "giustificazione dell'interferenza" elaborato dalla giurisprudenza della Corte EDU, in base al quale limitazioni al godimento di un diritto o all'esercizio di una delle libertà riconosciute a livello convenzionale debbono essere condizionate dalla necessità da parte dello Stato aderente di perseguire un interesse meritevole<sup>171</sup>.

Così come appare chiaro (rispetto al *quantum* della risposta punitiva) che la scelta della tipologia e della gravità di sanzioni amministrative applicabili ai trasgressori debba tener conto dell'offensività della condotta (in termini di danno o pericolo) *tanto* rispetto ad una scala generale di valori *quanto* (soprattutto)<sup>172</sup> all'intensità della lesione (o del rischio di lesione) del bene giuridico<sup>173</sup>, a cui presidio può talora esser posta una pluralità di previsioni normative<sup>174</sup>, determinandosi, in difetto, un profilo

167 Sul punto vd. A. DE LIA, "Ossi di seppia". *Appunti sul principio di offensività*, 11 luglio 2019, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

168 Vd. F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. Pen.*, 1983, 256 ss; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, 814.

169 Vd. ad esempio L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 45.

170 Vd. infatti Corte cost., 8 aprile 2014, n. 162, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa per coppie irreversibilmente infertili o sterili, e dell'art. 12 comma 1 l. 19 febbraio 2004, n. 40, che stabiliva una pesante sanzione amministrativa pecuniaria in caso di violazione. La Corte, in particolare, ha ritenuto, a fronte della necessità di tutela della sfera del nascituro, incongruente la compromissione del diritto della coppia di formare un proprio nucleo familiare.

171 Su questo argomento vd. V. ZAGREBELSKY, *La giustificazione dell'interferenza*, in Id. – R. Chenal – L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 125 ss.

172 Atteso il tradizionale *self restraint* della Consulta rispetto a questioni di legittimità sollevate nel prisma della violazione dei principi di offensività/ragionevolezza/proporzionalità basate sulla comparazione di beni giuridici disomogenei. Emblematica, in questo senso, Corte cost., 11 febbraio 1971, n. 22, sulla incommensurabilità tra delitto di lesioni e furto. Su questi temi, nella letteratura penalistica, vd. G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, 313 ss.

173 Vd. Corte cost., 19 febbraio 2019, n. 88 sulla sanzione "automatica" della revoca della patente di guida; Corte cost., 24 settembre 2021, n. 185, sulla incostituzionalità della pena pecuniaria "fissa" per violazione delle norme di contrasto alla ludopatia, con la quale in sostanza è stata evidenziata la necessità di garantire valutazioni fondate sulla "offensività in concreto".

di illegittimità per violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), oltre che di proporzionalità (su cui *infra*)<sup>175</sup>.

4.4. In merito al principio di colpevolezza, nella prospettiva del diritto sovranazionale, si osserva che in difetto di un espresso riconoscimento nella Carta EDU e nei Trattati del principio *de quo* (e cioè del principio di colpevolezza “in senso normativo”. La *foreseeability*, alla quale si è accennato, del resto, è di matrice curiale), dalla giurisprudenza della Corte EDU, fatta eccezione per la sentenza “Sud Fondi” (cit., che riecheggia l’impostazione di Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364), emerge chiaramente un’impostazione tesa a garantire, anche in materia penale, per ragioni d’efficienza, ampio spazio di manovra al legislatore interno in ordine alla previsione di forme di responsabilità oggettiva *lato sensu* intesa, come dimostra la casistica che si è formata a valle della pronuncia “Salabiaku”<sup>176</sup>.

A conclusioni non dissimili si può approdare analizzando gli orientamenti della Corte di Lussemburgo; con la sentenza CGUE, Prima Sezione, 20 dicembre 2017, causa C-322/16, Global Starnet Ltd c. Monopoli di Stato italiani e altro, ad esempio, intervenuta su sanzioni amministrative “punitive” nel settore del *betting*, si è affermata, in linea generale, la legittimità di forme di responsabilità oggettiva «qualora tale sistema sia idoneo a incitare i soggetti interessati a rispettare le disposizioni di un regolamento e qualora gli obiettivi perseguiti rivestano un interesse generale tale da giustificare l’introduzione di un siffatto sistema»<sup>177</sup>.

Sicché, in carenza di “spinte” efficaci provenienti dalle Corti europee<sup>178</sup>, si rivela particolarmente ardua la completa trasposizione di suddetto principio costituzionale nel diritto amministrativo “punitivo”, per il quale, nonostante il richiamo di presupposti di natura psicologica caratteristici della *matière pénale* (imputabilità, dolo

174 Vd. ad esempio Corte cost., 10 maggio 2019, n. 113, sull’irragionevolezza delle diverse sanzioni pecuniarie previste per l’installazione difforme e quella abusiva di cartelli pubblicitari nei pressi delle sedi stradali; Corte cost., 14 aprile 2022, n. 95, che ha dichiarato il difetto di ragionevolezza delle diverse previsioni sanzionatorie, amministrative-pecuniarie, relative agli atti contrari alla pubblica decenza e agli atti osceni colposi.

175 Del resto il grado di lesività della condotta trova già alcune significative valorizzazioni nel diritto positivo: vd. art. 11 l. 689/1981 e art. 7 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 142 in tema di sanzioni amministrative nel settore tributario.

176 Corte EDU, 7 ottobre 1988, Salabiaku c. Francia, secondo la quale «in linea di principio gli Stati contraenti restano liberi di applicare il diritto penale ad un atto che non sia compiuto nell’esercizio normale di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione e, conseguentemente, di definire gli elementi costitutivi del reato. In particolare, e sempre in linea di principio, gli Stati contraenti possono, a determinate condizioni, sanzionare un fatto semplice o oggettivo in quanto tale, indipendentemente dal fatto che derivi da dolo o da negligenza. Esempi di tali reati possono essere trovati nelle leggi degli Stati contraenti». Vd. anche, sulla medesima linea, Corte EDU, Prima Sezione, 3 settembre 2021, Busuttill c. Malta, sugli illeciti penali tributari, nonché Corte EDU, Prima Sezione, 21 maggio 2003, Janosevic c. Svezia, sul tema delle sanzioni amministrative tributarie.

177 Analogamente CGUE, Ottava Sezione, 18 maggio 2017, causa C-154/16, Latvijas Dzēlceļš c. Amministrazione tributaria della Lettonia; sulle sanzioni amministrative vd. ancora CGUE, Quarta Sezione, 13 novembre 2013, causa C-443/13, Reindl c. Bezirkshauptmannschaft Innsbruck. In argomento vd. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 20 ss; G. PANEBIANCO, *Il principio nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2014, 1326 ss; E. COTTU, *La tormentata armonizzazione sanzionatoria in ambito doganale: un banco di prova per il principio di colpevolezza nel sistema punitivo eurounitario*, in Riv. Dir. Pubbl. Com., 2019, 396 ss.

178 Su questo tema vd. anche A.M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza come diritto fondamentale nel diritto penale europeo, pur con qualche tentennamento*, 12 ottobre 2022, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

e colpa, intrasmissibilità agli eredi) operato nella disciplina generale di tale forma di illecito (artt. 2, 3 e 7 l. n. 689/1981), l'ancoraggio al suddetto parametro appare assai meno saldo rispetto al diritto penale, anche per via della solidarietà (art. 6), che si pone in frizione, a sua volta, con il divieto di responsabilità per fatto altrui vigente nello *ius criminale*<sup>179</sup>.

Volgendo l'attenzione alla giurisprudenza interna, si può poi segnalare che la Consulta ha affrontato il tema dell'applicabilità del principio di colpevolezza (nella declinazione di divieto di responsabilità per fatto altrui) alle sanzioni amministrative "punitive" con la sentenza Corte cost., 24 gennaio 2005, n. 27; in quella occasione la Corte, lungi dall'attribuire al suddetto valore costituzionale un'applicabilità alla materia, ha sottolineato l'esigenza del rispetto del principio di ragionevolezza/eguaglianza, rilevando che: a) i criteri generali di imputazione previsti dalla l. n. 689/81, ammettendo, entro determinati limiti, la responsabilità per fatto altrui nel contesto delle sanzioni a carattere pecuniario/patrimoniale e non prevedendola, di converso, per quelle di natura "personale"/interdittiva, imporrebbero, sebbene previsti con legge ordinaria, scelte allineate da parte del legislatore nei singoli settori di intervento della sanzione amministrativa; b) il carattere "personale" di taluni illeciti (quali le infrazioni del codice della strada commesse dal conducente del veicolo) renderebbe incongrua, *ipso facto*, l'applicazione delle relative sanzioni a terzi<sup>180</sup>.

Per quanto concerne, invece, la giurisprudenza della Cassazione, si rammenta che con la sentenza Cass., Sez. Un., Civ., 30 settembre 2009, n. 20930 ha stabilito che le sanzioni amministrative di cui alla l. n. 689/1981 opererebbero, in base alla c.d. "presunzione di colpevolezza", sull'onere dimostrativo da parte dell'autorità amministrativa della sola integrazione dell'illecito sotto il profilo oggettivo (la Corte, in realtà, ha fatto riferimento, erroneo, alla "fattispecie tipica", laddove, invece, questa implica anche l'elemento psicologico), nonché della *suitas* (vale a dire la coscienza e volontà della condotta inosservante), restando, invece, onere della parte interessata, tanto per le condotte attive quanto per quelle omissive (sia per gli illeciti mono, sia per quelli plurisoggettivi), quello di dimostrare l'assenza di colpevolezza (intesa in senso lato e, quindi, non solo in termini di carenza di dolo o colpa, ovverosia l'inesigibilità di una condotta conforme al precetto)<sup>181</sup>.

Più di recente, tuttavia, si riscontrano delle linee interpretative evolutive in base alle quali i principi espressi dalle Sezioni Unite avrebbero efficacia limitata agli illeciti omissivi<sup>182</sup>, attraverso una soluzione che tende ad una conformazione, per certi versi,

179 Nel sistema delle *Ordnungswidrigkeiten*, invece, nel cui alveo è altresì inserita la responsabilità da reato (ma non solo) degli enti collettivi, lo *Schuldprinzip* è sostituito dalla "rimproverabilità" (*Vorwerfbarkeit*). Vd. da ultimo F. CAMPLANI, *La responsabilità degli enti per i reati nel diritto amministrativo punitivo tedesco*, in *Dir. Pen. XXI Sec.*, 2022, 70 ss. In ogni caso, il § 10 OWiG sancisce la responsabilità a titolo di dolo, salve le ipotesi in cui sia espressamente prevista la rilevanza della colpa e il rilievo della colpevolezza è sancito attraverso i successivi §§ 11 e 12.

180 Si tratta di una pronuncia in linea con Corte cost., 14 aprile 1994, ord. 159, che ha negato l'applicabilità del principio di colpevolezza vigente in materia penale alle sanzioni amministrative "punitive".

181 In senso analogo, di recente, vd. Cass., Sez. II Civ., 9 marzo 2020, n. 6625; Cass., Sez. II Civ., 18 agosto 2020, n. 17211.

182 Vd. Cass., Sez. II Civ., 27 ottobre 2020, n. 23554.

alla materia penale, in cui, di fatto, la responsabilità per gli illeciti omissivi c.d. “propri” s’integra al ricorrere del suddetto requisito della *suitas*<sup>183</sup>, come dimostra, ad esempio, la giurisprudenza che si è formata su alcune delle figure incriminatrici previste dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74<sup>184</sup>. Il che, considerando la continua evoluzione dello statuto delle garanzie nel settore dell’illecito amministrativo “punitivo”, potrebbe rappresentare un indice di ulteriori progressi futuri, da molti invocati<sup>185</sup>.

4.5. Quanto al principio di proporzionalità, che negli ultimi anni ha destato l’attenzione di molti studiosi della materia penale<sup>186</sup>, si tratta di un parametro, ricavabile implicitamente dalla Carta costituzionale<sup>187</sup> (e che opera in combinazione con altri principi cardine, ovverosia quello di ragionevolezza/eguaglianza, di rieducazione, di offensività e di colpevolezza/personalità della responsabilità), che ha generato degli approcci da parte della Consulta particolarmente ondivaghi, perché il tradizionale *self restraint* della Corte sulle scelte attuate dal legislatore, con ancoraggio (ad eccezione delle questioni attinenti la violazione del “nucleo duro” del principio di eguaglianza, di cui all’art. 3 comma 1, nonché degli automatismi sanzionatori e delle c.d. “pene fisse”) alla logica “ternaria” del giudizio di legittimità costituzionale (al c.d. “*tertium comparationis*”), ha fatto registrare nel tempo diverse

183 In argomento vd. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, II, *profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988, *passim*.

184 Vd. ad esempio, tra le più recenti, Cass., Sez. III, 4 aprile 2021, n. 33412.

185 Vd. P. PITTARO, sub art. 25, commi 2 e 3, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 265 ss; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, op. cit., *passim*. Tuttavia, si soggiunge che occorrerebbe interrogarsi sull’opportunità di detta piena omologazione, nella misura in cui la stessa, impattando sull’efficienza del sistema dell’illecito amministrativo “punitivo”, potrebbe condurre ad un effetto “boomerang”, frenando anche future scelte di depenalizzazione da parte del legislatore; sicché una soluzione di compromesso potrebbe essere rappresentata, movendo da una “presunzione di colpevolezza” comunque vincibile dall’interessato (e, quindi, *iuris tantum*), dal riconoscimento di ampie facoltà difensive/probatorie nel processo e dall’introduzione di norme di rito sulla sospensione dell’efficacia esecutiva dei provvedimenti amministrativi che, al ricorrere dei requisiti congiunti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, si rivelino più incisive e vincolanti per il giudicante rispetto a quelle attualmente vigenti. Dal punto di vista del “diritto sostanziale”, in ordine alle strutture complesse e al problema della solidarietà, sarebbe auspicabile, invece, che la responsabilità per gli illeciti “sostanzialmente” penali fosse in futuro costruita dal legislatore attraverso opportuni interventi sulla “legge generale” (l. n. 689/1981), atti a condizionare – sul modello del diritto penale – l’imputazione ad una colpa “organizzativa”, *in vigilando* o *in eligendo*.

186 Vd., tra le monografie, G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale*, Napoli, 2018; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nella materia penale*, Torino, 2020; E. ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, 2021. Per un’analisi del principio a livello europeo vd. anche C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, 4 ottobre 2011, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

187 Così come in Germania, ove detto principio, che muove dal “*Übermaßverbot*”, è generalmente ricavato dall’art. 20 della Legge fondamentale, sullo “stato di diritto” e che, in estrema sintesi, si fonda sulla meritevolezza dello scopo perseguito dal legislatore nella limitazione del diritto di libertà; sull’adeguatezza della misura rispetto all’obiettivo perseguito; sulla necessità/proporzione in senso stretto della limitazione, rispetto ad altre soluzioni meno “invasive” della libera individualità. Su questi temi vd. anche J. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, *passim*; M. DUMBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2016, 1107 ss. Nella manualistica, R. ESSER, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, Monaco, 2018, 134 ss. Vd. inoltre BVerfG, Sez. II, 27 aprile 2022, BvR 2649/21, che è intervenuta sulla “proporzionalità” dell’obbligo vaccinale anti-COVID imposto al personale sanitario, nonché delle relative conseguenze in caso di inottemperanza.

eccezioni, connotate da una valutazione di proporzionalità/ragionevolezza “irrelata”<sup>188</sup>.

Il processo di allargamento delle garanzie penalistiche agli illeciti “sostanzialmente” penali, quindi, ha sollevato anche il problema della proiezione del principio di proporzione della sanzione in quest’ultimo ambito, in termini di congruità tra la gravità dell’illecito, misurata sotto plurimi e concorrenti aspetti, ed entità della reazione prevista e applicata.

La questione è divenuta oltremodo complessa e rilevante per via della tendenza del legislatore ad introdurre illeciti amministrativi “punitivi” anche in relazione a condotte di particolare allarme sociale, per le quali talora le conseguenze giuridiche, in termini di effetti sul patrimonio o comunque sulle libertà dell’individuo, si rivelano assai afflittive<sup>189</sup>.

Particolarmente significativa si dimostra, allora, la sentenza Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 187-sexies del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell’illecito, dei beni utilizzati a commetterlo, e non del solo profitto<sup>190</sup>.

Evidenziata la valenza spiccatamente punitiva della norma indubbiata, la Corte ha rilevato che il principio rieducativo della pena di cui all’art. 27 Cost., dal quale è stato estrapolato quello di proporzionalità, sarebbe strettamente correlato al diritto penale classico, ovvero alla pena (direttamente o indirettamente) privativa della libertà personale.

Nel medesimo tempo, tuttavia, la Consulta ha sottolineato che il criterio di proporzionalità non sarebbe affatto estraneo al diritto amministrativo, trovando esso fondamento nell’art. 3 Cost. in combinazione con le altre disposizioni costituzionali che sanciscono le libertà fondamentali dei consociati, trattandosi di una soluzione peraltro imposta dall’accoglimento di una nozione “sostanzialistica” della *matière pénale*.

Su queste premesse, inoltre, è stata richiamata la giurisprudenza della Corte EDU che, a più riprese, ha ritenuto illegittime, per sproporzione, alcune forme di confisca

188 Vd., nella vastissima letteratura, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, spec. 228; V. MANES, *Proporzionalità senza geometrie*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2105; R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1540 ss; A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, *ibidem*, 2019, 785 ss; C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, *ibidem*, 2019, 1431 ss; M. DONINI, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, *ibidem*, 2020, 465 ss; S. MANACORDA, “Doppia pregiudizialità” e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto dell’Unione europea nell’era del disincanto, *ibidem*, 2020, 572 ss; M. GAMBARDELLA, *Il primato del diritto dell’Unione europea e la Carta dei diritti fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria*, in *Cass. Pen.*, 2021, 26 ss.

189 Vd. A. BONOMI, *Sanzioni amministrative “di seconda generazione”, principio di proporzione, diritti fondamentali*, 22 febbraio 2022, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

190 Sulla quale vd. R. BARTOLI, *La sentenza n. 49/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato “intrinseco” sul quantum di pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 967 ss; E. AMATI, *L’illecito amministrativo di manipolazione del mercato e le persistenti criticità del doppio binario sanzionatorio*, in *Giur. Comm.*, 2021, 263 ss.

di beni di valore superiore al prodotto dell'illecito<sup>191</sup>; con una decisione pressoché coeva, inoltre, la Corte ha rimarcato la necessità di estendere il suddetto principio cardine alla controversa materia disciplinare<sup>192</sup>.

Per il vero, nel contesto degli illeciti amministrativi, il principio della proporzionalità della sanzione – a ben considerare – è ricavabile anche dall'art. 97 Cost., che sancisce quelli di buon andamento e imparzialità dell'azione pubblica<sup>193</sup>, tanto che esso non può non rappresentare un valore cardine anche in relazione agli illeciti amministrativi.

Occorre, però, sottolineare altresì che il principio di proporzione da tempo impegna le Corti sulla controversa questione del *ne bis in idem*<sup>194</sup>, ovvero sia c.d.

191 Vd. in materia di confisca doganale Corte EDU, Quarta Sezione, 16 giugno 2020, Bljevic c. Serbia. Sul tema del principio di proporzionalità nelle sanzioni amministrative “punitive” vd. anche la recente CGUE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, causa C-205/20, NE contro Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (sulla quale vd. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, 26 aprile 2022, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)): «del resto, occorre rammentare che il rispetto del principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, si impone agli Stati membri nell'attuazione di tale diritto, anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili. Qualora, nell'ambito di una siffatta attuazione, gli Stati membri adottino sanzioni aventi carattere più specificamente penale, essi sono tenuti ad osservare l'articolo 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a norma del quale le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato». La necessità del rispetto della proporzionalità della sanzione, più in generale, è sancita dall'art. 2 del Regolamento CE/EURATOM del 18 dicembre 1995, n. 2988/95, in tema di sanzioni amministrative c.d. “decentralizzate”. Il principio è esteso alle sanzioni applicabili dalla Corte di Giustizia, in base all'art. 260 TFUE, nel contesto delle procedure di infrazione (vd. da ultimo CGUE, Seconda Sezione, 20 gennaio 2022, causa C-51/20, Commissione europea c. Repubblica ellenica, in tema di omesso recupero dello Stato membro di aiuti di stato illegittimi), nonché alle sanzioni c.d. “accentrate”, previste dai regolamenti, irrogate dagli organi UE, in conformità con quanto previsto dall'art. 5 TUE. Infatti, il principio di proporzionalità delle sanzioni è costantemente richiamato nei regolamenti che attribuiscono poteri/doveri sanzionatori agli organi europei [vd. ad esempio il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, che ha attribuito poteri sanzionatori “diretti” alla Commissione]. Su questi temi vd. A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. Grasso – L. Picotti – R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 67 ss.

192 Corte cost., 17 aprile 2019, n. 133.

193 In tal senso A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, *passim*; L. LEVITA, *L'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Matelica, 2008, 111; A. MEALE, *Le sanzioni amministrative*, in Id. (a cura di), *Il potere amministrativo degli enti locali*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 124; M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 72.

194 Che non trova un espresso riconoscimento nella Carta costituzionale ma che è desumibile, oltre che da parametri sovranazionali, dal principio di proporzionalità (essendone corollario), nonché, sotto il profilo del diritto processuale, dall'art. 111 Cost., sul “giusto processo”. Per altro verso, tuttavia, il principio di specialità di cui agli artt. 15 c.p. e 9 l. 289/1981, talora espressamente derogato dal legislatore (così nella disciplina dell'intermediazione finanziaria), ha rappresentato un assai scarno avamposto rispetto al cumulo, atteso che la giurisprudenza tende a valorizzare seppur minime differenze tra le disposizioni in comparazione al fine di negare la c.d. “identità di materia”, giustificando, per l'effetto, il *doppio* processo e la *doppia* sanzione (emblematica in questo senso è l'impostazione della giurisprudenza sugli illeciti omissivi in materia tributaria disciplinati dagli artt. 10-bis e 10-ter del d.lgs. n. 74/2000 cit.). Su questi temi vd. C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, *passim*. In Germania, invece, il suddetto valore è costituzionalizzato, attraverso l'art. 103 Abs 3 della Legge fondamentale del 1949. Con la legge sul *Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit* del 21 dicembre 2021, però, è stato modificato il § 362 StPO sulla revisione del

“doppio binario sanzionatorio”, della combinazione, cioè, di sanzioni a carattere formalmente penali e nominalmente amministrative ma sostanzialmente penali.

Per sintetizzare, in questo ambito si possono “isolare” sei fondamentali “tappe”:

a) *Prima tappa. L'affaire Franzo Grande Stevens ed il divieto tout court del ne bis in idem, vale a dire della combinazione di sanzioni amministrative sostanzialmente “penali” e formalmente penali.* Si tratta di un pronunciamento talmente noto da rendere superflua una diffusa trattazione in questa sede. In ogni caso, per riassumere, con la sentenza Corte EDU, Seconda Sezione, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, la Corte – sulla scorta dell’art. 6 della Carta EDU, in tema di equo processo, nonché dell’art. 4 Protocollo 7, sul divieto del secondo processo sull’*idem factum* – ha censurato, in sostanza, il sistema del “doppio binario” sanzionatorio previsto dal legislatore nazionale in tema di “manipolazione del mercato”.

Una volta attribuita la natura penale alle severe sanzioni irrogate, in via definitiva, dalla CONSOB (di natura pecuniaria e interdittiva), la Corte EDU ha affermato la non

---

processo che ora, all’Abs 5, prevede la possibilità di instaurare un secondo giudizio, nonostante l’assoluzione, in caso di acquisizione di nuove prove, limitatamente ad alcuni reati di particolare gravità, tra i quali l’omicidio volontario. Il *Bundesverfassungsgericht*, con la pronuncia BVerfG, Sez. II, 14 luglio 2022, 2 BvR 900/22, si è pronunciato sulla questione di legittimità sollevata in ordine a tale previsione. La vicenda, in particolare, ha tratto origine dalla violenza sessuale e dall’uccisione di una giovane studentessa (Frederike von Möhlmann) nell’anno 1981. A seguito del processo, l’imputato, nel 1983, era stato assolto definitivamente per insufficienza di prove. Nel 2012, però, vennero svolte delle verifiche sui reperti biologici *illo tempore* acquisiti che, attraverso la prova del DNA (non disponibile al momento dello svolgimento del processo originario), hanno rivelato forti indizi di reità a carico del medesimo soggetto. Su petizione del padre della vittima (del 2018), pertanto, il *Bundestag* ha approvato la suddetta, controversa riforma e, a valle di questa, è stato instaurato un secondo giudizio nei confronti del sospetto omicida che, avendo subito l’applicazione di una misura custodiale, ha proposto istanza davanti alla Corte. Quest’ultima, in realtà, è intervenuta, esercitando il potere ad essa conferito, invalidando la misura cautelare applicata, con un *non liquet* in ordine alla denuncia di legittimità della disposizione indubbiata. Per quanto concerne il rapporto tra illecito amministrativo “punitivo” e reato, invece, il § 84 OWiG stabilisce: «1. Se l’ammonda è diventata definitiva o il tribunale ha assunto una decisione definitiva sull’atto come illecito amministrativo o illecito penale, lo stesso atto non può più essere perseguito come illecito amministrativo. 2. La sentenza definitiva sull’atto come illecito amministrativo preclude anche il suo perseguimento come illecito penale. 2 La decisione di cui all’articolo 72 e la decisione del tribunale dei ricorsi sull’illecito amministrativo equivalgono alla sentenza definitiva». In sostanza, tale disposizione preclude il *bis in idem* sostanziale (e, entro certi limiti, processuale), ovvero sia il cumulo di sanzioni amministrative e penali (oltre che tra più *Ordnungswidrigkeit*) sull’*idem factum*. Proprio in ordine a tale concetto, allora, si percepiscono le più rilevanti differenze rispetto al principio di specialità che è accolto in Italia. In Germania, infatti, la medesimezza del fatto, anche in base all’Abs 3 del § 103 GG e al § 52 StGB (sulla “*Tateinheit*”, ovvero sia “unità d’azione”), è valutata in accezione alquanto estensiva, potendo essa comprendere più condotte, anche se qualificabili diversamente in senso giuridico, purché esse siano intimamente correlate e costituiscano un contesto d’azione unitario e logicamente inscindibile (vd. BVerfG, Sez. II, 11 gennaio 2005, BvR 2125/04). Il tutto non attraverso una valutazione in astratto (nel senso di un connaturale legame tra norme, come ad esempio nel caso di furto e ricettazione), bensì in concreto, ove l’unitarietà di tempo e luogo, nonché l’identità del programma, rappresentano dei meri indicatori dell’*idem factum* (Vd. ad esempio BGH, Sez. IV, 5 novembre 1969, StR 519/68). Si tratta, però, di una impostazione che ha determinato nel tempo, varie incertezze applicative, specie nel contesto degli illeciti commessi in ambito economico-societario, essendo emerso il pericolo di un vuoto di tutela nell’ambito di illeciti (penali e amministrativi) “seriali” (vd. BGH, III Sez., 24 luglio 1987, StR 36/87), sospingendo la giurisprudenza a soluzioni “*case to case*”. Non di rado la casistica evidenzia, si potrebbe rilevare, casi “*monstre*”, come quello deciso da BGH, Sez. I, 11 aprile 1995, StR 64/95, con la quale è stata affermata l’impossibilità della prosecuzione di un processo per rapina a carico di un soggetto che, successivamente, si era dato alla fuga conducendo un autoveicolo senza patente. Ciò a causa della precedente condanna definitiva del reo per l’illecito stradale e dell’unitarietà d’azione.

conformità ai parametri europei dell'iniziativa giudiziaria in sede penale *illo tempore* ancora in corso.

In questo caso, la Corte ha incentrato, in maniera asettica, la propria decisione sull'identità della condotta alla base delle diverse contestazioni in sede amministrativa e penale (e, quindi, sull'aspetto processuale), ritenendo che tale elemento importasse *ex se* la violazione dei parametri sopra richiamati<sup>195</sup>; si tratta di una decisione che sostanzialmente si è allineata alla posizione assunta in precedenza dalla Corte di Lussemburgo con la sentenza CGUE, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, rispetto all'omologo parametro di cui all'art. 50 CDFUE.

b) *Seconda tappa.* La Corte costituzionale afferma, a determinate condizioni, la legittimità del bis in idem. Dopo la sentenza Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102<sup>196</sup>, che ha attribuito al *ne bis in idem* una portata esclusivamente processuale, lasciando, dunque, aperta la possibilità di un cumulo di sanzioni, purché irrogate nello stesso processo, con Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, intervenuta su una complessa *questio iuris* insorta nel corso del processo "Eternit"<sup>197</sup>, la Consulta ha ridimensionato fortemente la portata interna del *dictum* della Corte EDU.

Pur dichiarandosi, allora, l'illegittimità parziale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esso avrebbe impedito, secondo il "diritto vivente", l'applicazione del principio in caso di concorso formale di reati, sebbene a fronte della medesimezza del fatto contestato in due diversi processi (valutato in base a condotta, evento, nesso causale e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona), è stato negato valore assoluto al suddetto principio, rilevando che esso «patisce condizionamenti tali da renderlo recessivo rispetto a esigenze contrarie di carattere sostanziale»<sup>198</sup>.

c) *Terza tappa.* La Corte EDU "torna sui propri passi" e Lussemburgo è in linea. Alla fine del 2016, con la sentenza A e B c. Norvegia della Grande Camera (cit.), la Corte di

195 Si tratta di una decisione ampiamente commentata. Tra i contributi, solo per citarne alcuni, vd. A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, 9 marzo 2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 614 ss; G. GAJA, *Le conseguenze di una riserva inammissibile: la sentenza nel caso Grande Stevens c. Italia*, in *Riv. Dir. Int.*, 2014, 832 ss; G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, *Riv. delle Soc.*, 2014, 953 ss; A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. Comm.*, 2014, 855 ss; A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, 2014, 627 ss; P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU*, in *Giur. Comm.*, 2015, 478 ss; E. SCARONA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale*, in *Cass. Pen.*, 2015, 2910 ss; F. CONSULICH, *Manipolazione dei mercati e diritto eurounitario*, in *Riv. Soc.*, 2016, 203 ss; M. SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, *loc. ult. cit.*, 2016, 218 ss.

196 Su cui F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, 16 maggio 2016, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

197 Sul quale vd. D. CASTRONUOVO, *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in Id. – L. Foffani (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, II, Bologna, 2015, 107 ss; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, *passim*.

198 Sulla pronuncia vd. D. PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 1588 ss; S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano*, 24 luglio 2016, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

Strasburgo ha espresso un vero e proprio *revirement* rispetto alla decisione sull'*affaire* "Grande Stevens", intervenendo in un caso in cui un soggetto, già destinatario di una sanzione amministrativa-sostanzialmente criminale, era stato sottoposto a processo penale e condannato per l'*idem factum* (violazione tributaria).

In questa occasione, allora la Corte, rilevando che il "doppio binario" sanzionatorio rientrerebbe nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri e ritenendo non ostativi a tale logica i principi enucleabili dalla Carta EDU, ha statuito che il doppio processo nonché la duplice irrogazione di sanzioni sarebbe ammissibile purché, in estrema sintesi, tra i due giudizi vi sia una stretta connessione sostanziale e temporale e laddove, in ogni caso, il cumulo delle misure non si rivelasse sproporzionato rispetto alla gravità del fatto commesso<sup>199</sup>.

A seguito di questo pronunciamento, è intervenuta la Corte di Giustizia che, in tre diversi contesti (illeciti tributari, abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato), si è espressa sulla compatibilità del "doppio binario" nazionale con il principio del *ne bis in idem*. Si tratta delle ben note pronunce "Menci" (cit. in un caso di un processo penale attivato a seguito dell'irrogazione definitiva di una sanzione amministrativa-pecuniaria), CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e altri c. CONSOB* (ove i ricorrenti si dolevano dell'attivazione di un procedimento amministrativo a seguito della conclusione del processo penale sfociato in condanna) nonché CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca c. CONSOB* (ove pure si era prima "consumata" la vicenda penale e successivamente attivato il procedimento sanzionatorio amministrativo).

Con suddette sentenze, dunque, la Corte di Lussemburgo ha affermato che il cumulo di processi e di sanzioni non sarebbe *ipso facto* incompatibile con l'art. 50 TFUE, purché detto sistema risulti conforme al principio di proporzionalità sancito dal successivo art. 52<sup>200</sup>.

199 Anche in questo caso la decisione ha fortemente attratto l'attenzione dei commentatori. Vd., tra i tanti contributi, F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, 18 novembre 2016, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 525 ss; F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice europolitano*, *loc. cit.*, 2018, 949 ss.

200 Su queste pronunce vd. A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, 21 marzo 2018, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. Cost.*, 2018, 530 ss; F. MUCCIARELLI, *Riforma penalistica e market abuse: l'attesa continua*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 5 ss; E. BASILE, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. Comm.*, 2019, 129 ss; N. MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni*, in *Cass. Pen.*, 2019, 662 ss. C. SILVA, *Ne bis in idem: un principio in evoluzione*, in *Giur. It.*, 2019, 1457 ss; F. MAZZACUVA, *Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e dissolvimento della dimensione processuale*, in *Giur. Comm.*, 2020, 940 ss; I. GIACONA, *Istanze europee di ne bis in idem e posizioni attuali della dottrina italiana sul concorso apparente di reati*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2022, 393 ss.

d) *Quarta tappa. La Corte costituzionale si arrocca sulle evoluzioni interpretative sovranazionali per preservare la logica del “doppio binario”.* A seguito di detti pronunciamenti europei, la Consulta, con sentenza Corte cost., 2 marzo 2018, n. 43<sup>201</sup> ha declinato la questione di legittimità della disposizione sopra citata, che era stata sollevata in riferimento al “doppio binario” in materia di illeciti tributari, rilevando che: «il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all’ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice *a quo*, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Se, infatti, il giudice *a quo* ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un *bis in idem* convenzionale, non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell’ordinamento, incidendo sull’articolo 649 del c.p.p., alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto»<sup>202</sup>.

e) *Quinta tappa. La Cassazione apre alla disapplicazione della legge penale nel caso di eccessi nel cumulo sanzionatorio.* La Corte di cassazione, preso atto del *self restraint* da parte della Consulta sulla questione di legittimità costituzionale del “doppio binario”, è pervenuta a riconoscere il potere/dovere del giudice di disapplicare anche la norma penale nell’ipotesi di precedente irrogazione di una sanzione amministrativa “punitiva”, laddove il cumulo si rivelasse in contrasto con il principio di proporzionalità. Ciò, derogando al minimo edittale o, addirittura, rendendo inoperativa *in toto* la disposizione incriminatrice, laddove la sanzione amministrativa abbia concretamente assorbito l’intero disvalore della condotta<sup>203</sup>.

201 Su cui E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, 12 settembre 2018, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

202 Il principio è stato altresì ribadito da Corte cost., 8 marzo 2018, n. 54, che ha anche segnalato la peculiarità del caso, trattandosi di frode nelle agevolazioni pubbliche nel settore agricolo, disciplinata dal Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013, n. 1306 sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune che, ad avviso della Consulta, avrebbe legittimato, a monte, un cumulo sanzionatorio. Sulla stessa linea Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222 e da Corte cost., 12 giugno 2020, n. 114, nonché da Corte cost., 1 luglio 2021, n. 136.

203 Vd. in particolare Cass. n. 49869/2018 cit.: «come si è detto, in caso di valutazione di incompatibilità del complessivo trattamento sanzionatorio con la garanzia del *ne bis in idem*, il giudice dovrà dar corso all’applicazione diretta del principio garantito dall’articolo 50 della CDFUE, disapplicando le norme interne che definiscono il trattamento sanzionatorio. Disapplicazione, questa, che potrà investire *in toto* la norma relativa alla sanzione non ancora divenuta irrevocabile solo quando la “prima” sanzione sia, da sola, proporzionata al disvalore del fatto, avuto riguardo anche agli aspetti propri della “seconda” sanzione e agli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato. Solo in presenza di una sanzione irrevocabile idonea, da sola, ad “assorbire” il complessivo disvalore del fatto, dunque, il giudice comune dovrà disapplicare *in toto* la norma che commina la sanzione non ancora irrevocabile, così escludendone l’applicazione. Si tratta, all’evidenza, di ipotesi, che, considerata la già evidenziata estraneità della sanzione irrogata dall’autorità amministrativa al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, sono potenzialmente suscettibili di venire in rilievo nel caso in cui la valutazione circa la violazione del *ne bis in idem* riguardi la sanzione amministrativa, essendo già divenuta irrevocabile quella penale: sanzione penale, evidentemente, determinata in termini di particolare severità rispetto al disvalore complessivo del fatto. Nel caso opposto in cui la sanzione divenuta irrevocabile sia quella irrogata da CONSOB, la disapplicazione *in toto* della norma sanzionatoria penale può venire in rilievo in ipotesi del tutto eccezionali, in cui la sanzione amministrativa – evidentemente attestata sui massimi edittali in rapporto ad un fatto di gravità, sotto il profilo penale, affatto contenuta – risponda, da sola, al canone della proporzionalità nelle diverse componenti riconducibili ai due illeciti. Fuori dall’ipotesi del tutto

f) *Sesta tappa. La Consulta “demolisce” l’art. 649 c.p.p.* Più di recente, la Corte costituzionale è stata investita di un’ulteriore questione di legittimità attinente al “doppio binario” in materia di protezione del diritto d’autore; il giudice *a quo*, più in particolare, aveva rilevato l’incompatibilità della disposizione del codice di rito dianzi richiamata nella parte in cui avrebbe ammesso – ma in violazione dell’art. 4 Protocollo 7 alla CEDU – l’istaurazione di un giudizio penale a seguito dell’irrogazione di una sanzione amministrativa, coi caratteri “punitivi”, sull’*idem factum*.

In particolare, l’ordinanza di rimessione aveva segnalato l’indefettibilità della stretta connessione “sostanziale” (procedimenti che perseguano scopi complementari, perché relativi a diversi aspetti dell’unitario illecito; prevedibilità del “doppio binario”; capillarità probatoria) nonché “temporale”, indicati dalla sentenza “A. e B. c. Norvegia” quali criteri attraverso cui ammettere il *bis in idem*. Rilevando, allora, che la “temporaneità” dovrebbe – in generale – ritenersi sussistente non per via del sincronico inizio delle procedure parallele, bensì nell’ipotesi del pressoché coevo svolgersi/concludersi delle stesse, il giudice *a quo* aveva rimarcato la rilevanza della questione nel caso di specie, in quanto il procedimento penale, pur iniziato in contemporanea con quello amministrativo, era ancora in corso a distanza di oltre quattro anni dalla conclusione dell’altro.

Per il resto, rilevata nel caso di specie l’identità degli scopi punitivi tra sanzione penale e amministrativa, la disposizione indubbiata si sarebbe rivelata in contrasto con il suddetto parametro in quanto essa richiamava esclusivamente l’istaurazione di un precedente processo penale, non potendosi dunque estendere – senza violazione della chiara *littera legis* – ai rapporti col procedimento amministrativo.

La Corte, allora, pur rimarcando che, proprio in base all’art. 50 TFUE, il giudice interno sarebbe chiamato a disapplicare le disposizioni contrastanti con il *ne bis in idem* europeo, ha ritenuto la questione rilevante, in quanto – replicando principi già espressi in altre decisioni – non sarebbe possibile precludere alla Consulta di intervenire su norme illegittime, al fine di pronunciamenti con efficacia *erga omnes*. Inoltre, alla stessa conclusione si sarebbe dovuti pervenire per via del parametro effettivamente impiegato dal giudice remittente, attesa l’inapplicabilità diretta dei principi promananti dalla Carta EDU<sup>204</sup>.

Quanto all’oggetto della censura, la Consulta, dunque, l’ha ritenuta fondata, rammentando come il *ne bis in idem* debba essere inteso come una preclusione ad un

---

eccezionale appena richiamata, l’accertamento dell’incompatibilità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* comporta, nel caso di sanzione amministrativa già divenuta irrevocabile, esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione *in mitius* della norma che commina dette sanzioni – non già *in toto*, ma – solo nel minimo edittale».

204 Si tratta di un orientamento che si è consolidato a valle di Corte cost., 3 luglio 2007, n. 348 e n. 349, con le quali è stato riconosciuto ai principi della Carta EDU un valore di norme “interposte”, supra-legislativo e infra-costituzionale. Su queste pronunce vd. M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, pp. 3564 ss; G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: CEDU e diritto comunitario nell’applicazione dei giudici nazionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010, 691 ss; V. VALENTINI, *Giustizia penale e diritto sovranazionale: una sinergia inevitabilmente critica*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 839 ss.

secondo giudizio ancor prima che rispetto ad una doppia sanzione per l'*idem factum* (da intendersi in senso sostanziale e non formale, sulla scorta della giurisprudenza di Strasburgo a partire da Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine c. Russia).

Talchè, attribuita natura penale alla sanzione amministrativa irrogata, la Corte costituzionale ha rimarcato che il “doppio binario” in questo ambito non sarebbe stato finalizzato a scopi complementari né ideato per l’esigenza di sanzionare diversi aspetti della condotta illecita; inoltre, è stata stigmatizzata la mancanza di meccanismi atti a scongiurare il rischio di duplicazione nella raccolta e valutazione delle prove nonché di una disconnessione temporale tra procedimenti.

Pertanto, con questa sentenza (Corte cost. n. 149/2022 cit.)<sup>205</sup>, è stata dichiarata l’illegittimità dell’art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse pronunciare sentenza assolutoria nei confronti degli imputati per uno dei delitti di cui all’art. 171-ter l. 22 aprile 1941, n. 633 nel caso in cui essi avessero già subito l’irrogazione di una sanzione ai sensi dell’art. 174-bis della medesima legge.

Si tratta, all’evidenza, di una pronuncia che, seppur limitata alla materia del diritto d’autore, costituisce un nuovo punto di partenza – nell’alveo magmatico del *ne bis in idem* – per tutti quei settori che presentano caratteri analoghi a quello posto all’esame della Corte, tra i quali, oltre al tributario, quello delle sovvenzioni pubbliche, sul quale ci si soffermerà nel prossimo paragrafo.

4.6. La breve disamina che è stata sinora condotta ha consentito di porre in luce che, pur a fronte delle incertezze che gravitano attorno alla definizione della materia penale, la giurisprudenza sta progressivamente trasponendo le garanzie proprie dello *ius criminale* alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali. Ciò rinvigorendo il complesso dibattito in ordine alla funzione della sanzione, specie nella prospettiva di quella applicabile agli enti collettivi, nel comparto degli illeciti economici, ove si confrontano tesi in base alle quali la conseguenza delle infrazioni potrebbe, già sul piano logico, operare solo in prospettiva retributiva e preventiva e quelle, invece, che sostengono che essa potrebbe essere finalizzata anche alla rieducazione-riabilitazione<sup>206</sup>.

Fatto è che tali tendenze, nel comprimere il rischio di “truffe delle etichette” che potrebbero essere attuate mediante il ricorso da parte del legislatore all’illecito amministrativo, rendono ancor più in pericolo la tenuta del “doppio binario”, rendendo auspicabile un cambio di marcia nelle scelte di politica criminale del Parlamento, nonché l’avvio di una revisione, settore per settore, dell’interferenza/rapporti tra norme incriminatrici e apparati correlati, nell’ottica di un adeguato raccordo, limitando drasticamente i “cumuli”, in base ad una valutazione dell’antisocialità delle condotte, dei loro effetti lesivi nonché della frequenza delle infrazioni. In ogni caso, le evoluzioni che si registrano sospingono

---

<sup>205</sup> Annotata da M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la legittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d’autore*, 23 giugno 2022, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>206</sup> In argomento vd. di recente A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022.

verso un cambio di nomenclatura e un più mirato impiego della locuzione “sanzione amministrativa”<sup>207</sup>.

Il termine “sanzione”, in effetti, deriva dal latino “*sanctio*” che stava a significare, per l'appunto, “pena”. Da ciò ne deriva che dovrebbe essere tecnicamente qualificata come “sanzione” soltanto quella misura che, pur perseguendo una finalità preventiva, abbia uno scopo anche in parte eccedente la necessità di eliminazione o minimizzazione di un *periculum*, o di ripristino della legalità violata, dovendosi per il resto impiegare una diversa terminologia, come ad esempio “misure amministrative preventive”, “risarcitorie”, “ripetitorie”.

In altre parole, sembra corretto ricondurre alla nozione di “sanzione amministrativa” ogni strumento di reazione da parte dell'ordinamento che sia finalizzato – almeno in parte – a punire l'autore dell'illecito, ad “infliggere” una misura che incida negativamente sul fascio delle libertà dell'individuo.

Su questa base s'innesta, allora, la questione “capitale”, ancora irrisolta, se sia sufficiente la presenza di uno scopo afflittivo, se del caso prevalente rispetto ad altri concomitanti, a qualificare una misura come “sanzione amministrativa punitiva” (come sembra potersi dedurre dalla citata sentenza Jussila della Corte EDU), con ogni consequenziale effetto in termini di riconduzione della stessa alla materia penale.

Tanto le Corti europee, quanto quelle nazionali non hanno assunto un'impostazione chiara ed univoca sul punto; sicché è auspicabile che la giurisprudenza esprima una più precisa presa di posizione, abbandonando l'approccio tutto sommato casistico, un po' timido, “in punta di piedi”, che si è registrato sinora, al fine di fornire all'interprete (e al legislatore) dei punti di riferimento affidabili.

Ciò operando una netta distinzione, per l'appunto, tra *misure* amministrative e *sanzioni* amministrative, *da un lato*, e sanzioni amministrative “punitive” e pene, *dall'altro*; in questo contesto occorrerebbe, allora, tener comunque conto dell'esigenza dell'ordinamento di disporre di uno strumentario particolarmente rapido ed efficiente per il contrasto di micro-illeciti, mediante un apparato sanzionatorio blando (seppur con alcuni effetti limitativi delle libertà individuali), con uno statuto di garanzie ridotto rispetto a quello proprio della materia penale, che, dunque, dovrebbe esteso (almeno in larghissima parte) solo alle misure amministrative “punitive”, ovverosia, per quanto si è sostenuto, particolarmente afflittive.

## 5. Gli illeciti nell'ambito delle sovvenzioni pubbliche. Criticità e prospettive *de iure condendo*.

5.1. La materia delle sovvenzioni pubbliche, nel contesto più generale del diritto penale dell'economia, riveste un particolare interesse in relazione alle questioni dianzi analizzate. Si tratta, infatti, di un settore (oggetto di un continuo processo di *law enforcement*) ove la condotta *contra ius* importa, come si è già in parte accennato, una pluralità di conseguenze, che non sono rappresentate esclusivamente dalla responsabilità per i delitti di cui agli artt. 640-*bis*, 316-*bis* e 316-*ter* c.p. (applicabili tanto in caso di provvidenze erogate con risorse UE quanto per quelle che

<sup>207</sup> Su cui vd. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Nov. Dig. It.*, VI, Torino, 1957, 530 ss.

provengono da fondi esclusivamente nazionali)<sup>208</sup>, nonché dalle misure confiscatorie sopra richiamate.

Le figure incriminatrici di riferimento (sulle quali sono recentemente intervenute le modifiche di cui al d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, c.d. “decreto sostegni-ter”, convertito con modificazioni dalla l. 28 marzo 2022, n. 25<sup>209</sup>, con novità, di massima, di scarso impatto, perché per lo più recettive di orientamenti giurisprudenziali già consolidati), vale a dire la truffa aggravata, la malversazione e l’indebita percezione, abbracciano una vasta serie di condotte, con spettro esteso dalla indebita captazione, al silenzio antidoveroso e alla gestione distrattiva.

Ben risaputo è, però, che tali illeciti penali, a loro volta, si intersecano generalmente con altri, che si integrano per l’effetto di condotte strumentali, prodromiche all’ottenimento di benefici non dovuti, alla loro conservazione o, ancora, all’impiego difforme rispetto ai vincoli dettati dalle misure agevolative. Si tratta di fattispecie rilevanti nel contesto del diritto penale tributario (in particolare dell’utilizzo di fatture per operazioni in tutto o in parte inesistenti); del “falso in bilancio” e, più in genere, di falsi documentali e dichiarativi con finalità decettive nonché, in caso di successivo *default* dell’impresa beneficiaria, di illeciti fallimentari.

A tutto ciò si aggiunge la responsabilità dell’ente collettivo ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231<sup>210</sup> (che, all’art. 24, per l’appunto contempla tra i reati presupposto quelli sopra menzionati), che si assomma, come si evidenzierà, ad un folto apparato sanzionatorio amministrativo.

5.2. Occorre sottolineare, a tale ultimo proposito, che, ad eccezione del settore agricolo, il legislatore europeo ha “decentrato”, attraverso il Regolamento n. 2988/95 cit., il sistema sanzionatorio amministrativo per violazioni compiute dai destinatari delle misure di sostegno, ponendo a carico degli Stati membri l’adozione di un sistema di contrasto alle variegate forme di “frode” che incidono sulla sfera patrimoniale dell’Unione<sup>211</sup>.

Detto Regolamento prevede, che gli Stati impongano ai beneficiari, in caso di irregolarità, oltre obblighi ripetitori/risarcitori (art. 4), delle sanzioni pecuniarie e interdittive, che il legislatore comunitario ha voluto precisare debbano essere considerate «non assimilabili ad una sanzione penale» (art. 5 comma 2), imprimendo

208 Una (assai discussa) disciplina *ad hoc*, tanto dal punto di vista penale quanto dell’illecito amministrativo, è però prevista per le frodi nelle attività agricole (l. 23 dicembre 1986, n. 898). Su questo argomento vd. E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in Trattato di diritto penale diretto da C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, vol. XV, Milano, 2013, 440 ss.

209 Che ha abrogato le disposizioni concernenti le frodi compendiate nel d.l. 25 febbraio 2022, n. 13. In precedenza il legislatore era intervenuto con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (conv. l. 29 luglio 2021, n. 108) che, nel contesto della *governance* del Piano Nazionale di Rilancio e Resilienza (PNRR), ha dettato norme per il rafforzamento del controllo preventivo per la lotta alle frodi, in attuazione delle previsioni del Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che ha istituito il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

210 Ritenuta indispensabile ai fini di una efficace lotta alle frodi nelle sovvenzioni già da F. BRICOLA, *Sovvenzioni all’industria e diritto penale*, in *Scritti di diritto penale*, II, 2, Milano, 1997, 3151 ss.

211 Sul concetto di frode vd. anche, oltre all’art. 3 della Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, relativa alla “lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale” (c.d. Direttiva “PIF”), G. PIZZOLANTE, *La lotta alle frodi finanziarie nel diritto penale europeo*, Bari, 2019, 97 ss.

una “etichetta amministrativa” che è stata confermata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>212</sup>. A tal proposito, si soggiunge che l’articolata previsione della possibilità di sospensione della procedura di irrogazione della sanzione amministrativa in caso di avvio del procedimento penale (art. 6) non implica affatto il divieto di un doppio giudizio o di un cumulo di misure<sup>213</sup>.

In Italia il sistema sanzionatorio, nella prospettiva delle provvidenze in favore delle imprese, è regolato, a livello primario, dal citato d.lgs. n. 123/1998, art. 9<sup>214</sup>; tale disposizione, strutturata in maniera alquanto “sgrammaticata”, stabilisce che le provvidenze vengano revocate, con ogni consequenziale effetto redibitorio, al ricorrere di fatti “imputabili” al beneficiario, *id est* in condizioni di dolo o colpa, nel caso di carenza di requisiti di ammissibilità, di produzione di documentazione falsa, o di distrazione dei beni acquisiti con risorse pubbliche.

Per l’effetto della revoca, si prevede l’obbligo di corresponsione di interessi “maggiorati” nonché, nelle ipotesi di cui al comma 1, l’irrogazione di sanzioni amministrative, nell’ammontare indicato al comma 2.

Per il vero, non risulta che la Cassazione, in sede penale, si sia mai soffermata sulla natura di dette previsioni, mentre i caratteri di natura penale-afflittiva sono stati sottolineati, a più riprese, dalla giurisprudenza amministrativa<sup>215</sup>, con una soluzione che appare condivisibile, tanto in ragione della gravità delle conseguenze dell’illecito, quanto della carenza di una finalità spiccatamente preventiva o, comunque, per via dell’assoluta prevalenza della componente afflittiva-retributiva.

5.3. Completata la ricostruzione, emerge che gli atti di “frode” nelle sovvenzioni pubbliche possano condurre ad una incredibilmente vasta di conseguenze afflittive a carico del soggetto responsabile delle infrazioni, attraverso un sistema che presta il fianco a rilievi sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità e del *ne bis in idem*.

212 Vd. CGUE, Grande Sezione, 5 giugno 2012, causa C-489/10, Bonda; CGUE, Quarta Sezione, 13 dicembre 2012, causa C-670/11, *Établissement national des produits de l’agriculture et de la mer c. Vinifrance SA*. Sulle criticità di una simile impostazione vd. S. RIONDATO, *Un negativo giro di vite sulla responsabilità personale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, 1557 ss.

213 A. BERNARDI, *Il costo “di sistema” delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 557 ss.

214 Che così recita: «1. In caso di assenza di uno o più requisiti, ovvero di documentazione incompleta o irregolare, per fatti comunque imputabili al richiedente e non sanabili, il soggetto competente provvede alla revoca degli interventi e, in caso di revoca dal *bonus* fiscale, ne dà immediata comunicazione al Ministero delle finanze. 2. In caso di revoca degli interventi, disposta ai sensi del comma 1, si applica anche una sanzione amministrativa pecuniaria consistente nel pagamento di una somma in misura da due a quattro volte l’importo dell’intervento indebitamente fruito. 3. Qualora i beni acquistati con l’intervento siano alienati, ceduti o distratti nei cinque anni successivi alla concessione, ovvero prima che abbia termine quanto previsto dal progetto ammesso all’intervento, è disposta la revoca dello stesso, il cui importo è restituito con le modalità di cui al comma 4. 4. Nei casi di restituzione dell’intervento in conseguenza della revoca di cui al comma 3, o comunque disposta per azioni o fatti addebitati all’impresa beneficiaria, e della revoca di cui al comma 1, disposta anche in misura parziale purché proporzionale all’inadempimento riscontrato, l’impresa stessa versa il relativo importo maggiorato di un interesse pari al tasso ufficiale di sconto vigente alla data dell’ordinativo di pagamento, ovvero alla data di concessione del credito di imposta, maggiorato di cinque punti percentuali. In tutti gli altri casi la maggiorazione da applicare è determinata in misura pari al tasso ufficiale di sconto».

215 Vd. anche CdS, VI Sez., 30 maggio 2017, n. 2614; CdS, II Sez., 2 marzo 2020, n. 2468; CdS, VI Sez., 30 agosto 2022, n. 7544.

Il “doppio binario”, in questo settore, è addirittura avallato dalla normativa UE e, in particolare, dal Regolamento n. 2988/95 cit., non essendo poi stato precluso dalla Convenzione “PIF” del 1995 (e dai relativi protocolli) né, successivamente, dalla Direttiva “PIF” che, anzi, all’art. 14 ammette il cumulo tra sanzioni (formalmente) amministrative e penali.

Talché, in questo complesso quadro, sarebbe perlomeno auspicabile, in prospettiva *de iure condendo*, nell’ottica dei principi della *extrema ratio* e di proporzionalità, che il legislatore nazionale procedesse ad una razionale riformulazione della disciplina degli illeciti che ledono gli interessi nazionali e UE nel comparto delle sovvenzioni pubbliche, che dovrebbe muoversi nelle seguenti direttrici:

- a) l’introduzione, con fonte di rango primario, di una disciplina unitaria e organica dell’illecito amministrativo in questo settore (che oggi risulta circoscritta alle provvidenze erogate in favore delle imprese), con precetti più chiari<sup>216</sup> e un apparato di sanzioni predeterminato per ogni forma di sovvenzione pubblica in favore dei privati<sup>217</sup>;
- b) la limitazione del ricorso alla pena detentiva, in conformità con l’art. 7 della Direttiva “PIF”, alle “frodi”, anche nel caso in cui esse abbiano ad oggetto solo risorse nazionali, che conducano a vantaggi pari o superiori a diecimila euro (con conseguente modifica degli artt. 640-*bis*, 316-*bis* e 316-*ter* c.p.), lasciando il campo, per il resto, a sanzioni di natura diversa, anche se sostanzialmente penali, quali quella pecuniaria e interdittiva<sup>218</sup>;
- c) l’introduzione nelle figure incriminatrici di riferimento di un trattamento sanzionatorio differenziato in base all’entità del vantaggio indebito ottenuto, che, attraverso la previsione di una specifica circostanza aggravante, tenga conto della definizione di “frode” dalla quale derivino “danni o vantaggi considerevoli”, di cui all’art. 7 della Direttiva “PIF”<sup>219</sup>, trattandosi di uno *step* che appare

---

216 In questo ambito, infatti, specie nella prospettiva della gestione/impiego delle risorse, le obbligazioni in capo ai beneficiari vengono stabilite da fonti di rango secondario in maniera non sempre chiara, non sempre senza contraddizioni. Il che rende frequente il problema della scusabilità dell’errore. In tal senso anche G. MARRA, *Truffa aggravata*, in S. Fiore (a cura di), *Reati contro il patrimonio*, Assago, 2016, 362, secondo il quale: «l’elevato formalismo che caratterizza gli interventi di incentivazione, unitamente alla riconosciuta sovrabbondanza del quadro legale ed alla ben nota sciattezza della tecnica legislativa impiegata nella formalizzazione delle condizioni di accesso agli incentivi di scopo, sono motivi più che sufficienti per valutare con estrema attenzione il profilo... dell’errore».

217 Come si è già evidenziato la l. n. 123/1998 cit., unico testo organico per le sovvenzioni pubbliche, attiene esclusivamente a quelle in favore dell’impresa. Non del tutto sovrapponibile è la scelta del legislatore tedesco, atteso che la *Subventionsgesetz* (la “legge sui sussidi”, del 29 luglio 1976), in base al combinato disposto dei § 1 Abs 1 SubvG e del § 264 Abs 8 StGB, si applica soltanto alle sovvenzioni concesse nel settore dell’economia, laddove però si tratti di elargizioni con fondi nazionali.

218 Attualmente (oltre alla figura di cui all’art. 2 della l. n. 898/1986) solo l’ipotesi di indebita percezione prevede una soglia di punibilità, pari ad euro 3.999,96, entro la quale opera soltanto la sanzione di natura pecuniaria di cui all’art. 316-*ter* ultimo comma c.p. Siffatta riforma, peraltro, determinerebbe l’inapplicabilità, in queste ipotesi minori, di misure di prevenzione.

219 Tale elemento, tra le figure codicistiche, è valorizzato esclusivamente nel contesto della fattispecie di cui all’art. 316-*ter* c.p.

indispensabile per conformare la disciplina al principio di proporzionalità/offensività<sup>220</sup>;

- d) la previsione di una causa di non punibilità, operativa in caso di adempimento delle obbligazioni pecuniarie dipendenti dall'illecito entro un certo termine, sul modello dell'art. 13 comma 2 d.lgs. n. 74/2000 cit. in tema di illeciti tributari, nonché di una circostanza attenuante nel caso in cui l'estinzione del debito avvenga in un momento successivo.

Si tratterebbe, a ben considerare, di una iniziativa che potrebbe rappresentare un esperimento di riorganizzazione della politica criminale, da estendere – all'esito di un serio monitoraggio dei risultati – in altri settori del diritto penale economico.

## 6. Conclusioni.

In Italia la dottrina da tempo ha segnalato l'utilizzo eccessivo dello strumentario penalistico, spesso "simbolico"; si tratta di un diritto penale di "lotta", che identifica "nemici", tentando di promuovere attraverso la minaccia di sanzioni l'etica collettiva<sup>221</sup>.

Nel campo del diritto penale dell'economia, *lato sensu* inteso, queste tendenze si sono concretizzate, oltre che nell'introduzione di nuove figure incriminatrici (volte a contrastare emergenti fenomeni antisociali), in un costante innalzamento del carico sanzionatorio, mediante il ritocco delle cornici edittali e l'utilizzo di sanzioni concorrenti con quella detentiva.

In detto ambito si sono proiettate, inoltre, non solo le misure di prevenzione – specie la confisca – ma anche un arcigno apparato amministrativo, con misure particolarmente severe, tanto da appalesarne il carattere afflittivo-punitivo-retributivo. Ciò è il frutto, verosimilmente, come si è accennato, di una sfiducia del legislatore nella capacità preventiva *tanto* del diritto penale "classico" *quanto* dell'illecito amministrativo "punitivo" che, specie nelle attività produttive, potrebbe essere percepito dagli operatori economici in termini di un "rischio d'impresa", un "prezzo da pagare" per ottenere risultati sul mercato, attraverso una deprecabile logica utilitaristica di bilanciamento tra costi e benefici.

Talché, l'irrinunciabilità, ad avviso del legislatore, del diritto penale, quale strumento, come si è detto, "eticizzante"<sup>222</sup>, ed ecco, conseguentemente, il progressivo

220 Il che dovrebbe implicare anche una riformulazione delle pene edittali oggi previste per le figure di base, con una equalizzazione alla pena detentiva prevista per le ipotesi di truffa aggravata di cui al comma 2 dell'art. 640 c.p. (reclusione da uno a cinque anni). Tale opzione consentirebbe di superare le asimmetrie *quoad poenam* tra le fattispecie incriminatrici di riferimento che, in effetti, non sembrano poggiare su apprezzabili diversità in punto di offensività in astratto.

221 Vd. ad esempio M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014; G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettive nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2018, 374 ss.

222 Vd. anche G. MARRA, *Il paradosso della legalità nella modernità penalistica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 725 ss, che ha fatto riferimento ad una «cangiante coercizione punitiva che ha assunto un ruolo sempre più monopolistico di vedette della morale collettiva e di collettrice d'input di politiche d'organizzazione della società buona».

accrescersi del potere della magistratura, con il mezzo mass-mediatico impiegato per il processo con finalità educativa<sup>223</sup>.

Quali, però, gli effetti del costante processo di *law enforcement*, del continuo “giro di vite”? Guardando, ad esempio, ai dati raccolti dall’OLAF (reperibili sul sito *web* dell’Ente), in ordine alle violazioni relative alle sovvenzioni pubbliche erogate con risorse UE, in effetti, risulterebbe negli anni 2020 e 2021 una flessione del numero di irregolarità riscontrate rispetto al passato.

Si tratta di risultati, tuttavia, solo in parte appaganti, atteso il rischio del c.d. “*chilling effect*”, vale a dire della riluttanza ad accedere alle sovvenzioni pubbliche e, più in generale, all’esercizio delle attività economiche per il timore di incorrere in sanzioni<sup>224</sup>; costituisce dato noto, infatti, il sottoutilizzo italiano delle risorse pubbliche. La Corte dei conti europea, del resto, ha evidenziato, in relazione al periodo 2014-2020, che l’Italia detiene il triste primato della mancata fruizione dei fondi UE messi a disposizione dei Paesi membri, non avendo sfruttato ben 25 dei 166 miliardi di euro spettanti.

In un’ottica complessiva, dunque, occorrerebbe rivalutare le opzioni di politica-criminale, sfortando e razionalizzando il sistema sanzionatorio, limitando il “doppio binario” e impiegando l’illecito amministrativo per le infrazioni di minor disvalore. Il settore delle sovvenzioni pubbliche, allora, potrebbe rappresentare un piccolo “laboratorio”, un “progetto pilota” attraverso il quale sperimentare una logica che potrebbe essere successivamente estesa ad altri ambiti.

Affinché, tuttavia, il sistema “regga” a tali trasformazioni, è comunque necessario mettere in campo iniziative sinergiche, implementando i controlli preventivi<sup>225</sup> e, soprattutto, rimuovendo i tanti ostacoli che oggi si frappongono allo sviluppo delle attività economiche, rappresentati dall’eccessiva burocratizzazione dei processi, dall’inefficienza della Pubblica Amministrazione, dalla carenza di infrastrutture, dall’eccessivo carico fiscale<sup>226</sup>.

Solo attraverso la risoluzione di tali criticità, che disincentivano le attività produttive o comunque inducono l’operatore economico all’illecito, soltanto attraverso il superamento della palpabile sfiducia dei consociati nella correttezza e nella funzionalità dell’azione pubblica sarà possibile lasciarsi alle spalle la situazione attuale, nella quale il diritto penale (con “l’aiuto” delle sanzioni amministrative), in generale, si sforza di colmare i vuoti di un progressivo e collettivo smarrimento dei

223 Vd. M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, 1070 ss; V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022.

224 Su questo concetto, che è stato frequentemente richiamato anche nella giurisprudenza della Corte EDU nel contesto dell’attività giornalistica e della libertà di espressione, vd. S. BEDI, *The myth of the chilling effect*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2021, 268 ss.

225 Cfr. S. SEMINARA, *La prevenzione e la repressione delle frodi a danno delle finanze comunitarie*, in *Riv. Pen. Econ.*, 1994, 127 ss.

226 Vd. G. MELIS, *Burocrazia*, Bologna, 1998; C. COTTARELLI, *I sette peccati capitali dell’economia italiana*, Milano, 2019; AA.VV., *Studi economici dell’OCSE. Italia*, Parigi, 2019, spec. 93; G. BRUNETTI, *Tra una crisi e l’altra. Storia dell’economia italiana negli ultimi quindici anni*, Torino, 2022.

valori fondamentali della convivenza civile, determinando una pericolosa spirale liberticida<sup>227</sup>.

---

<sup>227</sup> Così anche D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 29 ss.